

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 80 | ГОДИНА LVII | 2018

**COLLECTION OF PAPERS  
FACULTY OF LAW, NIŠ**

№ 80 | YEAR LVII | 2018

НИШ, 2018.

## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2018.

### Издавач

Правни факултет у Нишу

### За издавача

Проф. др Саша Кнежевић, декан

### Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

### Уредници броја

Проф. др Саша Кнежевић

Проф. др Маја Настић

### Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Драган Николић  
Проф. др Невена Петрушић  
Проф. др Мирослав Лазић  
Проф. др Марина Димитријевић  
Проф. др Небојша Раичевић  
Доц. др Душица Миладиновић  
Стефановић

### Чланови Редакционог одбора из иностранства

Prof. dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија  
Проф. др Иванова Светлана Анатольевна, декан Правног факултета Финансијског универзитета Владе Руске федерације  
Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан Први, Скопље, Македонија  
Груцина Людмила Јурьевна, доктор правних наука, Катедра грађанског права Финансијског универзитета Владе Руске федерације  
Проф. др Анатолиј Капустин, професор Финансијског универзитета Владе Руске федерације  
Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног факултета Универзитета Бафалоа, Бафало, САД  
Селивон Николай Федосович, академик, председник Међународног трговинског арбитражног суда при Привредно-индустријској комори Украјине  
Проф. др Шагиева Розалина Васильевна, проректор Академије адвокатуре и нотаријата Руске федерације

**Секретар Редакционог одбора:** Доц. др Милош Прица

**Лектура радова и превод резимеа:** Гордана Игњатовић (енглески)

**Лектура:** Александра Гојковић (српски)

**Технички уредник:** Ненад Милошевић

**Штампа:** Медивест Ниш, **Тираж:** 100

Зборник радова Правног факултета у Нишу  
под називом Collection of Papers, Faculty of Law, Nis је у пуном тексту доступан  
у HeinOnline бази података, EBSCO бази Legal Source, као и у бази Central and Eastern  
European Online Library – CEEOL.

**COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS**  
NIŠ, 2018

**Publisher:**

Faculty of Law, University of Niš

**For the Publisher:**

Prof. dr Saša Knežević, Dean

**Editor-in-Chief:**

Prof. dr Irena Pejić

**Issue Editorial:**

Prof. dr Saša Knežević

Prof. dr Maja Nastić

Editorial Board of the Law Faculty Journal

**Editorial Board Members**

**(Faculty of Law):**

Prof. dr Dragan Nikolić

Prof. dr Nevena Petrušić

Prof. dr Miroslav Lazić

Prof. dr Marina Dimitrijević

Prof. dr Nebojša Raičević

Doc. dr Dušica Miladinović  
Stefanović

**Editorial Board Members (international):**

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International  
Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria

Prof. dr Ivanova Svetlana Anatol'evna, Dean, Faculty of Law,  
Finance University of the Government of the Russian Federa-  
tion, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus",

Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia  
Prof. dr Grucina Lyudmila Yur'evna, Civil Law Department,  
Faculty of Law, Finance University of the Government of the  
Russian Federation, Moscow, Russian Federation

Prof. dr Anatolij Kapustin, Faculty of Law, Finance University  
of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian  
Federation

Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of  
Buffalo, USA

Selivon Nikolaj Fedosovich, Academician, Chairman of the  
International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of  
Commerce and Industry, Ukraine

Prof. dr Shagieva Rozalina Vasil'evna, Vice-Rector, the Academy  
for Advocacy and Notary Services of the Russian Federation,  
Russian Federation

**Technical Secretary of the Editorial Board:** Miloš Prica, LL.D.

**Proofreading and Translation (summaries):** Gordana Ignjatović (English)

**Proofreading:** Aleksandra Gojković (Serbian)

**Desktop publishing:** Nenad Milošević

**Print:** Medivest Niš, **Circulation:** 100

---

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201,

E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs

Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>

<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-of-Law-Nis/?letter=C>

Central and Eastern European Online Library – CEEOL



# САДРЖАЈ / CONTENTS

Уводна реч..... XI

Editor's Introductory Note..... XII

## I ЧЛАНЦИ / ARTICLES

### Др Милан Петровић

Контракт, квазиконтракт, деликт и квазиделикт као основне правне чињенице и правна техника. Прилог правној статици..... 15

*Contract, Quasi-contract, Delict and Quasi-delict as the Fundamental Legal Facts and Legal Technique: A Contribution to Legal Statics*

### Др Здрава Стојановић

О политичким правима и слободама у Кнежевини и Краљевини Србији - уставни и законски оквири XIX вијека ..... 37

*About Political Rights and Freedoms in the Principality and Kingdom of Serbia - Constitutional and Legal Framework of XIX Century* ..... 64

### Др Ирена Пејић

Уставна ревизија: процедура у контексту уставотворне власти ..... 65

*Constitutional Revision: Procedure in the Context of Constituent Power*

### Др Небојша Раичевић

Изузеци од престанка избегличког статуса у случају промене околности у држави порекла ..... 85

*Exceptions to the Cessation of Refugee Status due to a Change of Circumstances in the Country of Origin*

<b>Др Мирослав Д. Стевановић,</b> <b>Др Драган Ж. Ђурђевић</b> Концептуализација појма репресивни режим у међународном јавном праву.....	101
<i>Conceptualisation of the term Repressive Regime in International Public Law</i>	
<b>Др Владан Михајловић</b> Домети модерне демократије у афирмацији (или негацији) идеје и вредности правде и праведног друштва.....	117
<i>The Scope of Modern Democracy in Affirmation (or Negation) of Ideas and Values of Justice and Fairness</i>	
<b>Др Милош Прица</b> Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и “унутрашњег правног система” .....	135
<i>Legal Principles in the Order of a Legal State: Canons of the Legal Order and the “Internal Legal System”</i>	
<b>Др Сава Аксић</b> Секуларизација државе (појам, узроци и последице) .....	181
<i>Secularization of the State: Notion, Causes and Consequences</i>	
<b>Др Драган Јовашевић</b> Прање новца у међународном и кривичном праву Србије.....	197
<i>Money Laundering in International Law and Serbian Criminal Law</i>	
<b>Др Душица Миладиновић Стефановић</b> Криминализација принудног закључења брака – искуства појединих европских земаља .....	217
<i>Criminalization of Forced Marriage: Experiences of some European Countries</i>	
<b>Др Игор Милинковић</b> Људско достојанство и нове генетске технологије (изазови и могућности правне заштите).....	237
<i>Human Dignity and New Genetic Technologies: Opportunities and Challenges of Legal Protection</i>	

<b>Др Владимир В. Вековић</b>	
Породица порекла и малолетничка делинквенција .....	259
<i>Family of Origin and Juvenile Delinquency</i>	
<b>Др Јелена Беловић</b>	
Признање и извршење страних судских одлука.....	275
<i>Recognition and Enforcement of Foreign Court Decisions</i>	
<b>Др Слободанка Ковачевић–Перић</b>	
Оснаживање жртава породичног насиља: мере афирмативне акције у запошљавању .....	289
<i>Empowerment of Victims of Domestic Violence: Affirmative Action in Employment</i>	
<b>Др Драган Благић</b>	
Алтернативне мере и санкције према малолетницима ...	307
<i>Alternative Measures and Sanctions for Juveniles</i>	
<b>Др Здравко Грујић</b>	
Компјутерски криминалитет: специфичности и савремени изазови.....	325
<i>Cybercrime: Specificity and Contemporary Challenges</i>	
<b>Др Анђелија Тасић</b>	
Улога стратешких парница у заштити и остваривању људских права.....	347
<i>The Role of Strategic Litigation in the Protection of Human Rights</i>	
<b>Др Иван Илић</b>	
Утицај консенсуалних процесних форми на утврђивање и доказивање чињеница у кривичном поступку.....	363
<i>The Influence of Consensual Procedural Forms on Establishing and Proving Facts in Criminal Procedure</i>	
<b>Др Свјетлана Ивановић</b>	
Новине у концепту одговорности посредника за повреду ауторског и сродних права на интернету.....	381
<i>Novelties in Concept of Liability of Intermediaries for Copyright and Related Rights Infringements on the Internet</i>	

**Dr. sc. Ана Ђанић Џеко**

Pristup informacijama u području zaštite okoliša s posebnim osvrtom na analizu odabranog slučaja .....401

*Access to Information in the Area of Environment Protection, with Reference to selected Case Law*

**Марија Драгићевић**

Савремене технологије и право запосленог на поштовање приватног живота .....421

*Modern Technologies and Employees' Right to Respect for Private Life*

**Др Александар С. Мојашевић,**

**Бојана Арсенијевић**

Анализа примене Закона о спречавању насиља у породици пред Основним судом у Нишу.....445

*Analysis of the Application of the Act on Prevention of Domestic Violence at the Municipal Court in Niš*

**Др Станка Стјепановић,**

**Богдана Стјепановић**

Научна сазнања перинатологије као разлог за заштиту права фетуса .....463

*The Scientific Knowledge in the Field of Perinatology as a reason for Protecting the Rights of the Fetus*

**Др Бојана Васиљевић Пољашевић**

Заштита права пореских дужника пред управним органима у Републици Српској и у Босни и Херцеговини .....481

*Protection of Tax Debtors' Rights before Administrative Authorities in Republika Srpska and in Bosnia and Herzegovina*

**Др Небојша Ранђеловић**

Европске силе, јужнословенски етнички простор и источна криза у XIX веку .....499

*The European Powers, South Slavic Ethnic Space and the Eastern Crisis in the 19th Century*



**Др Дарко Димовски**  
Могућности примене ресторативне правде  
на злочин мржње..... 513  
*Possibilities of Implementing Restorative Justice in Hate Crimes*

**Др Филип Мирић**  
Интернет превара као облик  
компјутерског криминалитета ..... 531  
*Internet Fraud as a Form of Cybercrime*

## **II РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА / PHD STUDENTS' PAPERS**

**Јелена Јанковић**  
Замка благостања под маском стабилности запослења...543  
*A Welfare Trap under the Mask of Employment Stability*

**Ана Будак**  
Адекватност концепта људских права .....557  
*The Adequacy of the Human Rights Concept*

**Упутство за ауторе..... 577**

**Guidelines for Authors..... 579**



## Уводна реч госта уредника (уредници Конференције)

Правни факултет Универзитета у Нишу, традиционално, у склопу обележавања 58. годишњице постојања и рада, организовао је међународну научну конференцију под називом „Право пред изазовима савременог доба» 13-14. априла 2018. године. Изабрана тема је изазвала интересовање великог броја научника и стручњака из Србије, али и из Немачке, Пољске, Турске, Словачке, Румуније, Бугарске, Хрватске, Црне Горе, Босне и Херцеговине и Македоније. Наиме, модерно време је обележено многим погодностима, али и изазовима. Свако време носи идеје прогреса, али и изазова и ризика. Један од највећих изазова за савремено доба је феномен убрзаних промена на свим пољима: брже се мењају околности него што право може да одговори на њих; а што је право немоћније онда је волунтаризам моћи израженији. Немоћ права не протиче само из варијабилности, сложености и комплексности времена. Стални изазови праву су политичка моћ, политички и економски интерес. Изазови данашњем праву свакако су и еколошки ризици, тероризам, хегемонија глобалног неолибералног капитализма, велики јаз између богатих и сиромашних.

У радовима садржаним у овом Зборнику изазови савременог доба посматрају се из јавноправне и кривичноправне перспективе. Објављивање наведених радова има за циљ да резултате истраживања учесника Конференције учини доступним научној, стручној и широј јавности, како би се подстакла и развила научна и стручна расправа о потенцијалним изазовима, које савремено доба ставља пред право, и могућим начинима њиховог превазилажења.

Ниш, децембар 2018.

*Гости уредници*

*Проф. др Саша Кнежевић*

*Проф. др Маја Настић*

## **Conference Editor's Introductory Note**

Collection of Papers, Faculty of Law, University in Niš

No. 80/2018

Dear Readers,

In keeping with the long-standing tradition and on the occasion of marking the 58th Anniversary of this higher education institution, the Faculty of Law, University of Niš, organized the International Scientific Conference "Law in the context of addressing the Challenges of the Contemporary World", held on the 13th -14th April 2018. The selected topic has attracted interest of a large number of scholars and legal professionals from Serbia and other countries: Germany, Poland, Turkey, Slovakia, Romania, Bulgaria, Croatia, Montenegro, Bosnia and Herzegovina, and Macedonia.

The contemporary world is marked by many advantages and ample challenges. Every period in history engenders progressive ideas but also generates challenges and risks. One of the most notable challenges in modern times is the phenomenon of accelerated change in all aspects of human life. Given the dynamic change of social circumstances, the law can hardly keep up with and adequately respond to the ever-changing realities. The lesser the power of law, the greater the power of voluntarism. Yet, the power of law is not only undermined by the complex, variable and versatile circumstances of the specific time. Political power, political and economic interests pose constant challenges to legal systems. Nowadays, law encounters serious challenges embodied in environmental risks, terrorism, the hegemony of global neoliberal capitalism, the ever-growing gap between the poor and the rich, etc.

This issue of the Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš, comprises scientific papers on contemporary challenges observed in the areas of public law and criminal law. The publication aims to present the Conference participants' research results and make them accessible to the scientific, professional and general audiences, in an endeavour to promote and enhance the debate in scientific and professional circles on the potential challenges and possible way of overcoming the challenges encountered by law in the contemporary world.

Niš, december 2018

Guest Editors

Prof. Saša Knežević, LL. D.

Prof. Maja Nastić, LL.D.

Faculty of Law, University of Niš

# I ЧЛАНЦИ

---

---



**Др Милан Петровић,\***  
Редовни професор Правног факултета (у пензији)  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880015P

UDK:340.12  
Рад примљен: 30.09.2018.  
Рад прихваћен: 14.11.2018.

## **КОНТРАКТ, КВАЗИКОНТРАКТ, ДЕЛИКТ И КВАЗИДЕЛИКТ КАО ОСНОВНЕ ПРАВНЕ ЧИЊЕНИЦЕ И ПРАВНА ТЕХНИКА. ПРИЛОГ ПРАВНОЈ СТАТИЦИ\*\***

**Апстракт:** Текст представља сажето излагање правне статике као дела тријалистичке филозофије права и државе. Уводи се нов појам материје права, која, између осталог, обухвата објективна правна правила (као супротност правним прописима), те контракт, квазиконтракт, деликт и квазиделикт као формалне изворе права, што омогућује рехабилитацију старе теорије друштвеног уговора. У филозофију права и државе спадају и фундаментална и формална правна техника. У фундаменталну правну технику нарочито спадају правни пропис, правни институт и подела субјективних права на статусна и стечена права.

**Кључне речи:** Тријалистичка филозофија права и државе, правна статика, материја права, објективно правно правило, контракт, квазиконтракт, деликт, квазиделикт, основна и формална правна техника, правни пропис, правни институт, статусна и стечена субјективна права.

Овај рад је нови и – верујемо – знатно побољшани прилог нашој тријалистичкој филозофији права и државе. Она се састоји, као што смо раније већ писали, од правне статике, правне динамике и правне телеологије. Правна статика заснива се на супстанцијалној категорији простора. Правна динамика (циклично стварање правног поретка, укупност правних процедура) заснива се на супстанцијалној категорији

---

\* milan@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

времена. Правна телеологија (укупност идеалних правних принципа или идеалних правних начела) садржана је у идеалном бићу (бивству, битку).

Досада смо најпотпуније појмили правну динамику, циклично стварање правног поретка, о коме смо најважније рекли још у једном чланку из 2010. године (Петровић, 2010, 188 и дд.). Остало је да му се још дода изузетно важна категорија јавних служби, о којима још нисмо расправљали у оквиру правне динамике. О основним правним принципима (начелима) расправљали смо још у својој докторској дисертацији (Петровић, 1981, 18 и дд., 215 и дд.), а напослетку смо их укратко дотакли у једном чланку из 2015. године (Петровић, 2015, 195, 220 и д.). Само, ни пре ни касније основне правне принципе нисмо довољно јасно сагледали као садржаје идеалног бића, већ пре као „градивне законе иманентне институционалном поретку“, односно, шире, као „објективна правна правила“ (нов израз о коме ће ниже бити речи). Наиме, основна правна начела јесу и то, али не као садржај идеалног, већ реалног бића. С тим што назив „правна телеологија“ за укупност идеалних правних принципа, који смо после извесних двоумљења коначно усвојили у горе наведеном чланку (Петровић, 2015, 195), задржавамо и даље као најадекватнији. Наиме, још је Кант 1785. разликовао „царство сврха“ од „царства природе“ и телеологијом назвао разматрање „царства сврха“ (Kant, 1997, 180 и д., 192). С тим у вези, Кант такође повлачи разлику између релативне сврсисходности (целисходности) и унутрашње, апсолутне сврсисходности (целисходности). Релативна сврсисходност значи ваљаност, подесност за један циљ који је претпостављено добар, и она је последица посматрања природе, док апсолутна целисходност указује на добро по себи, на један циљ који лежи ван природе. Кант истиче да релативна сврсисходност не даје право ни за какав „апсолутни (дакле филозофски, М. П., подвлачење је наше) телеолошки суд“ (Кант, 1975, §§ 62, 63; 250). Но, налазимо да наше раније излагање о правној статистици (Петровић, 2015, 196 и дд.) мора бити подвргнуто темељитој преради и доради.

Тријалистичка филозофија права и државе не познаје разлику између приватног и јавног права. Разматрање о овом питању заправо спада у област правне технике. Међутим, писац једног научног чланка сме да одступи од строго логичког груписања грађе, ако сматра да постоји оправдан разлог за то: то је такозвани „прагматички аргумент“. Још у нашој докторској дисертацији стајали смо на становишту разлике између приватног и јавног права, без дубљег улажења у њен проблем (Петровић, 1981, 134 и д.). Но, пажљиво ишчитавање докторске дисертације Т. Водинелића „Јавно и приватно право“ (Београд 1986, која је објављена 2016. као истоимена књига са „Накнадном речју унапред“ и литературом од 1986) подстакло



нас је да то становиште напустимо. Главни Водинелићев недостатак је лоша аргументација која је довела до одсуства суштинске селективности у приступу грађи. Тако он у исту раван ставља учење једног Имануела Канта и гледишта извеснога Ж. С. Ђорђевића. Он, надаље, смушено и тенденциозно излаже управо гледишта која негирају поделу права на приватно и јавно, међу која спадају и гледишта корифеја „Бечког круга“, као што су Келзен и Меркл (Водинелић, 2016, 485 илд.).

Своје негирање разлике између приватног и јавног права демонстрираћемо критичком анализом гледишта Леона Дигија, који је такође био присталица поделе права на приватно и јавно. Он, наимае, исправно каже (Duguit, I, 1927, 713): „Да коначно закључим; постоји разлог да се разликују јавно право и приватно право. Али, тој разлици не треба дати домашај који она нема. Јавно право и приватно право морају се изучавати у истом духу и истим методом. Закони јавног права и закони приватног права почивају на истом основу. Правни акти јавног права и они приватнога права образовани су од истих елемената и у суштини имају исти карактер.“ По Дигију, једина разлика између приватног и јавног права постоји у условима примене санкције, пошто се санкција у јавном праву не може састојати у примени принуде против државе, будући да држава монополише принуду (Duguit, I, 1927, 710 илд.). Но, на истом месту Диги понавља да је „држава“ за њега апстракција, да та реч у ствари означава „управљаче“ (*gouvernants*) (Duguit, I, 1927, 710). У конкретном смислу, то је тачно, пошто је „држава“ као апстракција творевина правне технике.

Пођимо од демократије. У демократској републици врховну власт, „управљаче“, чини већина грађана. Но, судови и полиција могу да примене принуду према сваком грађанину који повреди право. Испада да је санкција у виду принуде над „управљачем“ немогућа једино над апсолутним монархом или узурпатором будући да је он уједно врховни законодавац, врховни суд и врховна управа, пошто тек тада „држава“ не може да примени принуду према самој себи. Међутим, и Диги стоји на становишту да постоји право на отпор против угњетавања (Duguit, II, 1928, 196 илд.; Duguit, III., 1930, 790 илд.). То становиште и ми прихватамо (Петровић, 2014, 32 илд.). Само, шта је друго офанзиван отпор него принуда, и право на такав отпор постоји према свим „управљачима“, дакле и против апсолутног монарха и узурпатора. Диги такође износи једну тврдњу која заслужује пажњу (Duguit, II, 1928, 203 илд.): „Ако парламент пропусти да учини нешто што је дужан да учини, немогуће је да буде на то приморан силом и употреба силе против њега, на пример од стране државног поглавара, довела би изравно до грађанског рата. Једнако томе, ако државни поглавар прекорачи своја овлашћења, на пример незаконито распусти парламент,

не види се уопште средство да се сузбију силом такви акти... Јер, употреба силе у сличним случајевима против парламента или државног поглавара била би почетак грађанског рата“. Само, није ли грађански рат у таквим случајевима испољавање права на офанзиван отпор? У међународном праву рат је у начелу забрањен; он је дозвољен само као санкција за повреду међународног права, као реакција на међународни деликт (Kelsen, 1999, 331 илд.). Постоји дакле значајна сличност између права на офанзиван отпор и дозвољеног („праведног“) рата. О односу права и принуде биће ниже још говора.

Основну претпоставку, не само правне статике већ и права уопште, чини материја права. Извор материје права, „материјални извор права“, јесу правна свест и објективни дух. По нашем мишљењу, правна свест и објективни дух чине неодвојиво јединство.

У погледу правне свести, углавном се ослањамо на њено поимање како га је изложио Диги. Он каже (Duguit, I, 1927, 110): „Једно друштвено правило, економско или морално, стиче својство правне норме у тренутку када, из разлога који могу бити различити, маса духова, у разматраном друштву, има свест да санкција тог правила може бити обезбеђена на трајан начин друштвеном реакцијом која усваја, једну више или мање, развијену организацију.“ И даље (Duguit, I, 1927, 116, 117 илд.): „Осећање друштвености (друштвене солидарности) и осећање правде, то су два елемента која заједнички делују у образовању у духовима, у датом тренутку, свести да је извесно правило правна норма“. Уз то, уносећи у појам правне свести друштвену солидарност и правду, Диги исправно увиђа да је и правна телеологија битан део права. Но, маса појединачних правних свести само је субјективна страна материјалног извора права. Узете саме за себе, појединачне правне свести једино могу да буду извор нереда и нерешивих сукоба. Одатле нужност објективнога духа као објективне стране материјалног извора права. Објективни дух није „колективна свест“, пошто свест може имати само појединачни субјект, дачим је објективни дух објект. Али, као такав, он је „перспектива“ правне свести (v.: Nietzsche, II, 1972, 523), „бесконачни хоризонт историје“ (Husserl, II, 1952, 371). О објективном духу као историјском индивидууму в. даље: Петровић, 2015, 203 илд.

Садржај материје права сачињавају: објективна правна правила, објективни правни типови и основне правне чињенице.

Објективна правна правила одговарају „нормативним правним правилима“ (или краће: „правним нормама“) у Дигијевој теорији права. Тако он каже (Duguit, I, 1927, 109): „Ако се као пример узме Наполеонов законик, уз

издвајање породичног права, тамо ће се наћи три правне норме, ниједна више: слобода уговарања, поштовање својине, обавеза да се надокнади штета која је другом скривљено проузрокована.“ Сматрамо, међутим, да Дигијев израз у питању није добар, јер су сва правна правила уједно „правне норме“. Зато је израз „објективна правна правила“ (насупротив „конструктивним или техничким правним правилима“) бољи и тачнији. „Градивне законе“ поимамо као део уставног права. Они су, у ствари, објективна правна правила која важе у уставном праву, дакле као њихова подврста. Објективна правна правила можемо такође назвати „основним реалним правним начелима“.

Објективност објективним правним правилима даје оно што је Кант назвао „идејом нормалног“, коју је он, међутим, ограничио на естетику (Кант, 1975, § 17; 122 идд.). То „нормално“, о коме ће као претпоставци важења конструктивних или техничких правних правила бити речи касније, ослободио је оквира естетике један други немачки филозоф, Дилтај. Тако на подручју естетике настаје (Dilthey, V, 1924, 279), „за сваки део људских испољавања живота, један тип њиховог примерног извођења. Тај тип означава његову норму, која лежи између одступања на обе стране“.

Објективни правни типови јесу субјект права, правни објект и субјективно право.

Оштро и различно поимање типа изнад свега је Дилтајева заслуга. А и новија правна наука посвећује му нарочиту пажњу (v: Engisch, 1968, 237 идд.; Larenz, 1991, 461 идд.). Објективни тип насупротив субјективним типовима, какви су, рецимо, „идеални типови“, у методологији Макса Вебера (Weber, 1922, 190 идд., 520 идд.) представља синтезу индивидуалног и општег, али не случајну и произвољну. Он је једна целина кога има своје структуралне законитости које, као такве, потпадају под реалну категорију структуре; (о тој категорији v.: Hartmann, 1964, 212 идд.). Дилтај, који је та обележја типа први истакао, с тим у вези говори о „регуларном повезивању индивидуално различитих црта у основне форме душевног живота“ (Dilthey, V, 1924, 241), и тај обрт на другом месту тумачи на следећи начин (Ibidem, 270): „У једном таквом типу на регуларан начин је међусобно повезано више обележја, делова или функција. Те црте, чије повезивање чини тип, стоје једне према другима у једној таквој узајамној релацији да присуство једне црте допушта да се закључи о другима, варијација у једној, о варијацији у другој. И та типична повезивања обележја јачају у универзуму у успињућем реду форми живота, и достижу у органском и онда у психичком животу своју највишу тачку.“

Субјекта права или субјекта правног поретка ваља разликовати од правног субјекта као творевине правне технике.

Диги је исправно уочио да субјект права може једино бити индивидуалан човек свестан својих аката (Duguit, I, 1927, 459). Но, његова је грешка што није спознао разлику између субјекта права и правног субјекта, јер није увиђао разлику између садржине материје права и правне технике, што је начелан недостатак његове теорије права. Правна техника наима, што ћемо касније видети, може правни субјективитет доделити и бићима и појавним облицима који нису индивидуални људи свесни својих поступака.

Правна способност као битно својство субјекта права има две стране: пасивну и активну. Пасивна се огледа у томе, што је субјект права потчињен правним дужностима, у првом реду онима која су садржана у објективним правним правилима. Активна се огледа у томе што субјект права може имати субјективна права. Заправо, бити потчињен правној дужности увек значи бити потчињен нечијем субјективном праву. Један од класика пандектистике, Дернбург, тврдио је да се појам правног поретка мора добити из постепенога сагледавања постојећих субјективних права (Derenburg, I, 1896, 88).

Објекти права јесу све оно што служи задовољавању потреба и интереса субјеката права. И Хегел подробно говори о „систему потреба“ (Hegel, 1981, §§ 189 и дд.; 227 и дд.). При том треба имати у виду да постоје две врсте правних објеката. Једни тесно приањају за субјекта права, тако да се могу назвати „субјект-објектима“. То су, пре свега, живот, делатност, слобода воље. Други су правна добра, пре свега постојање, ситуација, моћ, срећа.

Субјективна права су нужна веза између субјеката и објеката права. Зато је ненадмашна Јерингова дефиниција субјективних права као „правно заштићених интереса“ (Jhering, III/1, 1888, 339). С тим што ми да бисмо избегли расправе о разлици између потребе и интереса, кажемо да су субјективна права правно заштићене потребе и интереси субјеката права. Даље, Јеринг поистовећује правну заштиту са тужбом (Ibidem). То би значило да су субјективна права конструкције правне технике, то јест позитивнога права. Нека, дакако, јесу. Међутим, у начелу, субјективно право је независно од тужбе и старије је од ње.

Основне правне чињенице јесу врста правних чињеница и деле се, као и ове, на догађаје независне од људске воље и на вољне радње (или акте) (v.: Holland, 2006, 87 и дд.). Основне правне чињенице прве врсте јесу они догађаји који се тичу настанка или нестанка субјеката права, као што су пунолетство, помрачење свести и смрт. Основне чињенице друге врсте, по

нама, јесу: контракт, квазиконтракт, деликт и квазиделикт; ове правне чињенице јесу основни формални извори права.

Подела на контракте, квазиконтракте, деликте и квазиделикте потиче из римског права, и једини велики грађански законик који је усваја јесте француски Грађански законик (Code civil) или Наполеонов законик (Code Napoléon). Но, римско право и француско грађанско право утврђују те правне чињенице као изворе облигација. Ми пак у њима видимо формалне изворе целокупнога позитивног права. Не овај начин враћамо права уговорној теорији настанка државе, уз једну битну допуну која се састоји у томе да држава настаје или путем уговора (контракта) или путем квазиконтракта. Старија правна филозофија није сагледавала квазиконтракт као основну правну чињеницу (формалан извор права), премда је, непоимајући га, признавала његово постојање. Тако и Тома Живановић знаковито каже (Живановић, 1959, 219, подвучено у изворнику): „Закон је дакле трећа категорија правних чињеница, пошто се он не може ставити под категорију од људске воље независних чињеница.“ И Диги вели да су квазиконтракти „једностранни правни акти“ (Duguit, I, 1927, 314). Напомињемо, међутим, да ми закон, мада не споримо да је правна чињеница, не сматрамо основним формалним извором права, већ констатацијом права, о чему ће касније бити речи, као што ни не оспоравамо постојање квазиконтраката грађанског права као пуких извора облигација. Ми једино наглашавамо да постоје квазиконтракти (и контракти) вишег реда, услед чега се јављају као основне правне чињенице и основни формални извори права.

Стара теорија о уговорном настанку државе, која је доживела процват у 17. и 18. веку и нестала средином 19. века, овде, из разумљивих разлога, не може бити подробно разматрана. Задржаћемо се једино на једном од њених класика, Канту.

Кант пише (Kant, VI, 1968, § 47; 315 ид., подвучено у изворнику): „Акт којим се народ сам конституише у државу, али заправо једино идеја истога, према коме правоваљаност истога једино може да се мисли, јесте изворни контракт, према коме сви (*omnes et singuli*) у народу напуштају своју спољашњу слободу, да би је као чланови једног општества, то јест народа као државе посматрани (*universi*), одмах опет примили, па се не може рећи: Држава, човек у држави жртвовао је део своје урођене спољашње слободе извесноме циљу, него да је он дивљу, безакону слободу сасвим напустио да би своју слободу уопште несмањену поново нашао у законској зависности, то јест у једном правном стању, пошто та зависност происходи из његове сопствене законодавне воље.“

Ову мисао изворног контракта као пуке идеје, Кант поткрепљује страшним претњама (Kant, VI, 1968, § 49; 318 ид., подвучено у изворнику): „Порекло врховне власти је за народ који стоји под њом, у практичној намери неистраживо; то јест, поданик не треба да делотворно мудрује о том пореклу као да има у погледу те власти право да сумња (*ius controversium*) у послушност коју јој дугује... Да ли је изворно као чињеница претходио збиљски уговор о потчињавању између истих (*pactum subiectionis civilis*), или је власт претходила, а закон само потом дошао, или је такође у том поретку требало да се појави: То су за народ који већ сада стоји под грађанским законом, сасвим несврнисходна, а ипак државу угрожавајућа мудровања; јер, ако би поданик који је сада измудровао најпотоњије порекло, хтео да се супротстави оном сада владајућем ауторитету, он би по законима истог, то јест с пуним правом, био кажњен, искорењен или (као стављен ван закона, *exlex*) протеран.“ Кант уз то истиче да су грађани дужни да се покоравају поретку који је створила успешна револуција, не питајући се да ли је између њих и новог властодршца закључен какав изворни контракт (Kant VI, 1968, § 49; 322 ид.): „Уосталом, ако је револуција коначно успела и нови устав буде заснован, противправност почетка и спровођења исте не може поданике ослободити обавезе да се као добри држављани повинују новом поретку ствари, и они не могу да ускрате часну послушност оној моћи која сада има власт.“

Наше је становиште, које је сасвим оригинално и које је у стању да рехабилитује стару уговорну теорију да између новог властодршца и уставотворца с једне стране и његових држављана с друге стране настаје у примеру који износи Кант, један основни квазиконтракт. Француски Грађански законик (*Code civil*) у члану 1371. дефинише квазиконтракте овако: „Квазиконтракти су чисто вољне радње човекове, из којих производи извесна обавеза према трећем лицу, а кадшто узајамна обавеза двеју страна“. (Подвучени текст у француском изворнику гласи: „*et quelquefois un engagement réciproque des deux parties*“). Овај текст одговара основном квазиконтракту као једном од формалних извора права како их ми схватамо. Основни квазиконтракт је извор мноштва узајамних права и обавеза: у односима између родитеља и деце, у односима између државне власти и странаца који се налазе на њеној територији, у односима између војсковође и домородаца земље коју је тај војсковођа освојио, у односима између самих суверених држава уколико ти односи нису уговорно уређени.

У једној битној тачки разилазимо се са Кантом. По том великом немачком мислиоцу, сви људи су дужни, штавише морају, да напусте првобитно природно стање (*status naturalis*) и пређу у грађанско стање (*status civilis*) у коме су потчињени држави и њеним законима (Kant, VI, 1968, §§ 41, 44; 306

ид., 312). Ово Кантово гледиште с правом оспорава данас већ заборављени Швајцарац Карл Лудвиг фон Халер (Carl Ludwig von Haller), оправдано заборављен утолико јер је био последњи филозоф државе и права средњег века. Но, у Халеровом делу налазе се и дубоко засноване мисли, важеће и данас, и једна од таквих је и став да природно стање постоји и после настанка држава, монархија – путем уговора поданика са физички или духовно најјачим. и република – путем уговора једнаких путем уговора о удруживању или задрузи (Haller, I, 1964, 337 илд., 463 илд.). По Халеру, у грађанском стању, важе и даље индивидуална права појединаца која они имају и у природном стању. То такође следи и из нашег гледишта о основним контрактима и квазиконтрактима.

У деликту и квазиделикту долази до изражаја заштићеност права физичком принудом. За нас, међутим, ти појмови имају другачије значење него у класичној теорији грађанскоправне одговорности, одакле потичу. У тој теорији, деликт је злонамерно проузроковање штете, док је квазиделикт проузроковање штете из нехата. Но, пошто су тако схваћени деликт и квазиделикт исте суштине, то јест облици кривице, услед чега разлика међу њима може бити само у тежини и врсти санкције, што спада у правну технику, онда се за нас и у једном и у другом случају ради о деликту. Напротив, квазиделикт је за нас облик одговорности без кривице, објективне или каузалне одговорности, која наступа услед сваке противправне повреде неког субјективног права или дужности установљене објективним правним правилом, при чему ваља приметити да је свака повреда неке правне дужности уједно и повреда неке правом заштићене потребе или неког правом заштићеног интереса, дакле субјективног права. Овај облик одговорности преовлађује у грађанском праву, али је присутан и у кривичном праву, најмање утолико јер је и против нескривљене противправности допуштена нужна одбрана. Овакво разграничење деликта и квазиделикта сматрамо нарочитим доприносом правној теорији, јер класична теорија грађанскоправне одговорности није у стању да објективну одговорност сагледа као нужан саставни део материје права (v.: Н. Mazeaud / L. Mazeaud / Tunc, I, 1957, 463 илд.).

Могућност употребе физичке принуде је суштинско мерило разграничења права од других правила понашања, моралних и конвенционалних. Извесни ауторитети сматрају да право почива не само на физичкој, већ и на психолошкој принуди. На пример, Јеринг (Jhering, I, 1916, 297), али и Диги, који каже (Duguit, I, 1927, 711): „Постоји правно правило од тренутка када повреда тог правила изазива извесну друштвену реакцију.“ По Живановићу, поред физичке принудљивости и санкцијска је принудљивост елемент појма права (Живановић, 1959, 85 илд.). И у



праву, додуше, постоји и психолошка принуда, а постоје и санкције које се не састоје у примени физичке принуде. Али ти видови принуде не улазе у материју права. Психолошка принуда у праву заправо је одвраћање од кршења права претњом физичке принуде. Санкције које се не састоје у примени физичке принуде (рецимо, поништај правног акта) спадају у правну технику. Напротив, у области морала и конвенција психолошка и санкцијска принуда јесу једини облици принуде. Мора се такође имати у виду, како је изврсно уочио немачки правни филозоф М. Е. Мајер (M. E. Mayer, 1922, 55 ид.), да право није само заштићено физичком принудом, која је „принуда у пасивном смислу“, већ да оно једнако уређује и употребу физичке принуде, у ком случају долази до изражаја и „принуда у активном смислу“. Рецимо, када парламент доноси закон, онда принуда у пасивном смислу, заштићеност субјективнога права парламента да врши законодавну власт, ступа у позадину, а у први ред избија право парламента да доноси прописе заштићене физичком принудом, дакле право да примењује принуду у активном смислу. Ову могућност, могућност уређивања употребе физичке принуде, поседује само право и узаман ћемо је тражити у моралу и конвенцијама.

Проблематика правне технике крајње се ретко среће у делима из правне филозофије. У том погледу изузетак чини Штамлер (Stammler, 1970, 267 идд.). Само, он за предмет правне технике узима правни пропис и правни посао, што је тачно али преуско, и правну херменеутику (методику тумачења права), што је нетачно. По нама, методика тумачења права спада у правну динамику (Петровић, 2010, 193 идд.).

Значај правне технике за правну филозофију, њену правну статику, почива у томе што је без правне технике незамисливо иоле развијено позитивно право. Правна филозофија, и правна теорија уопште, нису уочавале тај значај, пре свега зато што су правну технику погрешно поимале као пуку вештину, безмало занат, или, још горе, као опасно оруђе за технократску злоупотребу права. Ово потоње гледиште, засновано на неисправној поставци да је правна техника средство правне науке, заступао је и Р. Д. Лукић. „Ако се правна техника“, вели он (Лукић, 3/II, 1995, 204), „сувише осамостаљује на рачун правне науке, на рачун праве суштине, духа и смисла права, онда се добија један исушени, ‘технизирани’, ‘бездушан’ и на крају крајева бесмислен правни поредак, макар како он био савршен.“

Насупрот томе, два велика теоретичара правне технике, и уједно угледна правна филозофа, Дабен и Рипер, указивала су да постоје две врсте правне технике, политичка или основна и јуристичка или формална правна техника (Dabin, 1935, 40; Dabin, 1944, 194; Ripert, 1955, 307 идд.). Овде



није могуће да се бавимо јуристичком или формалном правном техником. Зато ћемо у главним цртама изложити следеће појмове политичке или основне. То су: правни субјект, конструктивно или техничко правно правило (правни пропис) и правни институт. Овде такође спадају и правна санкција и правни доказ. Али пошто њихова проблематика улази у више различитих грана права, она ће једнако остати ван овог разматрања.

Субјект права, као објективни правни тип, унапред је, *a priori*, дат позитивном законодавцу. Овај, међутим, може и субјективним правним типовима да призна правну способност, те да на тај начин креира секундарне субјекте права, који заједно са примарним чине правне субјекте. Нормално је да тај акт креације бива садржан у конструктивном или техничком правном правилу (правном пропису).

Ти секундарни правни субјекти јесу, у првом реду, малолетници, посебно деца, и трајно умоболна лица, као и други малоумници. Но, пошто ове категорије људских бића немају или само у ограниченој мери имају правно релевантну делатну способност (пословну, деликтну, процесну), то она морају имати законске заступнике или старатеље који су субјекти права у објективном смислу. Значајни практични и етички разлози налажу позитивном законодавцу да и оним људским бићима призна правни субјективитет. С тим у вези Ларенц (Larenz, 1972, 64) каже: „Такође и њима припада ‘лично достојанство’, она имају право на поштовање, на живот, на сопствено животно подручје; али њима недостаје личном бићу у пуном смислу, припадајућа способност самоодређења и одговорности.“ О њиховом учешћу у државном животу Сменд каже (Smend, 1955, 134): „Те ако потпуно безумни не може имати удела у држави као једном духовном обједињењу, пошто он сам није духовно биће, то се ипак, због поштовања према фрагменту људскости који представља, према њему правно и чињенично тако поступа као да он један такав удео има.“ Да ли је правни субјективитет малолетника и малоумника једна законодавчева правна фикција? Нико то не каже. Тај правни субјективитет происходи, у ствари, из онога што је Диги назвао низом законодавних забрана „које су упућене другим људима да не учине било шта што би могло вређати моралне или материјалне интересе појединца лишеног разума“ (Duguit, I, 1927, 472 ид.). Диги овде не види никакво субјективно право дотичног појединца. Побиање те његове грешке изложићемо касније.

Сложеније је питање правнога субјективитета правних лица. Извесни велики правни системи уопште не познају правна лица. Ту спада класично исламско право; (v.: Arminjon / Nolde / Wolff, III, 1952, 459). Правно лице је творевина римскога права, одакле је тај концепт преузет у средњовековно

хришћанско право. Међутим, и француска револуција била је крајње непријатељски настројена према правним лицима. Национална скупштина је 2. новембра 1789. донела декрет којим је национализована целокупна имовина римокатоличке цркве, докле једине државне цркве у Француској. Потом је већина компанија била укинута. Поводом расправе о декрету од 26–29. жерминала године II, којим су, између осталих, била забрањена друштва за осигурање живота и акционарска друштва, познати министар Камбасерес (Cambacérès) је рекао (Ripert, 1951, 58): „Треба убити та друштва која уништавају јавни кредит.“ Трговински законик од 1808. дозволио је оснивање акционарских друштава, али је влада могла да им по слободној оцени изда и одузме дозволу за рад те заплени имовину. Тек је закон од 24. јула 1867. установио слободу оснивања акционарских друштава. Имајући у виду ова ограничења, Мишу и Тротаба знаковито веле (Michoud/Trotabas, I, 1952, 16): „За већину правника 19. века полазна тачка теорије правног субјекта налази се у аксиому да је једино човек субјект права.“

Под таквим околностима настала је „теорија фикције“, чији је родоначелник био Савињи (Savigny, II, 1840, §§ 85–102; 223 идд.). По тој теорији, која је неспорно владала током 19. века, правно лице је нестварно постојећа, само замишљена особа, с којом се поступа као са субјектом права и обавеза; (о тој теорији в.: Michoud/Trotabas, I, 16 идд.); импозантна књижевност старијих радова посвећених правном лицу наводи се у делу: Windscheid/Kipp, I, 1984, 255 идд.). Но, под утицајем социологије и растућег значаја акционарских друштава у капиталистичким економијама, теорија фикције се напушта и настају теорије које истичу реални супстрат правних лица. Овде се у излагање мноштва тих теорија не можемо упуштати; изнећемо само теорију коју сматрамо најисправнијом. То је схватање Планиола који се оправдано сматра највећим француским цивилистом своје епохе (Planiol је умро 1931. године) (в.: Vonpessac, I, 1933, 446 идд.).

За Планиола (Planiol, I, 1900, 259 идд.) замисао правног лица није ништа друго до једноставна, али површна концепција која крије од очију „колективну својину“. Притом је нужно да се за пословање колективном својином успостави специјалан режим, чије је битно својство изузимање колективне имовине од индивидуалних воља чланова правног лица, што је јасно разликује од имовине поседоване у стању сусвојине (Planiol/Ripert/Savatier, I, 1925, n°68). То гледиште, уз извесне небитне разлике, прихватио је и професор управног права Бертелеми. Планиол, наиме, не употребљава израз „фикција“. Бертелеми га, напротив, употребљава, више као начин изражавања него ли у суштинском смислу.

Он каже (Berthélemy, 1916, 28): „Фикција тако схваћена не би више изгледала другачије од поступка који дозвољава да на једноставнији начин објаснимо функционисање правних прописа у овој нарочитој ситуацији; она не чини да се из основа роди једно лице више, независно од чланова колективитета о коме се ради. Све у свему, правно лице је само средство да се објасне прописи који уређују колективну својину.“ У погледу државе, Бертелеми истиче (Berthélemy, 1916, 30, подвучено у изворнику): „Када кажем да је држава правно лице, нећу да изразим друго што до ово: Французи су КОЛЕКТИВНО власници добара и титулари права; они имају, сви заједно колективну имовину која није више на располагању сваког од њих, као што добра каквог трговачког друштва не припадају сваком другу узетом индивидуално.“ Исто решење важи и за правни субјективитет територијалних јавних служби (Ibidem, 31, подвучено у изворнику): „Срезови од 1838. године, а општине (комуна) одвајкада, што се тиче њихове имовине, јављају се такође као удружења својих становника. Становници општине јесу колективни власници комуналнога добра: Нико од њих засебно, већ сви, колективно.“

На питање правног субјективитета надовезује се питање основне поделе субјективних права. За нас је то подела на статусна и стечена права. Та подела је основна, јер се под њу могу сврстати сва субјективна права.

Диги је погрешно одбацивао појам субјективнога права у ма каквом виду. То је израз његове догме „правног објективизма“. Међутим, његова подела на објективне и субјективне правне ситуације може, уз извесне исправке, да води до поделе субјективних права на статусна и стечена, како је ми схватамо. За Дигија, објективне правне ситуације установљене су актима-правилима. Оне су опште, што значи да се односе на неодређен број лица, и трајне, што значи да постоје догод важи акт-правило који их је установио, и оне током свога важења могу бити мењане другим актима-правилима. Постоји велико мноштво објективних правних ситуација. Рецимо, непосредном и директном применом изборног закона сваки пунолетан држављанин постаје бирач. Или, у породичном праву, појединац рођен од два родитеља сједињена браком, самом чињеницом свога рођења постаје брачно дете. Међутим, постоје објективне правне ситуације које настају само под условом да је примењен изванредан појединачан акт, кога Диги назива „актом-условом“. Такве објективне ситуације такође су веома бројне. То је, рецимо, ситуација државног службеника која наступа тек када је надлежна власт донела решење о пријему у службу, што је један акт-услов. Или, у породичном праву, ситуација брачних другова уређена је законом, али она настаје тек закључењем брака, што је такође један акт-услов (V.: Duguit, I, 308 илд.).

Међутим, Дигијеве „објективне правне ситуације“ јесу, у ствари, статусна права (*iura status*), која је познавало још римско право, као: *status civiles, libertatis, civitatis, familiae; status naturales, sexus, aetatis*. У својој изврсној монографији посвећеној субјективним јавним правима, Георг Јелинек је показао да су та права појединца у ствари статуси (Jellinek, 1919, 81 и дд.): негативни статус (*status libertatis*), позитивни статус (*status civitatis*), активни статус (статус активног грађанства). Насупрот овим статусима, стоји пасивни статус (*status subiectionis*), који се састоји у потчињености појединца државној власти, дакле правима државе.

Две су основне Дигијеве грешке. Прва се састоји у томе што објективне правне ситуације, што ће рећи статуси, могу да имају и тренутан карактер. Неко лице почини кривично дело, услед чега наступе услови да потпадне под одговарајући кривичноправни статус. Оно буде осуђено да плати новчану казну, која је пресуда акт-услов. Но, осуђеник без одуговлачења плати казну, тако да је објективна ситуација у којој се нашао нестала такоређи у истом тренутку када је и настала. Друга грешка је та што не види или неће да види да постоје акти-правила који уопште не изражавају неку објективну правну ситуацију, али који представљају правни основ настанка, промене или гашења субјективних правних ситуација о којима ће касније бити речи. То су правни прописи који захватају у слободу и својину, и које је традиционална немачка наука државног права квалификовала као једине правне прописе (v.: Jesch, 1961, 117 и дд.). У 2. свеску свога монументалног трактата уставног права Диги штавише спомиње и захвате у својину и слободу грађана, али одатле не извлачи никакве закључке (Duguit, II, 1928, 474).

Објективним правним ситуацијама Диги супротставља субјективне правне ситуације. Оне су посебне, јер се на њих може позвати једно одређено лице или више одређених лица, и тренутне или часовите, у смислу да када се изврши чинидба која се за њих везује и искористи правни пут који их санкционише, оне „ишчезавају без трага“. Оне не настају ни из објективних правних правила ни из аката-услова, већ из „субјективних аката“, чији обим и домашај опредељује воља њиховог доносиоца, која је њихов „узрок настанка“. Најчешћи субјективни акт је уговор, а у управном праву то су наредбе које државна власт упућује појединцу, из којих настаје обавеза да овај изврши извесну чинидбу, рецимо да у складу са полицијском наредбом уклони рушеван зид који се протеже дуж јавног пута или да се сели из нездравог стана, или да у складу са префектовим решењем плати директан порез (Duguit, I, 1927, 312 и дд., 328 и д.; Duguit, II, 1928, 355).

Међутим, уговори производе не само тренутне, већ и трајне облигације, што и Диги признаје када говори о уговору о концесији (Duguit, I, 1927, 420 ид.). Путем уговора, посебно уговора о купопродаји, или на основу њега, настаје и право својине. Ово је тачка која руши целу Дигијеву конструкцију, јер за њега је својина објективна правна ситуација, па је и пренос својине акт-услов! Тај акт-услов био би традиција покретних ствари и упис у регистар непокретних (Duguit, I, 1927, 445 идд., 449). За љубав конструкције да је својина објективна правна ситуација, Диги ће жртвовати основно правно знање; јер, традиција и упис у регистар јављају се само као извршење уговора о преносу својине, дакле једног субјективног акта. Уосталом, својина се стиче и окупацијом, прираштајем, одржајем, радњама које сматрамо квазиконтрактима, смрћу оставиоца у наследном праву, дакле услед једне основне правне чињенице у виду догађаја, и у свим овим случајевима видети акт-услов просто је незамисливо, јер акт-услов је правни акт који подразумева доносиоца и адресата тог акта, који може бити како једностран тако и двостран правни акт, и у овом потоњем случају доносилац и адресат стичу се у истим особама.

С Дигијем се слажемо да је савремена својина друштвена функција, услед чега је увелико уређена правним прописима (Duguit, I, 1927, 448). Само, тако данас ствари стоје и са одређеним уговорима, па их зато ипак нико неће назвати актима-условима (v.: Loeber, 1969, passim). Но, полицијске наредбе и пореско решење које Диги наводи као субјективне акте, јесу акти-услови јер представљају примену извесних облика споменутог статуса потчињености (*status subiectionis*-а), који се састоје у забрани угрожавања јавног саобраћаја и живота и здравља људи, односно у обавези грађана да плаћају порез, и чији су обим и домашај уређени актима-правилима који установљавају те статусе.

Одавде следи да постоје статусна субјективна права која настају непосредно као последица статусних аката-правила или посредно као последица аката-услова донесених на основу тих аката-правила. Одавде такође следи да постоје и стечена (субјективна) права, која државни законодавац може да уређује и ограничава, али не и да их ствара, јер су дата са самим субјектом права. О својини као стеченом праву по себи, Хегел каже (Hegel, 1981, § 41;76, подвучено у изворнику): „Особа мора да себи да спољашњу сферу слободе да би била идеја... Тек у својини особа је као ум.“ Одавде се види дубок смисао Дигијевих израза „субјективна правна ситуација“ и „субјективни акт“.

Израз „стечена права“ ишчезао је одавно како у француској (v.: Roubier, 1960, 166 идд.) тако и у немачкој правној науци (v.: Bühler, 1914, 232), што

је као последицу имало и престанак изучавања њиховог појма у тим догматикама. Али, у правној науци и јудикатури Сједињених Америчких Држава она су и даље присутна („*vested rights*“) (Kisaker, 1963, 4–1 илд.). Проблем стечених права присутан је и пред немачким судовима (Scheerbarth, 1961, 37 илд.). Битан значај разлике између статусних и стечених права долази до изражаја у вези са повратним дејством (ретроактивношћу) правних прописа. Јер, правни прописи, првенствено закони, у начелу могу да повратно делују на статусна права, док је повратно дејство правних прописа у начелу недопуштено на уштрб стечених права. То налази оправдање у томе, што законодавац не сме да правне субјекте лишава оних права која им сам није дао. Из разумљивих разлога у ову сложену материју овде се не можемо упуштати, тим пре јер она спада у правну динамику.

Конструктивна или техничка правна правила, која можемо називати правним прописима, Диги оправдано не сматра ни материјалним ни формалним изворима права, већ констатацијама објективних правних правила. Правни прописи подразумевају постојање државе, макар и у зачетку. Они, у границама могућности, бивају установљени да обезбеде поштовање и примену објективних правних правила. „Они“, вели Диги (Duguit, I, 1927, 107), „организују мере; доносе диспозиције; утврђују надлежности, и, да би се све рекло једном речју, стварају правне путеве да би се обезбедила санкција објективног правног правила... Конструктивна правила такође утврђују услове под којима држалац силе може да интервенише; она опредељују његова овлашћења, дејство и домашај његових одлука.“ Диги такође, с тим у вези каже (Duguit, I, 1927, 154): „Следствено формули којом сам се претходно служио, рећи ћу да обичајно правно правило, јудикатура и закон нису извори права, већ начини констатације правног правила.“

Ова изврсна разматрања од битнога су значаја за исправно поимање важења права; јер, један правни пропис не важи зато што га је донела држава, већ зато што се јавља као израз извесног објективног правног правила. Диги то објашњава на следећи начин (Duguit, I, 1927, 108, 176): „Конструктивно правно правило, премда подразумева постојање државе, не прима, међутим, од ње свој императивни карактер. То је немогуће, пошто... тобожње заповести државе происходе од извесног појединца или скупине појединаца, чије воље не могу бити воље које наређују другим појединачним вољама, потчињеним и послушним. Та хијерархија воља не постоји нити може постојати. Конструктивна правила су императивна када и у мери у којој се везују за објективно правно правило чији је предмет да обезбеде оделотворење тог правила. Иза сваког конструктивног правила, да би било обавезно, мора да постоји објективно правно правило, коме то

конструктивно правило тежи да гарантује примену и поштовање... Тако, законски текст престаје да се намеће, може, следствено текућем изразу, да се избочија. Може ли обичајно правно правило да укине изричну одредбу закона? Ето како се често поставља питање. Оно је лоше постављено. Обичајно правно правило и закон нису правна правила од самих себе, и не може се поставити питање да ли једно може укинути друго. Али, када је извесно, у стварности, да је обичајно правно правило одиста изразило објективно правно правило и да је позитивни текст извесно у супротности са њим, онда се поставља питање како треба да поступи јавни чинилац. Изгледа ми немогуће да порекнем да он треба да примени правило које обелоданило обичајно правно правило.“

При свему томе, Дигијева је начелна грешка што није хтео или могао да види правне институте. Овде су најпре неопходна извесна језичка разјашњења. У нашем и немачком правном говору правни институт означава исто: објективну правну установу. Француски правнички говор, у духу латинског језика, за исти појам употребљава израз „институција“ (*institution*). Тако Орију, родоначелник теорије институције, подвлачи разлику између „институције-лица“ и „институције-ствари“ (Hauriou, 1933, 96 ид.). Правни институти о којима је овде реч одговарају овом другом значењу. Додајмо да на француском, немачком и српском језику „институт“ означава и научну или културну установу, што је превод латинске речи „*institutum*“.

У француској и немачкој правној науци појам правног института нестаје, што је последица све јачег продирања нормативизма у правну науку, чија је жртва, као што спомену смо, био и Диги. Код нас, на срећу, правни институт је опстао у правној филозофији и науци (в.: Живановић, 1959, 93 идд.; Лукић, 3/II, 1995, 281 ид.; Прица, 2016, 78 идд.).

За почетак пођимо од Бонказа, једног од највећих француских цивилиста, који указује на нужну везу између правног правила (у смислу правног прописа) и правног института (в.: Vonnesse, 1931, 82 идд.). Но, за њега се та веза састоји у односу простог и сложеног, и то је, у ствари, све. Од Бонказа смо почели, јер и ми сматрамо да постоји нужна веза између правног правила и правног института. С тим што се за нас та веза састоји у томе што иза правног института стоји категорија субјективног права. Додуше, и поједини правни пропис може бити израз субјективног права. То је, међутим, ретко када случај. Обично тек више правних прописа уобличавају субјективно право. И то уобличење је правни институт. Није дакле однос правног прописа и правног института однос између простог и сложеног, већ однос између зависног и независног, дела и целине. Постоје основни, елементарни правни институти, који изражавају једно



субјективно право, и сложени правни институти, који изражавају два или више узајамно повезаних субјективних права. Ове потоње правне институте Рубије назива „правним ситуацијама“ (Roubier, 1963, 52). Тај назив можемо прихватити пошто смо отклонили „правне ситуације“ у Дигијевом смислу, те на тај начин избегавамо могућност мешања појмова.

Дакле, основне правне институте надгорњавају правне ситуације. Овде је, међутим, нарочито важно указати и на следеће: Рубије правну ситуацију опредељује као „комплекс права и дужности“ (Ibidem). Ми дужности или обавезе не наводимо као елемент правног института – са изузетком правних установа кривичног и полицијског права – пошто су субјективна права без даљег ограничена, и та ограничења нису ништа друго до обавезе или дужности, забране и наредбе, које се, са своје стране, јављају као субјективна права других правних субјеката и државе. Но, вратимо се на институте кривичног права. Ти институти, који су у првом реду статусне забране које се оделотворују актима-условима судова као државних органа, имају за циљ најтврђу могућу заштиту субјективних права правних субјеката и државе, па се те забране, и оне, на концу јављају као средства егзистенције субјективних права. Дабен исправно указује на то да се правни институти повезују у све шире целине, на чијем је врху „право у целини“ (Dabin, 1944, 60). Он с тим у вези каже (Ibidem, 62 ид.): „Тако, институт продаја, као уговор, зависи од института правног акта; институт својина, као стварно право, зависи од института стварно право; институт брак је један од елемената, уосталом битан, целог система породичног права; институт старатељство је један од режима заштите неспособних, итд.“

По нашем мишљењу, изнад правних ситуација стоје институти правне гране, на пример уставно право, међународно право, међународно приватно право, облигационо право; изнад института правне гране стоји институт правне области: државно право, црквено право, грађанско право. Напоменимо и да Штамлер, уместо „приватно право“ каже такође грађанско право (Stammler, 1970, 282, аднотација 3). Разуме се, на врху је правни систем као институт института.

### **Литература/References**

- Berthélemy, H. (1916.) *Traité élémentaire de droit administratif*. 8-e éd., Paris.
- Bonnecase, J. (1931.) *Introduction à l'étude du droit*, 2-e éd. Paris.
- Bonnecase, J. (1933). *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, I, Bordeaux.



Bühler, O. (1914.) Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin / Stuttgart /Leipzig.

Водинелић, В. (2016.) Јавно и приватно право, Београд.

Dabin, J. (1935). La technique de l' élaboration du droit positif, spécialement du droit privé, Bruxelles / Paris.

Dabin, J. (1944). Théorie générale du droit, Bruxelles.

Dernburg, H. (1896). Pandekten, I, 5. Aufl., H.W. Müller, Berlin.

Dilthey, W. (1924). Beiträge zum Studium der Individualität, in: Die geistige Welt, in: Gesammelte Schriften, V, Leipzig/Berlin.

Duguit, L. (1927). Traité de droit constitutionnel, I, 3-é ed., Paris.

Duguit, L. (1928). Traité de droit constitutionnel, 3-é ed., Paris.

Duguit, L. (1930.) Traité de droit constitutionnel, 3-é ed., Paris.

Engisch, K. (1968.) Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl., Heidelberg.

Живановић, Т. (1959). Систем синтетичке правне филозофије, Београд.

Jellinek, G. (1919.) System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, Neudruck, Tübingen.

Jhering, von R. (1916.) Der Zweck im Recht, I, 5. Aufl., Leipzig.

Jhering, von R. (1888.) Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, III/1, 4. Aufl., Leipzig.

Jesch, D. (1961.) Gesetz und Verwaltung. Eine Problemstudie zum Wandel des Gesetzmäßigkeitsprinzips, Tübingen.

Kant, I. (1997). Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werke, III, Moskau 1997. (двојезично немачко-руско издање)

Кант, И. (1975.) Критика моћи суђења, превео Н. Поповић, Београд.

Kant, I. (1968.) Kants Werke, VI: Die Religion innerhalb der Grenzen der blossen Vernunft. Die Metaphysik der Sitten, Akademie – Textausgabe, Berlin.

Kelsen, H. (1999). General theory of law and state, Union, N. J. 1999, 5th printing 2002.

Kisker, G. (1963). Die Rückwirkung von Gesetzen. Eine Untersuchung zum anglo-amerikanischen und deutschen Recht. Tübingen.

Larenz, K. (1972). Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., München.

Larenz, K. (1991). Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg /New York /London /Paris /Tokyo /Hong Kong /Barcelona /Budapest.

Лукић, Р. Д. (1995). Сабрана дела, Трећи том, теорија државе и права, II. Теорија права, Београд.

Loeber, D.A. (1969.) Der hoheitlich gestaltete Vertrag. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den Planvertrag im Sowjetrecht und den „diktierten Vertrag“ im Recht der Bundesrepublik Deutschland, Berlin/ Tübingen.

Mazeaud, H. et. L. (1957.) Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, I, 5-e, éd., Paris.

Mayer, M.E. (1922.) Rechtsphilosophie, Berlin.

Nietzsche, F. (1972.) Die fröhliche Wissenschaft, in: Werke, herausg.v. K. Schlechta, 6. Aufl. (Nachdruck), Frankfurt a. M. /Berlin Wien.

Петровић, М. (2010.) О супрематичности извршно-управне власти у западним земљама и у Русији. Уједно утемељење кружнога (цикличнога) стварања правнога поретка. Тематски зборник радова Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 155-200.

Петровић, М. (1981.) Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа, Београд.

Петровић, М. (2014.) О легитимитету уставнога судства и институционализацији права на отпор, с додатком о легитимитету црквених власти. Зборник радова правног факултета у Нишу, Ниш, 19-44.

Петровић, М. (2015.) Прилог учењу о основним појмовима тријалистичке теорије права и државе. Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, 195-227.

Planiol, M. (1900.) Traité élémentaire de droit civil, I, Paris 1900.

Planiol M. Ripert, G. (1925.) Traité pratique de droit civil français, I, avec le concours de R. Savatier, Paris.

Прица, М. (2016.) Експропријација као правни институт, докторска дисертација (необјављена), Универзитет у Нишу, Правни факултет, Ниш.

Ripert, G. (1951.) Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2-e éd. Paris.

- Michoud, L. (1932.) La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, I, 3-e éd. par L. Trotabas, Paris.
- Ripert, G. (1955.) Les forces créatrices du droit, Paris.
- Roubier, P. (1960.) Le droit transitoire (Conflicts des lois dans le temps), 2-e éd. Paris.
- Roubier, P. (1963.) Droits subjectifs et situations juridiques. Paris.
- Savigny, von F.C. (1840.) System des heutigen Römischen Rechts, II, Berlin.
- Scheerbarth, H.W. (1961.) Die Anwendung von Gesetzen auf früher entstandene Sachverhalte (sogenannte Rückwirkung von Gesetzen).
- Smend, R. (1955.) Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, Berlin.
- Arminjon, P. Nolde B. Wolff, M. (1952.) Traité de droit comparé, III, Paris.
- Stammler, R. (1970.) Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1928., Nachdruck, Berlin.
- Haller, von C.L. (1964.) Restauration der Staatswissenschaft oder Theorie des natürlich-geselligen Zustands, der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt, I, Nachdruck der 2. Aufl., 1820, Aalen.
- Hauriou, M. (1933.) Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté, Paris.
- Hartmann, N. (1964.) Der Aufbau der realen Welt. Grundriss der allgemeinen Kategorienlehre, 3. Aufl., Berlin.
- Hegel, G.W.F. (1981.) Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Nach der Ausgabe von E. Gans herausg. v. H. Klenner, Berlin.
- Holland, Th. E. (2006.) The elements of jurisprudence, Clark, N. J.
- Husserl, E. (1952.) Ideen zu einer reinen Phänomenologie und Phänomenologischen Philosophie, II, herausg. v. M. Biemel, Haag.
- Weber, M. (1922.) Gesammelte Aufsätze zu Wissenschaftslehre, Tübingen.
- Windscheid, B. (1984.) Lehrbuch des Pandektenrechts, I, 9. Aufl., v. Th. Kipp, 1906, 2. Neudruck, Aalen.

**Milan Petrović, LL.D.,**  
Full Professor (retired),  
Faculty of Law, University of Niš

**CONTRACT, QUASI-CONTRACT, DELICT AND QUASI-  
DELICT AS THE FUNDAMENTAL LEGAL FACTS AND LEGAL  
TECHNIQUE: A CONTRIBUTION TO LEGAL STATICS**

**Summary**

*This paper is a contribution to establishing the Trialist philosophy of law and the state. In the earlier papers on this philosophical theory, the author presented the final elaborations on the legal dynamics and legal teleology, as the second and the third part of the Trialist philosophy, respectively. In this paper, the author considers the most complex and, logically speaking, the principal part of this philosophy: the legal statics. In this context, the author presents a new conception of the matter of law, which entails an adequate understanding of the substantive legal matter, whose contents include: objective legal rules, objective legal types, and fundamental legal facts. A significant novelty in this conception is that the fundamental legal facts, such as: a contract, a quasi-contract, a delict, and a quasi-delict, emerge as the formal sources of law. Thus, the law "returns" to its roots - the social contract theory on the origin of the state. The former conceptions of this theory were flawed because they did not recognize the quasi-contract as being comparative to the social contract. This paper rectifies this misconception. Another important dimension is the inclusion of the legal technique into the legal statics. Yet, this presumes the proper understanding of the legal technique. In effect, it entails the fundamental or policy-making legal technique, and the juristic or formal legal technique. The fundamental or policy-making legal technique includes: a legal subject, a constructive or technical legal rule (legal precept), and a legal institute. These three basic concepts of the legal technique are discussed in this paper. The fundamental or policy-making legal technique also includes legal sanctions and legal evidence, but these concepts will not be discussed in this paper. Another significant part of this paper is the elaboration on the basic classification of subjective rights, which are divided into to status rights and vested rights.*

**Key words:** *Trialist philosophy of law and the state, legal statics, the matter of law, objective legal rule, contract, quasi-contract, delict, quasi-delict, fundamental and formal legal technique, legal precept, legal institute, status rights and vested subjective rights.*

**Др Здрава Стојановић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Бањој Луци

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880037S

UDK: 342.7(497.11)"18"  
Рад примљен: 30.09.2018.  
Рад прихваћен: 23.11.2018.

## **О ПОЛИТИЧКИМ ПРАВИМА И СЛОБОДАМА У КНЕЖЕВИНИ И КРАЉЕВИНИ СРБИЈИ – УСТАВНИ И ЗАКОНСКИ ОКВИРИ XIX ВИЈЕКА\*\***

**Апстракт:** *С обнављањем либерално-демократске уставности у Србији, почетком 90-их година прошлог вијека, актуелизовано је и питање одабира уставног модела, примјереног новоуспостављеној друштвеној и државној форми. С обзиром на то да уставноправне расправе на ту тему очито не подлијежу року трајања, аутор овог рада настоји, с правно-историјске равни посматрања, дати одговарајући допринос тумачењу развоја српске уставности, зарад остваривања тежњи ка стабилном уставном уређењу. Како је сегмент људских права незаобилазан предмет уставног регулисања, својеврсни *sine qua non* остваривања демократског уставног поретка, ауторов аналитички, правно-политички осврт на основне домете и главне тековине нормативног регулисања политичких права и слобода деветнаестовјековне Србије би, у искуственом смислу, могао допринијети савременој доградњи српског уставног идентитета.*

*Пратећи генезу нормирања политичких права и слобода с тежиштем на садржајни и правно-технички аспект, аутор уочава, између осталог, и једну упадљиву карактеристику конституционализације истих, а то је тзв. енонсијација законитости, односно упућивање у самом уставном тексту на закон (присутна је нарочито код Устава од 1869. године). Како се квалитет једног устава и ваљаност њиме уведеног уставног поретка процјењује и са гледишта основности појединих енонсијација законитости, аутор настоји разлучити оправдане потребе законске разраде уставних одредби о политичким правима*

\* zdrava.stojanovic@pf.unibl.org

\*\* Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу

*грађана, од очитих примјера упућивања на законску регулативу с циљем ограничавања уставом гарантованих права па све до њихове суспензије.*

**Кључне ријечи:** *политичка права и слободе, бирачко право, слобода штампе, слобода мисли, слобода удруживања, устав, закон.*

## 1. Увод

У вријеме када су свјетло дана угледале славне декларације о људским правима и слободама прокламоване америчком и француском револуцијом, Србија је била тек једна заостала провинција уклопљена силом јачег у систем вриједности Османског царства. И док се с конституционализацијом истих, те отпочињањем модерне свјетске и европске уставности, однос власти и грађана почео у духу либералне идеологије мјерити управо критеријумом људских слобода, Србија је своју тежњу ка националној слободи задуго претпостављала остварењу унутрашњих слобода у смислу правне заштите различитих сегмената живота појединаца.

Иако се не би могло рећи да је Србија, као вазална кнежевина, олако кренула путем ограничавања свемоћне државне власти уставним гарантовањем људских права, поготово у политичкој сфери живота, одредбе о субјективним, индивидуалним правима добијају све важније мјесто током њеног уставног развика. Говорећи уопштено о правима грађана у српским уставима, Д. Поповић уочава три развојна стадијума. „У почетку“, каже он, „грађанин није био више од једног пројекта и племените замисли, доцније је грађанин стекао по уставу извесна права, али круг тих права није био потпун. Њиме су била обухваћена она права која се односе на личну безбедност појединца и његову имовину. Најзад, у трећој фази у поменутом кругу нашла су се и политичка права“ (Поповић, 1996<sub>1</sub>: 189). Тежиште овог рада је управо усмјерено ка аналитичком сагледавању нормативних рјешења политичких права и слобода, и то од времена када она по први пут постају уставна категорија (1869), па све до својеврсне уставноправне финализације истих (1888), досезањем високих стандарда ондашње грађанске уставности по обрасцу напредних европских држава. Притом је незаобилазно било идентификовати оне друштвене и политичко-идеолошке чиниоце од чијег утицаја је зависио садржински аспект, правни квалитет и нормативни домашај, не само уставних докумената, него и вриједносна снага органских и политичких закона, који су у домену политичких права обиљежили посматрани период уставног развоја.

Пратећи динамику уставног, а потом и законског уобличавања темељних права путем којих појединац, као грађанин, остварује учешће у стварању

државне воље (бирачко право), али и изражава лични став и мишљење о јавним пословима (слобода штампе, збора и удруживања), аутор покушава уочити извјесне закономјерности, па и дјелимични континуитет у овој сфери, и поред честих мијена, сужавања и ширења слобода, те смјене прогресивних и реакционарних уставних ситуација.

## 2. Зачеци либералне мисли о политичким слободама

Политичко-правна модернизација деветнаестовјековне Србије одвијала се највећим дијелом у контексту борбе за националну еманципацију и изградњу националне државе. Како би се управо „ослободила турског истока, она је морала да се у унутрашњем уређивању равна према Западу, према развијеним државама хришћанске Европе“ (Павловић, 2008:1). С тим у вези, замеће се и идеја модерне европске уставности, односно уставног регулисања вршења власти, што је на примјеру аутономне кнежевине тридесетих година 19. вијека значило ограничавање власти кнеза Милоша. На потребу кориговања кнежевог самодржавља зарад увећавања правне сигурности сваког човјека, прво указују ученији појединци из Милошевог непосредног окружења, као што су Вук Караџић и Димитрије Давидовић.<sup>1</sup> Како се лични режим владоца манифестовао, најчешће, у виду непоштовања људских права и слобода, то су се и почетни ставови појединаца изражавали указивањем на потребу њиховог правног обезбјеђивања. Дати народу „правицу“, односно „конституцију“, којом би се правно осигурали „живот, имање и чест“ сваког човјека, је, у духу Вуковог конституционализма, значило пристајање кнежево на одрицање од свемоћне власти над појединцем. Инспирисаност европским слободарским духом уочљива је и у српском „уставном првенцу“, као првом цјеловитом уставном документу из 1835. године (Поповић, 1988: 42). Но, као „преурањен плод српске уставности“ (Поповић, 1996<sub>2</sub>: 120), Сретењски устав је остао неживотворен, а с њим и либерална „Општенародна права Србина“. Највећим дијелом „позајмљене од француских конституција“ (Јовановић, 1990<sub>1</sub>: 18), уставне гаранције личних права су биле у нескладу са уставном стварношћу ондашње Србије.

---

1 Појединачни, изоловани и готово подвижнички примјери својеврсног занесењаштва модерним европским идејама видљиви су већ у периоду Првог српског устанка, у необјављеном „Слову“ Б. Грујовића и његовој чувеној реченици: „Гди је добра конституција тј. гди је добро установљеније закона и гди је добро уређена власт под законом, ту је свобода, ту је вољност, а гди један или више по својој вољи заповедају, закон не слушају но оно што хоће чине, ту је умрео вилајет, ту нема свободе, нема сигурности, нема добра...“



Уносећи у свој устав елементе револуционарног природног права, прије свега идеју народног представништва и идеју либералних права појединаца (Стојановић, 2010: 274), Д. Давидовић је ризиковао његову животност. Ипак, колико год непримјерена оном времену, слободоумна начела Сретењског устава ће, истина споро, али и извјесно, пронаћи своје симпатизере и присталице у ученим појединцима и интелектуалним круговима обновљене Србије. Његове позитивне тековине не умањује ни чињеница изостављања листе политичких права, којим би се омогућило о обезбједило учешће народа у политичкој сфери државног и друштвеног живота. Уставописац се, што је разумљиво и очекивано, руководио реалним стањем једног предмодерног, традиционалног друштва које није пружало ни елементарне претпоставке за увођење индивидуалних политичких слобода.

Америчким, а нарочито француским револуционарима припада нарочита заслуга што су питање људских права „учинили привлачним и потенцијално применљивим и на друге политичке заједнице“ (Становчић, 1989: 705). Постреволуционарни период је изњедрио концепт модерног уставноправног поретка, који је, инспирисан либералном политичком идеологијом, у врх политичких вриједности ставио човјекову слободу. Средином 19. вијека, превасходно под утицајем европске револуционарне 1848. године, идеје грађанске демократске слободе крче свој пут и у уставобранитељској Србији.

Сходно својој идеологији, уставобранитељски режим је био далеко од визије индивидуалних политичких слобода. Штавише, тада важећи тзв. Турски устав, заустављајући се као и његов претходник на нормирању личних слобода, од свих претходника се ипак разликовао несистематичним, рестриктивним и ретроградним приступом конституционализацији људских права и слобода. Истичући „господство Турске“, и „трибутарно подаништво Србије“ (Љушић, 2001: 111) Устав из 1838. је, поврх свега, успио препознати значај појединих права „житеља Србије“, „поданика Високе Порте“, у оним животним односима који су за њих били приоритетни (лична и имовинска сигурност, слобода вјероисповијести, слобода трговине, забрана кулука и др.). Изостављањем пак народне скупштине, Порта се удаљила од „сретењске“ идеје постојања централне политичке установе народа, премда тиме сазивање скупштине на основу обичајне праксе није забрањено, али није било ни обавезно.

У основи конзервативна, уставобранитељска политичка мисао ће се управо наведене револуционарне 1848. године суочити са вјесницима либералних идеја демократске и политичке садржине и њиховим настојањима ове



идеје из „француског расада“ пренесу на српско тле (Павловић, 1989: 724). У интерпретацији тзв. Паризлија „којим именом звау оне што су учили по Француској и Немачкој“ (Грујић, 1922: 10) и њихових младих идеолошких савезника, домаћих високошколаца-лицејаца, Кнежевини Србији би требао нови концепт уређења проевропског типа, који подразумеива остварење не само спољашње него и унутрашње слободе, у којој ће проговорити воља народа. Управо подстакнути од стране нешто организованијих зачетника и промотера српског либерализма, свој пут проналазе и први модерни политички захтјеви. Петровска скупштина, одржана у Крагујевцу јула 1848. године, једна од ријетких у то вријеме, остаће забиљежена као многољудан скуп на коме су европски образовани Срби, са свијешћу о значају политичких слобода и либералних закона, иницирали истицање „прошенија“, односно захтјева за озакоњењем народне скупштине као сталног органа власти, преко ког би се упражњавала народна права. Са исте скупштине је потекао, по први пут, и захтјев за установљењем слободе штампе, но више као производ романтичарске занесености млађахне српске интелигенције, него што је израз реалне потребе једног непросвјећеног друштва. Оно што је захтијевано на Петровској скупштини, по много чему се, ипак, може посматрати и као „нуклеус нових тенденција“ у развоју српског друштва (Ранђеловић, 2012: 247).

До озакоњења народне скупштине и слободе штампе, као основних захтјева петровских либерала, није дошло ни те 1848. године, а ни током наредних десет година. Довољно је било да европски револуционарни одјек утихне па да конзервативни, олигархијски режим почне стављати до знања да је у тадашњој Србији још увијек непожељно било говорити језиком европских либерала. Уставобранитељски режим је, како наглашава С. Јовановић, ауторитаран; његова основна идеја је да власт треба поштовати, те да народ не треба да се бави политиком. Истина, апетит за политичком слободом се ни код самог народа још није пробудио (Јовановић, 1990<sub>2</sub>: 28,76). Српском народу је тек предстојао рад на политичком сазријевању. Младолиберали, попут Јеврема Грујића, Владимира Јовановића, Милована Јанковића, Стојана Бошковића и осталих, искрено су вјеровали у његову демократску суштину и таленат.

Потакнуте 40-их година 19. вијека визијом модернизације српског традиционалног друштва, либерално-демократске мисли и идеје су уобличене и дјелимично оживотворене тек на Светоандрејској скупштини, која је засједала од 30. новембра 1858. до пред крај јануара 1859. године. Заслугом светоандрејске либералне струје није се стало само на доношењу једнократног, светоандрејског Закона о Народној скупштини, који је, као *lex specialis*, требало да послужи конституисању те скупштине с превасходним

циљем династијске смјене, а не њено „утврђење за унапредак“, како су то, заправо, жељели либерални прваци. У интерпретацији Јеврема Грујића, либералски пројекат Закона о Народној скупштини је, обзнањујући унутрашњи политички програм светоандрејаца, као главну тачку имао завођење народне контроле у државне послове. Скупштина, заснована на принципу народне суверености, те од народа слободно изабрана као стални орган законодавне власти, управо је требало да послужи тој сврси. У светоандрејском одбору либерали су тражили да се донесе и закон о слободи штампе, придајући му велики значај у правцу завођења ширих политичких слобода.

Светоандрејски Закон о Народној скупштини, у својој коначној верзији од 14. јануара 1859. године, истакао је супериорност конзервативног политичког става наспрам либералног. Реална политика Илије Гарашанина, као првака великашке опозиције, надјачала је радикална, либерално-демократска стремљења светоандрејске либералне групе. Скупштина, премда озакоњена, није постала законодавни чинилац. Другом тачком тог Закона проглашена је и слобода штампе, али „само у начелу“.<sup>2</sup> Упркос томе, светоандрејски либерали се могу сматрати родоначелницима србијанског либерализма (Поповић-Обрадовић, 1996: 508). Као утемељивачи слободоумне политичке идеологије, повезујући захтјев за политичким слободама с идејом народног суверенитета, они су утрли пут којим ће се кретати рецепција исте у даљем развоју нововјековне Србије.

### **3. Први уставни и пратећи законски прописи о политичким правима у Кнежевини Србији**

#### ***3.1 Устав од 1869. године (Намјеснички устав)***

Намјеснички устав, донесен по насилном окончању друге кнез Михајлове владавине, имао је испред себе један практичкополитички циљ: отупити, колико-толико, оштрицу свеколиког незадовољства, изазваног унутрашњом антидемократском политиком и полицијском владавином трагично настрадалог кнеза. Стога су његова нормативна рјешења била срачуната на поправку постојећег, али поступно и с мјером, у смислу ријечи које је Јован Ристић као министар сугерисао Михајлу: „Од свију унутрашњих политика најопаснија је она, која данас даје нешто што се сутра мора натраг узети“ (Петровић, 1912: 36).

---

<sup>2</sup> Зборник закона и уредби у Књажевству Србији, књ. XII, Београд, 1859, 11–18.

Својеврсно „дотјеривање“ претходног режима, најављено уставотворчевом закључном бесједом на Великој Народној скупштини, будило је каквуктакову наду у политичку либерализацију унутрашњих односа, у смислу унапређења политичких слобода. Но, намјеснички либерализам се показао неспремним и недораслим за „утаживање жеђи“ оживјелих носилаца светоандрејских тенденција. Тзв. „ристићевски“ либерализам, упркос слободоумном имену, остао је ограниченог домета. Програм умјерене либерализације политичког живота, у смислу реформисања земаљских установа ради проширивања народног утицаја на политику владе и на вођење државних послова, требало је да буде стратешки битан, „златни“, средњи пут између политичких крајности, преслободоумних, али и крајње конзервативних.

Примјерено планираном домету уставне реформе, Намјеснички устав се одредио и према питању основних права грађана. Новоуведеном ограниченом представничком систему одговарала је ограничена листа грађанских и још ограниченија листа политичких права (Стојановић, 2010: 276). Вриједност и домашај бирачког права, као једног од фундаменталних политичких права, у великој мјери је условљена уставним овлашћењима народног представништва, статусом његових чланова, али и изборним принципима предвиђеним у пратећем изборном законодавству. Устав од 1869. године је први српски устав који говори о бирачком праву, нормирајући га у дијелу који, управо, регулише установу Народне скупштине и њеног односа са кнезом и владом. Ограничено право учешћа Скупштине у законодавству, присутност вирилних, тј. од кнеза именованих посланика, могућност посредних избора, као и изостављање, односно препуштање регулисања есенцијалних питања изборног система изборном закону (као што су: трајање посланичког мандата, начина гласања и сл.), само су нека у низу значајних ограничења представничког система, због којих је вриједност изборног права замашно дискредитована.

Узимајући у обзир наведено, уставна рјешења услова за стицање и коришћење активног бирачког права (чл. 46) премда прописују могућност уживања права гласа за све пунољетне Србе који плаћају грађански данак на имање, рад или приход, попримају другачију димензију. Осим тога, повјеравањем изборном закону да одреди и „остала својства“ која мора имати неко лице да би било изабрано за посланика, пасивно бирачко право губи карактер уставом гарантованог права (Стојановић, 1990: 169). Одредбом пак чл. 48, Србија је, како примјећује М. Павловић, постала једина европска земља у којој је било забрањено бирати адвокате за народне посланике (Павловић, 2005: 405). Зато се као владини (кнежеви) посланици појављују управо они из реда адвоката и чиновника.

Бирачко право је несумњиво најважније политичко право које грађанима омогућава да легитимно конституишу власт у заједници и да њоме управљају (Вучинић, 2001: 132). Но, представничком систему су неопходна и нека друга политичка права и слободе, прије свега, слобода штампе, те слобода збора и удруживања. На вишедеценијске прогресивне тежње и захтјеве за слободом штампе, почевши од Петровске скупштине, преко Светоандрејске и скупштина одржаних за Михајлове владавине, па све до Велике народне скупштине (1869), Намјесништво није могло остати потпуно имуно. Истовремено, као приврженик умјереног, пролибералног реформаторства, и као главни креатор Намјесничког устава, Јован Ристић у истом том уставу нормира питање штампе, али не *explicite*, него само као један од могућих начина испољавања мисли, „саображавајући се у томе прописима закона“ (чл. 32). Осим тога, у другом ставу истог члана, испољен је више пута освједочен тактички потез владе и намјесништва да рјешавање „горућих“ питања, попут штампе, препусти законском регулисању.

При самом крају одјелка „О правима и дужностима грађана у опште“, нашао се и чл. 38, доносећи са собом институт ванредног стања, односно могућност да влада „у случају преке опасности за јавну сигурност“, „на неко време“ може обуставити неке уставне одредбе о личним слободама, али и слободу изражавања мисли, садржану у чл. 32, а то значи и „средством печатње“. Ограђујући се тако од могуће злоупотребе начелно прокламованих индивидуалних права (већина је стављена под придржај закона), намјесништво и влада су, истовремено, осмислили одбрамбену стратегију која је и сама отварала поље властите злоупотребе права. Непрецизне формулације чл. 38, у комбинацији са, такође, недовољно дефинисаним уставним ситуацијама које кнезу дају право на издавање привремених закона мимо скупштине (чл. 56), додатно су слабиле вриједност уставом прокламованих индивидуалних права генерално, а на крају и оних са политичким обиљежјима. Међу овим посљедњим, уставотворац није успио, нити је могао у датим околностима препознати значај права збора и удруживања, па оно није досегло своју конституционализацију.

Уставна реформа до које је дошло 1869. године представљала је формално-правни израз достигнутог степена друштвено-политичке и правне праксе, као и реалног односа политичких снага оновремене Србије. Умјерено либералну државотворну идеју Јована Ристића је, по добијању уставне верификације, требало оживотворити доношењем органских закона. Уклапајући се у намјеснички концепт уставности, законодавац се није задржао само на уобичајеној разради уставних одредби и попуњавању

празнина поводом питања за које је у самом Уставу одређено да буду законски регулисане.

### **3.2. Органски закони од 1870. године и политичка права**

#### **3.2.1. Закон о печатњи (штампи)**

У оквиру прве групе органских закона нашао се и први српски Закон о штампи од 23. октобра 1870. године.<sup>3</sup> Њиме је сувише начелан став уставотворца о слободи штампе требало надомјестити конкретним законским рјешењима. Иако је у својој бесједи, уочи скупштинског засједања, Ристић тврдио да је Устав „отворио слободи широко поље да се природно развија“, није се смјело дозволити да се иста „бујном навалом изметне у неред који би народу, у његовом првом уставном лету, крила саломио, а држави поткопао снагу...“<sup>4</sup> Наде либералних кругова да ће оно што је Уставом стављено у изглед, као што је питање слободе штампе, бити поентирано органским законима, остале су изневјерене. Уставотворац је, наиме, наизглед и начелно, најавио могућност слободе штампе, али је, препуштајући законодавцу супериорну улогу придефинисању њеног садржаја и домета, пристао и на могућност њеног ограничавања, па и суспендовања.

Прва српска законска рјешења о печатњи (штампи), илустративан су примјер уставне концепције постепене либерализације политичког живота. Због тога све што је дато – дато је „окрњено, парцијално, ограничено“ (Стојичић, 1980: 36). Законодавчева рјешења слободе штампе остала су половична и недоследна. Једном руком се давало, а другом одузимало. Покретање листа по систему пријаве окружној полицијској власти уз изостављање кауције, те цензуре штампе, дјеловало је обећавајуће у смислу прихватања слободоумних схватања, истакнутих уочи скупштинског засједања. Међутим, начелна либералност овог закона је, низом других одредби, потирана и обесмишљавана. Поједина нормативна рјешења нам се чине базичним по питању објективне и правилне процјене стварне намјере законодавца.

Иако је, сходно чл. 13, Закона о штампи речено да власт након издавања увјерења о испуњености услова за пријављену издавачку дјелатност неће правити издавачу никакве сметње да „радњу о којој је реч, може

---

<sup>3</sup> Зборник закона и уредаба изданих у Књажеству Србији од почетка до краја 1870, књ. XXIII, Београд 1870, 171-192, (у даљем тексту: Зборник закона..., XXIII).

<sup>4</sup> Протоколи Народне скупштине која је одржана у Крагујевцу 14.09.1870. године, Београд 1870, 8.

предузети“,<sup>5</sup> чланом 6. истог Закона уведена је забрана по тежини и посљедицама својим равна цензури. Обавезујући, наиме, штампара да од сваког броја новина мора „најдаље на један сахат пре но што их почне раздавати или разашиљати“ један примјерак послати мјесној полицијској власти (или другом одређеном званичнику), који ће му издати увјерење о пријему тог примјерка, онемогућавала је да у назначеном временском периоду врши продају новина.<sup>6</sup> Практичне посљедице наведених рјешења су се показале готово тежим од оних које би произвела раније уобичајена цензура (Јовановић, 1990<sub>3</sub>: 91).

Административна ограничења приликом пријаве и током растурања штампе додатно су подупрta рјешењима везаним за „узапћење“ листа (чл. 21), обуставу листа (чл. 46), одговорност за штампарске кривице (чл. 25), те застарјелост кривица насталих путем штампе (чл. 47, ст.1 и 2). Да је законодавац имао намјеру темељне либерализације питања јавне ријечи, не би остављао полицијској власти могућност злоупотребе при забрани штампане ствари кад нађе кажњиво дјело. С обзиром на то да јој оставља слободу да „за најкраће време“ поднесе ствар суду, како би се „запт“ скинуо или у важности остао<sup>7</sup>, ситуација је јасна. У случају пак обуставе листа, изостала је оцјена судске власти, па је министар унутрашњих дела могао да, по слободном нахођењу, процјењује да ли је нека уређивачка политика таква да постаје, између осталог, „убитачна за јавни мир и поредак“.<sup>8</sup>

Коначно, рјешење по коме „за преступ или злочинство што се учини печатњом, одговоран је сваки који се по општим начелима кривичног законика може сматрати за кривца или саучесника“<sup>9</sup>, упућује на закључак да је Закон о штампи усвојио аустријски систем заједничке одговорности по начелима кривичног законика, дакле, одговорност свих учесника у процесу настанка новина као што су писац, уредник, издавач, па и штампар (Павловић, 2005: 411). Уз све то, предвиђен је дуг период застарјелости дјела насталих путем штампе (шест мјесеци), као и стална могућност његовог продужења.<sup>10</sup>

Први законски прописи о штампи, као и сам Устав на основу ког су и донесени, постали су врло рано предмет оспоравања. Ристићева девиза о „слободи с редом“, тј. о слободи која ће одговарати народним,

---

5 Зборник закона..., XXIII, 175,176.

6 *Ибид*, 172,173.

7 *Ибид*, 179.

8 *Ибид*, 187, 188.

9 *Ибид*, 180.

10 Вид. шире чл. 47 Закона о штампи, Зборник закона..., XXIII, 188.

патријархалним обичајима, за које нису „слободе француске и енглеске“ (Јовановић, 1990<sub>3</sub>: 86), добиће најревноснијег опонента у једној групи будућих младоконзервативаца, који ће у својој идеологији бити либералнији од Ристићевих либерала. Слобода се, како је истакнуто у Каљевићевој „Србији“, још у вријеме доношења Намјесничког устава, не може „парче по парче давати и уживати“, јер напредни живот просвјешћеног запада подразумејева, између осталог, усвајање политичких слобода, које тај живот претпоставља (Јанковић, 1997: 126). Сходно таквом разумјевању либерализације политичког живота, влада Љубомира Каљевића, преузимајући од „ристићеваца“ државно кормило, премда краткотрајно, успијева измијенити и допунити првобитни Закон о штампи из 1870.<sup>11</sup> Њихов највећи допринос се очитовао у укидању озлоглашених чл. 6 и чл. 46 тог Закона.<sup>12</sup>

Значајан искорак ка слободној штампи, омогућен првим измјенама и допунама важећег намјесничког Закона о штампи, биће заустављен наступањем посебне уставне ситуације, наметнуте двогодишњим предратним, ратним, али и поратним стањем (1876–1878). Стављањем ван снаге „Каљевићевих“ измјена и допуна Закона о штампи из 1875. године, с позивом на чл. 38 Устава, наново успостављена Ристићева влада настоји заштити и обезбиједити, прије свега, властити режим. Но, неспремност исте да по престанку ратног стања врати на снагу слободоумна рјешења о штампи из 1875. године изазваће жестоку реакцију скупштинске опозиције.

Нове измјене и допуне Закона о штампи од 18 јануара 1879. године,<sup>13</sup> премда оспораване у претходној скупштинској дебати од стране заговорника слободе јавног изражавања, ишле су у правцу неутралисања појединих прописа од 1875. године, јер су се показале „у пракцици као врло убитачне за ред у земљи“ (Стојичић, 1980: 115). Тако је, супротно Закону из 1875, враћен чл. 6 из 1870. године, а с њим и заобилазна цензура.<sup>14</sup>

---

11 Измене и допуне у Закону о печатњи (штампи) од 23. 10. 1870. године; Зборник закона и уредаба издани у Књажеству Србији у години 1875/76, Београд 1876, књ. XXVIII.

12 Читајући приједлог Народне скупштине о проширењу права слободе штампе, М. Кујунџић истиче да је важећи закон намјењен био само да буде привремени прелаз ослобођењу јавне мисли, те да је сама „практика показала“ да је чл. 6 истог закона допуштао да се полицијска власт њиме „служи на најсвојевољнији начин“. Стенографске белешке Народне скупштине држане у Београду 1874/75, Београд 1875, II, 1403, 1404.

13 Зборник закона и уредаба изданих у Књажеству Србији од 1. новембра 1878. до 6. маја 1879. године, књ. XXXIV, Београд 1879, 129–132.

14 Поред члана 6, враћен је на снагу и чл. 21 Закона од 1870. године, као и чланови 25 и 26 истог Закона. Овим посљедњим су анулирани покушаји законодавца од



Коначно, судбину чл. 6, као својеврсног угаоног камена око ког су вођене најжустрије расправе, рјешити треће по реду Измјене и допуне Закона о штампи од 31. јануара 1880. године,<sup>15</sup> но опет половично и у духу дугогодишње владајуће политике Ј. Ристића и његових сљедбеника. Изнуђеним рјешењем, наведени члан је унеколико ублажен измјеном којом је задржана обавеза предаје једног примјерка листа мјесној полицијској власти, али непосредно прије почетка дистрибуције. Укидање претходне контроле штампе је опозиционим круговима било равно капи воде у мору постојећих ограничења исте.

Питање слободе штампе ће своје прво велико преиспитивање доживјети већ сљедеће године, али су за тај чин биле неопходне нове либерално-реформаторске снаге.

### *3.2.2. Изборни закон скупштински и бирачко право*

Као један од органских закона, Изборни закон од 10. октобра 1870. године<sup>16</sup> значио је један велики напредак у односу на низ скупштинских закона који су му претходили.<sup>17</sup> С друге стране, попуњавајући уставне празнине рјешењима везаним за незаобилазна питања изборне проблематике, иначе својствена уставном регилисању (начин гласања, скупштинска периода), Закон је попримио елементе уставног карактера, те завео непожељну уставну праксу. Декларативан, начелан карактер многих одредаба важећег Устава, као и велик број уставних празнина (питање слободе штампе је, као што смо видјели, само један илустративан примјер), генерисали су могућност стварања различитих уставних ситуација под истим Уставом, постајући „плодно тле за врло опасну појаву у уставном животу државе, за фактичку уставност, која обично одудара од своје формално-правне основе из уставног текста“ (Стојичић, 2007: 92).

Израђен на основу Намјесничког устава, Изборни закон од 1870. године је требало да допринесе заживљавању праксе у којој ће скупштина задржати

---

1875. године да ублаже првобитне прописе о одговорности за штампарске кривице. Ристићева влада је тако успјела да, под видом мијењања Каљевићевог закона, поврати Намјеснички закон о штампи.

15 Зборник закона и уредаба изданих у Књажеству Србији од 1. јуна 1879. до 1. августа 1880. године, књ. XXXV, Београд 1880.

16 Зборник закона и уредаба изданих у Књажеству Србији од почетка до краја 1870. године, књ. XXIII, 65–88.

17 Први скупштински закон од 28.10.1858. године, је издат ad hoc, за једну – Светоандрејску скупштину. Међутим, од тад се почињу редовно доносити, премда у виду скупштинских закона, стални прописи везани за конституисање и рад Народне скупштине (1859, 1860, 1861. године).



форму народног представништва, али ће глас народа у њој бити „слабији“ од гласа намјесништва (кнеза) и Владе. Како на вриједност бирачког права, као основа легитимности државне власти, у одлучујућој мјери утичу водећи принципи изборне процедуре, то се основаним сматра закључак по коме право грађана да бирају и да буди изабрани додатно губи на вриједности, рјешењима Изборног закона о увођењу јавног гласања (чл. 32), задржавањем посредних избора по срезовима (чл. 24), те свођењем посланичког мандата на три године (чл. 76).<sup>18</sup>

Бирачко право је и по Изборном закону цензитарно. На биралишта, сходно чл. 17 Закона, опет излазе само пунољетни мушкарци, српски грађани, који су уједно и порески обвезници.<sup>19</sup> Незнатан износ грађанског данка је омогућио постојање широког бирачког права за мушкарце, с обзиром на то да је Законом о порезу од 1864. године сваки радно способан, пунољетан мушкарац, плаћао фиксну „главарину“ од 3 талира (15 динара) годишње (Антонић, 2014: 422, 423). На ширину активног бирачког права није значајније утицала ни несагласност бирачке и војне функције, садржане у чл. 18, тач.9 Изборног закона, а на основу чл. 48, ст. 2 Устава.<sup>20</sup> Широко постављено право гласа није искључивало могућност привременог губитка права избора народних посланика о чему, таксативним набрајањем одређених категорија становништва, говори чл. 18 Изборног закона, често на непотпун начин, остављајући тако неомеђен простор за различита тумачења.<sup>21</sup>

Уживање пасивног бирачког права је истовјетно с посланичком способношћу (Јовановић, 1907: 33, 34). Услови које Закон поставља за уживање пасивног бирачког права нису исти за све посланике с обзиром на њихову двоврсност, предвиђену у чл. 42 Устава. Стиче се утисак да је законодавац (чл. 22, тач. 3), једнако као и уставотворац (чл. 48), наклоњенији једној четвртини тзв. владиних (кнежевих) посланика, јер је при њиховом избору изостало најважније ограничење предвиђено за народне посланике, а то је инкопатибилност чиновничке и адвокатске

---

18 Зборник закона ... XXIII (Изборни закон скупштински), 71, 73, 84, 85.

19 Изборни закон, као ни Устав, не прописује износ минималног пореза као услова за стицање права гласа. Иако је појам „грађански данак“, и за савременике био неодређен, може се ипак узети да је он износио три талира (15 динара), како тад тако и после доношења новог пореског закона из 1884. године.

20 Сходно објашњењу Живојина П. Ристића, одредба да војници стајаће војске, ма ког чина, не могу бирати, није била од великог значаја све док је постојала установа народне војске, а у стајаћој војсци био релативно мали број људи. Тако је било све до 1882. године, када је извршена реорганизација војске (Ристић, 1935: 49).

21 Вид. шире чл. 18 Изборног закона; Зборник закона..., XXIII, 69, 70.

службе са службом народних посланика.<sup>22</sup> Једино уставно ограничење ког се кнез морао придржавати је да своје посланике бира из реда људи који се „одликују науком или искуством у народним пословима“, при чему је кнезу остављено на вољу да процјењује испуњеност наведених услова. Изборни закон је унеколико разрадио сам поступак избора владиних посланика.<sup>23</sup>

Све у свему, крајњи резултат изборних рјешења намјесничког режима је установљење једне сељачке скупштине, изабране готово општим правом гласа, али скупштине којој ипак није дата она моћ коју она има у земљама парламентарног режима (Јовановић, 1990<sub>1</sub>: 32).

Изборни закон скупштински из 1870. године остао је на снази у цјелокупном периоду важења Намјесничког устава.

#### **4. Политичке слободе у политичком законодавству од 1881. године**

Почетком осамдесетих година пролиберално реформаторство Јована Ристића улази у своју завршницу. Смјена на власти до које је дошло његовом оставком, октобра 1880. године, отворила је врата оним идеолошко-политичким снагама које су биле у стању да либерално-реформаторском покрету пруже нову снагу, али и нову садржину.

Слободоумно политичко законодавство из 1881. године приписује се тзв. младоконзервативцима као својеврсној авангарди напредњака, која на велика врата улази у политички живот кнежевине, али уз значајну подршку актуелног српског владара. Новоустоличеним властодршцима почетни вјетар у леђа дају и све снажнији радикалски елементи окупљени око Н. Пашића, њихови дојучерашњи опозициони саборци против Ристићевог режима. Као странка малобројне либерално-грађанске интелектуалне елите, досљедно окренуте Западу, младоконзервативци су рад на унапређењу политичких слобода сматрали неизоставним дијелом либерализације и модернизације унутрашњег живота државе. Новим Законом о штампи<sup>24</sup> и првим Законом о зборовима и удружењима<sup>25</sup>

---

22 *Ибид*, 71, 72.

23 Према чл. 73 Изборног закона, Акт о именовану владиних посланика се врши на приједлог министра унутрашњих дјела, а по саслушању Министарског савјета. *Ибид*., 84.

24 Зборник закона и уредаба у Књажеству Србији изданих од 18. августа 1880. до 26. јуна 1881. године, св XXXVI, Београд 1881, 249–264, у даљем тексту: Зборник закона..., XXXVI (Закон о штампи)

25 Зборник закона и уредаба у Књажеству Србији изданих од 18. августа 1880. до 26. јуна 1881. године св. XXXVI, Београд 1881, 544–548, у даљем тексту: Зборник закона..., XXXVI (Закон о зборовима и удружењима)

направљен је радикалан искорак у правцу „европеисања“ Кнежевине Србије.

Либералан и модеран, какав је уистину био, напредњачки Закон о штампи је макар и привремено „ослободио штампу политичких окова“ (Бјелица, 1977: 219). Потпуној либерализацији штампане ријечи допринијела су сасвим нова рјешења везана за издавање и растурање новина (чл. 5, 6 и 7), узапћење листа (чл. 10), одговорност за штампарске кривице (чл. 31), те за дефинисање застарјелости истих (чл. 40).

По Закону о штампи из 1881. године усваја се чист систем пријаве за издавање листа, коју, мјесној полицијској власти, подносе власник и уредник листа. Притом је избјегнута заобилазна цензура с обзиром на то да је власт на пријаву одговарала признаницом о пријему исте, а не увјерењем о испуњености услова за пријављивање издавачке дјелатности. Такође, у новом Закону је изостала дозвола за растурање новина, јер обавеза предаје једног примјерка полицијском званичнику пада истовремено са почетком дистрибуције листа.<sup>26</sup> Полицијској контроли слободе штампе су постављене границе и по питању узапћења листа, значајним редуковањем и прецизирањем политичких дјела кажњиве садржине, али и јасним дефинисањем рокова у оквиру којих су се полицијске и судске власти морале читовати.<sup>27</sup>

Своју иновативност у сфери либерализације штампе, законодавац је испољио и при нормирању одговорности за штампарске кривице. По слову Закона, за кривице настале путем штампе одговарају писац, одговорни уредник, штампар, продавац, али не колективно, по прописима кривичног законика, већ супсидијарно, и то само по Закону о штампи и са блажим системом казни.<sup>28</sup> Поврх свега, просперитету штампане ријечи погодовало је скраћивање рока застарјелости штампарских кривица на свега три мјесеца без могућности прекида истог било којим актом власти.<sup>29</sup>

По појединим рјешењима близак „Каљевићевим“ измјенама и допунама закона о штампи из 1875. године, напредњачки Закон из 1881. године

---

26 Вид. шире чланове 5, 6, и 7 Закона о штампи., Зборник закона...XXXVI, 250,251.

27 Тако је Закон у чл. 10 забрану листа свео на случајеве увреде владаоца, његовог дома и позива грађана на оружану побуну против власти. Па и у ова два случаја, наметнут је прецизан рок од 24 сата по узапћењу у којем је полицијска власт дужна ствар спровести суду како би исти, у новом року од 24 сата, ријешити има ли мјеста запту или нема. *Ибид*, 252.

28 Неведеним рјешењем Закон је напустио аустријски систем одговорности и усвојио тзв. белгијски систем, по коме кажњавање једног искључује све остале учеснике.

29 Вид. чл. 40 Закона о штампи., Зборник закона...XXXVI, 263.

представља крајњи домет у законодавству о штампи, највише што се на пољу слободе штампе могло добити у то вријеме (Стојичић, 1980: 141). С друге стране, Закон о зборовима и удружењима, као дио истог политичког законодавства из 1881. године, представља тек први, али замашан корак у правцу постављања законских оквира слободи јавног говора о политици и окупљању политичких истомишљеника. Српски грађани имају, по овом Закону, право слободног удруживања и право држања зборова (чл. 1). Ипак, оснивање политичких удружења, за разлику од неполитичких, бива подвргнуто строжим правилима. Законодавац је за њих предвидио систем одобрења (дозволе) од надлежне полицијске власти, но оно се могло ускратити само ако правила (статути) удружења нису били у складу са постојећим законом. При свему томе, министар унутрашњих послова се морао руководити законским роком од петнаест дана од дана подношења правила, у ком је имао да одобри или ускрати оснивање политичког удружења.<sup>30</sup>

Законским рјешењима о зборовима и удружењима, политичко законодавство из 1881. године поприма и задржава епитет напредног и либералног, и поред евидентних ограничења, као што је право надзора над радом политичких удружења дато изасланику власти.<sup>31</sup> Премда у рангу законског, а не уставног права, право слободног удруживања и држања зборова прекида коначно период политичког ћутања, дајући истовремено ваљане претпоставке за даљи развој политичке свијести и организованог политичко-страначког живота.

Година 1881. је, по запажању С. Јовановића, била година устројавања и преустројавања политичких странака, као што ће 1882. година бити година њихових првих судара и окршаја (Јовановић, 1990, 4: 123). Нови распоред политичких снага навешће владајућу напредњачку гарнитуру на преиспитивање и кориговање свог западњачког слободоумља. За релативно кратко вријеме напредњаштво владајућих прераста у реакционаран став према свим опозиционим покушајима разобличавања њихове унутрашње, а нарочито спољашње политике.

До првих измјена и допуна слободоумног политичког законодавства из 1881. године долази већ сљедеће године, за вријеме владе М. Пироћанца,

---

30 Чл. 6, ст. 1 и чл. 7 Закона детаљно говоре о условима за оснивање политичких удружења и разлозима за забрану истих. Зборник закона..., XXXVI (Закон о зборовима и удружењима), 545, 546.

31 Чл. 14 Закона је одредио да „власт има право да одреди свог изасланика да присуствује састанку политичког удружења“. Притом, а у складу са чл. 17 истог Закона, изасланик може захтијевати да предсједник закључи савјетовање или да прекине састанак, али само у законом таксативно набројаним случајевима. *Ибид*, 547, 548.

који се показао као „слободњак на патрицијски начин“ (Јовановић, 1990<sub>1</sub>: 317). Његова концепција широких политичких слобода, али као привилегије виших друштвених слојева, налази јаког опонента у социјално утемељенијој радикалској идеологији. Отуда је носиоцима противничке политике требало одузети нешто од тек датог моћног средства јавне критике власти – слободе штампе.<sup>32</sup>

Реагујући с позиције власти на све чешће случајеве употребе, али и злоупотребе слободе штампе, остварене Законом из 1881. године, напредњаци се не задржавају на првим измјенама и допунама овог закона. Ситуацију у којој је „могао писати, шта је ко хтео“ (Јовановић, 1990<sub>4</sub>: 70), Влада је по други пут настојала превазићи измјенама извршеним јуна 1884. године.<sup>33</sup> Десило се, као у вријеме Каљевићеве владе, да су се бивши борци за слободу штампе нашли у улози прогонитеља те исте слободе (Бјелица, 1977: 219). Тако се М. Гарашанин, предсједник друге напредњачке владе, од некадашњег поборника потпуне слободе штампе, нашао у улози свесрдног заговорника гушења опозиционе штампе.<sup>34</sup>

Реакционарне измјене политичког законодавства из 1881. године нису заобишле ни Закон о зборовима и удружењима, напредњачки законски првенац. Година 1884. остаје препознатљива и по неслободоумним законским измјенама којима је сужавана претходно дата слобода политичког удруживања и јавног говора о политици.<sup>35</sup>

Заснивање напредњачке „практике“ давања, па одузимања политичких права и слобода, развило се, по Ж. Живановићу, у „нарочити принцип

---

32 Првим измјенама и допунама Закона о штампи из 1881. године, извршеним 1882. године, шири се круг кривичних дјела због којих је била могућа забрана листа и на случајеве „распростирања нихилизма, комунизма или дјела означених у чл. 91 Кривичног законика“, (чл. 10). Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији, изданих у периоду од 5. септембра 1881. до 28. јула 1882. године, св. XXXVII, Београд 1882, 91.

33 О другим измјенама и допунама Закона о штампаним видети: Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији изданих од почетка до краја 1884. године, св. XL, Београд 1884, 158–164.

34 У вријеме Каљевићеве владе, Милутин Гарашанин се истицао као ревносни борац за неограничену слободу штампе. „Од слободне речи“, рећи ће он тад, „има и добра и зла, али количина њеног добра је далеко већа, управо несразмерна, од количине зла који може да има“. Протоколи Народне скупштине држане у Крагујевцу и Београду, 1875/76, Београд 1876, 776–778.

35 Нова законска рјешења о зборовима и удружењима од 11. јуна 1884. су ишла на руку само владајућој „дворској“ странци напредњака, односно њеном настојању да онемогући рад масовним политичким странкама као што је, у то вријеме, била Радикална странка. Вид. чл. 27, 32 и 34 Закона, Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији изданих од почетка до краја 1884. године, св. XL, Београд 1884, 245–247.

државни који је водио грађане из једног разочарења у друго, из права у кривицу, из слободe у заточење..." (Живановић, 1924: 232). При таквом елаборирању напредњачке политичке праксе, неизоставним се намеће подсећање на, тада још увијек важећи, Намјеснички устав који је, не само напредњацима него и Ристићевим либералима, управо омогућавао законодавне плиме и осеке.

## **5. Уставни и законски оквири политичких права у Краљевини Србији (1888–1894)**

### ***5.1. Устав од 1888. године***

Законодавна искуства у вријеме важења Намјесничког устава послужила су као опомињући примјер могућег домаћаја законске слободe при регулисању политичких права и слобода грађана. Трусна законска регулатива се у одсуству супериорности уставних гаранција права грађана према законодавцу, показала несигурном и недовољном, у смислу даље либерализације политичког живота у Краљевини Србији.

Поучен лошим примјерима раније законодавне праксе, али и баштинећи прогресивне законодавне доприносе из домена политичких права (1875/76 и 1881), Устав од 1888. године је, у садржајном и номотехничком смислу, могао да понесе ленту најслободоумнијег устава деветнаестовјековне Србије. Идеја слободног грађанина који своју политичку вољу остварује у оквирима новоуведеног парламентарног облика државне власти, нашла је своју пуну потврду управо у овом Уставу.

Свеобухватна заступљеност тзв. прве генерације људских права, укључујући ту и фундаментална права и слободe политичког садржаја, била је израз безрезервног прихватања либерално-демократских стандарда оног доба од стране свих политичких странака као незаобилазних актера уставне реформе. Тежња ка досезању европског идеала политичких слобода, навешће уставописца да се, при избору уставноправне технике, определијели за исцрпно уставноправно залажење у појединости регулисања тог важног дијела уставне материје. Но, уставотворчево „детаљисање“ може да се разумије и као израз неповјерења у законодавца, али и као потреба да се предупреди учестала пракса непоштовања истих јер „што се жели нарочито гарантовати, то су оне одредбе које су највећа у опасности да буду повређене“ (Јовановић, 1900: 4).

Како нико од релевантних политичких фактора није оспоравао потребу опсежне конституционализације политичких права и слобода, њихово

прокламовање и гарантовање заузима вриједан део другог, „ударног поглавља“ Устава (Марковић, 2013: 317). Намјеру да ограничи државну власт у корист индивидуалних политичких слобода, уставотворац не читује искључиво прокламовањем листе оних слобода до којих је већ дошла оновремена европска уставност, а које су добрим дијелом биле и тековина прогресивног српског законодавства (слобода штампе, слобода збора и удруживања). Вођен истом намјером, уставотворац заправо тежиште ставља на онемогућавање законодавне власти да без ограничења залази у заштићено поље политичких слобода. Према томе, први пут уставна права грађана *implicite* везују и законодавца (Стојановић, 1990: 172).

Везујући политичка права за грађанство, односно држављанство, Устав „сваком Србину“ даје право на изражавање мисли: говором, писмено, штампом или у сликама (чл. 22, ст.1), као што само „српским грађанима“ гарантује право на мирно окупљање и збороване (чл. 24), али и право на удруживање (чл. 25). Иако у другом и трећем случају, уставотворац није могао избјећи стављање датих права под резерву закона, прихватање система пријаве зборована под ведрим небом (а не дозволе од стране власти), као и инсистирање на забрани потчињавања права удруживања било каквој превентивној мјери, доприноси либерализацији уставних рјешења. Уз све наведено, не треба занемарити ни чињеницу да су права одобрена чл. 24 и чл. 25 по први пут конституционализована.

Устав из 1888. године представља својеврсну круну вишедеценијске борбе за слободу штампе. Експлицитном прокламовању слободу штампе (чл. 22, ст. 2), следовале су изричите забране мјера које су тој слободи непримјерене, као што је цензура или каква друга превентивна мјера „која спречава излазак, продају или растурање новина“. Комплементарне слободи штампе биле су и забране претходног одобрења власти, као и тражења јемства (кауције) од писца, уредника, издаваоца или штампара. Либералним духом одисала су и уставна рјешења питања одговорности за дјела настала путем штампе (белгијски систем одговорности), те свођења могућности забране листа на узак круг случајева увреде краља и краљевог дома, увреде страних владалаца и њихових домова или позива грађана на оружану побуну.

Залажења у читав низ појединости, којима се значајан број људских права настојао заштити од могућих злоупотреба управне, али и законодавне власти, колико год са аспекта компаративне уставности се чиниле претјераним, за српског уставотворца су била неопходан правни инструмент њиховог оснаживања у незахвалном друштвеном



и политичком амбијенту оновремене Србије. Сходно томе, и материји изборног права уставотворац прилази са ставом да се, с обзиром значај појединих питања изборне процедуре (начин гласања, посланичког мандата и др.), она не могу олако препустити законској регулативи. Из оквира, ништа мање разрађених, одредаба о бирачком праву, закључујемо да Уставом из 1888. године није досегнуто опште право гласа,<sup>36</sup> али је у односу на раније уставне и законске прописе оно знатно проширено, а са увођењем парламентарне владавине и вриједносно ојачано.

Даљој либерализацији бирачког права у Краљевини Србији, погодовало је задржавање ниског, овог пута прецизно дефинисаног, пореског цензуса од 15 динара, као једног од три већ постојећа услова за уживање активног бирачког права, али и признавање права гласа и задругарима, „ма колику непосредну порезу плаћали“ (чл. 85, ст. 1 и ст. 2). Устав је познавао и разлоге за привремени губитак бирачког права, који су истовјетни са претходним законским рјешењима, осим у два случаја (чл. 88). Сходно пак стилизацији чл. 87, официри, активни и у недејству, и војници под заставом не губе бирачку способност, тј. право да бирају, само су лишени могућности употребе истог за све вријеме трајања службеног положаја

Услови које Устав поставља за уживање пасивног бирачког права нису исти за све посланике. Као резултат низа компромисних рјешења, везаних за осјетљива питања састава и структуре народног представништва, дошла је и установа тзв. квалификованих посланика, у чијем усвајању се огледа ауторски печат М. Миловановића и његовог разумијевања потребе да се у одсуству горњег дома и владиних посланика осигура улазак интелигенције у скупштину (Стефановски, 2015: 82, 84). Како би, дакле, једнодома скупштина могла квалификовано одговорити на све изазове једног осјетљивог и сложеног механизма, какав је парламентарни систем, уставотворац је инсистирао на обавезном избору двојице посланика у сваком округу, који су завршили факултет или коју вишу стручну школу која стоји у реду факултета (чл. 100, ст. 2). Тако ће се посланицима са општим условима<sup>37</sup> придружити и они који су, поред општих, морали задовољити и нарочите додатне услове. Премда су мандат стицали под

36 Иако је опште право гласа било једно од програмских тежњи Радикалне странке, сам М. Миловановић је, као главни редактор уставног текста, био уздржан по питању „експериментисања“ са општим правом гласа у Србији у вријеме када је његово увођење и за оновремене европске прилике било упитно.

37 Захтјевност посланичке функције по Уставу од 1888. године наметала је пооштрене опште услове за уживање пасивног бирачког права. Тако, за посланика у Народној скупштини, може бити изабран само онај који, поред услова потребних за право бирања, испуњава и сљедеће: да је Србин по рођењу или да је, ако је природен, настањен пет година у Србији; да ужива сва грађанска и политичка права; да има пребивалиште



различитим условима, обе посланичке категорије су биле упућене на народ, као бирачко тијело, чије пуно повјерење су морале задобити.

Значај бирачког права, нормираног овим Уставом, не зауставља се искључиво на евидентној ширини права гласа и постизању компромисне формуле пожељног састава Народне скупштине. Оно што бирачком праву посебно даје на значају, то је његова вриједносна снага, ојачана прихватањем непосредних избора и тајног гласања, а са постављањем темеља за увођењем парламентарног облика државне власти, задобијањем значајних овлашћења народног представништва.

Уставна реформа, настала као резултат политичког компромиса, изњедрила је један нов Устав, великим дијелом, „револуционаран“, „премодеран“, „номиналан“ за ондашње српске прилике (Петров, 2015: 14, 15), али Устав у коме се, на нормативно разумљив начин, илуструје тежња ка „осигурању политичких слободаи парламентаризма по обрасцу либералних идеолога седамдесетих година...“ (Поповић, 1939: 156,157).

## **5.2. Органски закони и политичка права**

Органски закони, са јако израженим политичким карактеристикама, а којима је Устав из 1888. требало увести у живот, били су резултат изузетно плодне законодавне дјелатности радикалских влада. За вријеме друге Грујићеве владе, у редовном скупштинском сазиву, у 1890. и 1891. години, добијена је скупштинска потврда за Закон о изборима народних посланика, а у току двије Пашићеве владе (1891/92), Скупштина је усвојила Закон о штампи и Закон о јавним зборовима и удружењима.

### *5.2.1. Бирачко право по Изборном закону од 25. марта 1890. године*

Деведесетих година 19. вијека, „наш изборни закон“, рећи ће С. Јовановић, „био је с техничког гледишта један од најсавршенијих“, апострофирајући, притом, вјештину М. Миловановића при његовој изради (Јовановић, 1991: 214,215). Донесен двије године по усвајању Устава, он готово у потпуности преузима његова рјешења бирачког права, уз извјесне допуне и објашњења.

Поред тежње законодавца да, у оквиру изборног законодавства, предвиди што савршенији изборни систем којиће, у највећој мјери, обезбиједити слободу избора, уочљив је тренд сужавања ограничења активног бирачког права (Јовичић, 1999: 26) У том смислу, пратећи привилегију коју Устав, у чл. 85, додјељује задругарима, исту прецизира и допуњава, како би

---

у Србији; да је навршио 30 година живота и да плаћа држави најмање 30 динара непосредног пореза (чл. 96).

избјегао сувише уска тумачења појма „задругар“.<sup>38</sup> Такође, преузимајући преовлађујући став о немијешању војске у политички живот, Изборни закон, у чл. 11, прихвата уставна рјешења из чл. 86, чинећи, ипак, основан изузетак, у погледу оних категорија које, кад нису позване на вјежбу, живе потпуно грађанским животом (Ристић, 1935: 95).

Од Изборног закона зависио је и састав Народне скупштине, а од тог састава зависило је да ли ће та Скупштина бити у стању да врши права и дужности које јој прописује Устав и други закони (Ристић, 1935: 163). Законодавац је, једнако као и уставотворац, пристао на установу тзв. квалификованих посланика, условљавајући, истовремено, посланички положај народним повјерењем. С обзиром на неповољан образовни статус тзв. обичних посланика (највећи проценат и кандидата и изабраних чине земљорадници и трговци), те реалну потребу за интелигенцијом у скупштини, уставотворчевом интервенцијом, подржаном од законодавца, посланичку способност стичу и адвокати, али и велик број чиновника чији се положај сматрао компатибилним са посланичком службом (министри, професори, инжењери и љекари у државној служби и др).<sup>39</sup>

Пратећи, дакле највећим дијелом својих нормативних рјешења основне замисли уставотворца, Изборни закон из 1890. године успијева пружити солидну основу за слободан и на демократским идејама заснован избор народних посланика. Користећи широко право гласа, велики број грађана Краљевине Србије могао је, служећи се преимућствима непосредних избора и технике тајног гласања, дати повјерење онима који уживају посланичку способност.

### *5.2.2. Закон о штампи и Закон о јавним зборовима и удружењима (1891)*

Ближе одређење уставних одредби о штампи и јавним зборовима и удружењима, подразумијевало је, такође, уобичајени ангажман законодавца. Овог пута пак Устав из 1888. године јасно обиљежава границе које закон, на уштрб датих права, не може прекорачити.

Донесен 31. марта 1891. године, радикалски Закон о штампи, најближи оном напредњачком из 1881. године, резултат је настојања да се

<sup>38</sup> Уским тумачењем уставне одредбе, дозвољавало се само старјешинама задруге право гласа, ма какав порез плаћали. Зато се одредбом чл. 10. Изборног закона дефинише појам „задругар“ и под њега подводи не само отац, него и његови пунољетни синови који с њим заједно живе. У истом члану привилегију дату задругарима Изборни закон проширује и у корист лица која су ослобођена личног пореза, иако Устав о томе ћути.

<sup>39</sup> Наведене службе су представљале изузетак од начелно задржаног става о неподударности чиновничке и посланичке службе, садржане у чл. 98 и чл. 99 Устава, као и чл. 16. Изборног закона.

испоштују слободоумне одредбе важећег Устава. Он углавном преузима ставове уставотворца садржане у обимном чл. 22, па тако и експлицитно прокламовање слободе штампе и забрану цензуре (чл. 1 и чл. 3 Закона).<sup>40</sup> Такође, у забрани административних опомена и законодавац види значајну гаранцију слободе штампе (чл. 4).<sup>41</sup> Унеколико разрађеније законске одредбе прате уставне и по питању забране (узапћења) листа, као и по питању одговорности за штампарске кривице.<sup>42</sup> Кривице пак „учињене противу одредаба овог закона застаревају за 3 месеца од дана када су учињене“, каже се у чл. 53. Дакле, као и у напредњачком закону, али се рок застарјелости прекидао према прописима Кривичног законика.<sup>43</sup> Слободоуман у нешто мањој мјери од свог напредњачког претходника, Закон о штампи из 1891. године представља покушај да се слободи писане ријечи обезбиједи стабилност и ефективност, а злоупотребе исте сведу на најмању могућу мјеру.

Озакоњена први пут 1881. године, слобода збора и удруживања је, постајући у међувремену уставном категоријом, свој најлибералнији израз достигла радикалским Законом донесеним истовремено са Законом о штампи. Полазећи од уставног основа (чл. 24), Закон о јавним зборовима и удружењима у свом слободоумљу иде даље од напредњачког Закона с почетка осамдесетих година. Улога полицијске власти је по питању одржавања зборових, оснивања и дјеловања политичких странака била крајње занемарљива. Дефинишући разлику између јавних и приватних зборових, радикалски Закон омогућава потпуно слободно одржавање приватних и јавних зборових у затвореном простору.<sup>44</sup> Пријаву полицијској власти „за један дан раније“, предвиђа само за држање збора под ведрим небом или на мјесту изложеном приступу публике (чл. 7, ст. 1).<sup>45</sup> Осим што нису могли забранити зборовање, представницима власти је одузето и право руковођења збором и одржавањем реда у току његовог трајања (чл. 10).<sup>46</sup>

---

40 Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији издатих од 1. јануара 1891. до краја исте године, св. 47, Београд 1892, 521.

41 *Ибид*, 522.

42 Вид. чл. 16 и чл. 39 Закона о штампи. *Ибид*; 524–525, 533.

43 *Ибид*, 538

44 Вид. чл. 6 Закона о јавним зборовима и удружењима. Зборник закона и уредаба у Краљевини Србији издатих од 1. јануара 1891. до краја исте године, св. 47, Београд 1892, 397.

45 *Ибид*.

46 *Ибид*, 398.

Законодавац је пристао на крајње либералну форму и кад је ријеч о оснивању политичких удружења. Сходно чл. 25 Устава, Закон каже да „свако удружење или друштво мора обзнанити путем штампе при самом постанку своје уређење и своје председништво – управу“.<sup>47</sup> Довољна је, дакле, била само јавна објава. За разлику од детаљно регулисаног питања кривица учињених на јавним зборовима, противправним радњама удружења или његових чланова посвећена је само начелна одредба. О разлозима за укидање удружења, у самом Закону пак није било ријечи.

Као и остали политички закони донесени под Уставом из 1888. године, Закон о јавним зборовима и удружењима је првенствено излазио у сусрет владајућој Радикалној странци, која је, за разлику од напредњака и либерала, уживала куриозитет масовне политичке странке са разгранатом мрежом на цијелој територији. Још једанпут потврђено је опште правило: „Чија влада, тога и држава, чија власт, тога и слобода.“ Било како било, слободоумност важећег законодавства није владајућем режиму обезбиједила дуговјечност. С укидањем Устава од 1888. године и враћањем на снагу Намјесничког 1894. године, враћени су и сви закони, донесени непосредно послје његовог усвајања.

## 6. Закључак

На пут политичке модернизације, који је подразумијевао и адекватну конституционализацију политичких права и слобода, нововјековна Србија је кренула с погледом на Западну Европу. Но, то значајно „путештвије“ од заосталог турског истока ка развијеној хришћанској Европи, није могло проћи без својеврсних кривина, заобилажења и застоја. Како се, ипак, назад више није могло, а ни хтјело, суочавање једног, у основи патријархалног друштва, са изазовима које је нудила слободоумна Европа било је неминовно.

Ретроспективни поглед на уставну и законску регулативу индивидуалних политичких слобода у периоду који на оптималан начин илуструје сву сложеност нормативног уобличавања истих, упућује на неколико важних констатација. Прво, конституционализација политичких права започета Намјесничким уставом, своју кулминациону тачку досеже уставном реформом из 1888. године. С обзиром на то да су оба уставна документа имала „два живота“, односно два периода важења, то се иста, на извјестан начин, могу узети као камени-међаши у уставном развоју тадашње Србије (Јанковић, 1988: 12, 13). Друго, садржина и домашај уставног нормирања политичких права и на њој заснована законска регулатива су вазда били

---

<sup>47</sup> *Ибид*, 404.

условљени конкретним друштвеним амбијентом, актуелним распоредом политичких снага, њиховим идеологијама и интересима. Затим, уставни и законски оквири политичких слобода, који су обиљежили посматрани период уставног развоја, су, заправо, рефлексција два уставна концепта. У темељу првог, од 1869. године, стајала је идеологија умјерене либерализације једног политички незрелог, традиционалног друштва. Рестриктивним и начелним приступом конституционализацији политичких права, уз подвргавање истих посебној и промјенљивој интервенцији законодавца, уставотворац је привремено заобишао модерне тековине Западне Европе. У том дијелу се његов став може сматрати конзервативним и поред либералног предзнака, али и примјеренијим ондашњим српским приликама. Уставни модел пак до ког се дошло уставном реформом из 1888. године је правни израз финализације трновитог пута политичке модернизације и безрезервног прихватања западноевропског либералног разумевања грађанских и политичких права. Извјесно је, међутим, да је уставотворац, преузимајући општеприхваћене вриједности модерног конституционализма, имао ипак слуха и за особене српске не(прилике). Био је то значајан покушај да се Краљевина Србија што више приближи европском идеалу слободе, али уз нужан, макар и минималан, респект према властитим уставним тековинама.

Најзад, закључна разматрања вриједи завршити смисленим ставом великог уставног писца, Миодрага Јовичића. Он каже: „Нити идеално добар устав (када би такав могао бити написан) може створити идеално добро друштво, нити има тако лошег устава који би био у стању да спречи настанак и развој снага које ће једном, пре или касније, створити ситуацију и односе из којих ће проистећи неки нови устав и ново, боље, уставно уређење.“

### **Литература/References**

Антонић, С. (2014). Демократија у Србији уочи Првог светског рата. *Социолошки преглед*, XLVIII, 4, Београд. 421–458

Бјелица, М. (1977). Борба за слободу штампе у Кнежевини Србији. *Историјски часопис* 24. 191–222

Vučinić, N. (2001). *Osnovi ljudskih prava i sloboda*. Podgorica: CID

Живановић, Ж. (1924). Политичка историја Србије у другој половини 19. века, књ. 2. Београд: Геца Кон

Записи Ј. Грујића (1922). књ. 2. Београд: Српска краљевска академија  
Зборник закона и уредби у Краљевини Србији (1882; 1884; 1892)

- Зборник закона и уредби у Кнежевини Србији (1870; 1876; 1879; 1880; 1881)
- Јанковић, Д. (1997). Рађање парламентарне демократије (Политичке странке у Србији XIX века). Београд: Правни факултет Универзитета у Београду
- Јанковић, Д. (1988). Развитаk уставности у Србији у XIX веку и почетком XX века. У: М. Јовичић (Ур.), *Устави Кнежевине и Краљевине Србије 1835–1903*. 11–34. Београд: САНУ
- Јовановић, С. (1991). Из историје и књижевности књ. 1, Сабране дела С. Јовановића, Београд: БИГЗ
- Јовановић, С. (1990<sub>4</sub>). Влада Милана Обреновића, књ. II, III. Сабрана дела С. Јовановића, том 5. Београд: БИГЗ
- Јовановић, С. (1990<sub>3</sub>). Влада Милана Обреновића I. Сабрана дела С. Јовановића, том 4. Београд: БИГЗ
- Јовановић, С. (1990<sub>2</sub>). Уставобранитељи и њихова влада. Сабрана дела С. Јовановића, том 3. Београд: БИГЗ
- Јовановић, С. (1990<sub>1</sub>). Политичке и правне расправе I, II, Сабрана дела С. Јовановића, том 2. Београд: БИГЗ
- Јовановић, С. (1907). Уставно право. Београд: Геца Кон
- Јовановић, С. (1900). Велика народна скупштина (студија о уставотворној власти). Београд
- Јовичић, М. (1999). Лексикон српске уставности 1804–1918. Београд: „Филип Вишњић“
- Љушић, Р. (2001). Историја српске државности, књ. 2. Нови Сад: САНУ, огранак у Новом Саду; „Беседа“; Друштво историчара јужнобачког и сремског округа
- Марковић, Р. (2013). Устав од 1888. Понос српске уставности – 125 година од доношења. *Анали Правног факултета у Београду*. 2/LXI. 315–319
- Павловић, М. (2008). Правна европеизација Србије 1804–1914. Крагујевац: Правни факултет Универзитет у Крагујевцу
- Павловић, М. (2005). Српска правна историја. Крагујевац: Надежда Павловић
- Павловић, М. (1989). Одједи велике француске револуције у обновљеној Србији. *Анали Правног факултета у Београду*. 6. 724–735
- Петров, В. (2015). Ка моделу модерног устава за Србију. *Устав Краљевине Србије од 1888 – 125 година од доношења*. 9–16. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Петровић, Б. (1912). Јован Ристић: биографске и мемоарске белешке. Београд: Геца Кон

Поповић, Д. (1996<sub>2</sub>). Прапочетак српског парламентаризма – клице и преурањен плод. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Поповић, Д. (1996<sub>1</sub>). Положај грађанина у српским уставима (1835–1903). У: К. Обрадовић и М. Пауновић (Прир.), *Право људских права. 182–202*. Београд: Београдски центар за људска права

Поповић, Д. (1988). Устав од 1835. године („Сретењски устав“). У: М. Јовичић (Ур.), *Устави Кнежевине и Краљевине Србије 1835–1903*. 37–43. Београд: САНУ

Поповић, М. (1939). Порекло и постанак устава од 1888. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Поповић-Обрадовић, О. (1996). Питање рецепције либералних начела у Србији друге половине XIX века – уставни програми до 1883. *Архив за правне и друштвене науке*, Београд 1-3/1996. 508

Ранђеловић, Н. (2012). Петровска скупштина и слобода штампе. *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (тематски број – Медији и људска права) LXI. 247–255

Ристић, П. Ж. (1935). Изборни закони Србије, Докторска теза. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Становчић, В. (1989). Декларације о правима и слободама у америчкој и француској револуцији. *Анали Правног факултета у Београду*. 2/(XXXVII). 691–705

Стефановски, М. (2015). Питање горњег дома у уставној реформи 1888 – разматрања у политичкој књижевности. *Устав Краљевине Србије од 1888 – 125 година од доношења*. 67–91. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Стојановић, Д. (2010). Устав Србије од 1888. и људска права. У: А. Фира и Р. Марковић (Ур.), *Два века српске уставности*. 271–284. Београд: САНУ

Стојановић, Д. (1990). Права грађана у уставима Србије. У: М. Јовичић (Ур.), *Уставни развитак Србије у XIX и почетком XX века*. 165–176. Београд: САНУ

Стојичић, С. (2007). Елементи уставног карактера у органским законима из 1870. године. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 49/2007. 89–116.

Стојичић, С. (1980). Уставни развитак Србије 1869–1888. Лесковац: Библиотека Народног музеја



**Zdrava Stojanović, PhD**

Associate professor

Faculty of Law, University of Banja Luka

**ABOUT POLITICAL RIGHTS AND FREEDOMS IN THE  
PRINCIPALITY AND KINGDOM OF SERBIA-CONSTITUTIONAL  
AND LEGAL FRAMEWORK OF XIX CENTURY**

**Summary**

*At the beginning of the 1990s, along with restoration of liberal- democratic constitutionality in Serbia, the question was raised on the selection of a suitable constitutional model which would be adequate for the newly established state. Given that the constitutional discussions on that subject do not have an expiry date, the author of the present paper has tried to contribute to the interpretation of the Serbian constitutionality from the historical and legal perspective, which is ultimately aimed at establishing a stable constitutional framework. Bearing in mind that human rights are an unavoidable subject of the constitutional regulation and a sine qua non of the implementation of the democratic constitutional order, the author's analytical, legal and political view on the basic achievements and the main heritage of the normative regulation of political rights and freedoms of Serbia in XIX century could contribute, from the experiential point of view, to the contemporary process of upgrading of the Serbian constitutional identity.*

*Exploring the genesis of the constitutional regulation of political rights and freedoms, with special emphasis on substantial and technical legal aspect, the author notes that there is one very noticeable feature of their constitutionalization, which implies the "enunciation" of legality, i.e. the situation where the text of the constitution refers to the law (especially noticeable in the Constitution of 869 and the Constitution of 1901). Considering that the quality of a constitution, as well as the validity of thus introduced constitutional order, is also assessed from the point of view of merit of the concrete enunciation of legality, the author endeavours to clearly differentiate the justified needs to elaborate constitutional norms on political rights of citizens from obvious examples of referring to legal regulation with the purpose of limiting and ultimately suspending the constitutional rights.*

**Keywords:** *political rights and freedoms, right to vote, freedom of the press, freedom of thought, freedom of assembly, constitution, law.*



**Др Ирена Пејић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880065P

UDK: 342.4(497.11)  
Раđ примљен: 30.09.2018.  
Раđ прихваћен: 14.11.2018.

## **УСТАВНА РЕВИЗИЈА: ПРОЦЕДУРА У КОНТЕКСТУ УСТАВОТВОРНЕ ВЛАСТИ\*\***

**Апстракт:** *Поступак уставне ревизије заслужује значајну пажњу сваког уставотворца који томе посвећује посебан одељак у уставу. Процедуралне форме уставне ревизије развијале су се кроз историју почев од уставотворне скупштине, преко уставотворног референдума до законодавног (представничког) органа који одлучује о промени највишег општег правног акта, по правилу, у посебном уставотворном поступку. Питање процедуре је значајно са аспекта обезбеђивања контекстуалне легитимације за доношење највишег општег правног акта државе и оправдавања вредности установљавајуће власти. Отуда се избор једног модела уставне ревизије мора сагледати кроз призму легитимитета органа и легитимизације процедуре. Промена српског Устава у поступку обавезног уставног референдума заслужује посебну пажњу, јер је уставни референдум уређен као народно гласање чији исход обавезује без обзира на број изашлих грађана – учесника референдума, што имплицира последице и отвара питање: ко је носилац уставотворне власти (constituent power) и како се спроводи воља установљавајуће власти? У овом, само на први поглед формалном питању, лежи формула за разумевање везе између уставотворне власти народа и начела народне суверености, односно веза између воље установљавајуће власти и воље народа.*

**Кључне речи:** *Уставотворна власт, установљавајућа власт, уставна ревизија, Устав Србије.*

---

\* irena@prafak.ni.ac.rs

\*\* Раđ је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Раđ је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја РС.

## 1. Увод

Доношење првих националних устава грађанских држава представљало је израз потребе да се обезбеди не само легитимацијска основа, већ и морално задовољење новоустановљеним властима. Њихов легитимацијски оквир добијао је „морални ореол“ оличен у уставу који су грађани усвојили. Исто се дешавало и у земљама које су прошле пут револуције и ослободиле се ауторитарних режима, јер је уставом требало утемељити основне принципе на којима је почивала власт произашла из револуције.<sup>1</sup> Садржински посматрано, декларисање људских слобода у смислу ограничења власти било је постављено као примарни циљ, а идеја правне државе и владавине права, чак и тамо где су уставни били „подарени“ од стране победника, представљало је основну вредност на темељу које су касније могли да буду донети аутентични уставни акти.

Уређивање поступка промене устава било је за доносиоце првог устава једнако важно као и сам чин конституисања државе. Међутим, ревизиона власт има флексибилнији израз од оног ригидног који срећемо у чину доношења првог конститутивног акта. За разлику од доношења првог устава који садржи обележја „револуционарног“ како у материјалном тако и у формалном смислу, ревизиона функција уставотворне власти постаје конзервативна и она постепено гаси њену претходну „превратничко-креативну“ улогу. С обзиром на то да се више „не прави револуција, већ осигуравањено дело“ (Isensee, 1998: 50), циљ ревизионе власти је да омогући трајност и спречи даљи преврат, она се претвара у својеврсну „забрану револуције“. Овако изражен однос између уставотворне и ревизионе власти указује да ова друга добија одређена својства која одликују установљене власти. Наиме, установљавајућа власт у свом пуном изразу могућа је само када се доноси први устав и она има својства политичке моћи која се испољавају у датом историјском тренутку. Када је устав једном донет и када се успостави правни поредак, тада ревизиона власт постаје правна догма, чврсто уклопљена у хијерархијски успостављен нормативни оквир.

## 2. Уставотворна власт као израз народне суверености

Корени уставотворне власти почивају у народној суверености, начелу које је развијено истовремено са идејом о грађанској држави, а које је старије од самог устава јер је друштво у коме грађани имају сопствену

---

1 То се десило у Португалији и Шпанији седамдесетих година прошлог века. Слично се десило и у Јужној Африци која се ослободила ропске потчињености и обезбедила слободу за доминантно становништво. (Barendt, 1998: 3)

сувереност постојало пре доношења првог устава и пре настанка државе.<sup>2</sup> Разликовање уставотворне власти, као установљавајуће власти, од установљених власти може да изгледа неважно за уставне промене које се одвијају у стању уставног континуитета. Међутим, кроз призму правне теорије ова диференцијација и тражење, или оправдавање, легитимитета установљавајућој власти има своје разлоге. Посматрано кроз чисту призму права, само установљене власти имају правни оквир у коме треба да се крећу, односно нормативну хијерархију коју треба да поштују. Са друге стране, снага уставотворне власти, према речима Жоржа Бирдоа, „одбија да буде потпуно инкорпорирана у хијерархијски систем норми и компетенција“ (Burdeau, 1983: 177). Отуда концепт уставотворне власти отвара поље тензије између права и политике, између устава и демократије. Уставотворна власт и демократија налазе се у односу који се развија између „мора“ и „може“, конзервативизма и либерализма, отворености зарад слободе и затворености зарад стабилности.<sup>3</sup>

Значење уставотворне власти разликује се зависно од тога да ли се она посматра кроз оптику права, политике или историје. Правно разматрање је оно које ствара догму о установљавајућој власти, апстрахује време и околности, па се отуда налази у својеврсном реалном вакууму. Уколико се задржимо на правном тумачењу, онда ћемо њено оправдање наћи у захтеву јединственог правног поретка чије извориште лежи у „друштвеном уговору“ слободних и једнаких грађана. Тај први, иницијални чин је правно установљавајућа претпоставка организоване заједнице и нема никакве дилеме да је правно посматрано уставотворна власт највиша и основна власт у држави или, прецизније, установљавајућа власт. Како је то Е. Сјејес исказао: „Народ постоји пре свега, он је извор свега. Његова воља је увек законита, она је закон сама по себи. Пре ње и испод ње постоји само природан закон“ (Sieyes, 2003: 126). Он је сматрао да је општу вољу могуће исказати у представничком органу који ће своју функцију остваривати зарад општег добра, а то чини тако што се послови „поверавају неколицини између њих“, који ће остваривати националне жеље. Темели ове догме разилазили су се са Русоовим постулатом о вољи народа која се може исказати само непосредно, јер је народна воља општа и неограничена: „Сувереност не може имати представнике, из истог оног разлога из кога не може ни да се отуђи; она се у својој битности налази у општој вољи, а општу вољу не може нико замислити: она је или она сама, или друга;

---

2 Према речима U. Preussa, „устав треба да послужи за заштиту угроженог друштва од суверене моћи државе“ (Preuss, 2010: 33).

3 Установљавајућа власт може бити дефинисана као „правна експресија (израз) демократске побуде“ (Loughlin, 2003: 100).

средине нема“ (Русо, 1993: 95). Дакле, док је Сјејес приступао прагматично и увео народно представништво као потребу која се показала рационалном у даљем развоју уставне државе, дотле је Русо идеолошки непоколебиво чувао општу вољу кроз постулате непосредне демократије. Ова почетна „пукотина“ у тумачењу установљавајуће власти, међутим, није развила озбиљнији раздор у разумевању и оправдавању уставотворне власти у оквирима правне и политичке теорије. Установљавајућа власт је кроз историју често била оличена у уставотворној скупштини, која је у себи сједињавала формално представништво народа, са једне стране, и неформални референдум о уставу (изражен кроз избор представника и њихових програма за будући устав), са друге стране.

За разлику од правног, историјско и политичко тумачење уставотворне власти имају свако своју димензију, вертикалну и хоризонталну, које омогућавају да сагледамо уставни акт с обзиром на околности: уставни акт *кроз време* (историјско) и уставни акт *у времену* (политичко).

Историјско тумачење доприноси томе да се уставотворна власт узме контекстуално, односно да се она посматра у склопу околности које су омогућиле изражавање суверености народа и доношење највишег општег правног акта. Неретко, историја сведочи о приликама у којима су се уставни доносили или мењали и када је у појединим фазама ревизије изостао легитимацијски основ, али су такви уставни ипак доживели накнадну хабилитацију. То се десило и са уставима на нашим просторима, као на пример доношење Устава Србије 1990. године и Устава СРЈ 1992. године. У Француској је уставна ревизија 1962. године, поред очигледних замена уставних „улога“ носилаца власти, добила накнадну легитимацијску потврду, па чак и теоријско оправдање. Дакле, историјски посматрано, уставотворна власт не мора обавезно имати све елементе легитимације, који одликују установљавајућу власт, приликом доношења највишег правног акта.<sup>4</sup> Нису ретке прилике да је у том иницијалном легитимацијском чину изостала нека карика, а да је устав надживео „нелегитимног“ доносиоца и обезбедио функционисање организоване уставне државе, упркос старом правилу „Nullum est imperium tutum, nisi benevolentia munitum“ („Ни једна власт није сигурна, ако није осигурана добром вољом (грађана)“).

Посматрана кроз политичку оптику, уставотворна власт је од њених почетака, од настанка грађанске државе, доживела највећу трансформацију.

---

4 J. Isensee (1998: 46) каже: „Околности у којима устав настаје неретко се ругају правилима којима он, са своје стране, подчињава државна тела која је конституисао“, па тако „упркос недемократској генези, и октроисани устав може пустити корење у правној свести заједнице и створити носиву правну основу демократског државног живота“.

Следбеник Сјејесовог гледишта, Карл Шмит је говорећи о изворном тренутку „стварања устава“ као апсолутном почетку, сматрао да је то „фундаментална политичка одлука носилаца уставотворне власти“, односно да је то политичка воља „произашла из нормативног ништавила и конкретног непоретка“ (Schmitt, 2008: 102). У савременим условима, међутим, показује се да је моћ народа, односно политичка моћ уставотворне власти прерасла у њену немоћ и да је постала „демократски мит“ (Isensee, 1998: 46). Отуда се јавља потреба преиспитивања установљавајуће власти јер уставотворац више није исто што и „народ“, већ је то скуп различитих политичких „моћи“ које учествују у формирању заједнице у оквиру и изван осетљивих политичких граница (Okloršic, 2012: 81). Очекивање да уставотворац има „неограничену слободу одлучивања“ оцењује се као утопијско, јер народ не може имати потпуну независност или потпуну слободу од сваког притиска како би се устав могао приписати њему „као његово дело“ (Isensee 1998: 55).

Дакле, установљавајућа власт је узевши у обзир њен политички и историјски израз претходила уставотворној власти у њеном правном изразу. Оног тренутка када је устав донет уставотворна власт је престала да буде „револуционарна“ и она је преузела функцију „стабилизатора“ система, првенствено чврстим правилима о ревизионом процесу. Доношењем устава уставотворна власт постаје догма у њеном правном изразу и она у свом даљем бивствовању покушава да спречи рутинску промену постављајући строга правила уставне ревизије. Управо зато што је у савременој уставној држави тешко објаснити установљавајућу власт као правласт или оригинерну власт, а узимајући у обзир све њене аспекте (правни, политички и историјски), легитимност устава треба тражити у његовом садржају, односно у вредностима и ваљаности прокламованих начела према којима се грађани односе са поштовањем, својом вољом и без присиле. Тако се легитимитет устава одржава и обнавља, а то значи да се иницијална легитимација уставотворне власти, формално садржана у сувереној вољи народа, ставља у други план.

### **3. Уставна ревизија и уставна реформа**

Дилема која нараста отворена је крајем двадесетог века са последњим таласом конституционализације и она ће, можемо поуздано утврдити, бити предмет расправа како уставноправне, тако и политичке теорије у двадесетпрвом веку. Наиме, националне координате у чијим оквирима се кретала уставотворна власт, релативно стабилно и без озбиљнијих померања у два века грађанске уставности, значајно су се промениле

под утицајем нових токова конституционализације на међународном, наднационалном и међудржавном плану.<sup>5</sup>

Концепт уставне ревизије може бити схваћен двојачко: као ревизија у формалном смислу и као ревизија у материјалном смислу. Први би означавао уставну промену са свим елементима који непосредно задиру како у форму уставног акта, тако и у *materiae constitutionis*, док би друга означавала процес интерпретације уставних начела и трансформације уставног поретка без потребе да се мењају формална својства највишег општег правног акта. Оба процеса присутна су истовремено у савременим државама, али се први најчешће представља као „уставна ревизија“, а други као „уставна реформа“.

Почетком прошлог века Георги Јелинек (G.Jellinek, 1906) нагласио је да стари приступ у изучавању државног права, које је стриктно одвојено од политике, мора бити превазиђен и признао да се мора мењати методолошки приступ у изучавању ове дисциплине. Према његовим речима „док је државно право у Немачкој већ доживело богату правну елаборацију, потреба за допуњавањем и стављањем у погон политичког истраживања ... постаје све већа и већа“ (Jellinek, 1906: 3). С обзиром на ову потребу, Јелинек је покушао да разграничи појмове: уставна промена (*Verfassungsänderung*) и уставна трансформација (*Verfassungswandlung*). Уставна промена је формална промена или захват у текст устава „кроз сврсисходан чин воље“, док је уставна трансформација промена која омогућава да текст остане формално непромењен и она није обавезно узрокована намером или свешћу о потреби промене. Јелинек је разматрао и ситуацију потпуне уставне ревизије кроз доктрину „споре смрти“ устава, коју је објаснио на следећи начин: устав умире зато што „вредност његових институција тоне

---

5 У савременој уставној и политичкој теорији преовладава мишљење да је традиционални конституционализам који је своје упориште налазио у националном уставу постао превазиђен и да се данас може говорити о постнационалном конституционализму и о интернационалном, тј. међународном конституционализму. Према Dieter-у Grimm-у разлика у односу на традиционално виђење уставотворне власти тражи се у томе што циљ није само доношење акта најјаче правне снаге, већ сам процес који се „потенцијално завршава у уставу“ (Grimm, 2010: 5). Говори се и о постнационалном конституционализму који је продукт савременог доба у коме је западни модел конституције преовладао крајем прошлог века и потом запао у својеврсну кризу јер је међународни ниво одлучивања постао доминантан и утицајан. Национални конституционализам, са једне стране, постао је угрожен јер се одлучивање о бројним питањима извлачи из националних устава и преноси на међународни ниво. Међународно право, са друге стране, добија све више на значају, али његовим одлукама недостаје легитимацијски основ, па се отуда конституционализам покушава унети у ову сферу одлучивања (Krisch, 2010: 4).

тако ниско да их више нико не жели“, а то води ка томе „да нико не жели изразити своју вољу у служби таквих институција“ (Jellinek, 1906: 72).

У дужем временском раздобљу формални устав не доживљава промене само путем уставне ревизије, већ он подразумева еволуцију у разумевању и интерпретацији правних правила. Традиционална уставна начела подлежу процесу модернизације, да би се њима на рационалан начин изразиле вредности које су уграђене у уставну и политичку културу. У том смислу, устав може бити промењен на различите начине: разрадом уставних начела кроз закон и применом законских решења, судском и уставносудском интерпретацијом уставних правила, као и реализацијом уставних овлашћења од стране носилаца власти што у систему поделе власти ствара нове обрасце који обезбеђују да стари уставни надживе време у коме су донети. Улога уставног суда је од посебног значаја јер је овај орган развио нову функцију која се огледа у интерпретативној еволуцији устава.<sup>6</sup> Од уставног суда се очекује да решавајући питања о уставности „не сузи превише простор који се у уставној подели власти додељује парламенту“, као и да политици „остави довољно простора за обликовање друштва“, што би се могло назвати сфером уставне политике (Mas, 2010: 17). Тако је уставни суд добио обележја правног коректива који је уграђен у „тело“ устава са циљем да осигура његов правни израз и сачува га од излива емоција политичке већине. Уставно судство представља сталност и одражава стабилност уставних принципа, наспрам променљивости у актима политичких учесника у законодавној и у извршној власти.<sup>7</sup>

---

6 Мада се о судској контроли расправља још од првог случаја у САД и касније са успостављањем европског модела централизоване уставносудске контроле уставности, може се рећи да је појам „неуставног закона“ *contradictio in adjecto*: да ли неки акт који је неуставан уопште може постојати уколико се поштује хијерархија правних норми? На ово питање М. Тропер тражи одговор у разлици између устава и закона у смислу да ли се правило посматра са „динамичког или статичког гледишта“ (Troper, 2005: 34). Већ приликом доношења устава као основног и врховног закона мора се рачунати на његову интерпретацију, то лежи у основи уставног и правног динамизма. Начело народне суверености, такође, подржава овај захтев јер сувереност не може бити схваћена само као чин стварања, већ и као чин извршавања или спровођења свих аспеката суверене власти народа.

7 Уставни суд, дакле, нема политичку функцију, већ је његов задатак, према речима Д. Стојановића, „да провери да ли се нормотворац придржавао уставноправних и законских граница које су постављене његовој слободи правног обликовања животних односа“ (Стојановић, 2016: 39).



#### 4. Флексибилност и ригидност устава

Питање флексибилности и ригидности устава може да се отвори не само у контексту форме и процедуре за промену, већ и у контексту уставне традиције и политичке културе која обезбеђује функционисање и трајност устава. Посебности које развија *common law* систем изнео је још на почетку деветнаестог века судија Врховног суда САД речима да је устав „осмишљен тако да се приближи бесмртности“ на начин који није могућ за институције које људи стварају. Наведено гледиште у највећој мери одражава смернице тумачења америчког устава, а у складу је са идејом очева-оснивача да природа устава налаже да се формалним актом уреде само генералне контуре (*great outlines*) и да се регулишу само важни објекти-питања. Отуда су основана очекивања да устав треба да издржи године трајања и да може да се прилагоди разним „кризама“ које настају у људском друштву (Kommers, 1999: 5).

Међутим, однос оригинерног уставотворца према ревизионој власти не треба схватити као подизање бране свакој промени устава, уосталом сами творци првих устава били су склони оправдавању ревизионе власти и потребе за уставном ревизијом. Тако је и Сјејес тврдио да „народ има непрестано право да проверава и обнавља свој устав“, што је преточено у формално начело Јакобинског устава (1793) да „један народ не може својим законима подредити или покорити будуће“. Томе се могу додати речи Т. Џеферсона да устав треба да пише свака генерација, односно да „мртви не треба да управљају живима“.

Када се говори о флексибилности или чврстости устава, питање је шта је интерес организованог друштва: да има лако променљив устав, који је одраз реалности (одело које се кроји по мери) или устав саздан од принципа који су фундаментални и истовремено највиши извор права и који траже разраду, али не и честу промену.

Поступак промене устава сваки уставотворац записује у првом уставу и не допушта одступања. Ова област уставног нормирања врло је важна и она доста говори о намери да се обезбеди трајан и стабилан нормативни кров државном и правном систему. Напор уставотворца да заштити устав је природна последица функције установљавајуће власти, која је оригинерна и изворна, примарна и суверена, која има искључиво и ексклузивно право да уреди систем на оригиналан начин. Зато су тзв. ригидни уставни са отежаном процедуром уставне ревизије „природна“ појава у системима са формалним уставом. Намера уставотворца је да обезбеди стабилност система, али то не искључује могућност интерпретације и тумачења апстрактних уставних норми од стране законодавства, судства или путем



уставносудске контроле.<sup>8</sup> Отежана процедура уставне ревизије служи као претпоставка уставне стабилности и сталности највишег општег правног акта. Дакле, намера уставотворца је увек иста: процедура уставне ревизије не треба да спречи уставне реформе које треба да унапреде општи интерес, она је само препрека да промена прерасте у рутину која би обезвредила демократско значење самог устава.

Истраживања показују да је учесталост уставних промена директно условљена тежином уставне ревизије (Rasch & Congleton, 2006: 545). Међутим, мора се узети у обзир то да се у овим истраживањима углавном компарирају земље са сличним уставним и политичким обрасцем, традицијом и вредностима, који утичу на понашање носилаца власти и грађана. Земље које немају изграђене политичке обрасце и уставну културу налазе се у међупростору у коме се траже „излазне“ опције за ригидне уставе, па динамика уставних промена далеко надмашује очекивања уставних творца. Циљеви уставних промена у појединим таласима конституционализације различити су и они су се мењали зависно од историјских токова и друштвених потреба. У првој половини двадесетог века уставне реформе нису биле честе, али су биле крупне по дубини последица које су изазивале у уставном и политичком систему (на пример, увођење општег права гласа и права гласа жена, успостављање пропорционалног представништва и др.). Са друге стране, учестале уставне промене крајем двадесетог века нису биле дубоко реформске, оне су углавном имале за циљ да хармонизују националне системе са наднационалним системом Европске уније и ове промене нису увек биле везане за *materiae constitutionis* у ужем смислу.

Зашто је важно разликовати формалну промену устава од промена које се дешавају у процесу интерпретације од стране судова и уставног суда, као и у разради путем закона које доноси парламент? Одговор на ово питање лежи у начелу народне суверености, које треба да буде угаони камен у систему у коме уставотворна власт као установљавајућа власт има свој пуни израз. Када се развија тзв. живи устав, тада се користе механизми који стоје на располагању установљеним властима, законодавној и судској, а све

---

<sup>8</sup> Примери, међутим, показују да се и у условима сложене и тешке ревизионе процедуре устава ипак мењају, а да се при томе правила о ревизији не олакшавају. Пример за то су амерички Устав и Устав Норвешке, као најстарији документи који су прилагођавани друштвеној стварности, а да њихова процедура није олакшана у формалном смислу. Исто би се могло рећи и за млађе уставе, италијански и немачки, који спадају у ред тзв. чврстих устава али су били подложни променама релативно често у послератном периоду. Основни закон Немачке је за 60 година трајања (1949–2009) промењен 52 пута, при чему су међу последњим променама биле оне које су се односиле на заштиту животне околине и на заштиту животиња (1994. и 2002).

са циљем да могу да развијају начела или чак и саму идеју устава. Са друге стране, када се врши формална промена устава, тада је контекстуална легитимација, односно процедура за ревизију, главни израз и потврда суверености установљавајуће власти (Lutz, 1994: 357).

Има мишљења да устав треба да буде подвргнут формалној ревизији увек када се стекну услови за то, односно да народ који је носилац суверености треба да остварује своју функцију, те да не треба препустати тзв. екстраконституционалним елементима да тумачењем попуњавају правне празнине, па чак ни код старих уставних докумената. Међутим, овај став отвара низ других питања која се односе на обим уставне материје, процедуру промене и учесталост ревизије. Постоје неке претпоставке које би објасниле учесталост уставних промена (Lutz, 1994: 357). Прва, што је устав дужи, то су промене чешће и обрнуто, краћи уставни акти не траже честе промене. Друго, што је тежи поступак промене, то се ређе приступа формалној ревизији. Треће, што детаљније устав уређује функције органа власти, то ће бити чешће промене, јер и устав мора бити обиман. Четврто, мање уставних промена доводи до дужег трајања устава, а тиме се развијају други облици интерпретације и „екстра“ уставна тумачења, која могу да удахну живот уставу. Посебна претпоставка је интересантна јер она доводи у везу динамику уставних промена са вредносним доживљајем устава као највишег општег правног акта. Уколико су промене честе, онда је мање вероватно да ће грађани устав доживљавати као *lex superior* и *lex fundamentalis*; мање ће се видети разлика између уставне материје и законодавства; мање је вероватно да ће устав бити схваћен као морални и програмски кодекс; мање је вероватно да ће формални поступак промене покренути сам законодавац. Коначно, што су чешће промене, а изворни устав је стар, онда је мање вероватно да ће судови који интерпретирају устав користити „теорију стриктне конструкције“ (Lutz, 1994: 358).

Трајање устава, међутим, не треба искључиво везивати за ревизиону процедуру, једнако је важна друштвена средина, политичко окружење и културолошки образац у коме ниче семе уставних принципа. Земље захваћене ратовима и кризама сваке врсте приступају чешће промени устава од оних чији систем може бити означен као стабилан. Класици правне и политичке теорије, као што су Е. Берк, Ж. Ж. Русо и Г. Хегел, били су скептични како према позитивистичком приступу у одређивању појма устава, тако и према институцијама које у формалном смислу устав установљава. Њихов став је био да уместо позитивистичког приступа у изградњи система, институције у новоствореним системима морају органски и изворно да се развију (Elkins and co. 2009: 4–5). По мишљењу Бенџамина Акцина (*B. Akzin*) устав у формалном смислу је „користан

инструмент за лимитирање и стабилизирање политичке власти“, али исто тако он је сматрао да је у динамичним друштвима непотребно тражити нешто „више од релативне стабилности“. Формални уставни документи могу послужити и као снажан едукациони фактор, јер омогућавају народу да оствари увид у политичку заједницу и стимулишу га да идентификује себе са вредностима и институцијама које су успостављене. Акцин је, такође, сматрао да је боље држати се модела устава који су довољно детаљни и опширни, јер „устав који скраћује одлуке о питањима по којима је народ подељен... ризикује да и сам постане ломљив и контроверзан“ (Према Wolf-Phillips, 1972: 21).

У литератури се амерички устав најчешће означава као „светиња“ којом је конституисана државна заједница и коју грађани доживљавају као фундаментални акт друштва. Томе доприноси и његов садржај који је на крајње рестриктиван начин уредио *materiae constitutionis*, не упуштајући се чак ни у област људских слобода.<sup>9</sup> Са друге стране, француска историја показује управо супротно: дух конституционализма не налази се у уставу, већ у уставној моћи нације која је изнад устава и њиме не може бити везана. Нација има изворно право да установи и мења „своју сопствену власт и да јој, по својој вољи, додељује њен сопствени институционални облик“ (Preuss, 1996: 22–24). Можда овде треба тражити објашњење за динамичност у уставној прошлости Француске, насупрот статичности у америчком уставном систему. Континентално уставно право ближе је француском моделу, што се може објаснити тиме да „многи европљани нису никада видели копију устава своје земље и имају само општу слику о томе шта он заиста садржи“ (Gallager, Laver, Mair, 2001: 18). Устав се тумачи на прагматичан начин, он има инструменталну вредност, па стога грађани неће оклевати да приступе уставној промени или да постојећи устав замене старим.

## 5. Референдум у легитимацијском контексту

Да ли референдум задовољава суштинска својства уставотворне и ревизионе власти? Народ се на уставном референдуму опредељује према „задатом“ нацрту устава, он има само алтернативу „за“ или „против“. Дакле, народ није примарни већ секундарни чинилац одлучивања, он не делује као установљавајућа већ као установљена власт (Isensee, 1998: 53), па се може рећи да, упркос симболичкој вредности у изражавању моћи народа,

---

<sup>9</sup> О томе В. Васовић каже следеће: „Устав избегава норму и обећања која би била везана за евентуалну редистрибуцију богатства, као што су једнакост, социјалне одредбе и држи се више процедуралних правила која обезбеђују слободу деловања и деконцентрацију власти.“ (Vasović, 2008: 282)

уставни референдум има обележја која су блиска установљеним властима. Са друге стране, уставотворну власт не треба у потпуности изједначавати са револуционарним стањем када се из „неуставног“ улази у „уставни“ простор у коме се изражава народна сувереност. Дешавало се да су прве уставе октроисали владари после „неуставног“ стања у држави или су то чинили они који су „додељивали“ слободу и успостављали уставно стање, као у постколонијалном или послератном периоду. Први уставни документи у доба либералне уставности били су акти писани од стране експерата, неки од њих били су дела великих правника и теоретичара. У савремено доба садржина устава – акт као дело – није више у првом плану, јер су основне уставне вредности добиле своју историјску и политичку потврду. Данас је тежиште пребачено на начин усвајања, односно на процес учешћа грађана који треба да обезбеди пуну легитимност највишем правном акту државе. Поступак промене устава постаје једнако важан, као и сам садржај уставних норми – он пружа неопходност контекстуалне легитимације.<sup>10</sup> Од настанка првих устава до данас развила су се два гледишта о неформалној снази „уставног пројекта“, где се као супростављени појављују: 1) експертски нацрти, они које пишу стручњаци, и 2) друштвени пројекти, они који се профилишу у широкој расправи не само стручне, већ и најшире јавности. Заговорници уставног референдума у Источној Европи сматрали су да револуционарне околности захтевају референдумску процедуру приликом доношења устава и да је у датим приликама било неопходно да се уставом достигне ниво најширег компромиса и јаке легитимације, чиме би се постигла „конституционализација револуције“ (Hart, 2003: 5).

Као демократска процедура за доношење устава, уставни референдум је био коришћен и у традиционалним демократијама приликом доношења првих конституционалних аката.<sup>11</sup> Међутим, јака легитимациона основа и непосредно извориште уставотворне власти није увек гаранција трајања и стабилности устава. Управо обрнуто, има примера да уставни донети од стране представничких тела представљају стабилан стуб уставне демократије и трају дуже од тзв. референдумских устава.<sup>12</sup>

---

10 Неки аутори истичу да је „партиципативно стварање устава“ постало критеријум легитимацијског процеса уставне ревизије. (Hart, 2003: 5)

11 Тако је на референдуму усвојен Устав Ирске 1937. године, устав Француске 1946. и 1958. године, Устав Италије 1946. године, као и Устав Шпаније 1978. године.

12 Такав је пример Основни закон Немачке, који је 1949. године усвојио Савезни парламент након што је две трећине земаљских (покрајинских) скупштина прихватило нацрт овог акта, на супрот Уставу Четврте Француске Републике који је 1946. године усвојен на народном референдуму, а већ 1958. године замењен новим Уставом Пете Француске Републике.

Енглески теоретичар и конституционалиста *A. V. Dicey* (1982, *cxiv-cxvii*), имајући у виду прилике у Енглеској која је свој систем развијала под тзв. неписаним уставом, сматрао је да референдум има улогу „заштитника устава“. Данас се, међутим, може поставити питање: да ли уставни референдум може да одржи улогу „заштитника устава“ у условима доминантне представничке демократије? Има мишљења да техника одлучивања и процес доношења акта путем референдума попримају обележја „најекстремнијег већинског метода“ (Lijphart, 1999: 231). Отуда изабрани представници у парламенту имају веће могућности да начине договор између различитих, чак и мањинских група, приликом доношења коначне одлуке него што се то може чинити непосредним изјашњавањем. Осим тога, ако власт може да контролише референдум тако што је уставним органима препуштено овлашћење да распишу референдум, онда ће они то чинити само онда када очекују победу свог предлога на народном гласању. Тако је Дајсијев концепт референдума, као „заштитника устава“ у савременој уставној држави, значајно пољуљан. Ако парламент одлучује о томе која ће питања и када бити стављена на референдум, тада се тешко може очекивати да народ учествује у заштити уставног поретка мимо или независно од изабраних представника.

## 6. Промена Устава Србије

За разлику од доношења првог устава, ревизија устава може бити изазвана разноврсним факторима: од економских и политичких, који одражавају реалност друштвеног окружења, до строго правних, који могу бити последица не само супстанцијалних, већ и чисто формалних разлога. Неопходност промене устава може бити сагледана на два начина: прво, кроз анализу узрока или повода да се уставна правила мењају и друго, кроз последице изазване ревизијом, које су мање или више скривене на почетку и које могу бити важније и од самог предмета уставне ревизије.

С обзиром на то да се у уставном систему Србије често указује на потребу уставне ревизије, овде се могу изнети нека отворена питања. Ако се пође од садржине устава, потреба ревизије у целини нема оправдања, осим уколико се не дешавају корените промене у државном уређењу, облику владавине или неком начелном принципу који суштински одређује оквир у коме се развија правна држава и народна сувереност. Основни уставни принципи почивају на темељним вредностима, које уставотворац уграђује у оригинални акт, па је тешко правдати комплетну уставну ревизију ако овај *conditio sine qua non* није задовољен или ако се није десио „уставни моменат“ за преиспитивање уставних вредности и њихово саобраћавање

савременом тренутку.<sup>13</sup> Обрнута ситуација, у којој би уставну промену требало остварити са мотивом да се основни принципи (као што је, на пример, народна сувереност) мењају зарад прагматике правних механизма, који су (понекад изнуђено) на снази у националном или међународном правном поретку, потпуно је неприхватљиво. То би значило да се легитимишу правни инструменти који служе делегитимизацији уставних начела. Увођење уставотворне власти у област која је искључиво политичка, где на место „основних“ вредности устава ступа „употребна“ вредност самог устава, доводи до тога да једина константа у правном систему буде уставна ревизија.

Морамо да приметимо да је историјски погледна променљивости динамизам, посебно европских устава, веома удаљен од конституционалних процеса последњих тридесетак година. Земље које су у овом интервалу доносиле прве или доносе нове уставе нашле су се у позицији да уставотворна власт проглашава основна начела без постојања свести грађана о њиховом значају и без могућности да се у кратком року оствари идентификација грађана са основним уставним вредностима. Конституционализација нових држава и њихових правних система не би била посебна и другачија од традиционалних, да је само донет основни уставни акт на самом почетку, као и да је законодавац наставио конструкторско дело уставотворца. Управо обрнуто, обележје нових устава је у томе да њихову, готово природну, „недовршеност“ нису били у стању да позитивно правно и институционално реализују носиоци установљених власти, па се отуда појавила потреба за готово перманентном „дорадом“ устава у кратким временским интервалима.

Питање уставне реформе у Републици Србији морало би бити доведено у везу са чињеницом да савремени уставни имају значајну тенденцију проширивања уставне материје, што ствара потребу честих уставних промена. Ово би могло да буде од суштинског утицаја на правила уставне ревизије која би, такође, морала да буду прилагођена потребама друштвеног динамизма. Усаглашавање устава са захтевима које модерно друштво отвара и којима грађани приступају као новим вредностима, значи да се мора „разлабавити“ ригидност конституционалне власти и створити „достижна“ уставна процедура. Са друге стране, етаблирање основних

---

13 Теорију о „уставном моменту“ развио је В. Аскерман означавајући време политичке кризе у коме сви изабрани представници делују колективно са циљем промене устава, односно његовог саобраћавања друштвеној стварности. У условима *common law* система, он је сматрао да се ревизија може остварити и мимо класичних уставних инструмената, првенствено судском интерпретацијом. (Наведено према: McConnell, 1994: 115)

уставних вредности захтева чврсту процедуру која би спречила рутинске захвате у текст или олако доношење новог устава. Сагласно томе, потребно је претходно размотрити могућност измене правила процедуре за уставну ревизију. Примењени метод селекције предмета уставне ревизије потпуно је обесмислио модел ревизије актуелног Устава Републике Србије у коме је изузетак постао правило, те је тзв. ригидност примењена за већину уставних норми, док је лакша процедура неселективно препуштена само неким уставним одредбама.<sup>14</sup>

Промена устава предвиђена Уставом Србије (2006) изражена је кроз двоструку процедуру која је, можемо претпоставити, проистекла из намере доносиоца новог устава да „релаксира“ ригидност документа. У томе се није успело јер је ригидност изражена кроз обавезни референдум потпуно несистематично и без икаквог вредносног одређења везана за готово две трећине уставног текста, док се само мали број питања препушта флексибилнијем поступку, који дозвољава квалификованој скупштинској већини (две трећине укупног броја народних посланика) да одлучи о уставној промени.<sup>15</sup> То је прва озбиљна замерка ревизионој процедури, која указује да се већ у иницијалној фази није јасно определило и указало на основне уставне постулате и вредности са којим се грађани, као носиоци суверености, могу идентификовати. Друга замерка је више процедуралне природе, али је она у светлу контекстуалне легитимације једнако важна и верујемо да ће се у пуном обиму појавити тек када уставне промене буду изнете на референдум. Ревизиона власт је до те мере редуцирана у њеном формалном изразу да се референдумски кворум не поставља као услов за одржавање уставног референдума. Следи да нема никакве гаранције да ће грађани заиста одлучивати о уставним променама, биће довољно да се они не одазову референдуму и препусте мањини да функционално управља најважнијим нормативним актом државе. Ситуацију треба потпуно окренути и поставити чврст поступак ревизије када је реч о основним уставним начелима, док би сва остала питања могла бити предмет изјашњавања представничког органа. При томе, требало би увести „слабију“ скупштинску већину: уместо двотрећинске била би довољна апсолутна већина свих посланика, уз обавезно одлучивање у два скупштинска заседања. Сматрамо да су модели „двоструког“ гласања добри, јер се кроз историју показало да „паузе“ у процесу одлучивања могу

14 По мишљењу Д. Симовића ради се о „степенастом ревизионом поступку“ који је обесмишљен „широким захватањем уставне материје која се мења по тежем ревизионом поступку“. (Simović, 2017: 81)

15 Додуше, грађани могу учествовати у фази иницирања уставотворног поступка (150.000 бирача), али је ово, према речима М. Настића, начин давања „почетног импулса у реализацији измене устава“. (Nastić, 2017: 102)



да охладе политичке страсти и омогуће рационални избор, нарочито када су у питању фундаментална политичка питања која укључују уставну ревизију.

Коначно, расправљање о процесу уставне ревизије подразумева да се дотакне и питање уставне реформе као процеса. Она се писцу ових редова чини важнијим елементом у погледу остваривања стабилизаторске функције устава, јер његова стабилност не зависи само од форме већ, како је то давно Џ. Брајс закључио, „и од социјалних и економских снага које стоје иза њега и подржавају га“, па уколико устав ствара баланс између свих друштвених снага: „њихова подршка може њега учинити непроменљивим“.<sup>16</sup> Сматрамо зато да је оправдано приступити процесу уставне реформе који ће трајати онолико колико је потребно да се постигне висока сагласност око основних темељних уставних вредности, да би се потом приступило промени устава систематично, а на крају и у целини ако је то неопходно.

## 7. Закључак

Поступак ревизије важан је елемент уставне стабилности и континуитета, а у случају доношења првог устава он је не само израз конституционализације, већ и фактор демократизације. Међутим, иако обезбеђује формални аспект уставности, процедура, нарочито њена сложеност, није једини услов трајности устава. Постојање сагласности око основних уставних принципа и правних механизма за њихово остваривање није искључиво обележје чврстих устава. Бројне формалне препреке само су један, али не и довољан услов за спречавање уставног конфликта и настојања да се устав мења у кратким временским интервалима. Проблем би требало посматрати кроз оба својства уставног акта: прво, стабилност и крхкост, и друго, реалност и нормативност устава.

Потреба усаглашавања устава са захтевима које модерно друштво отвара и којима грађани приступају као новим вредностима, значи да се мора „разлабавити“ ригидност конституционалне власти и омогућити грађанима „достижна“ уставна процедура. Са друге стране, етаблирање основних уставних вредности претпоставља чврсту и отежану процедуру која би спречила рутинске захвате у текст или олако доношење новог устава. Проблем учестале уставне ревизије, који је до сада сматран „француским синдромом“, у литератури је углавном разматран у дугом

---

<sup>16</sup> Овим речима је Џ. Брајс (J. Bryce) покушао да објасни разликовање формалног и материјалног устава, те постојање широке сагласности око тзв. неписаног енглеског устава (Према L.Wolf-Phillips, 1972: 13)



историјском раздобљу. Данас, међутим, овај проблем се отвара у потпуно новом светлу уставног динамизма који понекад превазилази динамику деловања редовног законодавца. Отуда се разликује виђење уставног документа кроз оптику грађана, као носилаца уставотворне власти и спољних, објективних околности које диктирају уставну промену. С обзиром на то да ове редове пишемо из једне такве земље, чини се да само они који су унутра могу узвикнути: Дајмо шансу уставу!, док околности притискају да стално и изнова доживљавамо грађанску катарзу кроз уставну ревизију.

### **Литература / References**

Barendt, E. (1998). *An Introduction to Constitutional Law*. Oxford University Press.

Burdeau, G. (1983). "Traité de science politique: le statut du pouvoir dans l'état, vol. IV (Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris)

Vasović, V. (2008). *Savremene demokratije I*. Beograd: Službeni glasnik.

Gallager, M., Laver, M., Mair, P. (2001). *Representative Government in Modern Europe*. McGraw Hill International Edition.

Grimm, D. (2010). „The Achievement of Constitutionalism“. in *The Twilight of Constitutionalism?* M. Loughlin, J. P. McCormic, N.Walker, eds. Oxford Constitutional Theory, Oxford University Press, pp. 3–23.

Dicey, A.V. (1982). *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (reprint). Indianapolis.

Elkins, Z., T. Ginsburg, J. Melton, R. Shaer, J. F. Sequeda, and D. P. Miranker (2009). *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press.

Isensee, J. (1998). „Ustavotvorna vlast naroda – demokratski mit“. *Politička misao*. Vol XXXV br. 3. 46–63.

Jellinek, G. (1906). *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung. Berlin: Häring.

Kommers, D. P. (1999). "The Basic Law: A Fifty Year Assessment", In *Fifty Years of German Basic Law / The New Departure for Germany*, American Institute for Contemporary German Studies, The Johns Hopkins University. 1–8.

Krisch, N. (2010). *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*. Oxford University Press.

Lijphart, A. (1999). *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*. Yale University Press.

- Loughlin, M. (2003). *The Idea of Public Law*. Oxford University Press.
- Lutz, D. S. (1994). „Toward a Theory of Constitutional Amendment“. *American Political Science Review* 88. 355–70.
- Mas, V. (2010). *Ustavno sudstvo u teoriji i praksi*, Zbornik referata sa regionalne konferencije ustavnih sudija, Beograd: Konrad Adenauer Stiftung.
- McConnell, M.W. (1994).“The Forgotten Constitutional Moment”, *Constitutional Commentary*. Vol. 11:115. 115–144.
- Nastić, M. (2017). „Neposredno učešće građana u postupku promene ustava“. (E. Šarčević, D. Simović, ur.) *Reviziona vlast u Srbiji – Proceduralni aspektu ustavnih promena*. Fondacija Centar za javno pravo. Sarajevo. 2017. 91–114.
- Oklopcic, Z. (2012). “Constitutional (Re)Vision: Sovereign Peoples, New Constituent Powers, and the Formation of Constitutional Orders in the Balkans”, *Constellation*. Vol. 19. No 1. 81–101.
- Preuss, U. (1996). “The Political meaning of Constitutionalism”. in R. K. Bellamy (ed.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Yale University Press. New haven and London. 11–24.
- Preuss, U. (2010). „Disconecting Constitution from Statehood“. in *The Twilight of Constitutionalism?* M. Loughlin, J. P. McCormic, N. Walker, eds. Oxford Constitutional Theory, Oxford University Press, pp. 23–47.
- Rasch, B. E., Congleton, R. D. (2006). “Amendment Procedures and Constitutional Stability,” in Congleton, Roger D., & Birgitta Swedenborg, eds., *Democratic Constitutional Design and Public Policy. Analysis and Evidence*. Cambridge, MA: MIT. 536–561.
- Ruso, Ž. Ž. (1993). *Društveni ugovor*. Beograd: Filip Višnjić.
- Sieyès, Emmanuel Joseph. (2003). ‘What is the Third Estate?’ [1789], *Political Writings*. Hackett Publishing Company. Inc.
- Simović, D. (2017). „Ustavna rigidnost i aporije revizione vlasti u Republici Srbiji“. (E.Šarčević, D.Simović, ur.) *Reviziona vlast u Srbiji – Proceduralni aspektu ustavnih promena*. Fondacija Centar za javno pravo. Sarajevo. 2017. 63–90.
- Стојановић, Д. (2016). „Уставни суд у светлу интерпретативних одлука у нормативној контроли“. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. бр. 72. год. LV. 37–54.
- Schmitt, C. (2008). *Constitutional Theory*. Duke University Press. Durham and London.

Troper, M. (2005). "Marshal, Kelsen, Barak and the constitutionalist fallacy". *International Journal of Constitutional Law*. I-Con Vol. 3. No. 1. 24–38.

Hart, V. (2003). "Democratic Constitution Making", *Special Report United States Institute of Peace*, Washington. DC.

Wolf-Phillips, L. (1972). *Comparative Constitutions*. London: Macmillan.

**Irena Pejić, LL. D**

Full Professor, Faculty of Law  
University of Niš

### **CONSTITUTIONAL REVISION: PROCEDURE IN THE CONTEXT OF CONSTITUENT POWER**

#### **Summary**

*Each Constitutional framer pays special attention to the procedure of constitutional amendment and reserves special section for it in the Constitution. The forms of constitutional revision have been developed throughout history as of a Constituent assembly, via a constituent referendum to legislative (representative) bodies, which decide on the change of the highest normative act in a special constitutional procedure. The procedure is very important as a look out of securing contextual legitimization for adopting the highest normative act of the national legal system and thus justifying the values of the constituent power. Therefore the implementation of a certain model of constitutional revision must be perceived through the lens of authority's legitimacy and the legitimacy of the procedure. The revision of the Serbian Constitution in the procedure of the mandatory national referendum is worthy of special attention, because the constitutional referendum has been arranged as a people's vote whose result is legally binding regardless of the number of voters - participants in the referendum. This implies certain consequences and opens the questions: who is the holder of the constituent power and how is the will of the constitutional authority being exercised? At the first glance in this formal question lies an equation for understanding the connection between the constituent power and the principle of national sovereignty, in other words the connection between the will of the constituent power and the will of the people.*

**Keywords:** *Constitutional revision, Constituent power, Referendum, Constitution of Republic of Serbia.*



**Др Небојша Раичевић,\***  
Ванредни професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880085R

UDK: 341.231.14-054.74  
Раd примљен: 30.09.2018.  
Раd прихваћен: 23.11.2018.

## **ИЗУЗЕЦИ ОД ПРЕСТАНКА ИЗБЕГЛИЧКОГ СТАТУСА У СЛУЧАЈУ ПРОМЕНЕ ОКОЛНОСТИ У ДРЖАВИ ПОРЕКЛА\*\***

**Апстракт:** Од правила да избеглички статус престаје када у матичној земљи дође до фундаменталних, трајних и стабилних промена постоје два изузетка. Први изузетак заснива се на општој забрани *refoulement-a* и спречава престанак избегличког статуса особи која упркос позитивним променама у матичној земљи и даље има оправдани страх да ће у тој земљи бити изложена прогону. Други изузетак спречава да избеглички статус престане особи која има уверљиве разлоге за одбијање заштите матичне државе утемељене на ранијем прогону тог лица. Како би се утврдила испуњеност услова за примену ова два изузетка и омогућило задржавање избегличког статуса, државе су дужне да установе одговарајућу процедуру у којој ће сваки захтев за примену тих изузетака бити испитан на индивидуалној основи.

**Кључне речи:** Конвенција о статусу избеглица, клаузула о престанку избегличког статуса због престанка околности, држава порекла, изузеци, континуирани страх, уверљиви разлози.

---

\* raicko@prafak.ni.ac.rs

\*\* Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Раd је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја РС.

## 1. Увод

Конвенцијом о статусу избеглица из 1951. године<sup>1</sup> (даље: Конвенција) избеглички статус је конципиран као привремени, односно пролазни феномен који се окончава кад нестану разлози због којих је он признат. Намера твораца Конвенције није била да лице које стекне статус избеглице остане у том статусу до краја свог живота. Због тога Конвенција у чл. 1С предвиђа већи број разлога за окончање избегличког статуса. Међу њима се налази и престанак избегличког статуса услед промене објективних околности у држави из које је лице избегло, што је регулисано подставовима 5 и 6 наведеног члана.<sup>2</sup> Чл. 1С (5) и (6) Конвенције предвиђено је да уколико у држави порекла, односно ранијег уобичајеног боравка дође до престанка околности због којих је избеглички статус признат, престаје потреба да особе из те државе и даље уживају избегличку заштиту. Да би избеглички статус престао по овом основу, потребно је да буду испуњена три објективна услова, и то: фундаменталност промена у држави порекла (ранијег уобичајеног боравка),<sup>3</sup> трајност тих промена<sup>4</sup> и поновно успостављање ефикасне заштите над бившом избеглицом.<sup>5</sup>

Одлуку о престанку избегличког статуса на основу чл. 1С (5) и (6) доноси држава уточишта, када процени да је у матичној држави дошло до промена које испуњавају напред поменуте услове.<sup>6</sup> Држава уточишта ту одлуку

---

1 Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, United Nations, Treaty Series, Vol. 189, p. 137.

2 Подстав 5 предвиђа да ће избеглице која има држављанство, избеглички статус престати кад у држави порекла престану околности због којих јој је признат тај статус, док подстав 6 предвиђа да ће избеглице без држављанства тај статус престати када у држави њеног претходног уобичајеног боравка престану околности због којих јој је признат избеглички статус.

3 Промене ће имати фундаментални карактер уколико су довеле до успостављања стања које се битно разликује од оног које је владало у земљи када су је лица напустила због прогона (на пример, стицање државне независности, окончање оружаног сукоба или промена режима).

4 Промене морају бити трајне и стабилне, тј. одрживе, јер и најдубље промене у матичној земљи неће довести до престанка избегличког статуса уколико су краткотрајног и пролазног карактера.

5 Ефикасна заштита матичне државе не значи само пуку физичку сигурност, већ подразумева и постојање функционалних органа власти и адекватне инфраструктуре која бившим избеглицама омогућава остваривање основних права.

6 Држава том приликом поступа на основу дискреционе оцене, уз поштовање начела *bona fide* (Лараš, 2008: 20). Терет доказивања испуњености услова за престанак избегличког статуса лежи на држави уточишта. Она мора доказати да су у матичној држави наступиле фундаменталне промене које имају трајан и стабилан карактер и да

најчешће доноси на групној основи (тзв. декларација о „општем престанку” избегличког статуса), што за последицу има да свим избеглицама из дотичне земље престаје избеглички статус.<sup>7</sup> Без обзира на то у којој форми је донета одлука о престанку избегличког статуса због промене околности у држави порекла, избеглици мора бити омогућено да оспори примену такве одлуке у односу на себе, уколико евентуално постоје разлози да се у њеном случају примене изузеци од престанка избегличког статуса по овом основу.

Доношење одлуке о престанку статуса некој групи избеглица због фундаменталне промене околности у држави порекла (ранијег уобичајеног боравка) ствара само обориву претпоставку да се престанак односи на све припаднике те групе. Дакле, претпоставља се да све избеглице из те категорије потпадају под одлуку о општем (делимичном) престанку избегличког статуса. Међутим, постоје и одређени изузеци од тог правила. Чак и када су се околности у некој држави „генерално измениле у толикој мери да избеглички статус више није потребан, увек могу постојати специфичне околности у сваком појединачном случају које оправдавају континуирану међународну заштиту. Због тога је генерални принцип да се свим избеглицама на које се односи општи престанак статуса, на лични захтев, мора омогућити поновно преиспитивање њиховог случаја, које ће се темељити на разлозима за уживање међународне заштите који су релевантни за сваки индивидуални случај“ (UNHCR, 2003: пара. 19). Конвенција допушта избеглицама да у односу на себе оспоре примену декларације о престанку избегличког статуса, с тим што терет доказивања у том случају лежи на самим избеглицама.

Први изузетак се заснива на општој забрани *refoulement*-а садржаној у чл. 33 Конвенције и њиме се спречава престанак избегличког статуса оним особама које упркос позитивним променама у земљи порекла (ранијег уобичајеног боравка) и даље имају оправдани страх од прогона у тој земљи. Други изузетак, изричито наведен у чл. 1С (5) и (6) Конвенције, онемогућава престанак избегличког статуса особама које имају уверљиве разлоге за одбијање заштите државе порекла, односно за одбијање повратка у земљу

је избеглици доступна заштита властите државе, односно да јој је омогућен повратак у државу претходног уобичајеног боравка.

7 Постоји могућност да декларација о престанку избегличког статуса буде донета и за одређену подгрупу избеглица које потичу из неке државе (тзв. делимични престанак). На пример, декларација о престанку се може односити само на избеглице које су побегле због прогона старог режима који је срушен, али не и на избеглице из те исте земље које су избегле због прогона новог режима који је дошао на власт (UNHCR, 2003: пара. 17). Држава уточишта може донети и појединачне одлуке о престанку избегличког статуса сваке избеглице понаособ.

претходног уобичајеног боравка, који се темеље на ранијем прогону тих лица.

## 2. Постојање актуелног страха од прогона

Иако се у чл. 1C (5) и (6) то изричито не помиње,<sup>8</sup> избеглички статус не може престати, упркос фундаменталним променама у држави порекла (ранијег уобичајеног боравка), уколико лице и даље има основани страх да ће бити изложено прогону у држави из које је избегло. Чак и у околностима општих промена усмерених ка миру, демократији и помирењу, и даље могу постојати посебно осетљиви случајеви који захтевају опрез због постојања ризика од настављања прогона (Vedsted-Hansen, 1997: 561). Основ за овај изузетак налази се у забрани *refoulement*-а која не допушта враћање избеглица на територију где им прети опасност од прогона.

За разлику од изузетка предвиђеног у другој реченици чл. 1C(5) и (6) који се темељи на разлозима проистеклим из ранијег прогона, овај изузетак је базиран на страху од прогона који постоји у моменту примене клаузуле о престанку избегличког статуса. То може бити онај исти страх услед кога је лице избегло из земље порекла (ранијег уобичајеног боравка), који и даље постоји упркос позитивним променама у тој држави. Међутим, то може бити и страх проузрокован неком новом околношћу која се појавила након бекства из земље порекла (ранијег уобичајеног боравка) (UNHCR, 2011a: para. 23).

Овај изузетак спречава да лице које испуњава услове из дефиниције избеглице садржане у чл. 1A Конвенције буде враћено у државу где му прети опасност од прогона. Код овог изузетка треба утврдити објективну испуњеност услова из дефиниције, за разлику од изузетка заснованог на „уверљивим разлозима“ код ког треба испитати субјективне и психолошке разлоге избегличине уздржаности од подвргавања заштити матичне земље.

Као пример за изузетак због постојања континуираног страха од прогона можемо навести анголске избеглице из региона Кабинда. Након што је 2002. године закључењем споразума између анголске владе и побуњеничког Националног савеза за потпуну независност Анголе (UNITA) окончан вишедеценијски грађански рат у тој држави, створени су услови за повратак највећег броја анголских избеглица настањених у већем броју

---

<sup>8</sup> Овај изузетак од клаузуле о престанку избегличког статуса због „престанка околности“ експлицитно је наведен у Закључку Извршног комитета UNHCR-а бр. 69 (Executive Committee of the Programme of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1992: para. c).



афричких земаља. Међутим, UNHCR је препоручио државама уточишта да се избеглице из региона Кабинда изузму из процеса репатријације јер је у том региону и даље трајао оружани сукоб (UNHCR, 2012: para. 30). Такође, пример би могли бити и припадници руандског племена Хуту који су после геноцида над племеном Тутси (1994)<sup>9</sup> избегли у Уганду. Док су се избеглице из племена Тутси слободно могле вратити у Руанду, избегли припадници племена Хуту, плашећи се поступака нове руандске владе, избегавали су да то учине (Cwik, 2011: 740).

### 3. Уверљиви разлози проистекли из ранијег прогона

У другој реченици чл. 1C (5) и (6) Конвенције садржан је експлицитан изузетак од клаузуле о престанку избегличког статуса садржане у првој реченици тих чланова који избеглицама дозвољава позивање на „уверљиве разлоге проистекле из ранијег прогона” ради одбијања заштите земље порекла (избеглице са држављанством), односно повратка у земљу ранијег уобичајеног боровка (апатридне избеглице).<sup>10</sup> На тај начин избеглице могу задржати свој статус иако су у земљи порекла, односно уобичајеног боровка, наступиле фундаменталне, стабилне и трајне промене које су елиминисале оправдани страх од прогона.<sup>11</sup>

Приликом креирања овог изузетка, творци Конвенције имали су на уму „избеглице из Немачке и Аустрије, које нису желеле да се врате на место зверстава које су оне и чланови њихових породица искусили или нису желеле да се подвргну заштити земље која је тако лоше поступала према њима” (Grahl-Madsen, 1966: 410).

Изузетак из чл. 1C (5) и (6) се примењује у случајевима када су избеглице, или чланови њихових породица, претрпели тешке облике прогона и услед тога не желе да се врате у земљу порекла (уобичајеног боровка).<sup>12</sup> На

---

9 О тежини злочина у Руанди видети: Раичевић, 2002: 365.

10 У другој реченици подстава (5) и (6) стоји да се престанак избегличког статуса предвиђен у тим подставовима неће „примјењивати на избеглицу из одељка (А)1 овог члана (мисли се на чл. 1 Конвенције о избеглицама, прим. Н.Р.), која може навести уверљиве разлоге проистекле из ранијег прогона” за одбијање подвргавања заштити земље држављанства (подстав 5), односно за одбијање повратка у земљу свог претходног уобичајеног боровка (подстав 6).

11 За разлику од Женевске конвенције, Конвенција о специфичним аспектима проблема избеглица у Африци из 1969. године приликом нормирања престанка избегличког статуса због промене околности у држави порекла (чл. 1(4)е) није предвидела изузетак заснован на „уверљивим разлозима”.

12 Овај изузетак односи се како на избеглице које су биле изложене прогону државних органа, тако и на избеглице прогоњене од стране локалног становништва које није

пример, то могу бити бивши логораши или затвореници, очевици тешког насиља над члановима породице (укључујући и сексуално насиље), као и особе тешко трауматизоване ранијим прогоном, при чему посебну пажњу треба обратити на децу (UNHCR, 2003: para. 20). Од таквих особа које су доживеле тешке патње не може се очекивати повратак у земљу где су се таква злодела десила. Због тешких психолошких последица изазваних свирепим прогоном, те избеглице не треба приморавати на повратак у матичну земљу, чак иако оне више немају страх да ће у тој земљи доживети прогон.

Овај изузетак није базиран једино на разлозима заштите, већ одражава општи хуманитарни принцип да од оних који су претрпели тешке облике прогона не треба очекивати повратак кући (UNHCR, 2011b: para. 136). Он истовремено потврђује да чак ни трајне промене у земљи порекла не могу увек довести до потпуне промене у односу становништва према појединим категоријама лица, нити променити осећај избеглица створен под утицајем њиховог ранијег лошег искуства (UNHCR, 2011b: para. 136).

### ***3.1. Услови за примену изузетка***

На основу овог изузетка избеглички статус се продужава особама које тренутно немају основани страх од прогона, али имају трауматична искуства изазвана ранијим прогоном услед којег им је признат избеглички статус. Та трауматична искуства избеглица представљају оправдање за њихово одбијање да се поново подвргну заштити матичне земље. За разлику од чл. 1А (2) који пружа заштиту због садашњег (или будућег) ризика од прогона, изузетак од чл. 1С (5) и (6) заштиту базира на последицама прогона који се већ десио.

UNHCR сматра да је за примену изузетка из чл. 1С (5) и (6) Конвенције потребно постојање објективног фактора (природа и озбиљност прогона) и/или субјективног фактора (континуиране последице или трауме од тог прогона по избеглицино психичко, емоционално или психолошко стање) (UNHCR, 2011a: para. 26). Према схватању ове агенције, два наведена фактора не мора да буду заступљена кумулативно, већ је довољно постојање само једног од њих.

Објективни фактор условљен је карактеристикама доживљеног прогона. Не постоји дефиниција или листа аката прогона који оправдавају позивање на „уверљиве разлоге”. У такве акте могу се сврстати геноцид, мучење и други понижавајући поступци, затварање у логоре, сакаћења и друго

променило свој однос према избеглицама, упркос промени владајућег режима (UNHCR Standing Committee, 1997: para. 24).

озбиљно насиље, силовање и остали сексуални деликти (UNHCR, 2011a: para. 27). Поред саме врсте прогона, у обзир треба узети и трајање таквог понашања и контекст у којем је оно извршено (UNHCR, 2011a: para. 27).

Субјективни фактор зависи од бројних околности и увек га треба испитивати на индивидуалној бази и, по потреби, ангажовањем одговарајућег вештака (UNHCR, 2011a: para. 28). На пример, суд у Јужноафричкој Републици је изузео анголску избеглицу од одлуке о престанку избегличког статуса због медицинских доказа о континуираном постојању синдрома посттрауматског стреса и озбиљног депресивног поремећаја изазваног ранијим прогоном.<sup>13</sup>

### **3.2. Персонални домашај изузетка**

Као и код престанка избегличког статуса на основу чл. 1C(5) и (6) Конвенције, важно је одредити персонални домашај изузетка садржаног у том члану. У вези са тим домашајем постоје два спорна питања. Најпре, спорно је да ли се он односи само на избеглице којима је такав статус формално већ признат или се односи и на особе које очекују формално признање тог статуса. Такође, има одређених недоумица и у вези са тим да ли се овај изузетак односи на све избеглице или само на избеглице које су тај статус стекле на основу чл. 1A (1) Конвенције.

Уколико се пође од тога да се изузетак односи једино на признате избеглице, то би значило да се на њега могу позвати само лица којима је држава уточишта већ признала избеглички статус. Оне би позивањем на последице ранијег прогона спречиле губитак избегличког статуса који им је већ признат, без обзира на позитивне промене у држави порекла (убичајеног боравка). Уколико би се примена изузетка проширила и на особе које чекају признање избегличког статуса, онда би се на овај изузетак могли позвати и тражиоци азила, чиме би за себе издејствовали стицање избегличког статуса по основу последица ранијег прогона, иако услед позитивних промена у држави порекла (убичајеног боравка) до којих је дошло након њиховог бекства више немају разлог за страх од прогона. Применом ширег домашаја овог изузетка створила би се могућност да се неким особама призна избеглички статус не по основу страха од прогона који трпе у моменту доношења одлуке о признању тог статуса, већ по основу последица ранијег прогона. Таквим приступом избеглички статус би добиле и особе којима у земљи порекла (убичајеног боравка) тренутно не прети никаква опасност од прогона.

---

<sup>13</sup> Mayongo v. Refugee Appeal Board & others, No. 16491/06, South African Republic: High Court, 04 April 2007.

Постоје аутори који сматрају да треба применити тај шири концепт и омогућити и непризнатим избеглицама позивање на овај изузетак. Иако се признаје да повратак тражилаца азила у земљу порекла у којој је у међувремену дошло до фундаменталних и стабилних промена не представља *refoulement* јер им тамо више не прети никаква опасност од прогона, ипак се захтева примена изузетка и на њих како би се спречила дискриминација избеглица. Милнер (*Milner*), као присталица тог схватања, сматра да онемогућавање непризнатим избеглицама да се позову на изузетак може довести до дискриминације која је забрањена чл. 3 Конвенције, услед чега државе треба да га примене на све избеглице које се квалификују за њега, без обзира на то да ли им је избеглички статус формално признат или још увек чекају да то буде учињено (*Milner, 2004: 105*). Међутим, судови неких држава имају супротан став. У предмету *Hoxha*, који се тицао ранијег прогона албанске породице са Косова, британски суд је одбио да примени изузетак из чл. 1C (5) Конвенције на особе којима формално није био признат избеглички статус. Чланови те породице су 1998. године доживели свирепу насиље и сматрали су да ће након повратка на Косово услед тога бити изложени остракизму локалног становништва. Свесни да након доласка међународних снага на Косово и остварених промена тешко могу добити азил по основу актуелног страха од прогона, они су се позвали и на „уверљиве разлоге проистекле из ранијег прогона“, покушавајући да по том основу добију избегличку заштиту у Великој Британији. Међутим, суд није прихватио такав захтев, навевши да је чврсто утемељено правило да „страх од прогона и његова основаност мора да буду актуелни ... неспремност да се врати, базирана на континуираним последицама ранијег прогона, није довољна. Мора постојати тренутни страх од прогона ... Речи ‘околности у вези којих је признат као избеглица’ тешко да могу бити јасније. Оне изричито захтевају да је дотична особа ‘призната као избеглица’, а не да је ‘постала’ или ‘била’ избеглица“.<sup>14</sup>

Прихватљивије је схватање које изузетак наведен у чл. 1C (5) и (6) везује само за признате избеглице. Оно је у складу са чл. 31 Бечке конвенције о уговорном праву који предвиђа да се приликом тумачења уговора увек мора поћи од његовог текста. Тумачење не може бити инструмент за проширење примене на случајеве за које је евидентно да их је текст уговора оставио изван свог домаћаја.

Друго спорно питање у вези са персоналним домаћајем изузетка из чл. 1C (5) и (6) Конвенције тиче се његове примењивости на избеглице које су тај статус стекле на основу чл. 1A (2) Конвенције. Неспорно је да

14 In re B (FC) (Appellant) (2002). Regina v. Special Adjudicator, Ex parte Hoxha (FC), [2005] UKHL 19, United Kingdom: House of Lords, 10 March 2005, paras. 28, 29 14, 62.

се наведени изузетак односи на избеглице које су тај статус стекле на основу докумената усвојених пре доношења Конвенције о избеглицама („статутарне избеглице”, „старе избеглице”) које су дефинисане у чл. 1А (1) Конвенције о избеглицама, али се поставља питање да ли се он може применити и на избеглице које су свој статус стекле по одредбама саме Конвенције („нове избеглице”).

Чл. 1С(5) и (6) позивање на овај изузетак изричито признају само лицима која су статус избеглице стекла на основу чл. 1А (1) Конвенције, тј. на основу међународних инструмената донетих пре усвајања Конвенције о избеглицама<sup>15</sup> (тзв. статутарне избеглице).<sup>16</sup> То је и разумљиво јер су статутарне избеглице у моменту усвајања Конвенције биле једине избеглице, а претпостављало се да ће још дуго након тога оне бити доминантан део избегличке популације. Овај изузетак је и унет у Конвенцију како би се жртвама нацистичког режима омогућило да избегну враћање у Немачку и Аустрију (Grahl-Madsen, 1966: 410), па се зато назива и „холокауст изузетак” (Vedsted-Hansen, 1997: 561).

UNHCR признаје да се изузетак из чл. 1 С (5) и (6) формално гледано односи само на статутарне избеглице, али додаје да нема никаквих препрека да се из хуманитарних разлога примени и на остале избеглице (UNHCR, 2011б: пара. 136, UNHCR, 1999: 31). И Извршни комитет UNHCR-а сматра да тај изузетак треба проширити на све категорије избеглица. У Закључку бр. 69 Извршни комитет препоручује да државе озбиљно размотре увођење одговарајућег статуса којим би „сачувале претходно стечена права особа које имају уверљиве разлоге проистекле из ранијег прогона за одбијање поновног подвргавања заштити њихове државе” (Executive Committee of the Programme of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1992: пара. е). Хатавеј (Hathaway) у неким ставовима UNHCR-а чак види покушај те агенције да у међународном обичајном праву пронађе основ за обавезу држава да прошире примену изузетка из чл. 1 С (5) и (6) Конвенције на све избеглице, чему се он оштро супротставља (Hathaway, 2005: 204). На основу изнетих ставова UNHCR-а, овај интернационалиста сматра да та агенција настоји да Конвенцију тумачи као еквивалент свом Статуту (Hathaway, 2005: 204).

---

15 У питању су избеглице које су такав статус стекле на основу аранжмана од 12. маја 1926. и 30. јуна 1928. године, или сходно конвенцијама од 28. октобра 1933. и од 10. фебруара 1938. године и Протоколу од 14. септембра 1939. године, или пак према Уставу Међународне организације за избеглице.

16 За разлику од тога, Статут UNHCR-а не ограничава примену овог изузетка, тако да се он односи на све избеглице које потпадају под мандат те агенције.

Пошто у чл. 1С (5) и (6) Конвенције стоји да се престанак избегличког статуса због промене околности не односи на „избеглицу која потпада под одељак А(1) тог члана која се може позвати на уверљиве разлоге проистекле из ранијег прогона”, језичким тумачењем недвосмислено се може закључити да се изузетак од престанка избегличког статуса односи само на „статутарне избеглице”, а не и на избеглице које су тај статус стекле после 1. јануара 1951. године. И припремни радови иду у прилог таквом закључку. Француски представник на Конференцији опуномоћеника изнео је тумачење да се изузетак „не примењује на нове избеглице, већ на ... старе избеглице”.<sup>17</sup> На истој конференцији, британски представник изразио је жаљење што је домашај изузетка ограничен само на статутарне избеглице и најавио да неће подржати такав предлог, већ ће се уздржати приликом гласања.<sup>18</sup>

У прилог закључку да се изузетак не односи на све избеглице може се навести и чињеница да Протокол из 1967. године, који је уклонио временско ограничење из чл. 1А (2) Конвенције, није уклонио и напомену из друге реченице чл. 1С (5) и (6) којим се тај изузетак ограничава само на избеглице које су свој статус стекле пре 1951. године (Zimmermann, Dörschner, Machts, 2011: 492). Такав поступак потврђује „континуирану намеру уговорних страна да бенефиције из те одредбе лимитирају само на мањи број статутарних избеглица...”.<sup>19</sup> Дакле, да је постојала воља, Протоколом из 1967. године могло је бити укинута ограничење из друге реченице чл. 1С(5) и (6) Конвенције и домашај изузетка проширен на све избеглице, што није учињено.

Може се закључити да не постоји правна обавеза држава уговорница да под изузетак из чл. 1С (5) и (6) подведу и избеглице из чл. 1А (2) Конвенције. Државе на основу своје суверености могу дозволити било ком лицу, укључујући и избеглице из чл. 1А (2) које истакну „уверљиве разлоге”, да остану на њиховој територији, али то никако није обавеза коју им намеће текст или циљ Конвенције о избеглицама (Hathaway, 2005: 205). Дакле, државе уговорнице имају пуну дискрецију приликом одлучивања да ли ће примену изузетка садржаног у чл. 1С (5) и (6) проширити и на избеглице из чл. 1А (2) Конвенције.

17 Statement of Mr. Rochefort (France), Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Twenty-eighth Meeting, 19 July 1951, A/CONF.2/SR.28, <http://www.refworld.org/docid/3ae68cde8.html> [pristupljeno 08. 11. 2017] (dalje: A/CONF.2/SR.28).

18 Statement of Mr Hoare (United Kingdom), A/CONF.2/SR.28.

19 In re B (FC) (Appellant) (2002). Regina v. Special Adjudicator, Ex parte Hoxha (FC), [2005] UKHL 19, United Kingdom: House of Lords, 10 March 2005, para. 69.

Државе су различито поступиле по том питању. САД, Канада, Ирска, Холандија, Финска, Швајцарска, Нови Зеланд и већина афричких држава примењују тај изузетак и на избеглице из чл. 1А (2) Конвенције (Milner, 2004: 96–98, Chhangani, Chhangani, 2012–2013: 339). Оне су то оствариле уношењем такве одредбе у национално законодавство или применом метода аналогije од стране надлежних органа. За разлику од њих, друге државе, попут Француске, Луксембурга, Португалије и Велике Британије, изузетак из чл. 1С (5) и (6) ограничавају само на статутарне избеглице (Milner, 2004: 96–98). На пример, британски органи су истакли да се овај изузетак не може применити на избеглице обухваћене чл. 1А (2), јер се изричитом правилу Конвенције не може дати значање које оно језички нема. Поред самог текста Конвенције, они су се позвали и на припремне радове и чињеницу да Протокол из 1967. године није отклонио ограничење из чл. 1С (5) и (6) Конвенције.<sup>20</sup> Међутим, треба рећи да је приметан заокрет Велике Британије на том плану. Интерни акт Граничне агенције Велике Британије из 2008. године предвиђао је да изузетак из чл. 1С(5) и (6) Конвенције „није релевантан за избеглице које су тај статус стекле на основу Конвенције из 1951. године”, већ се односи на „избеглице које су статус стекле на основу инструмената који су претходили Конвенцији из 1951. године” (Home Office – UK Border Agency, 2008: 156). У недавно усвојеном документу Министарства унутрашњих послова тај став је ублажен, будући да у њему пише да изузетак заснован на „уверљивим разлозима” представља општи хуманитарни принцип и треба га тумачити тако да се његова примена прошири и изван постојећег текста чл. 1С (5) и (6) и њиме обухвате и избеглице из чл. 1А (2) Конвенције (UK Home Office, 2016: 26).

#### **4. Процедура за примену изузетака**

Када држава уточништа донесе декларацију о општем или делимичном престанку избегличког статуса одређене категорије избеглица, свим признатим избеглицама из те категорије престаје избеглички статус, осим уколико не потпадају под неки од два напред наведена изузетка. Како би се утврдила испуњеност услова за примену тих изузетака и задржавање избегличког статуса, државе су дужне да установе одговарајућу процедуру у којој ће се сваки захтев за примену изузетака испитати на индивидуалној основи (Executive Committee of the Programme of the United Nations High Commissioner for Refugees, 1992: para. d). Та процедура представља веома важан корективни механизам за отклањање неоправданог укидања

---

<sup>20</sup> In re B (FC) (Appellant) (2002). Regina v. Special Adjudicator, Ex parte Hoxha (FC), [2005] UKHL 19, United Kingdom: House of Lords, 10 March 2005, paras. 5, 8, 16, 20, 26, 69.



избегличког статуса, а самим тим, и за спречавање кршења начела *non-refoulement*.

Као и код утврђивања избегличког статуса, Конвенција о избеглицама не садржи никаква процедурална правила за примену изузетака од општег престанка избегличког статуса услед промене околности у држави порекла (ранијег уобичајеног боравка). И у овом случају UNHCR је усвојио смернице које су државама врло корисне приликом израде националних прописа.

Најопштија је смерница која, због тежине последица престанка избегличког статуса, инсистира да у процедуру за примену изузетака буду уграђене гаранције које омогућавају остваривање „уобичајених правила правичности и природне правде” (UNHCR, 1999: para. 32). У Смерницама UNHCR-а за процедуру изузимања из декларација о престанку (UNHCR, 2011a) дат је велики број конкретних смерница, које ће на овом месту бити изнете у најкраћим цртама.

Процедура за изузимање од општег престанка избегличког статуса слична је процедури за утврђивање избегличког статуса. Она се покреће на основу захтева заинтересоване особе, који има суспензивно дејство, што значи да у односу на апликанта одлаже примену одлуке о општем престанку избегличког статуса. То значи да апликант задржава избеглички статус све док се не оконча поступак одлучивања о његовом изузимању, укључујући и поступак по правним лековима. И код овог поступка, као и код поступка за иницијално утврђивање избегличког статуса, терет доказивања лежи на апликанту. То значи да избеглица која захтева примену изузетка због континуираног страха од прогона мора доказати да јој у држави порекла (уобичајеног боравка) прети опасност од прогона, услед чега тражи наставак заштите државе уточишта (UNHCR, 2011a: para. 60). Приликом одлучивања о примени тог изузетка, надлежни орган државе уточишта мора на основу исказа избеглице и других доступних доказа утврдити да ли тој особи и даље прети опасност од прогона упркос променама у матичној држави. Уколико избеглица пак захтева примену изузетка због уверљивих разлога проистеклих из ранијег прогона, она мора доказати да пати због ранијег свирепог прогона, односно мора учинити уверљивим: 1) изложеност таквом ранијем прогону, и/или 2) трпљење тренутне трауме као поседице тог прогона (UNHCR, 2011a: para. 61).

Процедура за изузимање од општег престанка избегличког статуса мора садржати макар један правни лек који омогућава преиспитивање чињеничног и правног стања. По том правном леку мора одлучивати независни орган, различит од оног који је донео првостепену одлуку (UNHCR, 2011a: paras. 62, 64).



Уколико надлежни државни орган утврди да је континуирани страх избеглице основан, односно да су последице ранијег прогона заиста озбиљне, он ће донети одлуку на основу које ће та избеглица бити изузета из декларације о општем престанку и задржаће ће избеглички статус у држави уточишта. Позитивна одлука треба да садржи констатацију да се општи престанак избегличког статуса не односи на дотичну особу и поновну потврду њеног избегличког статуса (UNHCR, 2011a: para. 71).

У случају негативне одлуке донете по захтеву за изузимање од декларације о општем престанку избегличког статуса, особа престаје да буде избеглица од момента када је декларација ступила на снагу. Уколико је декларација о општем престанку ступила на снагу пре него што је донета правоснажна одлука по захтеву за изузимање из те декларације, избеглички статус ће престати од датума када је одлука о одбијању захтева за изузимање постала правоснажна (UNHCR, 2011a: para. 67).

Услед непостојања било каквих оквирних правила у Конвенцији, државе имају слободу да уреде процедуру за изузимање из општег престанка избегличког статуса. У ситуацији када постоје веома детаљне смернице UNHCR-а, државама није тешко да регулишу ту процедуру. Много је већи проблем да се та процедура на задовољавајући начин спроведе у пракси јер многе сиромашне земље немају довољно финансијских средстава, стручног знања и инфраструктурних капацитета (Siddiqui, 2011: 26–27).

## 5. Закључак

Према Конвенцији о статусу избеглица, избеглички статус неће престати упркос фундаменталним и трајним променама у држави порекла (претходног уобичајеног боравка) уколико особама и даље прети прогон у тој земљи или имају уверљиве разлоге за одбијање заштите државе порекла, односно за одбијање повратка у земљу претходног уобичајеног боравка, који се темеље на ранијем прогону тих лица. Основ за први изузетак налази се у општој забрани *refoulement*-а која не допушта враћање избеглица на територију где им прети опасност од прогона. Он је базиран на страху од прогона који постоји у моменту примене клаузуле о престанку избегличког статуса и то може бити онај исти страх услед кога су особе избегле, али може бити и страх проузрокован неком новом околношћу која се појавила након њиховог бекства. Други изузетак се односи на избеглице које немају основани страх од прогона, али имају трауматична искуства изазвана ранијим прогоном услед којег им је признат избеглички статус. Код овог изузетка управо та ранија трауматична искуства представљају оправдање за одбијање избеглица да се поново подвргну заштити матичне

земље. За разлику од првог изузетка који пружа заштиту због садашњег (или будућег) ризика од прогона, други изузетак заштиту базира на последицама прогона који се већ десио.

Да би се наведени изузеци применили, избеглице мора да докажу постојање разлога за њихову примену, што значи да терет доказивања лежи на самим избеглицама. Како би се омогућило доказивање постојања разлога за примену тих изузетака, државе су дужне да установе одговарајућу процедуру у којој ће се испитати сваки индивидуални захтев. Та процедура представља веома важан корективни механизам за отклањање неоправданог укидања избегличког статуса, а самим тим, и за спречавање кршења начела *non-refoulement*.

### Литература/References

Chhangani R.C. Chhangani, P.K. (2012–2013). The Ceased Circumstances Cessation Clauses and the Nigerian Refugee Law. *ISIL Year Book of International Humanitarian and Refugee Law*. XII-XIII. 321–354;

Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons: Summary Record of the Twenty-eighth Meeting, 19 July 1951, A/CONF.2/SR.28. Преузето 8. 3. 2018, <http://www.refworld.org/docid/3ae68cde8.html>;

Cwik, M.E. (2011). Forced to Flee and Forced to Repatriate – How the Cessation Clause of Article 1C(5) and (6) of the 1951 Refugee Convention Operates in International Law and Practice. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 3(XLIV). 711–744;

Executive Committee of the Programme of the United Nations High Commissioner for Refugees. (1992). *Conclusion No. 69 (XLIII), Cessation of Status*;

Grahl-Madsen, A. (1996). *The Status of Refugees in International Law, Vol. 1*, Leyden: A. W. Sijthoff;

Hathaway, J.C. (2005). The Right of States to Repatriate Former Refugees. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 1(XX). 175–216;

Home Office – UK Border Agency. (2008). *Cancellation, Cessation & Revocation of Refugee Status, Operational Policy and Process Policy, Guidance and Casework Instruction*. London;

In re B (FC) (Appellant) (2002). Regina v. Special Adjudicator, Ex parte Hoxha (FC), [2005] UKHL 19, United Kingdom: House of Lords, 10 March 2005;

Konvencija o specifičnim aspektima problema izbeglica u Africi (Convention Governing the Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, 1969, *United Nations, Treaty Series*. Vol. 1001, No. 14691. p. 45);

Konvencija o statusu izbeglica (Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, *United Nations, Treaty Series*. Vol. 189, p. 137);

Lapaš, D. (2008). *Međunarodnopravna zaštita izbjeglica*. Zagreb: Hrvatski pravni centar;

Mayongo v. Refugee Appeal Board & others, No. 16491/06, South African Republic: High Court, 04 April 2007;

Milner, D. (2004). Exemption from Cessation of Refugee Status in the Second Sentence of Article 1C(5)/(6) of the 1951 Refugee Convention. *International Journal of Refugee Law*. 1(XVI). 91–107;

Раичевић, Н. (2002). Оснивање, организација и надлежност међународних *ad hoc* кривичних трибунала. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. XLII, 345–370;

Siddiqui, Y. (2011). *Reviewing the application of the Cessation Clause of the 1951 Convention relating to the status of refugees in Africa*. Working Paper Series No. 76;

UK Home Office. (2016). *Revocation of refugee status, Asylum policy instruction*, London;

UNHCR. (2012). *Implementation of the Comprehensive Strategy for the Angolan Refugee Situation, including UNHCR's recommendations on the applicability of the "ceased circumstances" cessation clauses*. Geneva;

UNHCR. (2011a). *Guidelines on Exemption Procedures in respect of Cessation Declarations*. Geneva;

UNHCR. (2011b). *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*. Geneva;

UNHCR. (2003). *Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*. HCR/GIP/03/03;

UNHCR. (1999). *The Cessation Clauses: Guidelines on their Application*. Geneva;

UNHCR Standing Committee. (1997). *Note on the Cessation Clauses*. EC/47/SC/CRP.30;

Vedsted-Hansen, J. (1997). An Analysis of the Requirements for Voluntary Repatriation. *International Journal of Refugee Law*. 4(IX). 559–565;

Zimmermann, A. Dörschner, J. Machts, F. (Eds.), (2011). *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – A Commentary*. Oxford: Oxford University Press.

**Nebojša Raičević, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **EXCEPTIONS TO THE CESSATION OF REFUGEE STATUS DUE TO A CHANGE OF CIRCUMSTANCES IN THE COUNTRY OF ORIGIN**

### **Summary**

*Article 1C(5) of the Refugee Convention provides for cessation of the refugee status where fundamental, permanent and stable changes occurred in the country of origin and removed the risk of persecution. However, there are two exceptions to this general rule. The first exception is legally based on the general prohibition of refoulement, set forth in Article 33 of the Refugee Convention which prevents the loss of refugee status for the person who, despite positive changes in the country of origin, still has a well-founded fear of persecution in that country. This exception is based on the fear of persecution that exists at the moment of the cessation clause application and it prevents that the person who fulfills the conditions from the refugee definition be returned to a state where he/she is in danger of persecution. The second exception prevents the cessation of the refugee status of a person who may invoke compelling reasons (arising from previous prosecution) to refuse the protection of his country of origin. It is based on the traumatic experiences caused by the previous persecution, due to which the person has been recognized as a refugee. For the exception to be applied, it is necessary to examine the subjective reasons for the refugee's denial of the home country protection. This second exception is applicable only to formally recognized refugees who have acquired that status pursuant to Article 1A(1) of the Refugee Convention. In order to determine whether the refugee meets the requirements for the application of these two exceptions and keeping the refugee status, States are obliged to establish an appropriate procedure in which each request will be examined on the merits of each individual case.*

**Key words:** *Convention Relating to the Status of Refugees, "ceased circumstances" cessation clause, country of origin, exceptions, compelling reasons, continued fear.*

**Др Мирослав Д. Стевановић,\***  
Доцент Академије за националну безбедност, Београд  
**Др Драган Ж. Ђурђевић,**  
Професор Академије за националну безбедност, Београд

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880101S

UDK: 340.1:341.1/8  
Рад примљен: 30.09.2018.  
Рад прихваћен: 14.11.2018.

## **КОНЦЕПТУАЛИЗАЦИЈА ПОЈМА РЕПРЕСИВНИ РЕЖИМ У МЕЂУНАРОДНОМ ЈАВНОМ ПРАВУ\*\***

**Апстракт:** Предмет овог чланка је начин владавине, као однос који није уређен међународним правом, а упркос томе је у пракси основ многих последица у међународном правном поретку и међународним односима. Ради се о проблему да однос између државе и грађана, ни вредносни аспект тог односа, није непосредно предмет, али се тиче многих нормативних режима међународног права. Циљ чланка је да се осветли релевантни аспект нормативне садржине репресивне владавине који би представљао претпоставку диспозиције у погледу правно прихватљиве владавине. Основна претпоставка је да се у међународном праву развија нормативни концепт репресивног режима, као непожељног поступања држава. Овако проблематизованом задатку, приступили смо, прво, посматрањем поимања елемената репресивне владавине у делокругу међународних организација и тела, друго, нормативном анализом праксе репресивне владавине и, треће, концептуализацијом прихватљиве владавине на међународном нивоу. Добијени резултати указују да појам репресивни режим обухвата два аспекта, идеолошки и међународно заштићених људских права. Настојање да се концептуализације појам репресивне владавине суочава се са проблемом остваривања суверенитета, репрезентативности и основних људских права у условима универзализације вредности. Налазимо да једини критеријум који се може применити на међународном нивоу испоставља право грађана да власти државе не користе државне органе репресије како би

\* mstvnv297@gmail.com  
djurdjevic.dragan@gmail.com

\*\* Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

*системски тешко кршили основна људска права у циљу трајне доминације одређене интересне групе.*

**Кључне речи:** *добра владавина, демократска транзиција, досије лица, диктатура, владавина права, корупција, клијентелизам.*

## 1. Увод

Од оснивања Уједињених нација (УН), постојале су државе или периоди у државама у којима је владавина укључивала системско кршење основних права личности, попут на пример колонијалних и репресивних режима, за које се стога сматрало да нису у складу са основним начелима Повеље УН и међународног јавног права. Постојале су, такође, владавине које су имале недемократске елементе, попут различитих диктатура, али које само због тога нису биле изложене критици да нарушавају демократске основе међународног правног поретка. Нормативна концептуализација демократије је у периоду идеолошке поделе света обухватала и неслагање о питању примарне заштитне вредности, односно да ли би то требало да буде одређени корпус политичких и грађанских права, или социјалних, економских и културних права (Malanczuk, 1997:210-211).

Распад комунистичког војно-политичког блока и, потоње, интензивирање међузависности и универзализације вредности на глобалном нивоу резултирало је тиме да су вредности либералне демократије постале средство доминације групе водећих либерално-демократских држава и, у том контексту, критеријум за уважавање државе у међународним односима. Међународно јавно право, међутим, не уређује експлицитно пожељан карактер владавине. Свака легална власт, било репресивна или демократска, прихвата се сходно начелу ефективности.

Питање прихватљивог карактера владавине захтева прецизније теоријско одређење из практичних разлога. Наиме, великом броју држава у којима је од седамдесетих година двадесетог века окончана владавина прокламована као репресивни режим либерално-демократска владавина је наметана као услов за чланство у многим међународним организацијама, а степен њеног остваривање било је предмет разматрања међународних механизма за заштиту људских права.

## **2. Оквир концептуализације репресивне владавине**

### **2.1. Оквир нелегитимне унутрашње репресије**

Концепт репресије као такве, функционално посматрано, односи се генерално на контролу људи на масовној скали, системском применом силе, насиља и прописа који намећу неразумна ограничења одређеном корпусу неотуђивих права и слобода личности. Овај концепт подразумева наметање монопола у идеологији, понашању, вероисповести, филозофском размишљању и другим сферама које нормативно дефинише Општа декларација о људским правима (Quintana, 2009: 100). Сходно наведеном, примењено на конкретну владавину, битна одлика репресивног режима била би то да власт, или интересне групе, остварују доминацију над грађанима, а да у том циљу користе репресивне институције без државног разлога, већ ради маргинализације појединаца и друштвених група у циљу одржавања монополистичког политичког положаја и нелегитимне архитектуре моћи.

Репресивне институције државе се, са аспекта структурне улоге коју имају у репресивном режиму, могу разликовати две категорије. У прву би спадале оне наменски створене као инструмент репресије, односно информативне (обавештајне) службе, паравојне организације, специјални трибунали и психијатријски центри, а у другу репресивне структуре у оквиру администрације које настављају да постоје и после репресивног режима: оружане снаге, полиција и органи безбедности, судови и део администраје (Quintana, 1997: 14-15). Ове институције одликује то да њихов начин рада подразумева потребу формирања и вођења документационих збирки о индивидуама чије активности представљају изазов, претњу или ризик за безбедност државе (досијеа лица).

За нормативно одређење појма репресивног режима, релевантност досијеа које ове институције институције воде је двојака. С једне стране, они имају улогу у процесу доношења одлука, а у том оквиру и о репресији, као средство њене формалне рационализације или легитимизације. С друге стране, на узурпацији токова примарних података из досијеа које ове институција државе воде у оквиру својих делокруга надлежности успостављају се структуре у друштву којима је повлашћени положај омогућио нелегитимни утицај и привилегован статус. Најопштије посматрано, репресивне институције могу бити злоупотребљаване ради наметања и принудног одржавања политичког система и елите, и тако стављене у функцију владавине. Резултат такве злоупотребе је начин владавине који се нужно заснива на системском кршењу основних права, а често и самог интегритета, људског бића.



## 2.2. Оквир делегитимизације репресивног режима

Будући да су државе због репресивних режима изложене суду међународне заједнице, а потенцијално и међународног права, оне по правилу негирају кршења основних права и слобода или их образлажу борбом против ауторитарних идеологија, како би кршења основних права личности у својој јурисдикцији легитимисале. Кључно за сузбијање оваквих манипулација је знање истине, а њена спознаја подразумева и могућност да се истраже и поверљиви подаци у досијеима лица. Трагање за истином има *eo ipso* правну димензију, у делу у коме представља начин на који жртве могу сазнати разлоге и околности због којих су трпели ускраћивање својих права. Иако се ради о односу државе и њених грађана, као индивидуа, савремено међународно јавно право препознаје да жртве имају право да знају те разлоге и околности, као и одговорне за та кршења, што се развија као концепт права на истину. Како се примећује, „афирмација правне снаге међународног режима људских права има за првенствени циљ не само промоцију идеје људских права, већ и превенцију њиховог кршења широм света“ (Hafner-Burton, Tsutsui, Meyer, 2008:117). На тај начин, норме међународног права људских права, теже да ограниче свемоћ власти да грађане третира по нахођењу и омогуће индивидуи да своју државу учини одговорном за акте на унутрашњем плану.

Питање је да ли међународно право омогућава универзалну надлежност уколико држава у транзицији не обезбеди услове за остваривање права жртава репресивне владавине, укључујући и неадекватним поступањем са досијеима који могу да служе као доказ у конкретном случају. Комитет за људска права и Комитет против тортуре сматрају да се за поступке државе на том плану „може претпоставити да су уређени међународним јавним правом, обавезним за све државе, без обзира да ли су потписнице одговарајућих конвенција. Државе не могу да задрже право да буду укључене у кршења људских права, радњама попут: тортуре; подвргавања суровом, нечовечном или понижавајућем поступању; арбитарном лишавању слободе и задржавању; арбитарном лишавању живота; ускраћивању слободе мишљења, савести и вероисповести; претпоставке невиности уколико лице не докаже невиност; (и) лишавања права на фер суђење“.<sup>1</sup>

1 Human Rights Committee, *Consideration of reports submitted by states parties under article 40 of the Covenant: Concluding observations: United States of America*, UN Doc CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 (18 December 2006), para. 12, retrieved 07.04.2018 from <http://www.refworld.org/docid/45c30bec9.html>; *id*, *General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (4 November



Занемарујући питање конкретног корпуса заштићених права, будући да о томе постоје различита схватања, са становишта међународног јавног права релевантан је став да се имплицира група људских права која су *de iure* под режимом универзалности. Ради се о правном схватању међународних тела надлежних за надзор у области људских права које има потпору у пракси међународних судова. Међународни суд правде је оценио да међународну правну одговорност сноси чак и држава која свесно помаже или подржава другу државу да врши кршење људских права, уколико су та помоћ и/или подршка имали суштински утицај у односу на починиоце или на начин на који се спроводило кршење.<sup>2</sup> По аналогiji, држава у којој је свргнут репресивни режим не може имати мање обавезе према жртвама своје власти од трећих држава, бар када су у питању међународна кривична дела.

### 2.3. Оквир транзиције

Транзиција обухвата период након успостављања власти, која настоји да демократски обликује институције и процедуре у држави у којој су грађани били изожени репресивној владавини или унутрашњим сукобима. Након окончања репресивних режима, сукцесорске власти у пракси теже либералној демократији. Оваква владавина, како се примећује, „може се идентификовати по присуству одређених кључних политичких институција: изабрани званичници, слободни избори, опште право гласа, право да се кандидује, слобода изражавања, алтернативно информисање и слобода удруживања“ (Norris, 2012:51)

---

1994), para. 8, retrieved 07.04.2018 from <http://www.refworld.org/docid/453883fc11.html>; Committee against Torture, *Consideration of Reports submitted by states parties under article 19 of the Convention: Conclusions and recommendations: United States of America*, UN doc CAT/C/USA/CO/2 (25 July 2006), para. 17, retrieved 07.04.2018. from <http://www.refworld.org/docid/453883fc11.html>.

2 У предмету БиХ против СиЦГ, Међународни суд правде налази да члан 16 Нацрта чланова о одговорности држава за међународно противправне акте одражава правило обичајног међународног права, обавезујуће за све државе (para. 420, *Case concerning application of the Convention of the prevention and punishment of the crime of genocide* (B&H v. Serbia & Montenegro), International Court of Justice Judgement of 26 February, 2007 ICJ Reports p. 217). Исти став заузима и Европска комисија за демократију кроз право (Венецијанска комисија) (para 45, *Opinion on the International legal obligations of Council of Europe member States in respect of secret detention facilities and inter-state transport of prisoners*, Opinion 363/2005 No. CDL-AD(2006)009 (17.03.2006), retrieved 07.04.2018. from [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2006\)009.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2006)009.aspx)).

Ови стандарди демократске транзиције тичу се питања људских права, а обухваћени су и у оквиру критеријума „добре владавине“,<sup>3</sup> који се сматра условом слободне трговине и отвореног тржишта и примењује у оквиру мандата међународних финансијских институција.

Добра владавина, осим омогућавања владавине већине, идејног плурализама и учешћа грађана, подразумева и успостављање начела правне државе и поштовање основних људских права, као међународних правних стандарда. Општа декларација о људским правима прокламује значај партиципационе власти,<sup>4</sup> као и да свако има право на поредак у оквиру којег ће права и слободе бити у потпуности остварене.<sup>5</sup> Ова начела афирмишу међународни пактови о људским правима. Међународни пакт о грађанским и политичким правима (ПГПП) обавезује државе да поштују права призната пактом и да предузму неопходне кораке да се она остваре,<sup>6</sup> попут правних лекова особама чије је право повређено, поштен и делотворан судски или административни механизам за утврђивање кршења људских права. Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (ПЕСКП) обавезује државе да, свим одговарајућим средствима, предузму кораке у циљу постепеног остваривања права афирмисаних овим пактом.<sup>7</sup> Генерална скупштина УН је прокламовала везу добре владавине и одрживог развоја,<sup>8</sup> а посвећеност унапређењу демократије и јачању владавине права потврђује се и у Миленијумској

---

3 Комисија УН за људска права препознаје, позивајући се на Универзалну декларацију о људским правима и Бечки декларацију, „да су транспарентност, савесност и одговорност и владе, осетљиве на потребе народа, основи на којима почива добра владавина...“ (UN Human Rights Commission, *The role of good governance in the promotion of human rights*, UN Doc E/CN.4/RES/2000/64 (27 Април 2000), para. 1, retrieved 07.04.2018. from <http://www.refworld.org/docid/3b00f28414.html>)

4 Општа декларација о људским правима, усвојена на Генералној скупштини УН, прокламује да „свако има право да учествује у управљању јавним пословима своје земље, непосредно или преко слободно изабраних представника.“ (Art. 21(1), Universal Declaration of Human Rights, UN General Assembly, UN doc A/RES/217A(III) (10 December 1948).

5 *ibid*, Art. 28: „Свако има право на друштвени и међународни поредак у којем права и слободе објављени у овој Декларацији могу бити потпуно остварени.“

6 Члан 2 Међународног пакта о грађанским и политичким правима и слободама, Службени лист СФРЈ, 7/1971.

7 Члан 2 Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, Службени лист СФРЈ, 7/1971.

8 Свако људско биће и сви народи „имају право да партиципирају, доприносе и уживају у економском, социјалном, културном и политичком развоју“. (Art. 1, UN General Assembly, *Declaration on the Right to Development*, UN Doc A/RES/41/128 (04.12.1986).

декларацији.<sup>9</sup> Комитет за економска, социјална и културна права налази да је добра владавина „нужна за остварење људских права, укључујући елиминацију сиромаштва и обезбеђења задовољавајућег живота за све”.<sup>10</sup>

Комитет за људска права, питање адекватности правних лекова (задовољења), ефикасности и фер суђења редовно разматра у контексту администрирања правде, односно једног од транзиционих механизма, при чеми је артикулисао важност независних и компетентних судија за одговарајућу заштиту права утврђених пактом.<sup>11</sup> У процесу промене система владавине из режима, који је представљао негацију ових начела у демократску владавину, држава је суочена са потребом да устроји мере за суочавање са индивидуалним и институционалним одговорностима, а саставни део тог процеса су репарације (укључујући реституције), компензације, рехабилитације, сатисфакције и гаранције о непонављању. Као опште прихваћена обавеза држава у периоду транзиције заговара се обезбеђивање остваривања права на истину, правду, репарацију жртава и њихових породица, укључујући и право заједница да знају и гаранције о непонављању. Пракси међународног администрирања правде у државама у транзицији допринели су ступање на снагу Статута Међународног кривичног суда и инструменти регионалних тела у области људских права, а поменута могућност примене универзалне надлежности јача међународни утицај против неодговорности репресивних режима.

Савет УН за људска права обухватио је остваривање правде у пострепресивним државама и посредством вансудских механизма у својим одлукама које се односе на људска права<sup>12</sup> и право на истину.<sup>13</sup>

---

9 „Нећемо штедети напоре да унапредимо демократију и оснажимо владавину права, као и поштовање за међународно призната људска права и основне слободе, укључујући и право на развој.” (V para. 24, UN General Assembly, *United Nations Millennium Declaration*, UN Doc A/55/L.2.(8 September 2000).

10 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11)*, UN Doc. E/C.12/1999/5 (12 May 1999), para. 23, retrieved 07.04.2018. from <http://www.refworld.org/pdfid/4538838c11.pdf>

11 Human Rights Committee, *General Comment No. 32: Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, U.N. Doc. CCPR/C/GC/32 (23 August 2007), para. 19, retrieved 07.04.2018. from [http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/CCPR.C.GC.32\\_En.pdf](http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/CCPR.C.GC.32_En.pdf).

12 Paras. 5, 6, UN Human Rights Council, *Right to the truth*, A/HRC/RES/12/12 (12 October 2009), retrieved 07.04.2018. from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/165/99/PDF/G0916599.pdf?OpenElement>

13 Para 5, UN Human Rights Council, *Human rights and transitional justice*, UN doc A/HRC/RES/12/11 (12 October 2009), retrieved 07.04.2018. from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G09/165/92/PDF/G0916592.pdf?OpenElement>

Развој оквирних међународних стандарда транзиције започео је усвајањем инструмената попут Основних начела против неодговорности и Допуњеног сета начела. Ови инструменти тумаче дужности које се очекују од држава у транзицији, у области заштите права жртава тешких системских кршења људских права, али тешко би било извести закључак да ови инструменти меког права успостављају правни основ транзиционе правде. Канцеларија Високог комесара УН за људска права, као помоћно тело УН надлежно за помоћ државама у транзицији, сматра да је након репресивне владавине, држави у транзицији на располагању утврђивање истине, као једно од средстава владавине права, што подразумева да званична истина мора да буде обезбеђена и у оквиру поступања са расположивим документационим збиркама институција репресије.

### **3. Репресивни карактер владавине**

Схватање појма репресивног режима представља проблем транзиционог права, осим са аспекта легалитета и унутрашњег и међународног права, и са аспекта легитимитета власти и владавине. У политичкој теорији, легитимитет се посматра разнолико, од дефинисања као вишег оквира процеса у систему који испуњава критеријуме једнакости, праведности, правде и слободе (Franck, 1990:17-18), до одређења као уверења оних у систему о потреби подвргавања институцијама система (Hurd, 1999:381.). Наведена становишта о легитимитету обухватају концепте попут партиципације јавности, људских права и једнакости, те тако имплицирају како легитимни могу да буду само демократски системи (Rothstein, 2011:79-80). Ова гледишта, као чинилац политичког легитимитета, подразумевају јавно мњење, за које се примећује да нема доказа да је неопходно за политички легитимитет (Weatherford, 1992:150, Buchanan, 2002:702).

Питање политичког легитимитета, чини се, утиче на одређивање појма репресивног режима тако што је тешко замисливо да било која власт може да постоји као легитимна уколико грађани и/или међународна заједница не верују да она власт на својој територији остварује уз легитимацију већине. Тако схваћен, политички легитимитет владавине има у међународном јавном праву примену у оквиру тумачења права народа на самоопредељење, али он не омогућава критеријум за правно разликовање репресивног режима. Наиме, уколико би се репресивни карактер режима оцењивао искључиво на основу унутрашње политичког вида, легитимитет би био искључен из правне димензије транзиције, схваћене као концепт правно прихватљивих последица након свргавања репресивног режима.

Сам појам режим изискује да се претходно диференцира држава, као „трајне институционалне структуре у оквиру којих се обједињује политичка моћ”, од власти као „носилаца послова посредством којих се врши моћ” (Buchanan, 2002:691). Власт, *ergo* и држава, ће бити легитимна ако већина верује да она основано поседује моћ, врши утицај и захтева поштовање (Gilley, 2006:48). У том смислу, поседовање моћи не зависи од демократских норми, нити стандарда попут једнакости, правде или одговорне владавине, већ је свака власт, чак и насилна и ауторитарна, *de facto* легитимна ако грађани верују да она основано поседује моћ.

Из одвојене перцепције владе од државе произилазе две врсте уверења о унутрашњем плану: прво, „вредновање основних норми, вредности и институција система”, и друго, „шта и како политичке власти раде са својом моћи” (Easton, 1975:437). Ово функционалистичко посматрање разликује политичку заједницу, режим и политичку власт (Fuchs, 2011:33-34). Како демократска владавина, структуралистички посматрано, ма колико као транспарентно процедурална не зависи на дужи рок од резервоара подршке, оно омогућава да се као суштинска одлика режима препозна укидање разликовања институција од носилаца моћи и, као последица персонализације институција, поистовећивање власти са државом. Иако нема институција државе које су сасвим одвојене од власти, осим у изузетним случајевима, постоји разлика између вредности и учинка система, те се поверење у институције испољава на различитим нивоима, између осталог и међународном. Зато је за легитимитет владавине важан и утицај спољних чинилаца. Поједине недемократске државе су некад прихваћене у међународној заједници, услед тога што моћне државе, из сопствених интереса, прихватају режиме који су безобзирни према становништву. Међутим, најопштије посматрано, данас је већа вероватноћа да ће либералне демократије бити прихваћене као легитимне, више него друге.

Ако се легитимитет прихвати као елемент појма репресивног режима онда, с обзиром да политички легитимитет почива на народу, односно индивидуи (због чега и најнасилнији режим може бити легитиман ако је, као такав, репрезентативан у свести грађана), није могуће занемарити утицај политичког система. Одвојеност државне структуре од актуелне власти представља гаранцију стабилности у демократским системима, будући да се тако располаже механизмом политичке промене институционалним путем, и легитимитет. Насупрот томе, у ауторитарним системима, легитимитет не почива на институцијама државе, већ на самој власти, због чега су онемогућене политичке промене, што повлачи нестабилност и већи ризик од развијања унутрашњих сукоба, у којима

режим, зарад опстанка, прибегава систематској репресији, у настојању да сузбије могућност противљења.

У пракси механизма за заштиту и унапређење људских права и међународних финансијских институција, у систему УН, могу се разликовати два основа вредновања учинка режима као репресивног. Први је поштовање међународно заштићених основних људских права, а посебно оних која се односе на интегритет индивидуе, попут на пример од мучења, отмица, убистава, расне дискриминације. Репресивни режими, који су нужно ауторитарни, имају ексклузивистичку природу, те као резултат настојања да одрже власт одређене друштвене групације, умањују ниво поштовања људских права осталих грађана (Landman, 2017:119). Такав однос власти према грађанима умањује перцепцију о легитимности са становишта учинка, а временом и са становишта вредности, што је посебно случај када је власт насилна. Посматрано са аспекта међународног права, квалификација режима као репресивног је, чини се, више везана за то како поступа према грађанима, него за недостатак демократског политичког система. Други основ вредновања учинка режима као репресивног је корупција. Ова појава је, због недостатка делотворног механизма одговорности и гломазне бирократије, посебно одлика високих нивоа ауторитарних режима (Gilley, 2006:57). Практични утицај овог основа вредновања је у томе што га међународне финансијске институције у систему УН примењују као критеријум при одлучивању о одобравању финансијских аранжмана.

Одређивање репресивног карактера владавине као правно релевантне одлике режима, а не само политичке, могуће је посредно излучити из неких инструмената меког права, ако се посматрају у контексту међународног права људских права. Савремени развој довео је до схватања да се, осим либералне демократије, права и квалитет живота не могу оживотворити само законодавно. Тај развој је посебно уочљив у систему УН. Генерални секретар УН, Бутрос Гали, 1989. године је указао да је његов претходник (Курт Валдхајм) промовисао стварање 'универзалне културе људских права'. УНЕСКО је, 1996. године, прокламовао културу мира, која је дефинисана као: „сет вредности, приступа и понашања који одражавају и подстичу партиципативну демократију, друштвену интеракцију, дељење, родну равноправност, солидарност, људска права, одбацивање насиља и спречавање сукоба кроз дијалог.” Коначно, у Програму УН за развој (УНДП), из 1997. године, наводи се да „народи треба да буду ослобођени претњи, попут болести или репресије и од изненадних прекида својих живота.” Овај развој довео је до артикулисања области које, као целина, омогућавају разликовање држава које уважавају пожељан положај људског бића. Као при-

оритети глобалне етике, коју би државе требало да интериоризују у циљу достизања стандарда квалитета живота, идентификовани су: (1) људска права и одговорности; (2) демократија и развој грађанског друштва; (3) заштита мањинских група; (4) мирољубиво решавање сукоба и (5) једнакост генерација. У оквиру ових приоритета, допунски критеријум за разликовање између репресивних од демократских владавина представљао би и ниво остваривања оптималног квалитета живота.

#### 4. Закључак

Неки показатељи нормативног уобличавања појма репресивног режима могу се индуковати из наведених схватања у инструменатима меког права, уколико се посматрају у контексту међународног правног режима људских права.

Највећу правну релевантност, као критеријум који се може применити на међународном нивоу, има право индивидуе на заштиту од злоупотребе власти у држави којој припада. Ова заштита подразумева да се јавне институције не могу користити у сврху остваривања неограничене доминације одређене интересне групе, на уштрб међународно заштићених основних праваличности, а посебно везаних за интегритет индивидуе. У том смислу, репресивни режим би била владавина која као метод свог одржања користи институције државе за систематско тешко кршење основних људских права и слобода политичких противника и неистомишљеника, уз игнорисање или непостојање њихове правне заштите.

Анализа правних аспеката поступања са документационим збиркама институција репресије бивших репресивних режима у транзицији омогућава да се конкретизује друштвени однос на који се односи нормативни концепт репресивног режима у међународном праву. Инструменти међународних тела апострофирају специфичне одлике стања у друштву током периода преласка из владавине засноване на тешким кршењима људских и/или хуманитарног права ка демократској. У такве би спадале поделе у друштву и неповерење у институције, због дотадашњег гушења слободе мисли и прогона неистомишљеника, отуђења институција и последичне бирократизације и корупције и тешког стања значајног дела популације. Из тога следи да да транзиција претпоставља специфичан однос државе и грађана, везано за санирање наведених последица репресивне владавине, у коју су биле укључене институције државе. Из тога проистиче да репресивни режим обухвата структурални однос државе и грађана, а пре свих жртава нелегитимне системске репресије, преко институције државе као „фасаде“ персонализоване моћи.



Поред унутрашње димензије, нову димензију односа између државе у транзицији, њеног окружења и међународних организација условљавају глобализација и универзализација вредности. У опредељењу према питању да ли се ти односи тичу вредносно прихватљиве владавине, односно да ли имају правну димензију, или се ради искључиво о политичким и економским односима, могући су различити приступи. Чини се да се на том плану као индиција може прихватити приступ који релевантне међународне организације примењују у пракси. Наиме, од сукцесорске власти која тежи да буде прихваћена као демократска се очекује да за циљ има остваривање демократије и владавине права, али очигледно и репрезентативности. Из чињенице да транзиционе власти прибегавају примени механизма који су алтернатива мерама правне државе (акти у циљу администрирања правде), функционисању демократских вредности (методи суочавања са прошлoшћу) и владавини права (реформе прописа и институција) може се извести закључак да је битна одлика репресивног режима, као супротности томе, то да се ради о квази-институционалном стању, у коме институције нису у функцији интереса државе и народа, већ саме власти и наметнуте врхушке.

### Литература/References

Buchanan, A. (2002). Political Legitimacy and Democracy. *Ethics*. 4(112). 689-719.

Committee against Torture, *Consideration of Reports submitted by states parties under article 19 of the Convention: Conclusions and recommendations: United States of America*, UN doc CAT/C/USA/CO/2 (25 July 2006), retrieved 07.04.2018. from <http://www.refworld.org/docid/453883fc11.html>.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11)*, UN doc E/C.12/1999/5 (12 May 1999), retrieved 07.04.2018. from <http://www.refworld.org/pdfid/4538838c11.pdf>

Easton, D. (1975). A Re-assessment of the Concept of Political Support. *British Journal of Political Science*. 4(5). 435-457.

European Commission for Democracy through Law, *Opinion on the International legal obligations of Council of Europe member States in respect of secret detention facilities and inter-state transport of prisoners*, CDL-AD(2006)009 (17.03.2006), retrieved 07.04.2018. from [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2006\)009.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2006)009.aspx).

Franck, T. (1990). *The Power of Legitimacy among Nations*. Oxford: Oxford University Press.



Fuchs, D. (2011). Cultural Diversity, European Identity and the Legitimacy of the EU: A Theoretical Framework. У: D. Fuchs, H. D. Klingemann (eds.), *Cultural Diversity, European Identity and the Legitimacy of the EU* (27-60). Cheltenham, Northampton: Edward Elgar.

Gilley, B. (2006). The Determinants of State Legitimacy: Results for 72 Countries. *International Political Science Review*. 1(27). 47-71.

Hafner-Burton, E., Tsutsui, K., Meyer, J. (2008). International Human Rights Law and the Politics of Legitimation: Repressive States and Human Rights Treaties. *International Sociology*. 1(23). 115-141.

Human Rights Committee, *Consideration of reports submitted by states parties under article 40 of the Covenant: Concluding observations: United States of America*, UN Doc CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1 (18 December 2006), retrieved 07.04.2018 from <http://www.refworld.org/docid/45c30bec9.html>

Human Rights Committee, *General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*, UN Doc CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 (4 November 1994), retrieved 07.04.2018 from <http://www.refworld.org/docid/453883fc11.html>

Human Rights Committee, *General Comment No. 32: Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, UN doc CCPR/C/GC/32 (23 August 2007), retrieved 07.04.2018. from [http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/CCPR.C.GC.32\\_En.pdf](http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/General%20Comments/CCPR.C.GC.32_En.pdf).

Hurd, I. (1999). Legitimacy and Authority in International Politics. *International Organization*. 2(53). 379-408.

International Council of Archives (1997). *Archives of the Security Services of Former Repressive Regimes*. Paris: UNESCO.

International Court of Justice. *Case concerning application of the Convention of the prevention and punishment of the crime of genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro). Judgement of 26 February. ICJ Reports (2007).

Landman, T., Carvalho, E. (2017). *Issues and Methods in Comparative Politics: An Introduction* (4th edition). Oxon, New York: Routledge.

Malanczuk, Peter (1997). *Modern Introduction to International Law* (7th edition). New York: Routledge.

Norris, P. (2012). *Making Democratic Governance Work: How Regimes Shape Prosperity, Welfare and Peace*. Cambridge, Cambridge University Press.

Quintana, A. G. (1997). *Archives of the Security Services of Former Repressive Regimes: Report on Behalf of International Council of Archives*. [Electronic version]. Retrieved 05.04.2018. from <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.601.3688&rep=rep1&type=pdf>

Quintana, A. G. (2009). *Archives of the Security Services of Former Repressive Regimes*. Paris: UNESCO. [Electronic version]. Retrieved 05.04.2018. from [https://www.ica.org/sites/default/files/Report\\_Gonzalez-Quintana\\_EN.pdf](https://www.ica.org/sites/default/files/Report_Gonzalez-Quintana_EN.pdf)

Rothstein, B. (2011). *The Quality of Government: Corruption, Social Trust, and Inequality in International Perspective*. Chicago, London: University of Chicago Press.

UN General Assembly. *Declaration on the Right to Development*. UN Doc A/RES/41/128 (04.12.1986). GAOR, 41st Session, Agenda Item 101.

UN General Assembly. *United Nations Millennium Declaration*, UN Doc A/55/L.2.(8 September 2000). GAOR, 55th Session, Agenda Item 61(b).

UN General Assembly. *Universal Declaration of Human Rights*. UN doc A/RES/217A(III) (10 December 1948). GAOR, 3rd Session, Agenda Item 58.

UN Human Rights Commission, *The role of good governance in the promotion of human rights*, UN Doc E/CN.4/RES/2000/64 (27 April 2000), retrieved 07.04.2018. from <http://www.refworld.org/docid/3b00f28414.html>.

UN Human Rights Council, *Human rights and transitional justice*, UN doc A/HRC/RES/12/11 (12 October 2009), retrieved 07.04.2018. from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G09/165/92/PDF/G0916592.pdf?OpenElement>

UN Human Rights Council, *Right to the truth*, A/HRC/RES/12/12 (12 October 2009), Retrieved 07.04.2018. from <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/165/99/PDF/G0916599.pdf?OpenElement>

Weatherford, S. (1992). Measuring Political Legitimacy. *The American Political Science Review*. 1(86). 149-166.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима и слободама. *Службени лист СФРЈ*. Број 7(1971)..

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима. *Службени лист СФРЈ*. Број 7(1971).

**Miroslav D. Stevanović**

*Assistant Professor, PhD, Academy of National Security*

**Dragan Ž. Djurdjević**

*Associate Professor, PhD, Academy of National Security*

## **CONCEPTUALISATION OF THE TERM REPRESSIVE REGIME IN INTERNATIONAL PUBLIC LAW**

### **Summary**

*In this article we observe the method of governance, as a relationship which is not regulated by international law, and in spite of this, in practice, the basis of many consequences in the international legal order and international relations. The focused problem is that the relationship between the state and the citizens, or the value aspect of this relationship, is not a direct subject, but nevertheless concerns many normative regimes of international law. The aim of the article is to highlight the relevant aspect of the normative content of repressive regime that could constitute hypothesis of disposition in terms of legally acceptable governance. The basic assumption is that a normative concept of the repressive regime is developed in the international law, as an undesirable behavior by the states. So problematised task, we approached, firstly, by observing the elements of repressive rule within the scope of international organizations and bodies, secondly, through the normative analysis of the practice of repressive rule and, thirdly, by the conceptualisation of acceptable governance on the international level. The obtained results indicate that the term repressive regime includes two aspects, ideological and internationally protected human rights. The attempt to conceptualise the notion of repressive regime encounters the problem of respecting principles of sovereignty, representativon, as well as human rights in the conditions of universalisation of values. We find that the only criterion that can be applied at the international level is the right of citizens that the state authorities do not systematically use the state organs of repression to violate basic human rights with purpose to maintain dominate of a particular interest group.*

**Key words:** *good governance, democratic transition, secret files, dictatorship, rule of law, corruption, clientelism.*



**Др Владан Михајловић,\***  
Редовни професор Правног факултета у Приштини  
са привременим седиштем у Косовској Митровици

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880117M

UDK: 321.7  
Раd примљен: 30.09.2018.  
Раd прихваћен: 14.11.2018.

## **ДОМЕНИ МОДЕРНЕ ДЕМОКРАТИЈЕ У АФИРМАЦИЈИ (ИЛИ НЕГАЦИЈИ) ИДЕЈЕ И ВРЕДНОСТИ ПРАВДЕ И ПРАВЕДНОГ ДРУШТВА\*\***

**Апстракт:** *Демократија је једна од оних великих идеја човечанства која се одржала од античких времена до данас. Док су је једни славили због наде коју им је пробудила, други су је омрзли због изневерених очекивања. У ствари, пракса је показала да је демократија више обећавала него што је испунила, да се није остварила као праведно друштво, како се од ње очекивало. Демократија је требало да испуни сан оних који су веровали у народ, његову сувереност, гајили велика очекивања од народне владавине. Но, како су се те наде изјаловиле, до данас не престају расправе и несугласице око тога шта нам је донела демократија. Све смо у већој дилеми да ли у њој има више добра или зла, да ли модерно друштво има неку другу алтернативу, осим демократије. Сви они који више воле државу, а мање верују у народ, негативно су настројени и нерасположени према идеји и пракси демократије. За такве, добро владање, управљање државом није својствено већини, него мањини способних људи. Демократија фаворизује већину на рачун мањине и на томе настоји да се успостави и докаже као праведно друштво. Ту праведност демократија темељи на једнакости коју пропагира међу људима и на основу које се представља као напредан поредак који штити интересе већине, а не мањине друштва. У ствари, демократија ствара привид да се у њој све ради, одлучује у интересу већине, а да се у аристократском и олигархијском (недемократском) уређењу води рачуна само о интересима мањина.*

\* vladan.mihajlovic@pr.ac.rs

\*\* Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

*Многе прошле (нпр. социјалистичке) а и неке савремене демократије се у неким ситуацијама понашају као олигархијски режими па онда народ у њима масовно негодује против такве политичке власти која има демократски легитимитет. Све чешће смо сведоци масовних политичких немира и народних демонстрација незадовољства у развијеним западним, капиталистичким демократијама.*

*Народ је незадовољан и с правом се буну због различитих одлука демократске власти: малих плата, пензија, незадовољавајуће социјалне и здравствене политике, лоше безбедносне ситуације и др. То показује да демократска владавина и политика није увек у интересу већине, народа, него некада и против ње. Јер да се у демократском друштву увек води рачуна о народу, поступа у интересу већине, зашто би се она бунула и испољавала нерасположење према власти, тражила промену државне политике у различитим областима друштвеног живота? То нам показује да је све мање одржива догма о друштву где су сви људи једнаки и где је већина задовољна оним што се догађа у друштву, како се управља државом. Јер, у крајњој линији, сваки политички режим почива на власти, фаворизује је, а она (власт) је увек однос између неједнаких. У том односу су једни увек надређени, а други подређени, једни заповедају, а други слушају њихове наредбе. Зато није исправно релативизовати тај политички (владачки) однос. У једној ситуацији (демократској) га представљати као одржив или чак и напредан, а у другој као назадан и неодржив иако су ефекти таквих политичких односа или, боље рећи, самог вршења било које власти, често исти или слични.*

**Кључне речи:** демократија, идеал слободе и једнакости, диктатура већине над мањином, већинско одлучивање, страначка демократија, грађанска демократија и индивидуализам.

## Увод

Демократија је настала и развија се на идеји једнакости међу људима и правде, праведног поретка који је доступан свима, сваком појединцу. Већ више од два века она се велича и одржава у свести грађана као нешто што је вредније и напредније од свега што је било пре ње. Као њена главна предност истиче се то да у њој сви грађани имају једнаке шансе да успеју уколико се такмиче у друштвеном животу и покажу колико вреде, колико имају талента и способности за успех. То да ли ће стварно и успети, највише зависи од њих, њиховог труда да докажу и испоље свој таленат и врлине. У

томе друштво не може много ни да им одмогне, али ни помогне. Демократско друштво свима отвара врата да у њему учествују и међусобно се надмећу у својим способностима и вештинама. Као резултат таквог такмичења на лествици друштвеног успеха или успешности, појединци се рангирају према томе какве резултате показују у раду и управљању друштвеним пословима. Ту могућност да људи испоље оног што поседују, што их краси, демократија темељи на кључном принципу, вредности за коју се залаже и бори а то је једнакост – једнакост за све људе, без обзира на њихове разлике. Истина, једнакост није само откриће модерне демократије, али га је она најбоље пронела и прославила. Захваљујући том поистовећењу са једнакошћу, њеном величању, демократија успешно скреће пажњу на себе. Како примећује академик Рајко Кузмановић, ретки су појмови који су се тако дуго одржали у теорији и пракси, мада је употреба или чак и злоупотреба демократије довела и до тога да она постане истрошен, недоречен, конфузан па и двосмислен појам (Кузмановић, 2010: 331).

Таква двосмисленост и истрошеност демократије је последица више разлога. То је термин који се предуго користио па је добио различита значења јер се сваки друштвени поредак представља као демократски, без обзира на своје стварно стање, јер нема јединственог модела демократије нити јасних мерила њеног разликовања од квазидемократије (Кузмановић, 2010: 331,332). Једнакост коју демократија пропагира и шири је у политичком смислу. Због те политичке једнакости, демократија је друштвени и политички поредак у коме народ, као скуп једнаких појединаца, сам собом управља. Истина, ту политичку једнакост коју демократија обезбеђује не треба поистовећивати са једнакошћу уопште, а посебно не са правом једнакошћу. Зато демократија не може потпуно да се поистовети са праведним друштвом, нити та демократска правда са истинском људском правдом. За праведно друштво је важнија правна једнакост, она је вреднија од оне политичке иако су и једна и друга симбол и услов либералне грађанске државе и демократије. Лакше је обећати и постићи политичку него правну једнакост па се зато и више хвалимо демократијом него владавином права. До демократије се лакше стиже него до правне државе. Свака држава се олако проглашава демократском, представља као таква, јер су мерила демократије растегљива и прилагодљива условима различитих земаља. Код владавине права постоје јасни и поуздани стандарди вредновања њених основних принципа и вредности. Зато и лакше можемо да разликујемо државе које се представљају као правне од оних које то нису. Демократија је постала замагљен политички поредак у коме профитирају разне политичке снаге и групе које немају додира са њом, или су чак против ње. Тако демократија постаје параван за недемократско



понашање и испољавање неједнаке политичке моћи њених субјеката, што озбиљно компромитује принцип политичке једнакости. Зато, поред респекта који имамо према демократији, морамо да задржимо и дистанцу и критички став према њеним нуспојавама и недостацима који су све бројнији у односу на њене предности.

## I

За демократско друштво се везује идеал политичке правде или, другачије речено, да је демократија праведно друштво. Насупрот друштвеној правди по којој је правично све оно што друштво уреди, политичка демократија је развила идеал правде као једнакост (Матић, Подунавац, 1997: 207–208).

По овом концепту демократске правде, која одговара демократској владавини, сви су људи једнаки и, без обзира на разлике у квалитету и социјалном положају, третирају се на исти начин. Политичка правда се изводи из квалитета или својства датог политичког система, па тако оно што је праведно у демократском режиму није и у неком другом, монархистичком, аристократском и сл. Демократија инсистира на једнакости људи и по њој је праведно само оно што људе чини једнаким. Но, они то у стварности никад нису или тешко могу да буду. Недемократски режими политичку правду изводе из воље и моћи оних који владају и који имају право да чине шта хоће. Они (владари) су суверени и, како је то својевремено тврдио Жан Боден (као теоретичар монархистичке суверености), та сувереност монарха значи његово право да се стави и изнад самог права, да га крши (Јовановић, 1990: 138–139).

По Томасу Хобзу, та политичка правда произилази из свемоћи владара да чини све што хоће, да влада и кажњава оне који крше закон, јер је његова моћ врховна (Матић, Подунавац, 1997: 208).

Грађансколиберално друштво је развило индивидуализам који је подстицао интерес појединца па је у том утилитаристичком смислу праведно оно што је корисно за сваког појединца. Друштво не ствара, не тежи никаквој општој правди, већ постаје арена за задовољавање себичних интереса појединаца. Иако су грађани формалноправно и политички једнаки, то не значи да сви грађани уживају правду или да је остварена индивидуална правда. Капитализам у лицу грађанског друштва подстиче егоизам и такмичење међу појединцима различитих способности и предузимљивости. У тој борби побеђују најбољи, најјачи, ту нема милости или фер-плеја. Отуда остваривање правде (правичности) за једнога често значи доношење неправде другоме. У либералном (неолибералном) концепту друштва не постоји изграђен коректив индивидуалног схватања правде или неправде.

Само друштво је инертно, незаинтересовано и не реагује организовано да би наметнуло општеприхвљив идеал друштвене правде. У односу индивидуалног и друштвеног, либерализам је фаворизовао оно што је појединачно, а занемарио интерес друштва као целине, оно што је опште. Као реакција на либерализам, одсуство утицаја државе и њеног схватања правде, са развојем капитализма настаје концепт социјалне државе. Он заговара њену активну улогу и нови приступ правди који ограничава човекову (неограничену) природну слободу. Тако је створен, развијен модел дистрибутивне правде у чијој основи је споразум који се односи на дистрибуцију природних талената као заједничког добра (Rawls, 1971: 101).

У оквиру овог новог модела друштва и схватања правде које је развио амерички филозоф Џон Ролс, дистрибутивна правда прераста у акт интервенције државе на суверенитет и индивидуалну слободу појединаца. Овај облик политичке (дистрибутивне) правде је намењен стварању праведне политичке заједнице, пожељне за сваког и све заједно. Са овом дистрибутивном правдом Ролс је покушао да помири индивидуализам и слободе са идејом заједничког живота и социјалне државе, два супротна концепта уређења државе – либерални и социјални (Подунавац, 1995: 119).

Он коригује принцип индивидуализма тако што допушта да држава интервенише у друштвени живот и исправља неједнакости које производи тржиште и то применом овог модела дистрибутивне правде. Овај модел дистрибутивне правде дозвољава одступање од једнакости или, другачије речено, оправдава неједнакост само ако ова (неједнакост) увећава бољитке свих у дистрибуцији добара (Матић, Подунавац, 1997: 212–213).

По Ролсовом поимању политичке правде, успешна и добро уређена политичка заједница би се заснивала на индивидуалној слободи и користи која се саображава потребама социјалне државе и коригује принципом једнакости. Таква заједница је праведна јер уважава два битна принципа: први, предвиђа и признаје једнакост у правима и дужностима, а други, допушта друштвене и привредне неједнакости међу људима под условом да се надокнаде већим добром за све, а пре свега оне чланове друштва који су у најтежем положају (Глинтић, 1995: 59–60).

Да би се очувала стабилност друштвеног поретка и решили могући конфликти у условима сучељавања различитих идеја и доктрина, Ролс предлаже увођење толеранције и консензуса као кључног механизма политичке праксе модерног друштва (Матић, Подунавац, 1997: 213).

## II

Ако бисмо хтели да сажмемо мисао и праксу демократије, то нам не би лако пошло од руке јер тешко је сложити се у њеном оцењивању. На почетку, она (демократија) је доживљавана страсно и ширила се са амбицијом да постане нова вера. Но, временом, како је губила божанску привлачност, све се више профанисала, да би на крају, по Слободану Јовановићу, код људи изазвала равнодушност (Јовановић, 1991: 158).

Ако са ове наше дистанце можемо да судимо о демократији, а не упаднемо у замку површности и брзоплетости, изгледа да смо се много преварили у очекивању онога што је требало да донесе. Она се од великог идеала који покреће људе у узбудљиву историјску мисију претворила у нешто обично и прозаично што људи примају без посебног узбуђења. Њен садржај се мењао (и мења) како су се мењала и повећавала очекивања од ње. Оно што је некад била демократија или демократско то је као идеал данас превазиђено. И то што је данас остварено не би требало да буде коначно нити да значи крај и врхунац демократије јер би требало да верујемо да се она може испунити и богатијим и ширим садржајем. То је теоретски логично и изводљиво, али у пракси демократија није пружала променљив дијапазон, није уверила да се њени потенцијали и границе могу ширити и увећавати. То значи да је њен потенцијал прилично истрошен и да у будућности не можемо да очекујемо да нам демократија донесе нешто ново и боље. Остајемо на оној констатацији која се не мења, а то је да суштину демократије чини воља народа, да је то поредак у коме власт припада народу и где он влада као већина. Но, управо је та већина, односно њена премоћ, и узрок мана и слабости демократије. С правом се тврди да демократија незаслужено фаворизује већину на штету мањине. За демократију је најважнији принцип једнакости; свима се признају права према једнакости, али она није једнакост према вредности оних који одлучују, него према бројној надмоћности (Аристотел, 1970: 202).

Аристотел је сматрао да је већински принцип опасан и неправедан као и мањинско (олигархијско) одлучивање, па предлаже да се та два принципа комбинују. На тај начин, оно што одлучи већина између сиромашних и већина мањине богатих, по њему, најбоље би одговарало духу демократске праведности и једнакости (Аристотел, 1970: 205).

У ствари, демократија је погрешно изведена из научног релативизма, по коме сва мишљења имају једнаку вредност и до правог решења може да се дође само путем већине (Тасић, 1936: 6).

Из искуства знамо да сва мишљења немају подједнаку вредност, да има и тачних и нетачних мишљења, као и да већина само по свом броју не

мора да буде у праву и да исправније поступа од појединца. Зато је опасно што се демократија ослања само на већину, а запоставља и потцењује мањину друштва. Она не може да постане идеалан облик власти све док задовољава интересе само једног дела друштва, макар то био његов већи део (Де Токвиљ, 1992: 81).

И тај већи део није бољи, предузимљивији и вештији у вођењу државних послова и политике од мањине, него је баш супротно. У ствари, демократија више користи необавештеној већини која се мало разуме у оно о чему се одлучује, него мањини коју чине добро обавештени интелектуалци који су, по правилу, разочарани оним са чиме се слаже већина (Тулок, 1992: 81)

Зато она и има ограничен домет, јер у њој доминира просечно интелигентна и слабо обавештена већина, а не високообразована и добро обавештена мањина која има слуха за шире друштвене интересе. Искуство показује да масовна демократија није спојива са рационалним понашањем и политиком (одлучивањем). У њој већина не гласа увек за једну одлуку зато што тако осећа. Често једна група без непосредног интереса подржава другу групу код гласања зато што очекује да у другој прилици и сама буде подржана када се буде радило о њеном непосредном интересу.

Не само што већина није у предности у односу на мањину него и сама демократија није спојива са идејом јаке и ефикасне државе. Државну идеју може да заступа и шири јака и добро организована држава, а то није случај са демократском државом. Јер демократија је подешена према интересу масе, а не према интересу државе. Она гледа да задовољи политичке жеље већине по цену да то учини на штету добра саме државе. То што је народ, захваљујући демократији, више у политици – не значи да боље разуме државну идеју и да му је ближа државничка мудрост. Државна идеја није демократска врлина која се постиже демократизацијом државе. Шта више, демократизацијом се државна идеја обезвређује и распарчава у мноштво искривљених схватања која ретко излазе из оквира предрасуда од којих пати већина народа. Зато је државна идеја (и мудрост) ближа одабраној мањини; она има у себи нешто узвишено што обичан свет, по природи своје скромне културе, не разуме. Демократија ни у античкој традицији није уживала популарност зато што је то била владавина сиромашних, а сиромашни нису у стању да добро управљају државом. Чак и онда када је почела да звучи привлачно за друштво и појединца, политичка пракса демократије ни приближно није била на висини своје прокламоване теорије (Марковић, 1972: 25).

Савремена држава више не почива на оним поставкама на којима је изграђена класична демократија. Владавина народа је била оправдана

све док је власт угрожавала слободу човека и док је било неопходно да она буде под контролом народа (Јовановић, 1990: 501).

Савремена држава данас више личи на предузеће у коме су потребни стручњаци да би вршили њене послове (Јовановић, 1990: 501).

Зато демократска власт и одлучивање нису подесни за многе јавне послове, пре свега оне о којима треба да се одлучује тајно, а не јавно. То демократско одлучивање није ни јефтиније, како се очекивало, већ је и скупље, јер се у демократији више расипа на бирачко тело него што се то чини у режиму личне или олигархијске владавине (Брајс, 1923: 201–202).

У сваком систему владавине, по правилу, само они најутицајнији одлучују и управљају судбином целог народа. У том погледу су сличне и монархије, и олигархије, и демократске републике (државе). Демократија је парадоксална све док искуство потврђује правило да што је једно политичко тело шире – у тој сразмери је и мањи број оних који њиме управљају. У свакој политичкој организацији, од партије, преко разних удружења, до државе – масе контролише њихово вођство, једна јака мањина која искоришћава слабост и равнодушност већине. Већина људи је равнодушна према јавним пословима и пре пристаје да буде послушна него да се труди да њу неко слуша. И тамо где већина успе да влада, то демократско одлучивање заостаје за оним монархистичким зато што је већина некомпетентна, спорије одлучује од мањине, а и неодговорнија је. Код ње се губи одговорност, за разлику од мањине, где се увек зна ко је одговоран. Владавина већине доводи до прекомерне демократије и њене злоупотребе онда када људи од незнања, некомпетентности заузму најбоља места у друштву. То срзава ниво јавног живота јер неук, просечан човек постаје мера јавног живота и тако своју просечност намеће као нешто што је пожељно за цело друштво. Тако просечност изазива самоуображење због кога већина осећа да је свемоћна па тако губи представу да и изнад ње постоји нека природна (божанска) сила као мерило истине и вредности. Зато већинско одлучивање и управљање нису увек услов демократије, него је често и њен привид и то онда када народ умишља да влада и управља иако се стварно њиме управља. И у најбољем издању, када се народ пита и одлучује, претерана демократија није добра. Она се тада претвара у бруталну владавину масе која се ослања на просечност и поништава ону обдареност код људи о којој је говорио Платон и која се тражи за обављање важних друштвених послова. У ствари, највећи домет демократије није у њеној делотворности, оном што је постигла, него у оном што људи у њој осећају. Како примећује академик Коста Чавошки, демократија је највише учинила да се људи осете једнаким јер им је дала иста политичка права и омогућила да имају исти људски ранг (Чавошки, 1996: 188).

То што је демократија утемељена на једнакости и идеалу слободе не значи да се она може поистоветити са апсолутном једнакошћу и слободом човека да чини оно што жели. То је свакако горња граница, лимит остварљивости демократског поретка, мада су њени домети стварно много нижи. Зато је на месту констатација нашег угледног филозофа Михајла Марковића да је демократија својеврстан мит и да је наивно да се поверује да ће се једном остварити стање у коме ће људи стварно да одлучују о свим важнијим питањима друштвеног живота (Марковић, 1972: 25).

### III

Демократија је добила историјску шансу да оствари или, боље рећи, започне остварење свега оног што претходни друштвени и политички режими нису успели. Звучно је најавила епоху правде и једнакости, спектакуларније него што је то било ко очекивао. Успешно је скренула пажњу на себе и до данас је вешто одржава актуелном, мада по ономе што је постигла, у смислу датих обећања, то није заслужила и оправдала. Као поредак једнаких, за демократију се претпоставља да треба да буде праведна за све, већину и мањину, да подједнако штити једне и друге. У пракси није тако јер се у демократији фаворизује већина, а потцењује и запоставља мањина. Демократија је много учинила да изједначи људе, али је мало учинила да сачува разлике међу њима и одбрани достојанство појединца када осећа потребу да се разликује од других и има своје, посебно мишљење. Познато је да је до сада у сукобу мишљења око великих и отворених питања цивилизације мањина заслуживала да се њено мишљење не само чује и толерише него и уважава. У демократији нису равномерно распоређене вредности и на мањину и већину. Оно што је вредније, драгоценије, не припада свима, него пре појединцима, одабранима. Зато се демократија неправедно ослања само на већину, а запоставља мањину. Она се претворила у поредак у коме влада некомпетентна већина над компетентном и успешном мањином. Демократија је својом претераном једнакошћу учинила да људи слично мисле, осећају и верују и онда када је то непотребно. Она је мањину вредних људи потценила и обезвредила када их је спустила на место које им не доликује. Исто тако, већину је преценила и обманула у осећању непостојеће величине када ју је подигла на место које не заслужује. Демократија је само привидно урадила нешто за добро човека, јер су се у њој људи сувише утопили и навикли на једноличност, да нису у стању да се од ње одвикну или је се одрекну. Демократија је супротна не само неједнакости него и крајњој једнакости (Монтескије, 1989: 127).

Крајња једнакост квари народ, јер га лишава поштовања према онима којима није раван. У таквој демократији се не поштује ни власт ни људи од мудрости и врлина. Због ње се сви осећају равни међу собом, па тако и не осећају потребу да се међусобно поштују (Јовановић, 1991: 797).

Демократија позива све људе на једнакост, али је питање да ли су сви људи дорасли тој једнакости. У ствари, та поставка демократије – да су сви људи једнаки и слободни – нереална је и утопистичка, јер не води рачуна о читавом комплексу животних питања од којих зависи слобода и једнакост (Печујлић, 1991: 191).

Тешко могу подједнако да учествују у политичком животу богати и сиромашни, незапослени и запослени, мушкарци и жене, здрави и болесни, као и припадници разних етничких, религиозних и других група, јер њихове различите особине одређују и различите шансе да учествују у одлучивању (Печујлић, 1991: 191). Ако се каже да је демократија праведан поредак за већину, онда ту треба да се разликује улога већине онда када се о нечему расправља и онда када се одлучује. Када се у демократији о нечему расправља, не смета да демократско тело буде широко и велико, да се чују мишљења што већег броја људи. Но, када се одлучује, та његова ширина и величина може пре да буде његова слабост него снага. Демократија не може да буде праведна све док не реши ту енигму односа већине и мањине, али је питање да ли то уопште и може. Демократска пракса одлучивања путем већине пуна је трагичних и разочаравајућих примера у којима већина није поступала разумно, није доносила исправне и праведне одлуке. Зато такво већинско одлучивање које не респектује мањину губи свој ауторитет. Демократија као владавина већине може да буде праведна под условом да већина не може да ради шта хоће нити да у њој (демократији) смеју да постоје велике разлике, супротности између већине и мањине. Још је Платон упозоравао да демократија није такво друштвено стање у коме је све дозвољено и где влада слобода и могућност да свако ради оно што хоће и тако подешава свој живот (Платон, 1969: 280).

У ствари, демократија пружа човеку само такву слободу да чини оно што му закон дозвољава (Монтескије, 1989: 174).

Осим закона, и способности појединца одређују домет његовог стварног деловања. Сви смо свесни да већина људи није способна да обавља многобројне јавне послове, јер њих успешније обављају талентовани и образовани појединци. Зато демократија не може да се заснива на изолованом човеку који ужива апсолутна права, слободу и једнакост, него на друштвено организованом човеку који ужива социјалну (ограничену) једнакост (Марковић, 1991: 114).



Демократија погрешно изједначава све људе према њиховој биолошкој индивидуалности, једнакости, а занемарује њихове моралне, социјалне и друге квалитете (Марковић, 1991: 114).

У демократском друштву све је подређено принципу броја па постоји ризик да се оно претвори у медиокритетско друштво са недопустиво ниским моралним и интелектуалним нивоом људи. Демократија још није нашла начин да се заштити од злоупотребе већинског одлучивања и прегласавања. Само позивањем на већи број, на већину, не може да се оправда дискриминисање мањине. Интерес и право мањине мора да остане граница која не сме да се пређе, јер би то погазило и саму моралну основу друштва. Зато оно што је прихватљиво за већину треба да буде прихватљиво и за мањину јер демократија треба да тежи универзалним људским вредностима и идеалима. При томе, ти општељудски, универзални идеали морају да превазиђу оквире индивидуалних заблуда и не смеју да се поистовете са збиром појединачних жеља из којих израста једна већина. Вредност неког идеала се не мери само бројем људи који га подржавају и верују у њега него и његовим стварним дометом и остварљивошћу у друштвеном животу. Зато многи демократски идеали остају само празна обећања, фасада за прикривање стварних намера оних који као већина владају и често злоупотребљавају власт. У таквим ситуацијама демократија губи сваки смисао и претвара се у своју супротност – недемократију. Зато уз демократске облике власти, помоћу демократије, могу да прођу и недемократски облици власти, попут тоталитаризма, фашизма и сл. Познато је колико су се велики диктатори, попут Хитлера, Стаљина и осталих, позивали на демократију и крили иза народа када су спроводили озлоглашене диктатуре. Зато демократија није заштићена од недемократије, нити постоје људи који су предодређени само за демократију или само за недемократију. Људи подједнако пристају и уз демократију и недемократију и на крају само од њихових мана и врлина зависи да ли ће да оду на једну или другу страну. Демократија је „идеална“ само као једно почетно стање, као привлачан принцип који се мења у зависности од тога како се људи понашају у друштвеној заједници и како обликују друштвену стварност. Зато демократија није идеал који се мери апсолутним, највишим вредностима, него је то реални друштвени оквир који може да се испуњава разноврсном садржином. Демократија није увек предвидљив систем владавине у коме су људска слобода и једнакост загарантоване и имају исто важење. У разним временима и разним епохама, демократија се различито остваривала – некада успешно, а некад мање успешно. Из критике демократије може да се закључи да она никада није била општељудски идеал. Она је од почетка била идеал мањине ватрених



присталица који су је, у свом одушевљењу, безобзирно наметнули већини иако је она – већина, у том погледу била равнодушна. Изгледа да идеали мањине имају већу снагу убедљивости од идеала већине. Већина као да нема идеала, јер јој није стало да се ван себе неке посебно допадне. Мањина, напротив, увек жели да се допадне већини и да је привуче својим идеалима, па је зато у том идеализовању далеко вештија и упорнија од већине.

#### IV

За највеће достигнуће демократије узима се то да је допустила да се свачије мишљење подједнако цени и да се одлучује онако како жели већина. Владавина већине је величана, али и оспоравана. Временом се јавила и сумња да она стварно и постоји јер се све мање веровало у то да је уопште могућа слободна дискусија у широким масама. У ствари, демократија се само ослања на већину, а то није исто као када та већина стварно расправља и одлучује о нечему. Џон Стјуарт Мил сматра да је демократија тиранија већине и као таква непожељна (Мил, 1988: 38), но питање је да ли је то тачно или је то опет тиранија мањине, али у име већине. Демократија би стварно била тиранија већине онда када би та већина стварно владала, управљала друштвом (државом), што из искуства знамо да није случај.

Зато демократија лепше звучи од онога што јесте па је њен верни пратилац и демагогија. Демагогија се, вешто или невешто, меша са демократијом и у њој је присутна, што је последица њене дволичности. Та дволичност демократије постоји онда када се њена илузија о себи као напредном режиму претвори у сурову реалност у којој се безобзирније угњетава и угрожава слобода мањине него у другим режимима (Берлин, 1992: 250–251).

То је стање у коме демократија пада у руке демагога који ласкају народу и сакривају се иза његових брзоплетих, непромишљених одлука. То су неспособни управљачи јер немају ништа своје, у њиховим главама тиња оно што су неодговорно преузели од других и чиме невешто баратају (Ортега и Гасет, 1988: 27).

Преувеличавање вредности демократије довело је до њеног поистовећивања са религијом па су њени поклоници очекивали да је замени или учини оно што се од религије очекује. Тако је модерна демократија постала опијум за масе, њу су одушевљено славиле и следиле њене ватрене присталице, мада то реално није заслуживала. Она је показала своје лице, али и наличје због кога не може увек да се поистовети са слободом и једнакошћу за све. Демократија је, наводно, рашчистила са владајућом олигархијом, али је

наставила да безобзирно угњетава и још суровије ограничава слободу мањине него други режими (Берлин, 1992: 250–251).

Тако је она (демократија) срушила илузију о себи као напредном друштвеном режиму који се обрачунава са свим дотада назадним режимима. Оваква дволичност у демократији, која показује само њену привлачност а вешто сакрива слабост, последица је јако присутне демагогије у њој. Демагогија је велико зло које може да снађе једно друштво, па и оно демократско. Такво друштво тешко може да се спасе када се зарази њоме и падне у руке демагога. Захваљујући демагозима, који ласкају народу, у демократији је лако законе заменити самовољним одлукама маса. Историја масовних покрета пуна је примера таквих фаталних одлука које су масе непромишљено и брзоплето доносиле. У таквим ситуацијама масе уображавају да су свемоћне као краљеви и деспотски се понашају (Аристотел, 1970: 124).

Демагогија је моћно оружје мањине у демократији, а демократија идеално друштвено стање у коме мањина, опробаном технологијом манипулисања људима, успева да натера већину да се понаша онако како то она жели. Тако се демагогија појављује као оруђе и политика у рукама мањине коју ова користи да би владала, злоупотребљавајући већину. Уместо да у демократији већина манипулише мањином и натера је да јој се ова повинује, догађа се обрнуто. У ствари, демагогија би требало да буде примеренија аристократском односно олигархијском режиму где влада утицајна (богата) мањина него демократији где влада сиромашна већина. Аристократију, односно пре свега олигархију, карактерише високо порекло, богатство и образовање (Чавошки, 1996: 184) оних који врше власт и они, поседујући такве врлине, нису склони нискости и лукавству политике којој нагињу и којој су вешти демагози. Аристократију, односно богату и утицајну мањину (олигархију) одликују племените карактерне особине због којих, када врше јавне прославе, не осећају потребу да неког варају или га злоупотребљавају. У томе и лежи тајна њиховог владања које се доживљава као крајње достигнуће врхунске људске природе. Ту умешност владања, по природи ствари, није савладала сиромашна и необразовна већина и зато постаје лак плен мањине, оних манипулатора који ласкају већини, вешто јој се удварају и подилазе њиховим слабостима како би је придобили за своје циљеве, остварење својих интереса. Иако демагогија често прати и користи демократију, то нису и не могу да буду исте појаве. Сви искрени поборници демократије су искрени противници демагогије. Иако је и демократија и демагогија ближа култу народа него култу државе, у њој (демократији) се не може порећи политичка снага коју народ стварно има. И најмудрија државна политика не вреди много без популарности у народу. Колико год да смо склони државној идеји, не

смето да преувеличамо значај политичке рационалности. Политика јесте узор нечег узвишеног и интелектуалног, вештине коју поседује мањина а не већина, али ни она није довољна сама себи. Слободан Јовановић је био у праву када је тврдио да државни послови не могу успешно да се обаве без народног одушевљења и лудости (Јовановић, 1990: 315).

Из тога ниче приметак народне ирационалности која иде чак и до његове фанатичности и коју демагози, као вешти манипулатори, обилато користе. У демократији Платон види вештину демагога да од имућних преотимају имовину и да, задржавајући највећи део за себе, преостало поделе народу (Платон, 1969: 291).

У ствари, демагогија се храни илузијом о претераној демократији која повлађује људским слабостима и страстима. Једанпут распаљени жестином свог уображења о сопственој вредности, људи постају лак плен демагога, из чије се мреже тешко извлаче. Сва мудрост демократије је да људе одржи у њиховим природним оквирима и у границама разума који управља њиховим политичким намерама. Демагогија је наличје друштвеног (демократског) живота у коме се разум препушта слабостима људских предрасуда.

Владање већине над мањином, не може да се врши под изговором демократије јер је искуство показало (и показује) да се диктатура већине брзо преокренула у диктатуру мањине. Самим тим и демократија постаје проблематична као поредак који је правичан за већину уколико иза ње стварно не стоји већина него мањина народа. У ствари, двосмисленост демократије је у томе што то и није владавина већине; то је владавина најјаче групе, најбројније, која све остале прегласава. Она (демократија) је слична владавини једне класе само што је код ње та класа бројнија и већа од сваке друге мањинске класе. Демократија није у предности према аристократској или некој другој мањинској владавини пошто ни она не мири сукобе између разних друштвених група, него чак помаже њихове размирице (Јовановић, 1991: 201).

Што је више појединаца који одлучују, то је више и њихових посебних интереса, а тиме и њиховог егоизма, који их само раздваја, а не спаја. Зато звучи демагошки када се тврди да је демократија режим слободе и братства јер, како примећује Слободан Јовановић, нигде људи тако мало не маре једни за друге као у демократији (Јовановић, 1991: 207).

Ако има више оних који одлучују о нечему, демократија не гарантује да ће та већина то боље да схвати и уради. Штавише, догађа се обрнуто – како се повећава број оних који одлучују, тако се смањује број оних који правилно схватају оно о чему расправљају и одлучују. Код већинског одлучивања

постоји такав парадокс: како се повећава број саистомисљеника – смањује се и критичност према одређеном мишљењу, јер је све мање оних који то мишљење критички преиспитују. Слободан Јовановић је у праву када каже: уколико је једно мишљење општије – све је ближе предрасуди (Јовановић, 1991: 204).

Зато треба избегавати да се по сваку цену ствара или популарише једно мишљење да би га сви следили. Демократија подстиче неодговорност, јер је одговорност увек лична, а не колективна. Модерна (парламентарна) демократија је у вођењу државних послова предност дала политичарима, уместо чиновницима. Политичари су „обојени“ и склони да се поводе за интересима једне политичке групе, а чиновници неутрални и у стању да бране државне интересе. Демократско владање (влада) се више ослања на политичко, него на стручно знање и искуство. Државне послове воде неискусни политичари. Демократизам не иде са стручношћу и професионализмом. Њему се замера да у државној управи уништава стручност и традицију непристрасности у решавању државних послова и управљања јер ти послови и управљање траже све већу стручност и искуство које чисти политичари немају. Наравно да не треба претерати ни са чиновништвом јер би то водило претераној бирократизацији државе, а то није добро. Као што није добро претерати са демократијом није добро ни претерати са бирократијом. Најбоље решење је у интересу и једног и другог постићи склад између стручног и политичког, објединити струку и политику и доћи до најбољег решења (управљања).

Иако демократија треба да буде поредак у име већине, она је само делимично задовољила захтеве политички обесправљених људи. Она ствара привидну политичку активност грађана која долази до изражаја само у време избора. За њене критичаре она политичке слободе више изиграва, осујећује него што их подстиче, развија. За Русоа, то је једна уображена слобода (Русо, 1949: 74) од које човек и даље остаје без икаквог политичког утицаја. Може слободно да се каже да се модерна демократија још није остварила и доказала као облик развијене политичке праксе. У њој више не доминира народ (већина) него политичке странке које су политичку рационалност ставиле изнад политичких идеала и убеђења. Модерна (страначка) демократија је са странкама изазвала такву нетолерантност која може да се пореди са фанатизмом (Јовановић, 1910: 219).

Она је успоставила превласт партијског над државним и довела до тога да се због партијских интереса занемаре шири државни интереси. Партије су постале важније од државе – уместо да служе држави, испада да она служи њима, постоји због њих. Због тога су на врх политичког живота демократије

изашле партијске вође које се намећу масама путем средстава масовне манипулације. Та манипулација масама тражи рационалну организацију политичког живота у којој доминирају јаке и дисциплиноване странке са развијеним чиновничким апаратом и моћном пропагандном машинеријом.

Крај ове захуктале страначке демократије и скори повратак оне романтичке грађанске демократије не види се скоро јер је то нереално и наивно.

### **Литература/References**

Аристотел (1970). Политика, Београд.

Берлин, И. (1992). Четири огледа о слободи, Београд.

Брајс, Џ. (1923). Савремена демократија, Београд.

Глинтић, Т. (1995). Правда, слобода, једнакост, филозофско друштво Србије, Београд.

Јовановић, С. (1990). О држави, основи једне правне теорије, Београд: БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик.

Јовановић, С. (1991). Из историје и књижевности, књига 2, Београд: БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик.

Јовановић, С. (1990). Влада Милана Обреновића, књига друга (1878–1899), Београд: БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик.

Кузмановић, Р. (2010). Нови есеји о уставности и државности, „Академија наука и умјетности Републике Српске, Бања Лука.

Матић, М., Подунавац, М. (1997). Политички систем, Београд.

Марковић, Б. (1991). Начела демократије – Увод у право – Хрестоматија – грађа за испит: Правни факултет, Универзитет у Београду.

Марковић, М. (1972). Преиспитивање, Српска књижевна задруга, Београд.

Мил, Џ. (1988). О слободи, Филип Вишњић, Београд.

Монтескије (1989). О духу закона, том I, Филип Вишњић, Београд.

Ортега, Х. и Гасет (1988). Побуна маса, Алеф Градац.

Подунавац, М. (1995). Политичка правда и демократском друштву – концепт правде у политичкој филозофији Џона Ролса, чланак из зборника „О правди и правичности“, Београд, Дом културе, Студентски дом.

Печујлић, М. (1991). Савремена социологија (стара и нова слика света), НИУ, Београд, Службени лист СФРЈ.

Платон (1969). Држава, Београд, Култура.

Rawls, J. (1971). A Theory of Justice.

Тасић, Ђ. (1936). Савремени политички системи и схватања о држави, библиотека Коларчевог народног Универзитета, Београд, Токвиљ, А. Организација модерне федералне државе, Институт економских наука, Београд, и Економика Београд.

Тулок, Г. (1992). Организација модерне федералне државе, Институт економских наука Београд, и Економика Београд.

Чавошки, К. (1996). Увод у право, I основни појмови и државни облици, издавачка кућа Драганић, Београд.

**Vladan Mihajlović, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Priština (Head Office in Kosovska Mitrovica)*

### **THE SCOPE OF MODERN DEMOCRACY IN AFFIRMATION (OR NEGATION) OF IDEAS AND VALUES OF JUSTICE AND FAIRNESS**

#### **Summary**

*Democracy originated from and developed on the ideas of justice and equality, a fair legal system which is accessible to all and to every single person. It implies that all people have the same chances to succeed when they compete in social life and demonstrate their values, talents and abilities. Their success ultimately depends on their efforts and capacity to prove and demonstrate their talent and virtues. The society cannot do much to either help or frustrate them in their pursuit. A democratic society opens the door for everyone to participate and compete with others. As a result of this open competition, individuals are ranked on a scale of social success or performance according to the results they demonstrate in their work and management of social affairs. Thus, the society of justice does exist only if it provides justice for everyone, so that each individual can achieve the goal pursued. In a democratic society, it is certainly easier to make promises than to ensure the actual exercise of justice. Moreover, what seems to be right and just for an individual does not necessarily have to be right and just for the society (or a community) as a whole.*

*Democratic justice (justice in democracy) is not a mechanical sum of individual needs and goals of all citizens living in a society. No matter how successful and developed a society may be, no society can satisfy all citizens' needs and achieve*

*fairness and justice for all. There are always individuals who are dissatisfied, or disgruntled by failure in pursuit of their wishes and ambitions. The society cannot be blamed for their failures, unless it apparently obstructs their efforts, or imposes some restrictions or obstacles. Justice is the goal pursued by every single individual; thus, each individual is equally responsible for and in charge of how much justice or injustice is there for everyone and for all. Justice is not a static and unchangeable social condition, which is automatically afforded to all individuals by the mere fact that they are human (natural) beings. Natural justice, based on people's inherent capacity to be fair and just, can never be reduced to social justice, nor measured or compared with it. The fact that people are equal by nature does not mean that they are equal in a social, financial, cultural and any other sense; nor does it mean that they should equally enjoy the benefits of justice. Social justice is not an ultimate state of welfare for all, nor can be afforded to every single person. To enjoy its benefits, one has to fight and win. Some succeed and others fail in this struggle. For this reason, there has never been and there will never be equal justice and fairness for all members of the community.*

**Keywords:** *democracy, natural justice, democratic justice, social justice, fairness.*



**Др Милош Прица,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880135P

UDK:340.12  
Раd примљен: 30.09.2018.  
Раd прихваћен: 14.11.2018.

## **ПРАВНИ ПРИНЦИПИ У ПОРЕТКУ ПРАВНЕ ДРЖАВЕ: КАНОНИ ПРАВНОГ ПОРЕТКА И “УНУТРАШЊЕГ ПРАВНОГ СИСТЕМА” \*\***

**Апстракт:** У чланку се излаже разлика између правних норми и правних принципа. Наше гледиште засновано је на разликовању регулативних, системских и телеолошких правних ставова у поретку правне државе. Под правним принципима подразумевамо градивне законе правног поретка и области правнога поретка. При томе, за разлику од правних норми као конкретизованих регулативних правних ставова и правних стандарда као најопштијих регулативних правних ставова, правни принципи су зрачећи телеолошки правни ставови. Уз то, као резултат системско-телеолошке конкретизације писаног права, правни принципи као основни телеолошки правни ставови бивају образовани као снопови телеолошких правних ставова и правних схватања. Правни принципи у поретку правне државе следе кружну линију функционисања правног поретка, опредељену комплентарношћу институционалног поретка јавне власти, институционалног поретка државне власти и институционалног поретка просторне заједнице, следствено чему нужно на видело излази разлика између основних правних принципа правнога поретка и правних принципа владајућих у областима правнога поретка. У чланку се анализују видови системско-телеолошког поимања правних принципа, особито у односу на својство правних принципа као извора права. Поврх тога, правни принципи су сагледани и као

---

\* prica@prafak.ni.ac.rs

\*\* Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Раd је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја РС.

*канони непосредно заступљене јуриспруденције у правном поретку, под окриљем “унутрашњег правног система” заснованог на правним облицима.*

**Кључне речи:** *правни принципи, правни основ, разлог правног уређивања, циљ правног уређивања, правни стандарди, правне норме, правне ситуације, “унутрашњи правни систем”.*

## 1. Увод

Колевка правних принципа је римско право, као постигнуће римске правне јуриспруденције – најблиставијег облика телеолошке јуриспруденције у историји права.<sup>1</sup> Полазећи од поимања правне технике у римских правника, важно је на самом почетку овога разматрања нагласити: да судбину правних принципа на једном правном подручју одређује развијеност непосредно заступљене јуриспруденције у правном поретку – изражене превасходно под окриљем разумевања и поимања правних принципа у процесу стварања и конкретизације писаног права.

Упркос томе што су правни принципи снажно допринели конституисању савремених европских правних система, као и уобличавању доктрине о владавини права уопште, правним принципима се у нашој правној књижевности по правилу одриче самосталан правни карактер. Такво поимање правних принципа противречи развоју правне свести у периоду после Француске револуције до данас. Јер, летимичним увидом у правну повест европских правних система долази се до сазнања да је не мали број правних принципа недвосмислено формулисан у судским јудикатима, као израз правне свести која је захтевала од судске јуриспруденције да

---

1 Мисаоно прегнуће римских правника усредоточавало се на утврђивање правног основа разматраних правних питања, следствено чему су – као најдрагоценији израз римске правне технике – завештана мишљења римских правника о правним принципима конкретизованог правног уређивања. Знаковито је у том погледу једно Савињијево казивање: „...у нашој науци сав успех почива на поседовању руководећих начела, и управо то поседовање заснива величину римских правника. Појмови и поставке њихове науке њима се не чине као произвољно створени, то су стварна бића, чије постојање и родослов су упознали дугим присним дружењем с њима. Управо зато у целокупном њиховом поступању има сигурности каква се иначе сем у математици нигде не налази, и без претеривања се може рећи да они рачунају уз помоћ својих појмова. Овај метод, међутим, нипошто није искључива својина једног великог писца, или неколицине њих, напротив, он је опште добро свих, и мада је међу њих раздвојена веома различита мера срећне примене, метод је и пак свуда исти.“ (Савињи, 1998: 34.). О техници римских правника у нашој правној књижевности - видети: (Сич, 2015: 617-633).

обезбеди истовремено очување јавног поретка и легитимитета законског права! У дотичним случајевима, судско уобличавање правних принципа представљало је усмеравање правне свести – саображавањем правних института са „духом времена“ и „природом ствари“. При томе, судско формулисање правних принципа често је задобијало својство “слободног стварања права”, будући да је под таласом моралних схватања, објективног духа просторне заједнице или правнофилософских учења – напуштало оквири могућег тумачења законских норми.<sup>2</sup>

Низак степен заступљености правних принципа у судској јуриспруденцији и правној књижевности у нас, несумњиво представља последицу општеприхваћености нормативистичког поимања права у најужем значењу нормативизма,<sup>3</sup> при којем се право поима као процес стварања и примене општих правних норми као “формалних извора права”.<sup>4</sup> Наша намера је да у овој расправи изложимо аргументе који доказују самосталност правног карактера правних принципа и теоријски основ правнологичког разликовања између правних принципа и правних норми. Наше је полазиште да у поретку правне државе постоје регулативни правни ставови, системски правни ставови и телеолошки правни ставови. За разлику од правних норми као регулативних правних ставова којима се непосредно правно уређују субјективна права и правне дужности субјеката правног поретка, правни принципи су зрачећи телеолошки правни

2 Индикативно је у том погледу поменути пример постанка принципа објективне одговорности за штету у француском праву, имајући у виду да су француски судови, поступајући на основу Француског грађанског законика а имајући у виду новонастале промене у друштву - заузели правно становиште да је, поред субјективне одговорности (одговорности на основу кривице), исправно установити одговорност за проузроковану штету независно од кривице (објективну одговорност), упркос томе што Француски грађански законик није предвиђао објективну одговорност као правни институт и властити правни принцип. Дакле, француски судови су у Француском грађанском законнику нашли правни основ за установљење објективне одговорности користећи језичку гипкост законских формулација, иако се до таквога закључка не би могло доћи применом субјективног тумачења - «воље законодавца», нити је до таквога закључка водило објективно тумачење «духа законика». То значи да је увођење објективне одговорности за штету подразумевало саображавање правног института одговорности за штету са «духом времена», изисковано потребом очувања јавног поретка и легитимитета законског права! О развоју идеје објективне одговорности за штету током 19. века - видети: Поповић, 1984: 97-101. и.дд.

3 О појмовном одређењу нормативизма - видети: Хасанбеговић, 2015: 69-74.

4 Као показатељ у том погледу могу послужити схватања да су правни принципи изведени из правних норми, што доводи до тога да се под правним принципима подразумевају “апстрактне норми састављене од норми мањег степена општости” (Лукић, 1995: 222-223). Наше ће настојање бити да у овој расправи докажемо супротно: да је у природи ствари да се правне норми изводе из правних принципа.

ставови који – изражавајући основне правне идеје – усмеравају правну свест и надахњују основ правног уређивања у поретку правне државе, опредељујући на тај начин правни основ правних норми и делатности субјеката правног поретка. Правни принципи су канони уткани и у каузу правотворачких извора, правних аката и радњи, правних односа и правних облика, што значи да правни принципи имају својство градивних закона правног поретка и области правног поретка.

## **2. Телеолошки, системски и регулативни правни ставови.**

### **Правни принципи, правне норме и правни стандарди**

У нашим ранијим радовима обелодањено је наше гледиште о лучењу правног поретка од правног система (Прица, 2018: 103-113; 2016: 20-82), а овом приликом поновићемо главне поставке нашега гледишта, имајући у виду да је у тим поставкама садржан теоријски основ за разматрање насловљене теме ове расправе. У том смислу, насупротив нормативистичким правцима правнотеоријске мисли који право не виде ван нормативизма, наше је становиште да је право превасходно категоријално детерминисано поретком – субјеката и њима иманентних правотворачких извора, при чему правна норма представља један поред других елемената правног поретка. Категоријална детерминисаност права поретком уистину је резултат постојања различитих институционалних поредака под окриљем државе као правно-политичке заједнице, при чему на видело излази нераскидива повезаност између правног поретка и поредака у питању.<sup>5</sup> Ге-

---

<sup>5</sup> Држава је тројство: просторне заједнице, основног институционалног поретка јавне власти и припадајуће им територије. Гледано према споља, територијалност је важно обележје државе, имајући у виду да се у односу на државу као основни просторни поредак јавља само једна држава као основна институција (суверена држава), оличена у врховној власти на датој територији. Но гледано изнутра, још је важнији ниво идентитета између државе као институције и просторне заједнице, а тај однос се пре свега препознаје кроз духовно-телеолошку садржину јавног поретка, изражену у јединству и наткриљујућој снази објективног духа. Треба поћи од тога да државу као основни просторни поредак оличава просторна заједница уоквирена делатношћу и духом својих градивних субјеката. Заједница у питању има своје градивне субјекте (човека као имаоца слободе, нацију, породицу, грађанско друштво и др.), сви они су повезани историјском судбином и прожимајућим дејством објективног духа, што је темељ на коме израста духовно-телеолошка садржина јавног поретка једне просторне заједнице. На делу је идеја о неограниченом трајању, идеја државе као субјекта историје. Стога, да би се разумела и исправно поставила доктрина о правој држави, морало би се подразумевати постојање трију институционалних поредака. То су: 1) просторна заједница као институционални поредак, 2) институционални поредак државне власти и 3) институционални поредак јавне власти (институционални јавни поредак као оваплоћење идеје владавине права). Држава као институција

нерално узевши, правни поредак је устројство једне правно-политичке заједнице и бивство правно уређених односа између субјеката различитих институционалних поредака, детерминисаних правним принципима и правним нормама, на темељу којих се остварује делатност дотичних субјеката. Спречити самовољу субјеката институционалних поредака – основни је смисао постојања правног поретка, дочим стварање правних правила не може до краја представљати конкретизацију општих правних норми, имајући у виду нужност да конкретно правно уређивање у материјалном смислу буде и ван закона и изнад закона.

Научно посматрано, правни поредак садржи саставне градивне ентитете, без којих је незамислива продорност правнонаучне анализе стварања и конкретизације права. Наше мишљење је да правни поредак има следећу структуру: а) Основни (градивни) ентитети правног поретка: 1) правни субјект, 2) субјективно право, 3) правна дужност, 4) правни објект (предмет); 5) правни акт, 6) државна радња, 7) правна радња, 8) правне чињенице. У односу на правни поредак, сви поменути елементи имају једнак (конститутивни) значај, па би било посве погрешно поменуте елементе смештати у хијерархијску табелу јер би то било исто као када би се у смислу људскога организма оцењивало превасходство десне руке у односу на леву руку, онд. крвотока у односу на нервни систем и сл.; б) Материја правног уређивања: правна добра и правни интереси; в) Правотворачки извори: разумска интерпретација правних норми и правних принципа, политичка оцена целисходности, слободна воља и управна оцена целисходности; г) Облици правног уређивања: непосредни динамички: општи правни акти, индивидуални правни акти, државне и правне радње, непосредни статички: правни принципи, правне норме и правни стандарди и виши (правнонаучни) статички: правне ствари, правне ситуације и правни институти.

Владавина права је у поретку правне државе укотвљена између: општих и приватних интереса, јавности и приватности, интервенционизма државне власти и грађанског друштва, институционалног поретка јавне власти и институционалног поретка просторне заједнице, с циљем успостављања равнотеже између различитих правних добара, правних интереса и циљева правног поретка. У том смислу, владавина права је оваплоћење јавног интереса као статичког израза општег добра<sup>6</sup>, при чему је остваривање владавине права у правном поретку - осим развијеним писаним правом -

---

(политичко-правна заједница) је тројство наведених институционалних поредака. (Прица, 2016: 23-26; 33-40).

6 Наше је мишљење да општи интереси представљају динамичке изразе општег добра, док под приватним интересима подразумевамо динамичке изразе индивидуалних правних добара грађана као имаоника слободе и субјеката правног поретка. Јавни

по природи ствари условљено потребом постизања високог степена развијености јавности и врлине у правном поретку.

Суштина је у томе да образовање и функционисање правног поретка у назначеном смислу обезбеди минимум јавног интереса као статичког израза општег добра, док се владавина права под окриљем правног поретка распростире развијањем: писаног права, јавности као правосуђа просторне заједнице и врлине (судија, тужилаца, политичких делатника, државних службеника, субјеката институционалног поретка просторне заједнице и др.). Стога би било важно двојити правни поредак као отелотворење правне државе у формалном смислу од владавине права као израза моралног и духовног напредовања једне правно-политичке заједнице. За постојање правног поретка у наведеном значењу, пресудну важност имају правни принципи као зрачећи телеолошки правни ставови и опште правне норме као системски правни ставови, при чему се под окриљем правног поретка развијају различити системи правних норми као регулативних правних ставова. Умајући све ово у виду, развијеност једног правног поретка условљена је образовањем тзв. унутрашњег правног система, до чега долази на тачкама сусретања супротстављених ентитета и система под окриљем правног поретка. Унутрашњи правни систем се поглавито развија у јудикатури, као један правнонаучни систем изражен правним ставовима и правним схватањима са зрачећим дејством на правну свест у правном поретку.<sup>7</sup> Унутрашњи правни систем је тоталитет правних ставова, правних схватања и правних појмова усвојених у (духовним) областима правног поретка. У каквој су вези правни поредак и унутрашњи

---

интерес представља регулативну детерминанту правног и јавног поретка и статички израз општег добра. (Прица: 2016: 211-229; 269-280).

7 Развој европских континенталних правних поредака у периоду након Француске револуције обележава настојање да се развије јуриспруденција, што је у ствари израз потребе да стварање и примену права обогати правно мишљење, да би се изнад појединачног разумело опште одн. да би се иза појединости откриле целине. Те целине заправо су правни појмови. Непосредна заступљеност правног мишљења у процесу стварања и конкретизације права је темељ на којем и теоријска јуриспруденција подиже своју појмовну зграду. Правно мишљење не мора у знатној мери бити непосредно заступљено у регулативном правном поретку, може унутардржавно право функционисати као ток стварања и примене општих правних норми, али поставка о значају правног мишљења у процесу правног уређивања је огледало постојаности права, па самим тим и његове развијености. То што данас говоримо о немачком и француском праву као „зрачећим континенталним правним поретцима“, мањим делом разлог је у непосредном утицају материјалног и процесног права на друге правне поретке, а много је више разлог томе снага немачке и француске јуриспруденције, особито оне настале у јудикатури судова, што је јасан показатељ значаја правне свести и појмовне сфере права.

правни систем, то зависи од природе и домаћаја непосредног присуства правне науке у процесу стварања и конкретизације права. Смисао је у томе да једино унутрашњи правни систем – као плод непосредно заступљене правнонаучне делатности у правном поретку – може обезбедити висок степен развијености писаног права и постојану правну свест, следствено чему се унутрашњи правни систем етаблира као чврсто језгро владавине права и правног поретка.

У чему је разлика између телеолошких правних ставова, системских правних ставова и регулативних правних ставова? Телеолошки правни ставови изражавају основне правне идеје и усмеравају правну свест у поретку правне државе, опредељујући тиме правни основ правних норми као регулативних правних ставова и правни основ делатности субјеката правног поретка. Системски правни ставови уређују међусобни однос градивних ентитета правног поретка те правно уређују ток, обим и домаћај правног уређивања и делатности субјеката правног поретка, док регулативни правни ставови непосредно правно уређују субјективна права и правне дужности субјеката правног поретка.<sup>8</sup> Следствено наведеном, правне норме и правни принципи по својој унутарњој (правнологичкој) структури јесу правни ставови,<sup>9</sup> али правни ставови различитог својства. Правни принципи представљају зрачеће телеолошке правне ставове, док се правне норме јављају као системски и регулативни правни ставови. Системски правни ставови искључиво имају облик општих правних норми са општим правним дејством, док се регулативни правни ставови јављају као правне норме са дејством *erga omnes* и правне норме са дејством *inter partes*. Видећемо доцније да правне норме као регулативни правни ставови нужно представљају конкретизоване правне ставове, било да су у питању правне норме са дејством *erga omnes* или правне норме са дејством *inter partes*! Правни принципи као основни телеолошки правни ставови имају општи правни карактер, при чему системско-телеолошка конкретизација писаног права исходује да се правни принципи развију као снопови општих и конкретизованих телеолошких правних ставова. У том смислу, правни

---

8 У нашој правној књижевности се уобичајно израз «норме о понашању» (Р. Лукић, II, 1995: 84-85), при чему регулативни правни ставови немају у виду само понашање физичких лица, већ и делатност државних органа и других субјеката правног поретка.

9 Петровић вели: „Правни став (немачки: *Rechtssatz*) и правни акт представљају последње, коначне носиоце испољавања права. Све што се права тиче, у једном је или у другом, или је са њима повезано; с тим, што је правни став интенционалан израз правне статике (у њему право заправо правна мисао, „стоји“), док је правни акт елемент правне динамике, правног живота и кретања.“ (Петровић, 1981: 75). Становиште о правној норми као правном ставу заступао је и Тома Живановић (Живановић, 1997: 60; 65 и дд.).



принципи као телеолошки правни ставови опредељују правни основ правних норми као регулативних и системских правних ставова.

Сагледајмо разлику између телеолошких, системских и регулативних правних ставова на одређеним примерима. (1) Код типичног грађанско-правног уговора правне норме са дејством *inter partes* (регулативни правни ставови) произлазе из слободне воље уговорних страна, диспозитивне законске опште правне норме (регулативни правни ставови) имају секундарни карактер, али спрам уговора у питању примарно важе опште правне норме као системски правни ставови<sup>10</sup> и правни принципи као телеолошки правни ставови.<sup>11</sup> Дакле, регулативни правни ставови садржани у поменутим уговорима произлазе из сагласности слободних воља као основног правотворачког извора у једној области правног поретка, под условом да правно уређивање у питању не угрожава очување правног поретка као целине. (2) Код делатности полиције усмерене на одржавање јавног реда и мира, законске норме важе као системски правни ставови који одређују ток и границе физичке делатности полиције, али се ток делатности у питању законским нормама не може зауставити јер је посреди физичка делатност оснажена претпоставком легалности и оценом целисходности, са могућношћу непосредног извршења. Но и овде примарно важе правни принципи као основни телеолошки правни

10 Чл. 10 Закона о облигационим односима Републике Србије (“Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89, “Сл. лист СРЈ” бр. 31/93): “Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по својој вољи. Чл. 20 истога закона: “Стране могу свој однос уредити друкчије него што је овим законом одређено, ако из поједине одредбе овог закона или из њеног смисла не произлази што друго.” Као потврду оправданости лучења системских правних ставова од регулативних правних ставова, позваћемо се на Водинелићево поимање увода у грађанско право. Водинелић казује: “За разлику од посебних делова и од општег дела грађанског права, који представљају норме из којих се састоји грађанско право, увод у грађанско право је ознака за правне норме које нису саставни део грађанског права, него се односе на грађанско право, на грађанскоправне норме. Грађанскоправне норме уређују грађанскоправне односе - права, обавезе, способности и својства која имају лица у тим односима, стицање, промену или престанак тих права и обавеза, способности и својстава. Увод у грађанско право уређује разна питања, не о грађанскоправним односима, него о грађанскоправним нормама. Норме увода у грађанско право јесу норме о грађанскоправним нормама (метанорме)....” (Водинелић, 2014: 29).

11 Чл. 11 Закона о облигационим односима Републике Србије (“Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89, “Сл. лист СРЈ” бр. 31/93): стране у облигационим односима су равноправне. Чл 12 истог закона: “У заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа стране су дужне да се придржавају начела савесности и поштења. Итд.

ставови<sup>12</sup> а законске норме као системски правни ставови<sup>13</sup> онемогућавају самовољу полиције, чиме се одржава правни поредак. То значи да физичка делатност полиције као редовна и примарна делатност у правном поретку – садржински не може бити уређена законским нормама као регулативним правним ставовима, већ су правно уређени услови и границе распрострања дотичне делатности, као и последице предузимања делатности, што све треба да обезбеди очување правног поретка.<sup>14</sup> (3) Када Председник Републике и Влада решавају о именовану амбасадора Републике Србије у другој држави, на делу је политичка оцена целисходности надлежних одлучилаца, коју нимало не ограничавају законске норме као регулативни правни ставови. Постоји само законска норма као системски правни став<sup>15</sup>, при чему у овој правној ствари нису предвиђени ни телеолошки правни ставови, па се предлогу одлуке поменутих највиших државних органа може супротставити једино јавност као правосуђе институционалног поретка просторне заједнице, с циљем постизања јавног интереса као статичког израза општег добра. (4) Решавање управне ствари доношењем решења у управном поступку израз је разумске интерпретације општих правних норми и управне оцене целисходности као правотворачких извора, при чему је решавање у питању детерминисано правним принципима Закона о општем управном поступку и правним принципима меродавног материјалноправног закона. При томе, општи управнопроцесни закон, као уосталом и други процесни закони, представља једно велико мноштво системских правних ставова. (5) Код кривичних дела чињенично биће је

---

12 Чл. 31 Закона о полицији (“Сл. гласник РС” бр. 6/2016 и 18/2018): “Полиција обавља полицијске послове с циљем и на начин да свакоме обезбеди једнаку заштиту безбедности, права и слобода, примењујући закон и уставно начело владавине права. На основу овог општег телеолошког правног става, у чл. 32 истог закона предвиђени су правни принципи обављања полицијских послова (професионализам, деполитизација, ефикасност, економичност, законитост и сразмерност).

13 Законодавство о полицији је једно велико мноштво системских правних ставова који полицију и ограничавају и не ограничавају, што је последица физичке делатности полиције као примарне и редовне функције у правном поретку. Видети члл. 65-128 Закона о полицији (“Сл. гласник РС” бр. 6/2016 и 18/2018).

14 Физичка делатност полиције као примарне и редовне у правном поретку одржава се и на духовну делатност полиције, имајући у виду могућност доношења усменог решења, нормираног Законом о општем управном поступку (“Сл. гласник РС” бр. 18/2016). У чл. 143 поменутог закона, нормирано је: (1) Усмено решење доноси се кад се предузимају хитне мере у јавном интересу, да би се обезбедио јавни ред и мир и јавна безбедност или отклонила непосредна опасност по живот или здравље људи или имовину. (2) На захтев странке, ако је поднет у року од 60 дана од доношења усменог решења, орган мора да изрази и достави странци писмено решење у року од осам дана од постављања захтева.

15 Чл. 15 Закона о спољним пословима (“Сл. гласник РС” бр. 116/2007).

садржано у правном бићу као довршеној духовној формацији (кривичном делу као правном појму) а правно правило кривичног законика јесте генерална правна ситуација као регулативни правни облик. Генерална правна ситуација произлази из разумске интерпретације устава и политичке оцене целисходности (правотворачки извори) и представља довршено правно биће, чију садржину сачињавају примарно чињенично биће (негативне и позитивне дужности) и секундарно чињенично биће – недопуштено чињење или нечињење којим се проузрокује кривично дело. Следствено томе, предмет кривичног поступка је оцена правних чињеница наспрам примарног и секундарног бића, а кривично дело је правна чињеница и не представља правотворачки извор. Имајући то у виду, кривични поступак је незамислив без правних принципа, не само законитости у ужем значењу као основног правног принципа, већ и других правних принципа (нпр. *in dubio pro reo*, претпоставка невиности).

Из предидућих примера се може уочити постојање различитих динамичких облика правног уређивања (уговор, материјални акт, акт-владе, управни акт, судска пресуда) те и постојање различитих правотворачких извора (унутарња концепција правних аката, државних и правних радњи): слободна воља, управна оцена целисходности, политичка оцена целисходности и разумска интерпретација правних норми као регулативних правних ставова.<sup>16</sup> Из ових се примера да закључити и то да се функционисање правног поретка не може зајазити пирамидалним током стварања и примене општих правних норми као “формалних извора права”, имајући у виду да принцип законитости у материјалном смислу не

16 Правотворачки извори очитују субјекта правног поретка у процесу стварања и примене права, опредељујући каузу његовога делања. Правотворачки извори откривају унутарњу концепцију свеколике духовне и физичке делатности у правном поретку, како у погледу формалних извора права, тако и у погледу свих правних и материјалних аката, послова и радњи у правном поретку. У том смислу смо на подручју материјалних извора права. Ваља ипак имати у виду да правотворачки извори опредељују каузу духовне и физичке делатности у правном поретку, следствено чему правотворачке изворе треба лучити од материјалних извора на страни правног бића (нпр. објективни дух и правна свест као материјални извор права). Смисао стварања и примене права, према нашем мишљењу, требало би да буде надахнуто настојањем достизања исправног и постојаног права, до чега се може доћи конкретизовањем основних правних принципа, утврђивањем „природе ствари“ правних предмета те, разуме се, постављањем правних правила као мере исправности и правичности наспрам типичних правних предмета. Следствено томе, материјални извор права у поретку правне државе јавио би се као тројство наречених правних принципа, правних ствари и правних правила, са обликованом правном свешћу, што би нужно опредељивало да формални извори права проишоду из материјалног извора права у нареченом смислу. То би дакако значило да се устав као основни закон саобрази уставу грађанског друштва и уставу у апсолутном смислу.

важи у свим областима правног поретка. Материјално право се ствара и ван институционалног поретка јавне власти, као делатност која не представља конкретизацију законских норми као регулативних правних ставова – у подручју слободне воље и приватног интереса у апсолутном смислу. С друге стране, институционални поредак државне власти је нужно шири у односу на материјално (законско) право, имајући у виду политичку делатност државних органа која може да буде и изнад закона. Но, важно је указати да се код обадвоје поменутих случајева не премашују координате правног поретка и то је смисао његовог постојања. Сагласно предоченом, принцип законитости се у областима правног поретка испољава у различитим видовима, од законитости у ужем смислу (придржај законских норми као регулативних правних ставова), преко забране протизаконитог дејства код правних послова грађанског права, до политичке оцене целисходности највиших државних органа која може да буде и изнад закона (нпр. закључивање међународног уговора). При томе, у свим областима правног поретка важе правни принципи као основни телеолошки правни ставови и опште правне норме као системски правни ставови. Уосталом, устав као основни закон једне правно-политичке заједнице превасходно садржи основне телеолошке и основне системске правне ставове, као што у свакој области правног поретка важи системски (основни) закон који нормира основне телеолошке, системске и регулативне правне ставове – важеће у дотичној области правног поретка, о чему ћемо ближе излагати у завршном делу ове расправе.

Међ различитим струјама мишљења о карактеру правне норме у правној књижевности, критеријум за лучење правних норми као системских правних ставова и правних норми као регулативних правних ставова, уочава се у расправи о примарним и секундарним правним нормама. Расправа о примарним и секундарним правним нормама несумњиво има карактер продорне правнонаучне мисли, али је дотична расправа – будући укотвљена међ нормативистичким струјама правне мисли – успела само достићи тачку са које се види смисао разликовања правног поретка и различитих система регулативних правних ставова под окриљем правног поретка. То је, чини нам се, и била Јерингова мисао водиља, коме припада заслуга да је први указао на значај разликовања између норми о понашању и норми о санкцији, јер се без ових других не може замислити постојање правног поретка. (Јеринг, 1998: 152-153). Хартова расправа о појму права пажње је заслужна управо по томе, што Харт правослови о „нормама признања, нормама промене и нормама о пресуђивању“, чиме се заправо показује значај постојања правног поретка. Харт вели: „...сложеност правног система захтева да се разлуче две различите а ипак повезане врсте

правних правила. Правила прве врсте, која се називају и примарним или основним, захтевају од људи да нешто чине или да се уздрже од чињења, без обзира на то да ли то желе или не. Правила друге врсте у извесном смислу почивају и зависе од првих правила и секундарна су у односу на њих, јер предвиђају да људи могу, чинећи или говорећи одређене ствари, да створе нова примарна правила, да укину или промене постојећа или да на различите начине утичу на њихову примену или одреде њихов домашај.“ (Харт, 2013: 140-141). Овде бисмо поменули и Бобијево гледиште о нормама за идентификацију норми из система: „У једном првом разматрању можемо казати да (нормама о идентификацији М.П.) ...припадају три различита типа норми које се јављају на пријелазу од једног примитивног к једном развијеном поретку: а) тзв. норме о изворима или норме које указују на чињенице или акте којима се придаје моћ да производе норме припадајуће систему; б) норме које одређују унутар којих се просторних и временских граница могу сматрати припадајућим систему норме које су произведене од ауторизираних извора (то су норме о важењу закона у времену и простору); ц) норме о тумачењу и примјени оних норми које се сматрају припадајућим систему права према критеријима под а) и б).“ (Бобио, 1988: 69).

Расправа о односу примарног и секундарног у правном поретку исправна је само ако се тај однос разматра функционалистички, без вредновања о томе шта је за правни поредак важније. Функционална анализа односа примарног и секундарног може бити конзистентна само ако за предмет узима све градивне елементе правног поретка а не само правне норме. У том смислу и примера ради, генералне правне ситуације о апсолутним правним дужностима су примарне, кривична ствар као предмет кривичног поступка је секундарна, али су норме законика о кривичном поступку од примарног значаја за постојање правног поретка. Исто тако, посебне правне ситуације приватног права су примарне, парнична ствар је секундарна, али су диспозитивне норме облигационог законодавства од примарне важности за постојање правног поретка итд. Одавде произлази да се тас односа примарног и секундарног наспрам градивних ентитета правног поретка помера и на једну и на другу страну, у зависности од области правног поретка и природе конкретизованог правног уређивања. Јер, за правни поредак су подједнако важне генералне правне ситуације (кривичног законика) о апсолутним правним дужностима (правна заштита основних правних добара) и генералне правне ситуације (непосредна примена уставних норми) као основни правни статуси и зајемчена суштина субјективних права, а једнаке су важности норме о санкцији за повреду апсолутних правних дужности и норме о санкцији за повреду зајемчених субјективних права. Зато је уместо примарних и секундарних норми,

исправно говорити о разлици између правних норми као системских правних ставова и правних норми као регулативних правних ставова, при чему према току мисли који у овој расправи следимо, Хартове норме признања, норме промене и норме о пресуђивању, као и Бобијеве норме о индентификацији норми из система – несумњиво одговарају појму правних норми као системских правних ставова. Поврх свега тога, као доказ немогућности разматрања односа примарног и секундарног у правном поретку само у светлу правних норми – служе правни принципи, имајући у виду да су правни принципи као телеолошки правни ставови примарни у односу на правне норме као регулативне правне ставове, што ћемо покушати доказати у продужетку ове расправе.

Сада је наше разматрање дошло до тачке са које се може испитивати однос између правних принципа као телеолошких правних ставова и правних норми као регулативних правних ставова, и на том путу би ваљало најпре одговорити на питање појамног одређивања телеолошких правних ставова. Телеолошки правни ставови нису исто што и циљеви правног уређивања, имајући у виду да циљ не заузима у целости правни основ правног уређивања. У каквом су односу правни основ и циљ у праву? Према Јерингу, постоји закон каузалности и закон циља: „Постоји само једно од тога двога: или је узрок снага која покреће свет, или је то циљ.“ (Јеринг, 1998: 17). Јеринг налази да је циљ снага која покреће свет права. Но, колико је уистину циљ покретачка снага у свету права, ако знамо колико снажно свет права детерминишу воља и интереси, следствено чему се осим циљева, у свету права јављају и узроци, разлози и услови под којима се остварују циљеви правног уређивања. Ту двојност унутардржавног права, на светло дана изводи Хегел: „У том идентитету, вели он, *постојања по себи* (An-sichsein) и *постављености* (Gesetzsein) има обавезност као право оно што је закон. Зато што постављеност чини страну реалног постојања (Dasein), у којој може да наступи и случајно посебне воље и других посебности, може оно што је закон да по својој садржини још буде различито од оног што је по себи право.“ (Hegel, 1911: § 212; Петровић, 1981: 54). То значи да телеолошки правни ставови не изражавају само циљеве правног уређивања, већ се њихов смисао очитује у повезивању основа и заснованог, постојања по себи и постављености, битка и требања, циља и разлога правног уређивања. Отуда правни принципи као телеолошки правни ставови изражавају основне правне идеје које надахњују правни основ делатности субјеката правног поретка и правних норми као регулативних правних ставова те на тај начин телеолошки правни ставови усмеравају правну свест у правном поретку. Узимајући наведено у обзир, однос правних принципа као телеолошких правних ставова и правних норми као регулативних

правних ставова опредељен је “типом” као методолошком категоријом, оличеној у синтези посебног и општег односно – како је Дилтај казивао – у “регуларном повезивању индивидуално различитих црта у основне форме душевног живота”. (Dilthey, 1924: 241). Дилтај закључује: “У једном таквом типу на регуларан начин је међусобно повезано више обележја, делова или функција. Те црте, чије повезивање чини тип, стоје једне према другима у једној таквој узајамној релацији да присуство једне црте допушта да се закључи о другима, варијација у једној о варијацији у другој. И та типична повезивања обележја јачају у универзуму у успињућем реду форми живота, и достижу у органском и онда у психичком животу своју највишу тачку.” (Dilthey, 1924: 270). Одавде се може закључити да се правне норме као регулативни правни ставови изводе из правних принципа као телеолошких правних ставова, само не као њихова конкретизација, већ тако што се правне норме уобличавају поимањем правних принципа као синтезе елемената обухваћених телеолошким правним ставовима. Управо изложеном поимању односа између правних принципа и правних норми сагласно је Дигијево гледиште о “нормативним правним правилима”. (Duguit, 1927: 109; Петровић, Прица, 2014: 39). Анализујући Француски грађански законик, Диги је дошао до закључка да у поменутоме законнику постоје само три нормативна правна правила (право својине, слобода уговорања и обавеза надокнаде штете), док је све друге одредбе Наполеоновог законика Диги сврстао у “конструктивна правна правила”, која су, чини нам се, блиска појму системских правних ставова заступљеном у овом чланку. Одавде произлази важан закључак: да се на однос правних принципа и правних норми не могу применити методи конкретизације и супсумције! Разлог томе је конфликтност као обележје језгра материје правног уређивања, што утиче и на структуру правних принципа као телеолошких правних ставова па је наспрам односа правних принципа и правних норми исправно применити телеолошко тумачење највишег могућег степена, изражено као разумевање и поимање правних принципа, а поимање у питању духовно стоји изнад тумачења и конкретизације својственим међусобном односу правних норми као регулативних правних ставова!<sup>17</sup>

Кантова мисао да је „ангагонизам средство којим се користи природа да би остварила развитак свих људских обдарености“ (Кант, 1974: 32), и те како

17 Традиционално гледиште о тумачењу правних норми види тумачење као средство за постизање разумевања правне норме. Хајдегер уводи инверзију односа између тумачења и разумевања, тако што разумевање као “изворно поимање” претходи тумачењу као “његовом самоосветљењу”. (Хајдегер, 2007: 184; Бован, 2013: 83-84). Правни принципи се не тумаче, већ се поимају, имајући у виду да поимање правних принципа премаша оквире логичког закључивања и разумске интерпретације, због упоређивања и вагања који су наспрам правних принципа примарно заступљени.



пристаје природи материје правног уређивања, следствено чему правни принципи као телеолошки правни ставови треба да омогуће повезивање, уравнотеживање и усмеравање супротстављених правних добара, правних интереса, правних циљева и ентитета правног поретка, у правцу прогреса једне правно-политичке заједнице. Конфликт и супротстављеност, како у животу, тако и у правном поретку јесу шанса за напредак и прогрес. Бобио у вези са тим вели: „...конфликт...представља нужан услов за технички и морални напредак човечанства. Овај напредак се посматра као нешто што се одвија кроз сукобе различитих мишљења и интереса, кроз сукобе који на подручју аргументације отварају пут ка истини, који кроз економску конкуренцију теже да обезбеде највеће могуће друштвено благостање, који кроз борбе на политичком пољу доводе до избора најспособнијих за управљање. ...индивидуална слобода...сматра се суштинским условом за реализацију „разноврсности“ индивидуализованих личности која се тумачи као спојива са конфликтом,<sup>18</sup> а сам конфликт као нешто што подстиче савршенство свих.“ (Бобио, 1995: 42).

У правној књижевности се врло ретко појављује израз „правна телеологија“, што не треба да зачуђује, ако знамо колико су ретка настојања да се анализује основ правног уређивања правних предмета и правних односа у позитивном праву. При томе, правним научницима није страна тзв. вредносно сагледавање права, али оно је – без довољно јасног правног израза у позитивном праву – осуђено да буде мисао којој не успева да задобије карактер јасног и делотворног правног поимања.<sup>19</sup> Правна

18 Правни принципи по себи нису довољни за постизање прогреса једне правно-политичке заједнице. Врлине - судија, политичких делатника, државних службеника, субјеката правног поретка и просторне заједнице - у том погледу представљају основне делатне изразе прогреса једне правно-политичке заједнице, из чега произлази да су врлине неопходне за збиљску утемељеност правних принципа у правном поретку. Да овде наведемо дивну Улпијанову мисао: „Заповести права су: живети часно, никога не повређивати, свакоме дати оно што је његово.“ (*Juris praeccepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*).

19 Требало би, без сумње, похвалити настојања која позитивно право гледају даље и шире од закона и опште правне норме, као мисао која проблем сагледава с тачке гледишта правне етике. Но, проблем је када се у тој оправданој критици позитивног права не види решење за уочени проблем. У вези са тим, невоља са горе поменутих вредносних разматрањем позитивног права, управо је у томе што се оно даје углавном ван граница правне науке, поглавито као једна струја етичког поимања правног феномена. Највећи недостатак «вредносног усмеравања позитивног права» у доктринарном смислу, у ствари је у томе што „вредности“ асимилију циљеве и интересе у праву, а изнад свега то што се не види пут да „вредности“ уђу у позитивно право. Осим тога, посматрано у односу на конкретне правне објекте и правне предмете, дотична доктрина о вредносном усмеравању права не успоставља јасну повезаност између материје правног уређивања и технике правног уређивања. Јер, материју

телеологија у поретку правне државе је укупност телеолошких правних ставова, правних добара и правних интереса – тројство саусловљених и супротстављених ентитета у правном поретку – а правно уређивање би за сврху требало да има њихово уравнотеживање и повезивање. Како правно уређивање нужно не мора припадати јавном поретку, однос између правних принципа као телеолошких правних ставова и правних норми као регулативних правних ставова иде линијом која одваја јавни интерес од приватног интереса, што је у ствари граница која дели слободу и аутономију, с једне стране, јавни поредак, с друге, и интервенционизам државне власти, с треће стране.

То дакако значи да наспрам правног уређивања нужно долази до укрштања различитих правних принципа, при чему однос супротстављених правних принципа подлеже режиму међусобног уравнотеживања и повезивања, за разлику од хијерархије својствене решавању несагласности правних норми као регулативних правних ставова.<sup>20</sup> Примерице, установљавање судске контроле законитости управних аката (тзв. управног спора) предузето је као гаранција остварења принципа законитости и заштите субјективних права, што на први поглед представља одступање од принципа поделе власти. Међутим, не би било исправно закључити да управни спор представља одступање од принципа поделе власти, имајући у виду да смисао принципа поделе власти није у потпуној одвојености, већ у сарадњи и равнотежи функција државне власти. Равнотежа у питању се у управном спору успоставља тиме што суд оцењује законитост управног акта али не и његову целисходност, следствено чему се да закључити да управни спор представља повезивање и уравнотеживање принципа законитости, заштите субјективних права и поделе власти. Истодобно и примера ради, побијање рушљивих правних аката се може предузети у законом предвиђеном року, што значи да истеком рока у име принципа правне сигурности и заштите стечених права долази до оснажења (конвалидације)

---

правног уређивања сачињавају правна добра као статички изрази и правни интереси као њихови динамички изрази, док технику правног уређивања опредељују разлог правног уређивања (правни основ), циљеви правног уређивања (правна телеологија) и неопходни услови да се правни режим – постављен у важећем праву – уподоби правном основу и постављеним циљевима.

20 Канарис с тим у вези вели: “Принципи не важе без изузетака и могу долазити у међусобну супротност или провуречност; они не претендују на искључивост; они свој прави смисао развијају тек у заједничком узајамном допуњавању и ограничавању; и њима за уобличавање није потребна конкретизација нижим принципима и појединачним вредновањима са самосталним стварним садржајем.” (Canaris, 1969: 46). О поимању правних принципа у иностраној правној књижевности - видети: Спаић, 2017: 109-130.

неваљаности правнога акта. С тим у вези не би било основано закључити да су принципи правне сигурности и заштите стечених права са јачом правном снагом у односу на принцип законитости, имајући у виду да је оснажење рушљивог правног акта у ствари начин постизања равнотеже између правних принципа у питању итд.

Уколико се основна правна добра, правни интереси и основни правни принципи посматрају са највиших врхова правног поретка, увиђа се смисао принципа правде као „релационе категорије“ а наиме да је смисао правде као најопштијег правног принципа управо у уравнивању основних правних добара, основних правних интереса и основних телеолошких правних ставова. Да би се разумео смисао исказане мисли о правди као «релационој категорији», препустићемо реч Петровићу: „Часовити законодавац овлашћен је да усклађује ова начела (основне правне принципе М.П.) и да одређује која у датом случају имају првенство. Но, то одмеравање није без чврстих међа. Законодавац никада не сме да потпуно пренебрегне неко од тих начела у корист једног од њих или осталих. Ако би се то догодило, његов закон био би јавно неправедан. ...Правда је, према томе, четврто начело међу основним правним начелима и узвишеније је од свих њих, пошто уређује њихове односе и размере. Расправама о појму правде никад краја. Узрок је томе, понајвише, неувиђање особености природе тог начела у односу на остала правна начела. Та правна начела имају вазда једну одређену садржину која их разликује од других и чини њихову својственост. Правда такву садржину нема; њен садржај је променљив и чини га садржина онога начела које у датој ситуацији има предност над другима. Она није „супстанцијална“, него је „релационална“ категорија, попут категорија логике и математике. Она је категорија друштвене равнотеже и склада, „друштвене лепоте“, како би казали стари Грци.» (Петровић, 1987: 322-323).<sup>21</sup>

У правном поретку постоје објективни и субјективни правни циљеви. Субјективни правни циљеви су уткани у приватне интересе и представљају каузу слободне воље. С друге стране, постојање унутардржавног права се не би могло замислити без објективних правних циљева, при чему циље-

---

21 Правда у предоченом значењу присутна је у јудикатури и правној књижевности, додуше под другим називима (пропорционалност, равнотежа интереса, одмеравање интереса и сл.), као да постоји страх од зрачећег дејства који би се могло произвести са називом „правда“. Јер правда је више од равнотеже и усклађивања, као оличење духа и вере у морални потенцијал човека. То значи да правда не исказује сву своју лепоту када је израз чистог опортунитета, у следству потребе за очувањем јавног поретка. Сву своју лепоту и значај показује правда када се талас праведности подиже из моралне и духовне дубине, из осећања правде као оваплоћења највишег моралног и божјег лика у човеку.

ви у питању за предмет имају правна добра и правне интересе и њихов међусобни однос. Када се имају у виду сва испољавања права у региони-ма правног поретка, објективне циљеве правног уређивања ваљало би лучити од телеологије правног уређивања, као и од каузе правног односа и каузе правотворачког извора.<sup>22</sup> Кључно је, притом, присуство правних принципа у свим правцима правног уређивања. Правни принципи су део каузе правотворачких извора, каузе правног односа, телеологије правног уређивања, а напослетку правни принципи служе постизању хијерархије и равнотеже у остваривању објективних и субјективних циљева у правном поретку.

За ток мисли који у овој расправи следимо, као најтеже се поставља питање утврђивања разлике између правних принципа и правних стандарда. С обзиром на то да наше гледиште о односу правних принципа и правних стандарда следи разлику између телеолошких правних ставова (правни принципи) и регулативних правних ставова (правни стандарди), потребно је у том смислу најпре испитати карактер општих правних норми као регулативних правних ставова. Јер, за разлику од правних принципа као општих телеолошких правних ставова, опште правне норме као регулативни правни ставови, у погледу своје садржине, јесу конкретизовани правни ставови!

Правна норма придев «општи» получаје услед природе правног објекта који уређује, не и због садржине правног става којим се објект правно уређује. Правни карактер опште правне норме долази као последица околности да је општим правним нормама као регулативним правним ставовима исказана типичност лица, догађаја, радњи и односа као објеката правног уређивања те код општих правних норми долази до апстраховања правног објекта, док је њихова садржина конкретизована. У природи ствари је да општа правна норма у садржинском смислу буде конкретизовани регулативни правни став, чиме се не доводи у питање њено својство да производи

---

22 Рецимо, да би се могао одредити појам уговора у материјалном смислу, неопходно је узети у разматрање елементе правног режима уговора. То су: правотворачки извори, предмет уговора, правно биће, кауза и објективни циљ. Значај поменутих елемената није исти код свих уговора. Код уговора за које не важи принцип законитости у материјалном смислу, објективни циљ је постављен негативно, забраном да уговор буде противан императивним норма, јавном поретку и добрим обичајима. Постоје пак уговори са позитивно одређеним објективним циљем (нпр. остваривање једног конкретизованог општег интереса код споразума о накнади за експроприсану непокретност или заштита породице засноване на крвном сродству код уговора о уступању и расподели имовине за живота). Међутим, без обзира на начин одређивања циља уговора, правни принципи су саставни део сваког уговора: његовог објективног елемента те каузе уговорног односа и каузе правотворачких извора. (Прица, 2016: 249-255).

опште правно дејство. То значи да су опште правне норме у правно-логичком смислу конкретизовани правни ставови произашли из правних одредаба (уставних, законских и подзаконских), важећи за неодређени број случајева и неодређени број лица.<sup>23</sup> Смисао императива важења општих правних норми као регулативних правних ставова управо је у потреби заштите језгра општег добра са принципом законитости у ужем смислу код императивних норми и очувања правног поретка код диспозитивних норми, које, без обзира на секундарну примену, представљају примарну гаранцију јавног интереса као статичког израза општег добра. Отуда је неопходно да опште правне норме садржински буду конкретизовани регулативни правни ставови јер би у противном био обесмишљен разлог њиховог постојања у правном поретку. Уз то, осим у садржинском погледу, конкретизација опште правне норме односи се у одређеном степену и на објект који се њоме уређује па у зависности од степена конкретизације у питању зависи да ли ће општа правна норма као регулативни правни став представљати довршено и прецизирано правно биће. То што опште правне норме као регулативни правни ставови најчешће нису довршена и прецизирана правна бића, не значи да су у питању општи правни ставови. То уистину значи да општу правну норму треба даље конкретизовати у делу правног објекта или да конкретизовани регулативни правни став опште правне норме треба даље конкретизовати општом правном нормом или приликом решавања појединачног правног предмета. Имајући наведено у виду, правне норме као регулативни правни ставови постоје као опште правне норме и као појединачне правне норме,<sup>24</sup> при чему опште правне

23 Опште правно дејство је разлог што се у нашој правној књижевности највећи значај спрам разумевања права придаје општим правним актима као формалним изворима права. Марковић у вези са тим вели: "...само општи акти могу бити формални извори права, јер само из њих право може извирати без обзира на број случајева њихове примене. Појединачни акти, применом на конкретне случајеве, престају да постоје у правном смислу, јер се њихова обавезност, применом на случај који се односе, исцрпљује." (Марковић, 2008: 19-20).

24 У погледу разлике између општег и појединачног акта, Петровић у својој докторској расправи сасвим основано казује да појединачност и општост могу постојати како у погледу круга адресата, тако и у погледу предмета који се актом уређују: „...ако се акт односи на једно или више тачно одређених лица, што ће рећи, ако је круг његових адресата затворен, утврђен актом на искључив, дефинитиван начин, постојаће увек управни акт, без обзира на начин на који тај акт уређује безброј понашања једног јединог лица, тај акт је ипак појединачан акт. То стога што сингуларност лица представља један тако снажан елемент индивидуализације да он нужно читавој ситуацији даје сасвим појединачна обележја. ...Код отвореног круга адресата, постојаће појединачан правни акт ако је њиме уређено једно једино понашање, „ако је његова садржина сасвим сингуларна, без обзира на отвореност или затвореност круга адресата дотичног акта. На пример, ако се актом забрани одржавање једног јавног скупа, заказаног, рецимо, за

норме као регулативни правни ставови у садржинском смислу јесу конкретизовани правни ставови са општим правним дејством. Уз то, опште правне норме у назначеном смислу, према степену конкретизације објекта правног уређивања, могу да буду «општије» и «посебније».

Веома је важно у смислу правног карактера општих правних норми узети у обзир природу односа између општих правних норми као регулативних правних ставова и правних објеката које опште правне норме уређују. Другим речима, опште правне норме као конкретизовани регулативни правни ставови могу да представљају прецизирано и довршено правно биће али не морају представљати. Тако посматрано, постоје правни објекти у погледу којих се опште правне норме јављају као довршено и прецизирано правно биће, тако да субјективна права и правне дужности непосредно из општих правних норми произлазе (то су генералне правне ситуације). С друге стране, није мали број правних објеката у погледу којих опште правне норме као став требања – „оно што треба да буде“ – не представљају довршено и потпуно прецизирано правно биће. Из наведеног произлази да правно правило као прецизирани конкретизовани правни став („правно јест“) у односу на правни објект може произлазити из општег правног акта али и из индивидуалног правног акта, што је основа за откривање и уобличавање правних ситуација као правних облика који изражавају прецизирана и довршена правна бића у правном поретку.

Правне ситуације су правни облици засновани на правним правилима у нареченом смислу, из којих непосредно произлазе субјективна права, правне дужности те делатност субјеката правног поретка. Две су важне црте правних ситуација без којих разумевање права није могуће, нити пак постојање објективног права. Прво, будући да правне ситуације представљају прецизирана (довршена) правна бића, као исправан пут систематизације у праву се може следити једино онај који се темељи на правним ситуацијама, а не на правним нормама. Друго, правне ситуације једино омогућавају да се одреде границе законодавчеве власти, у погледу непосредног дејства закона, а особито у погледу забране ретроактивног дејства закона.

---

сутра у подне на том и том месту, то је онда управни акт, без обзира на то што је круг адресата акта неодређен; исти би случај био и код забране цепања једног одређеног плаката, код наредбе свим имаоцима воћки да их окрече одређеног дана и тсл. Не би, напротив, био управни акт онај акт којим се забрањује купање у једној реци, прелажење преко једног моста и тсл., него нормативна мера, премда је и овде садржина акта конкретна. Но овог пута конкретне су само околности које су акту унапред дате и које изазивају његово доношење; тако, загађеност реке изазвала је забрану купања у њој, трошност моста представља разлог забране прелажења преко њега; али, понашања регулисана актом могу да се понављају у безброј наврата, док је код прве врсте аката предмет акта само једно једино понашање.“ (Петровић, 1981: 135-136).

Правне ситуације се, према садржини, деле на генералне (опште), посебне и индивидуалне правне ситуације. Садржина генералне правне ситуације уређена је општим правним актом, као правно прецизирање субјективних права и правних дужности, са непосредним правним учинцима и општим правним дејством у правном поретку. Примера ради, возачи путничких аутомобила налазе се у генералној правној ситуацији, имајући у виду да њихова субјективна права и правне дужности произилазе непосредно из закона, а на полицији је да путем материјалних аката проверава понашање возача путничких аутомобила спрам ситуације у питању.<sup>25</sup> Генералне правне ситуације су опште и трајне и у свему стоје под владом општег правног акта којим су установљене.

Посебне правне ситуације се јављају као привремене (нпр. извршењем пореског решења посебна правна ситуација ишчезава из правног поретка) и као трајне (нпр. закуп као правни институт). Суштина је да се посебне правне ситуације конституишу појединачним правним актима, што значи да ситуације у питању имају самосталан правни карактер, чак и када се заснивају на основу општих правних норми као регулативних правних ставова. У том смислу, важно је имати у виду да се у следству посебних правних ситуација јављају индивидуалне правне ситуације, из чега произлази да је стварање права у правном поретку у ствари укрштање генералних, посебних и индивидуалних правних ситуација, чиме се откривају правни институти као облик непосредне систематизације у правном поретку. Примерице, решавање по захтеву за пријем у држављанство Републике Србије подразумева доношење конститутивног појединачног правног акта, на основу разумске интерпретације законских норми и управне оцене целисходности као правотворачких извора. Уколико надлежни одлучилац донесе позитиван управни акт, најпре настаје индивидуална правна ситуација, а у погледу садржине држављанство је мноштво генералних правних ситуација, не само једна генерална правна ситуација. Исто тако, основна својинска овлашћења и основна стварноправна овлашћења представљају генералну правну ситуацију, али право својине на непокретности Петра Петровића, проистекло из уговора о купопродаји, представља индивидуалну правну ситуацију, при чему правни режим својине на одређеној непокретности подразумева читав сноп генералних и индивидуалних правних ситуација. С тим у вези, *habitatio* (лична службеност) установљена на основу уговора о купопродаји, доводи уживаоца у индивидуалну правну

---

25 Највећи значај у правном поретку имају генералне (уставне) правне ситуације којима се нормира зајемчена суштина уставом предвиђених људских права и генералне правне ситуације кривичног законика које предвиђају апсолутне правне дужности у правном поретку.



ситуацију, при чему је садржина ситуације у питању регулисана законом и представља генералну правну ситуацију. Титулар службености у овоме случају своју ситуацију супротставља свима (опште правно дејство), закон може да промени садржину дотичне ситуације, али закон ситуацију не може да укине, што је доказ њеног индивидуалног карактера. Осим тога, промена права својине на непокретности неће утицати на промену ситуације о којој говоримо, али право допушта да титулар права својине и уживалац службености углаве престанак дотичне службености, што значи да је у описаном случају на делу једна посебна правна ситуација. Наравоученије: у предоченим примерима се уочавају држављанство и приватна својина као непосредно заступљени правни институти у правном поретку. (Прица, 2016: 78-82).

У правној књижевности су заступљена гледишта о актима-условима, на начин да извесне генералне правне ситуације, мада проиходе из закона који опредељује њихов домашај и обим, настају под условом да су предузети појединачни правни акти. (Duguit, 1927: 308). Неоснованост гледишта о актима-условима је у неувиђању правних института као целина састављених од генералних, посебних и индивидуалних правних ситуација. Није основано рећи да конститутивни појединачни правни акт представља услов за ступање у једну законску правну ситуацију, имајући у виду да се дотичним актом заснива правни институт као сноп индивидуалних и генералних правних ситуација. Притом, и у случају индивидуализације генералне правне ситуације на конкретан случај, доношењем декларативног управног акта (нпр. поводом одрицања од држављанства Републике Србије), настаје индивидуална правна ситуација, само што ситуација у питању подразумева индивидуализацију генералне правне ситуације. Када се пак доноси конститутивни појединачни правни акт, на основу законских норми као регулативних правних ставова, не долази до индивидуализације генералне правне ситуације, већ на основу законских норми као регулативних правних ставова бива конституисана индивидуална правна ситуација, која у погледу садржине може стајати под владом законских норми (генерална правна ситуација).

Уз то, самосталност индивидуалних и посебних правних ситуација потврђује околност да у погледу свог успостављања и трајања оне не морају нужно бити везане окончањем редовног правног пута нити постојањем индивидуалног правног акта којим се успостављају. Везаност редовним правним путем постоји, примера ради, у кривичном поступку, тиме што се посебна правна ситуација успоставља покретањем кривичног поступка, док се индивидуална правна ситуација (нпр. осуђеника на новчану казну) успоставља окончањем редовног правног пута тј. правоснажношћу

и извршношћу судске пресуде. Насупрот томе, премда се посебна правна ситуација у управном поступку успоставља његовим покретањем, индивидуална правна ситуација се по правилу успоставља пре окончања редовног правног пута, саобразно правилу да коначна решења стичу својство извршности, иако се противу коначних решења може покренути управни спор као део редовног правног пута. Поврх тога, индивидуална правна ситуација у управном поступку може настати и пре коначности управног акта, у случајевима када својство извршности наступа пре својства коначности (несуспензивно дејство жалбе). Дакле, индивидуална правна ситуација у управном поступку може бити успостављена у различитим етапама редовног правног пута, али по правилу пре окончања редовног правног пута. У складу са казаним, важно је закључити да и посебне и индивидуалне правне ситуације имају карактер засебних (самосталних) правних ситуација, а то би требало да определи ограничавање непосредног дејства закона на режим посебних правних ситуација, тако што ће у погледу успостављених правних ситуација трајно важити законски режим важећи у моменту њиховога успостављања.<sup>26</sup> Ограничавање непосредног дејства закона свакако важи и у погледу постојања индивидуалних правних ситуација, без обзира на правно дејство ситуација у питању. При свему томе, управо могућност успостављања индивидуалних правних ситуација са општим правним дејством путем појединачног правног акта, најбољи је доказ неодрживости нормативистичког поимања које право види као стварање и примену општих правних норми као формалних извора права. Јер, ако и индивидуалне правне ситуације приватног права могу производити опште правно дејство (нпр. *habitatio*), то значи да је правни поредак налик једном великом мноштву водотокова потеклих са различитих извора, у сталном току укрштања и везивања генералних, посебних и индивидуалних правних ситуација. (Прица, 2016: 66-78).

Различитост правотворачких извора и токова стварања права у правном поретку је разлог нужног постојања правних стандарда као регулативних правних ставова у правном поретку. Разлика између правних принципа и правних стандарда у ствари одговара разлици између телеолошких правних ставова и регулативних правних ставова, имајући у виду да су правни стандарди најопштији регулативни правни ставови у правном

---

26 Важно је имати у виду да посебна правна ситуација не мора ишчезнути из правног поретка окончањем редовног правног пута стицањем правноснажности појединачног правног акта, знајући за постојање могућности употребе ванредних правних средстава (нпр. понављање управног поступка у објективном року од 5 година). Поврх тога, постоје посебне правне ситуације које се по природи ствари по окончању редовног правног пута налазе у стању мировања (нпр. деекспропријација непокретности уколико у року од 3 године нису извршени знатнији радови на експроприсаној непокретности).

поретку. С једне стране, правни стандарди су правни ставови који омогућују да регулативна правна функција досегне у све поре фактичких консидерација, будући да правна норма као регулативни правни став не може да обухвати чињенични свет у тоталитету.<sup>27</sup>

С друге стране, још важнији разлог нужног постојања правних стандарда у правном поретку је потреба да се успостави склад између слободне воље као правотворачког извора и јавног интереса као регулативне детерминанте и статичког израза општег добра. Постоје области правног поретка у којима влада снажна супротстављеност правних добара и правних интереса а присуство слободне воље као правотворачког извора у тим областима правног поретка нужно опредељује присуство правних стандарда као инструмената за остваривање јавног интереса као регулативне детерминанте и статичког израза општег добра. Имајући наведено у виду, разумљиво је што грађанско право представља област правног поретка са израженом заступљеношћу правних стандарда, а особито у правним питањима суседског, породичног и наследног права (нпр. месна уобичајеност, колективно пређашње заузимање, индивидуално пређашње заузимање, недостојност за наслеђивање, најбољи интерес детета и др.).

У погледу појмовног одређивања правних стандарда знаковито је становиште немачког теоретичара Јеша, обзнањено ради утврђивања разлике између правне везаности и оцене целисходности, а у ствари дотично гледиште осликава суштину функције правних стандарда у правном поретку. Реч је гледишту о језгру појма (Begriffskern) и његовој периферији (Begriffshof): „Структуру неодређених правних појмова карактерише то, да је код њих предворје појма неуобичајено велико и дифузно, а подручје језгра у поређењу са тим ванредно мало. Тек стално правосуђе може у њима током времена да образује једно чврсто језгро појма.» (Jesch, 1957: 177; 182). Анализујући Јешово гледиште, Петровић закључује: „...предворје појма је једно „дифузно подручје“ које почиње „на ивици језгра појма“. Према споља, оно није чврсто ограничено, њега тек свака супсумција или ексцепција на одварајућем месту ближе одређује. Предворја појмова могу се и укрштати, тако да једно те исто стање ствари може бити урачунато једанпут једном, а други пут другом појму. ...На подручју предворја, онај ко примењује право има слободу избора између две или више могућности. Једном изабран став представља тада, без обзира да ли је он заснован на правним или ванправним мерилима,

---

27 Да се законском нормом чињеничко биће не може до краја обухватити, доказ је примена аналогије *intra legem* у кривичном праву, иако се њеном применом не доводи у питање начело строге законитости, као владајуће начело кривичног права. (Ђурђић, Трајковић: 2011: 1-22).

конкретизацију појма и може водити до ширења језгра појма и сужавања његовог предворја.“ (Петровић, 1981: 40).

С обзиром на предочено, правни стандарди су општи регулативни правни ставови, чијом се конкретизацијом – као обликом непосредног правног уређивања обухватајућих правних предмета – генерална клаузула претвара у појединачан правни став. Постоје правни стандарди као фактички појмови<sup>28</sup> и правни стандарди као вредносни појмови.<sup>29</sup>

Посматрајући по површини, две су различите црте правног карактера правних принципа и правних стандарда. Прво, правни стандарди као регулативни правни ставови непосредно уређују правне предмете у правном поретку. Правни принципи као телеолошки правни ставови примарно то не чине. Друго, правни стандарди имају омеђен домашај примене у правном поретку те је грана једне области правног поретка најшире подручје њихове примене. Као што знамо, правни принципи као телеолошки правни ставови за подручје примене имају правни поредак у целости или једну област правног поретка. Суштински пак посматрано, две су важније карактеристичне црте које одвајају правне принципе од правних стандарда. Прво, код правних стандарда као регулативних

---

28 Као пример правног стандарда као чисто фактичког појма могли бисмо навести обавезу возача путничког возила да брзину вожње прилагоди „условима и особинама пута“, што је околност од значаја у кривичном поступку поводом кривичних дела против безбедности саобраћаја. „Дозвољена брзина“ је законом одређени појам, али поштовање прописане дозвољене брзине не значи и поштовање стандарда прилагођене вожње, што значи да је на суду да, на основу налаза и мишљења вештака, утврди понашање возача наспрам поменутог стандарда у односу на биће кривичног дела.

29 Као пример правног стандарда као вредносног појма са јасно одређеним језгром, могли бисмо навести „недостојност за наслеђивање“ према Закону о наслеђивању (Службени гласник РС», бр. 46/95). Дотични појам постављен је у нашем праву са чврстим језгром и суженом периферијом. Чл. 4: „Не може наследити на основу закона или завештања, нити стећи какву корист из завештања (недостојан је): 1) онај ко је умишљајно усмртио оставиоца, или је то покушао; 2) онај ко је принудом, претњом или преваром навео оставиоца да сачини или опозове завештање или неку његову одредбу, или га је у томе спречио; 3) онај ко је у намери спречавања оставиоцеве последње воље уништио или сакрио његово завештање, или га је фалсификовао; онај ко се теже огрешио о законску обавезу издржавања оставиоца, или му је ускратио нужну помоћ. У члану 5. Закона о наслеђивању нормирана је могућност да оставилац опрости недостојност за наслеђивање, с тим да опроштај мора бити учињен у облику потребном за завештање. Као пример правног стандарда као вредносног појма са неодређеним језгром, могли бисмо узети „најбољи интерес детета“, као генералну клаузулу за породично право у целини. У правном поретку су заступљени и правни стандарди односећи се на поступање субјеката правног поретка (добра управа, поштење и узајамно поверење, поступање са дужном пажњом као правни стандард, добар домаћин, добар привредник и добар стручњак).

правних ставова заступљене су конкретизација општег правног става и квалификација појединачног правног предмета; код правних принципа, као што знамо – нису. То се најбоље може видети приликом оцењивања појединачног правног става у односу на правни стандард и правни принцип, а наиме тако што за разлику од испитивања сагласности конкретизованог појединачног става са правним стандардом, наспрам правног принципа се може испитивати само дејство појединачног правног става на телеолошки правни став, не и (не)сагласност појединачног правног става са правним принципом. При томе, правни принципи као телеолошки правни ставови утичу на одређивање језгра правног стандарда као регулативног правног става.

Друго, код правних стандарда на делу је повезивање и уравнотеживање елемената материје правног уређивања (чињеница, правних добара и правних интереса), које повезивање резултира формирањем појединачног правног става. С друге стране, будући да се телеолошким правним ставовима повезују и уравнотежују ентитети правног поретка, правни принципи се као резултат системско-телеолошке конкретизације писаног права – што је одлика правно развијених правних поредака – развијају као снопови телеолошких правних ставова и правних схватања. Наведена карактеристика правних принципа најбоље се може увидети на примеру уставних принципа као основних правних принципа правног поретка, имајући у виду да се правни принципи у јуриспруденцији уставног правосуђа формирају као снопови телеолошких правних ставова и правних схватања. Уосталом, уставност као највиши и најосновнији правни принцип, с тачке гледишта устава у формалном смислу и по слову устава, представља сноп уставних принципа и градивних системских правних ставова који бивају, не само развијани, већ и формирани у јуриспруденцији уставног правосуђа. За уставност као основни правни принцип правног поретка посебан значај имају правни ставови устава који се због наглашеног зрачећег дејства могу назвати темељем уставности правног поретка. Рецимо, у том смислу се може поменути чл. 18 нашег важећег Устава, којим се предвиђа непосредна примена зајемчене суштине људских и мањинских права, као и чл. 198 Устава којим се јемчи судска контрола појединачних правних аката. При томе, правни ставови на којима почива уставност као правни принцип формирају се и у јуриспруденцији Уставног суда. Тако је Уставни суд Републике Србије увео тзв. интерпретативне одлуке, којима се спорним одредбама закона признаје важење са одређивањем тумачења њихове садржине. (Стојановић, 2016: 37-54).<sup>30</sup> Начин формирања уставног

---

30 Уз то, јуриспруденција Уставног суда Републике Србије је заслужна и за формирање правичног суђења као уставног принципа јер се на темељу зајемчене суштине права

принципа као снопа телеолошких правних ставова у јуриспруденцији уставног правосуђа, белодано показује пример јединства правног поретка као уставног принципа у нашем праву. Јер, у овом примеру полазиште Уставног суда Републике Србије је први став чл. 4 нашег важећег Устава, којим се предвиђа да је правни поредак јединствен. Узимајући поменути правни став као полазиште, Уставни суд Републике Србије је формирао и развио уставни принцип јединства правног поретка као снопа телеолошких правних ставова. Основни правни став Уставног суда Републике Србије у том смислу гласи: “ Уставни суд указује да иако важећи правни систем у Републици не прави разлику између тзв. органских, основних или других закона који имају јачу правну снагу од осталих, „обичних“ закона (подвукао М.П.), што има за последицу да, сагласно одредби члана 167. Устава, Уставни суд није надлежан да цени међусобну сагласност закона, уставно начело јединства правног поретка налаже да основни принципи и правни институти предвиђени законима којима се на системски начин уређује једна област друштвених односа буду испоштовани и у посебним законима, осим ако је тим системским законом изричито прописана могућност другачијег уређивања истих питања.”<sup>31</sup> На основу цитраног основног правног става, Уставни суд је формирао јединство правног поретка као уставни принцип и под његовим окриљем даље развио читав сноп телеолошких правних ставова и правних схватања. (Прица, 2018: 113-123). Све у свему, развијањем правних принципа као снопова телеолошких правних ставова и правних схватања на видело излази својство правних принципа као градивних закона правног поретка и канона “унутрашњег правног система”.

---

на правично суђење из чл. 36 Устава Републике Србије формира и развија правично суђење као правни принцип. У том смислу и само примера ради, Уставни суд Републике Србије налази да произвољна и арбитрерна примена материјалног права на штету подносиоца уставне жалбе може довести до повреде Уставом зајемченог права на правично суђење, те да у одређеним ситуацијама, које првенствено зависе од чињеница и околности конкретнег случаја и од уставноправних разлога наведених у уставној жалби, има основа да се у поступку по уставној жалби повреда права из члана 32. став 1. Устава цени и са становишта примене материјалног права. Одлука Уставног суда бр. Уж-3263/2010 25. септембра 2013. године.

31 Одлука Уставног суда IУз-231/2009 од 22. јула 2010. године („Службени гласник РС”, број 89/10)

### **3. Правни принципи као градивни закони правног поретка и канони “унутрашњег правног система”. Кружна линија функционисања правног поретка и “унутрашњег правног система”**

Према нашем схватању, разумевање доктрине о владавини права није могуће достићи без узимања у обзир трију институционалних поредака. То су: 1) просторна заједница као институционални поредак, 2) институционални поредак државне власти и 3) институционални поредак јавне власти (институционални јавни поредак као оваплоћење идеје владавине права). Држава као институција (политичко-правна заједница) је тројство наведених институционалних поредака.

Да би се однос између државе и права могао докучити саобразно доктрини о владавини права, кључ лежи у разликовању централистичке и универзалистичке детерминације те у лучењу јединства власти од поделе власти, чиме видљивом постаје разлика између система и поретка и на примеру дијалектичког одвајања државне и јавне власти. Централистичка детерминација („одређивање целине елементима“) је израз сталне органске и функционалне повезаности органа државне власти – оличење идеје државног јединства („статичне идеје државе“). Та веза се не успоставља правом и право не може у целости да одреди њен ток. Овде се може говорити о институционалном поретку државне власти и држави као органском систему. Општост и надлични карактер државне службе очитује идеју државног јединства. У функционалном смислу, ради се о старатељско-управној функцији владе и органа државне управе, и ток њихове делатности, духовне и физичке, не може се правом у целости зауздати. Оцена целисходности лежи у бићу те власти, као одраз потребе реаговања на ирационално и непредвидљиво у животу државе и просторне заједнице. (Петровић, 1980: 49-99.) Према се делатност у питању испољава у погледу свих циљева правног поретка, нарочити нагласак ставља се на заштиту територијалне целовитости, јавног реда и мира и јавне безбедности, што је прворедни државни циљ и разлог постојања старатељско-управне функције (бића државне власти). Мото централистичке детерминације је јединство власти, у органској, и *ius inspectionis*, у функционалној равни. Овде је нужно испољавање државне власти, особито у погледу физичке делатности – када важи претпоставка легалности, оцена целисходности и непосредна извршивост предузетих државних радњи. (Шмит, 2001: 307; 322.). Судска контрола делатности владе и управе нужно је ограничена, што значи да подела власти долази више као последица него као прокламовани циљ. Полазећи од свега наведеног, ваљало би разликовати теорију државе од теорије правне државе. Универзалистичка детерминација („одређивање елемената целином“) је



повезивање субјеката правом, што је основа теорије о правној држави. За разлику од централистичке детерминације, мото универзалистичке детерминације није јединство власти, већ подела власти. За разлику од идеје система код централистичке детерминације, код универзалистичке детерминације на делу је идеја поретка. Примерице, институционални поредак локалне самоуправе (у погледу изворног делокруга) и институционални поредак државне власти спаја универзалистичка детерминација, тако да (де)централистичка детерминација постоји само у погледу поверених послова. (Прица, 2016: 36-40).

Суштина је у томе да државу као основни просторни поредак и државу као субјекта историје оличава просторна заједница уоквирена делатношћу и духом својих градивних субјеката. Заједница у питању има своје градивне субјекте (човека као субјекта слободе и грађанског друштва, нацију, породицу, цркву и др.), сви они су повезани историјском судбином и прожимајућим дејством објективног духа, што је темељ на коме израста институционални поредак јавне власти једне правно-политичке заједнице. На делу је идеја о неограниченом трајању, идеја државе као субјекта историје. Петровић с тим у вези вели: „Конститутивни елемент заједнице, услов могућности „народа“, „нације“, „друштва“ и тсл., као и оно што истинску заједницу разликује од свих других колективитета људи, јесте један животни пројект. Заједница је заједништво људи који се налазе на истом простору, на истом тлу, у животном пројекту. Који су чиниоци и историјски догађаји довели до настанка тог пројекта, утиче свакако на природу и материју његову, не на његову егзистенцију. Пројект је ту, и онда заједница постоји, или га нема, и онда нема ни заједнице. Стога пројект није ништа „измишљено“ и „субјективно“; он је објективан колико и њиме фундирана заједница и њен унутрашњи живот, „објективни дух“, који је првотни унутарњи извор свега права и власти. Пројект о коме говоримо није ништа друго до поглед на свет (Weltanschauung, Weltansicht) у изворном, филозофском смислу. Поглед на свет је у себи свагда једно одређено управљено и уоквирено отварање света и држање света отвореним. ...Једној просторној заједници надаље битно припада институционални поредак. Тај поредак није норма, нити било какво „требање“ и „вредност“, већ је ред и уређивање у простору и времену, коме се повинује ритам живота заједнице. Стога се може рећи да је тај поредак заједница сама на начин како се непосредно појављује, њен у устав у апсолутном смислу (подвукао М.П.).“ (Петровић, 1981: 14-15).

Под окриљем институционалног поретка просторне заједнице развија се грађанско друштво као тоталитет појединаца, са приватношћу, аутономијом, слободном вољом као правотворачким извором и слобо-

дом учествовања у обликовању опште воље – као основним правним принципима грађанског друштва, при чему правни принципи грађанског друштва нису исто што и правни принципи грађанског права.<sup>32</sup> Упркос томе што су у грађанском праву, поред основних правних принципа грађанског друштва, заступљени и њима супротстављени телеолошки правни ставови, правни принципи грађанског друштва су носиоци правне свести и “погледа на свет” грађанског права као целине, следствено чему је посебан значај грађанских законика због обједињавајућег зрачећег телеолошког дејства које на дух правног поретка одашиљу грађански законици као, како примећује Петровић, “устава грађанског друштва”. (Петровић, Прица, 2015: 20-21). Одавде постаје јасно зашто су владавина права и јавни интерес као статички израз општег добра укотвљени између: општих и приватних интереса, јавности и приватности, интервенционизма државне власти и грађанског друштва, институционалног поретка јавне власти и институционалног поретка просторне заједнице, што је разлог посве нужног развијања кружне линије функционисања правног поретка заснованог на правним принципима. Правни принципи у поретку правне државе као градивни закони усмеравају правну свест у кружном току устава у апсолутном смислу, устава грађанског друштва и устава у формалном смислу.<sup>33</sup>

Гледано с тачке гледишта данашњих континенталних европских држава, кружни ток правног поретка почива на градивним законима.<sup>34</sup> То су: суверенитет народа, парламентарна представничка демократија, владавина права, подела власти, закон као израз опште воље, правда (равнотежа интереса субјеката поретка), солидарност, слобода и аутономија воље субјеката грађанског друштва, једнакост пред законом,

---

32 Поред наведених принципа грађанског друштва, у грађанском праву су као противтежа заступљена одступања од поменутих принципа у решавању одређених питања грађанског права (нпр. насупрот принципу аутономног уређивања правних предмета стоји њихово императивно правно уређивање). (Водинелић, 2015: 39-49).

33 Петровић је заступник цикличке теорије правног поретка, са низлазном и узлазном линијом у образовању правног поретка: «У савременој репрезентативно-страначкој држави, узлазна линија стварања права отпочиње изборним радњама политичких странака и бирача. Политичке странке утврђују кандидате за представничке органе, док бирачи, гласајући за једне од њих, утврђују персонални састав тих органа. За теорију „степенастог образовања“ овде се може радити само о примени, односно извршавању изборних закона. Међутим, без тих радњи, које се правно окончавају у доношењу неке врсте збирног акта-услова бирачког тела, ... нема ни уставотворних, ни законодавних органа, ни владе, те према томе ни степенастог образовања правног поретка.» (Петровић, 2013: 192; Петровић, 2015: 149-150).

34 О градивним законима иманентним институционалном поретку говори Петровић у својој докторској дисертацији. (Петровић, 1981: 17-20).

правна сигурност, императив очувања јавног поретка. Правне принципе материјалног права ваљало би лучити од правних принципа правног поретка. Примерице, одвојеност државног права од црквеног права је општеприхваћен правни принцип у материјалном праву европских држава, за разлику од одвојености државе од цркве као правног принципа са различитим важењем и значајем у поретцима држава у питању. Овде је важно нагласити да услед комплентарности институционалног поретка јавне власти, институционалног поретка државне власти и институционалног поретка просторне заједнице, на видело нужно излази разлика између основних правних принципа правног поретка и правних принципа владајућих у областима правног поретка. Као најјачи доказ у том смислу је раније изложена различитост примене принципа законитости у областима правног поретка, од принципа законитости у ужем смислу, преко забране противзаконитог дејства правних послова до области правног поретка у којој се распостире делатност субјеката правног поретка која је изнад закона. Уз то, постоје правни принципи важећи само у појединим областима правног поретка (нпр. *in dubio pro geo* у кривичном, сразмерност у управном те савесност и поштење у грађанском праву и др.). Као последица постојања различитих институционалних поредака, унутардржавно право се не може уобличити као затворен систем телеолошких и регулативних правних ставова, следствено чему се наново осветљава својство принципа правде као “релационе категорије” који служи томе да се унутардржавно материјално право прилагоди непредвидљивостима живота и објективног духа субјеката просторне заједнице. То значи да токи границе односа између правних добара и правних интереса градивних субјеката једне правно-политичке заједнице нужно опредељује опортунитет, на начин да правно уређивање, као и поступање државних органа уопште, не сме претерано да наруши равнотежу интереса градивних субјеката просторне заједнице нити да прекомерно задире у њихов поглед на свет, да се у противном не би довело у питање одржавање јавног реда и мира па самим тим и јавни поредак у целини. Објективни дух просторне заједнице је „жила куцавица“ институционалног поретка јавне власти, правног поретка и унутардржавног материјалног права, што је и разлог нужног постојања јавног поретка као генералне клаузуле те и немогућности да унутардржавно право буде потпуно затворен систем.

С обзиром на то да правни принципи изражавају “поглед на свет” у областима правног поретка и поретку правне државе уопште, велики значај наспрам правних принципа има раније поменуто двојство између “постојања по себи” и “постављености”. Јер, основни правни принципи правног поретка су градивни закони “иманентни институционалним

поретцима” и градивни закони правног поретка. У том смислу, правни принципи би требало да изразе “правну перспективу објективног духа” и да усмере правну свест у правном поретку, што је тачка са које се види разлика између правних поредака, великих правних система и правних култура.<sup>35</sup> С друге стране, правни принципи су један од критеријума на којем почивају велики правни системи као резултат сагледавања упоредног права. Међутим, сагледавање у питању узима у обзир правне принципе, више у формалном смислу као израз “постављености” и усмеравања правне свести, него у суштинском значењу, полазећи од институционалних поредака, правне перспективе објективног духа и доктрине о начину стварања и конкретизације права. Тако гледано, континентални правни поретци припадају истој правној породици, будући да почивају на истим правним принципима правног поретка у формалном смислу, али у погледу укореењености дотичних принципа у институционалним поретцима влада суштинска разлика између европских континенталних правних поредака, што се уосталом види према доктрини о правним принципима као изворима права у правним поретцима дотичног великог правног система. То свакако значи да би се употребом функционалне анализе правних принципа важећих у правним поретцима сврстаним у исти велики правни систем, довела у питање правнонаучна утемељеност великих правних система као постигнућа науке упоредног права!

Поврх наведеног, обликовање „погледа на свет“ у поретку правне државе носи опасност “идеолошког усмеравања позитивног права”, што је случај са декларативним правним начелима. Институционализацију и функционисање правног поретка, кроз цео ток повесног развоја правне државе, у извесној мери обележава утицај „идеологије“, као вид идејног и интересног стремљења које „вредносно усмеравање државе и права“ не види као циљ за себе, већ као најубојитије средство за остваривање добара и интереса носилаца „идеологије“ знаковитих историјских процеса. Уосталом, зар постоји бољи доказ утицаја идеологије на правну државу од тога што је процес секуларизације државе и права из света права одагнао хришћански морал и црквено хришћанско право, упркос њиховом великом доприносу стварању и развоју европских правних поредака. У следству казаног, одвајање државног и религијског права представља битан елемент „погледа на свет“ савремене правне државе, с тим да актуално јачање „развојне теорије о људским правима“ у поретку савремене правне државе не само да је несагласно ортодоксном хришћанском учењу и

---

35 Примерице, савесност и поштење, као зрачећи правни принцип у континенталним европским правним поретцима, нису прокламовани у енглеском праву. (Јовановић, 2008: 39-40).

хришћанском моралу, већ теорија у питању настоји да скроз-наскроз избрише етичку и уопште вредносну условљеност људских права. (Прица 2016: 117-139). За нешто више од два века, колико је протекло од рођења правне државе, на снази је процес њеног непрестаног идејног, етичког и практичног преображаја, при чему је поретку правне државе својствено и прокламовање правних принципа без збиљске утемељености у правном поретку.<sup>36</sup> Смисао декларативног правног начела не може бити ништа друго до изражавање „погледа на свет“ у свету права, само што такав вид декларисања циљева правног поретка – без збиљске утемељености у стварању и конкретизацији писаног права - није пожељан у поретку правне државе.<sup>37</sup>

У чему се огледа конститутивно дејство правних принципа наспрам правног поретка и стварања и конкретизације писаног права? Одговор гласи: на правним принципима почивају: (1) уставноправни систем – утемељен на уставу у формалном смислу и уставности чија се садржина обликује и развија ауторитетом систематско-телеолошке интерпретације уставног судства, (2) системи регулативних правних ставова у различитим областима правног поретка (грађанскоправни, управноправни, кривичноправни и др.) и (3) «унутрашњи правни систем» заснован на правним облицима.

У погледу различитих система регулативних правних ставова под окриљем правног поретка, важно је казати да су системи у питању утемељени на различитим правним принципима. Наречено се очитује кроз однос између системских, општих и посебних закона у правном поретку. Системски закони су они закони који на целовит начин уређују једну област правног поретка, док посебни закони то не чине. Потреба очувања

---

36 Либерална правна држава – историјски следбеник апсолутне монархије – најупечатљивији је пример утицаја идеологије на државу и право, и тај утицај се и данас задржао у правној књижевности. Стварање права у периоду након Француске револуције носило је снажан печат настојања да се установи један нови „поглед на свет“, што је за последицу имало укореењивање идеологије у правној књижевности. С једне стране, то је подразумевало „жигосање“ апсолутне монархије као историјског претходника либералне правне државе, док су се, с друге стране, идеологијом либерализма бојиле правне појаве, како онда, тако и данас (права човека, приватна својина, подела власти и др.).

37 Можда би у етимолошком смислу разлику између конститутивног и декларативног дејства телеолошких правних ставова ваљало узети као критеријум за разликовање правних принципа и правних начела. Следствено томе, правни принципи били би телеолошки правни ставови са конститутивним дејством у правном поретку, док би се правним начелима именовали телеолошки правни ставови са чисто декларативним значењем у правном поретку. Као пример декларативног правног начела у нашем праву може се навести начело одрживог развоја. (Прица, 2014: 291-318).

правног поретка чини нужном везу која се успоставља између системских закона из различитих области правног поретка, што је једна ситуација, док се друга ситуација очитује као однос између системског и посебног закона у истој области правног поретка. Тиме се успоставља однос између општих и посебних закона у правном поретку. Посебан закон према општем закону може стајати у режиму правне подређености али и у режиму правне упућености, из чега произлази разлика између непосредне и супсидијарне примене општег закона. Када је реч о односу општег и посебног закона у истој области правног поретка, Уставни суд Републике Србије, у следству јединства правног поретка као уставног принципа, касира регулативне правне ставове посебног закона када утврди да вређају правне принципе системског закона, чиме на видело излази правна подређеност посебног закона према системском закону у једној области правног поретка, из чега у ствари произлази закључак о надређености правних принципа (телеолошких правних ставова) над правним нормама (регулативним правним ставовима) у области правног поретка. С друге стране, један системски закон према другом системском закону може стајати у односу посебног закона према општем закону али само у смислу правне упућености, нипошто у режиму правне подређености. То значи да правни принципи установљени системским законом у једној области правног поретка не могу бити надређени правним принципима установљеним системским законом у другој области правног поретка. Такав пример нуди нам Закон о општем управном поступку („Сл. гласник РС“ бр. 18/2016) који предвиђа (чл. 26) супсидијарну примену одредаба Закона о облигационим односима везано за правни режим управних уговора, а разлог упућивања на системски закон о облигационим односима јесте попуњавање правних празнина у уређивању управног уговора као посебног правног института. Будући да се Законом о општем управном поступку поводом управних уговора утеловљује судска заштита у управном спору, *ratio legis* је да се управни уговор развија као самосталан правни институт, под окриљем императивних законских норми у различитим областима правног поретка и са супсидијарном применом Закона о облигационим односима. Немогућност да један системски закон према другом системском закону буде у режиму правне подређености на највернији начин потврђује разлику између правног поретка и различитих система законског права под окриљем правног поретка, при чему је надређеност уставних принципа и уставности наспрам свих области правног поретка у ствари гаранција очувања правног поретка у назначеном смислу. Поврх свега наведеног, у једној области правног поретка општи закон може предвидети властиту непосредну примену у уређивању појединачних правних предмета чиме се у одређеној мери успоставља превасходство општег закона у односу на

посебне законе наспрам правног уређивања појединачних правних питања. Такав пример такође налазимо у Закону о општем управном поступку – општем процесном закону са непосредном применом у свим управним областима – у делу закона у којем се прецизира основ за доношење посебних закона: „(1) Овај закон примењује се на поступање у свим управним стварима. (2) Поједина питања управног поступка могу посебним законом да се уреде само ако је то у појединим управним областима неопходно, ако је то у сагласности са основним начелима одређеним овим законом (подвукао М.П.) и не смањује ниво заштите права и правних интереса странака зајемчених овим законом.“ (чл. 3 Закона о општем управном поступку – „Сл. гласник РС“ бр. 18/2016). То значи да у овом примеру важи режим правне надређености општег закона над посебним законима и то превасходно ради очувања правних принципа као основних телеолошких правних ставова управнопроцесне правне области.

У погледу правног уређивања појединачних правних ствари (правних предмета), непосредно правно дејство правних принципа није једнако у свим областима правног поретка. Најизраженије дејство правних принципа у том смислу постоји у грађанском праву, због слободне воље као правотворачког извора и широке заступљености правних стандарда као регулативних правних ставова, што доводи до тога да судови у смислу правоваљаности правних послова испитују њихово дејство на правне принципе грађанског права (нпр. злоупотреба права, једнака вредност узајамних давања и др.). Непосредно дејство правних принципа наспрам правног уређивања појединачних правних предмета најслабије је у областима правног поретка под владом императивних законских норми (управноправна и кривичноправна област). На питање да ли би било исправно наспрам правног уређивања појединачне правне ствари признати могућност постојања јаче правне снаге правног принципа у односу на императивну правну норму, не може се одговорити једнообразно за све правне поретке. С тим у вези, преторска јуриспруденција француског правосуђа заступа становиште о допуштености правног примата правног принципа у односу на императивну правну норму при решавању појединачног правног предмета.<sup>38</sup> У погледу нашег правног поретка, на постављено питање би се морао дати одричан одговор. Јер, принцип демократског друштва у поступку доношења закона и следствено принцип закона као израза опште воље су правно претежнији од овлашћења суда или другог одлучиоца да у име правичности при решавању појединачне

---

38 Илустрације ради, Државни савет је заузео став да у случају прекорачења (злоупотребе) овлашћења постоји право на жалбу чак и ако је жалба законом искључена. (Бребан, 2002: 96).



правне ствари утврди превасходство правног принципа у односу на императивну правну норму.<sup>39</sup> Поврх тога, у одговору на постављено питање требало би имати у виду и принцип поделе власти, саобразно надлежности уставног правосуђа и њему припадајуће ексклузивне функције испитивања међусобних односа телеолошких и регулативних правних ставова – у светлу уставних принципа и уставности. Напоследку, веома је важно наспрам постављеног питања имати у виду јавност као правосуђе институционалног поретка просторне заједнице. С једне стране, у сфери ирационалног и непредвидљивог у правном поретку, судска контрола делатности органа државне управе је сужена или сведена на формалноправни минимум, чиме се не доводи у питање легитимитет правне државе нити очување правног поретка. С друге стране, у сфери рационалног и предвидљивог у правном поретку, надлежност судова ограничавају принцип демократског друштва и принцип закона као израза опште воље, при чему није легитимно ни овлашћење судова да могу непосредно регулативно да одмеравају правна добра и правне интересе

---

39 Овде је ипак важно имати у виду да однос правних принципа и императивних норми детерминише сложеност процеса тумачења норми у питању, особито услед својства општих правних норми као недовршеног правног бића. Хасанбеговић вели: “Правно расуђивање је пре свега проблемско, па тек потом (и под одређеним условима) системско. Тек када се конкретан случај као проблем реши може му се, дакле, само накнадно, дати силогистички облик. А правни проблем се силогизмом не може решити, већ само решен уврстити у систем, при чему ни давање силогистичке форме, ни увршћивање у систем немају само по себи никакву ни логичку, ни друштвену вредност. Никакву логичку, зато што то не може бити нужно, него само вероватно закључивање, а никакву друштвену, зато што вредност једног правног поретка не може бити логички, већ само историјски, повесно утемељена.” (Хасанбеговић, 1988: 232). У природи ствари је да правни принципи наспрам императивних правних норми имају примену *secundum legem* и *contra legem*, дочим не постоји нити један оправдани разлог да се позивањем на правни принцип наспрам императивне правне норме примени *contra legem* јудиирање. Полазећи од “Радбрухове формуле” о законском неправу и надзаконском праву, Бидлински истиче: “...обавеза поштовања закона престаје код закона чија је садржина, у једној демократској, правној држави, додуше, грубо нехумана, изразито неправедна или иначе противна идеји права, што им, упркос формално исправном настанку, материјално одузима правни карактер.” (Бидлински, 2011: 101). Са предоченим ставом се никако не бисмо могли сагласити. Јер, одрицање материјалног правног карактера правној норми због повреде правног принципа оправдано је само уколико се дејством норме у питању доводи у питање јавни поредак једне правно-политичке заједнице. Оцена могућности угрожавања јавног поретка у назначеном смислу не важи једнако за све правне поретке, дакако и када је реч о континенталним правним поретцима. Поврх тога, ако је императивна правна норма формално исправна, њезину грубу неправедност власна је довести у разматрање јавност као правосуђе институционалног поретка просторне заједнице, са правом на отпор као пресудом најаче снаге правосуђа у питању.

у правном поретку. У обема изложеним ситуацијама владавина права је детерминисана јавношћу као правосуђем институционалног поретка просторне заједнице, а делатност правосуђа у питању очитује се као: (1) суделовање у обликовању опште воље (нпр. доношење и измена закона); (2) суделовање у решавању одређених правних питања (нпр. утврђивање јавног интереса за експропријацију, разматрање урбанистичког плана и др.) и (3) јавна анкета, јавна критика, протест и као најважнија делатност правосуђа у питању - отпор противу делатности субјектата институционалног поретка јавне власти. Зато је важно да у правном поретку постоји снажна заступљеност спонтано обликоване јавности, насупрот вештачки обликованој јавности као средству технологије власти.

Унутрашњи правни систем настаје као резултат непосредно заступљене јуриспруденције у процесу стварања и конкретизације писаног права, као систем правних ставова, правних схватања и правних појмова заступљених у судској јуриспруденцији и правној свести субјектата правног поретка. Када стварање правних правила очитује континуитет настојања припадника правничког staleжа и посленика правне науке у правцу систематско-телеолошког поимања права – што је одлика правно развијених правних поредака – тада се уочавају правни облици као виши ступањ развијености технике правног уређивања. Стварање правних појмова наспрам правног поретка долази као резултат делатности правних научника, с једне стране, делатности у систему универзитетског правничког образовања, с друге, и припадника правничког staleжа у регулативном правном поретку, с треће стране. При свему томе, веома је важно разликовати методе и циљеве универзитетских правних дисциплина у разумевању правних појмова и методе и циљеве правнонаучног разумевања правних појмова. (Прица, 2018: 111).

Позвање судије да буде посленик непосредно заступљене јуриспруденције у правном поретку представља темељ на којем се може сазидати зграда унутрашњег правног система. Темељ за зграду у питању поставља се нарочито на местима исказане супротстављености ентитета правног поретка, из чега произлази да смисао правних схватања усвојених на тим местима премаша оквира решавања појединачног правног предмета, ширећи значење дејство на правну свест субјектата правног поретка. Познавање упоредног права омогућило је Поповићу да спозна смисао судске јуриспруденције: „Техника преседана се обично сматра производом англосаксонског правног система, али она пре свега потиче од елементарног осећања правде, чији постулат налаже да се према једнаком једнако поступа. Ако утврди постојање истоветности случаја који треба да пресуди с неким ранијим случајем, природно је да се судија осећа везаним ранијом одлуком.»

(Поповић, 2005: 157-158). На другом месту, Поповић закључује: „Било би међутим, неисправно рећи да техника преседана налази примену само у англосаксонском систему. Европско континентално право је у многоме прихватило такву технику, па је значај судске пресуде и у земљама континенталног права данас много већи него што се могло претпоставити у доба доношења великих законика, кад се изрицање пресуде сматрало готово механичким поступком примене закона. Новије школе тумачења права су у Француској, у Немачкој, као и у другим земљама, промениле схватање односа закона и судске пресуде. Оно је данас веома различито од оног које је у доба великих кодификација владало у континенталном праву. ...Француска у том погледу представља врло речит пример, јер су тамо читаве гране права највећим делом производ судске праксе. Административно право је дело Државног савета, док грађанско право у великој мери почива на пресудама Касационог суда, чија је стваралачка јуриспруденција прилагодила норме старог законика модерним временима.“ (Поповић, 2005: 82-83; 2009: 221).

Судска јуриспруденција у назначеном смислу нужно почива на правним принципима јер се правни основ појединачних правних предмета одређује поимањем телеолошких правних ставова. С обзиром на то да се правни принципи као снопови телеолошких правних ставова формирају и развијају у судским јудикатима, у природи ствари је очекивање да правни ставови у питању буду обогаћени правним схватањима, од образложења једног телеолошког правног става до утврђивања правних максима као израза правостваралачке мудрости. С друге стране, разумно је очекивање да – осим изношења разлога за решавајући правни став у изреци пресуде и оцене доказа – у образложењу судске пресуде буде садржано правно схватање којим се поима правни карактер правне ствари која је била предмет поступка у конкретном случају. Креативност судијског одлучивања у наведеном смислу, без обзира на степен везаности судије правним нормама као регулативним правним ставовима, доводи до уобличавања унутрашњег правног система заснованог на правним облицима.

Везаност обимом расправе допушта нам само да укратко предочимо примере правних облика унутрашњег правног система. У погледу правне ствари као правног облика, суштина је у томе да се конкретан правни предмет посматра и као типичан правни предмет (правна ствар). Сагледавање у питању може бити и непосредно заступљено приликом решавања питања квалификације решавајућег правног питања (нпр. да ли у конкретном случају један акт има својство управног акта да буде предмет управносудске контроле; да ли је један акт управни акт

или управни уговор). Насупрот томе, за судску јуриспруденцију о којој говоримо потребно је да сагледавање у питању уследи без обзира да ли је сагледавање у конкретном случају и неопходно због решавања питања квалификације предмета.<sup>40</sup> Структуру конкретизованог правног уређивања сачињавају правни предмет, правотворачки извор, правно биће и кауза, а правне ствари представљају слагање правног предмета (правног питања у материјалном смислу) са начином његовог правног уређивања (правног питања у формалном смислу). Правно уређивање једног правног предмета може подразумевати смењивање форми његовог правног уређивања, али се из тог таласа померања његових формалних обележја може уочити његов правни карактер. Судска јуриспруденција управо треба да послужи утврђивању правног основа и природе ствари наспрам правног питања у материјалном и формалном смислу.<sup>41</sup> Уз то, образложење судске одлуке може задобити и својство теоријске јуриспруденције, што је случај када судска јуриспруденција представља уопштавање правних ствари и правних ситуација, откривајући правне институте као системе ужих и ширих целина правних облика. Откривање правних института долази у следству функционалне анализе правних основа и на тај начин се открива повезаност правног основа између правних режима из различитих области правног поретка. Примера ради, полазећи од права својине као правног објекта, одузимања и ограничавања права својине као правног предмета, а на основу принципа равнотеже правних интереса (принципа претеране жртве)<sup>42</sup> као идентичног правног основа, у докторској расправи

40 При томе је посве неосновано квалификацију правног предмета представљати као чисту супсумцију мале премисе под велику премису опште правне нормe. Перелман вели: "Оно што је специфично правно у расуђивању судије, то никако није формално исправно извођење неког закључка полазећи од премиса - по томе извођење у праву није ништа посебно - већ су то расуђивања која доводе до утврђивања тих премиса у оквиру важећег правног система." (Перелман, 1983 :95). Бован у својој инспиративној монографији наспрам мале премисе развија тезу о тумачењу права које се одвија као "испуњавање садржином требања из нормe полазећи од објашњења чињеница случаја тумачења посматраних у ужем или ширем социјалном контексту", што је индуктивна логичка операција. (Бован, 2016: 16; 18; 112-113; 127; итт).

41 Наше је мишљење да у правном поретку постоје следеће правне ствари: грађанске, политичке, законске, управне и судске. (Прица, 2016: 52-66).

42 Наше је гледиште да начело жртве очитује правду, одн. равнотежу између правних добара, правних интереса и циљева правног поретка. Јавни поредак је налик теразијама са редом и миром на једном тасу и хаосом на другом. Зато у правном поретку и јавном поретку стално на површину излази начело опортунитета, потреба да се обезбеди поравнање страна поменутих теразија, што је у збиљском смислу услов за постојање легитимитета правне државе. Петровић је посве у праву, када вели: „Постоје, у ствари, две идеје правне једнакости. Један облик једнакости (једнакост у ужем смислу) је потпуна аритметичка, демократско-егалитарна једнакост, грчка

смо изнели гледиште о правном институту експропријације као целини правних ствари и правних ситуација постојећих у различитим областима правног поретка (Прица, 2016: 83-365). Правничко резонување које смо следили у докторској дисертацији представља систематско-телеолошко поимање правних ствари и њихово повезивање према правном основу, до којег повезивања се не би могло доћи само путем тумачења њиховог законског основа.<sup>43</sup> Да закључимо: постојање бројних правотворачких извора у правном поретку и својство опште правне норме (регулативног правног става) као недовршеног правног бића, опредељују значај судске јуриспруденције, на начин да се правна схватања проистекла из системско-телеолошких поимања правних принципа у јудикатури, развију као постигнуће непосредно заступљене дискусије и промишљања о исправности и правичности писаног права. Развијеност и доследност судске јуриспруденције у том погледу – са правним принципима као телеолошким правним ставовима коју усмеравају правну свест у правцу моралног и духовног напредовања једне правно-политичке заједнице – представља неопходан услов за утемељивање и развијање владавине права.

#### 4. Закључак

Узимајући у обзир ток мисли који смо у расправи следили, у закључном делу ваља указати на једну околност од кључног значаја за усмеравање правне свести у правном поретку. Реч је о интелектуалном делању и вечитој мисији интелектуалаца, усредоточеној на откривање и супротстављање „тајном властодршцу“, у име слободе, истине и правде. Имајући у виду све апорије позитивног права у једној трагичној историјској ситуацији, Радбрух је казао: „Постоје дакле, правна начела која су јача од сваког

---

„isonomia“, која се може назвати и равноправношћу и једнакоправношћу. Други облик једнакости је „добра једнакост“, већ помињана Солонова „eunomia“. Она је управо добро и ваљано додељивање, поравнање у оквиру полиса у целини, „политичко стање праве расподељености једнаког и неједнаког“. За разлику од статичке, апстрахујуће исономије, еуномија је конкретна и динамичка, везана за ситуацију. У њој се открива праизворна, социјална и заштитна, функција права.“ (Петровић, 1981: 264.). Дакле, накнада за експропријацију у формалном смислу и квазиэкспропријацију изражава „добру једнакост“, Солонову еуномију. (Прица, 2016: 174-178).

43 За ток мисли који следимо у овоме чланку, индикативно је поменути правно расуђивање заступљено у енглеском праву, засновано на разликовању *ratio decidendi* од *obiter dictum*-а. Под првопоменутих подразумевају се разлози неопходни ради образложења одлуке, док *obiter dictum* представља правно схватање усредоточено у правцу теоријског сагледавања правног предмета, његовог упоређивања са другим правним предметима и његове “систематске заокружености”. (Бидлински, 2011: 133).

правног прописа, тако да је закон, који је супротан њима, без важења. Та начела називамо природно право или умно право. Свакако да око њих постоје извесне недоумице, али вековни рад им је ипак дао трајну чврстину, и са тако далекосежном сагласношћу мишљења сакупио их је у такозваним декларацијама права човека и грађанина, да те недоумице може одржати само још намерна скепса.“ (Радбрух, 1980: 267). Казивању овог поштовања достојног интелектуалца, важно је придодати важно запажање: да “умно право” није делотворно без историјског права. Свако ко се усудио да проучава религијско право, добро разуме смисао историјског наспрам „умног права“, а у религијском праву реч је о односу историјског наспрам божанског као вечног и непроменљивог права. У том смислу, хришћанско канонско право уобличено на саборима Васељенске Цркве изражавало је потребу да се богочовечанска мисија Цркве прилагоди историјској ситуацији, не доводећи у питање важење догмата као вечног и непроменљивог права. Јер, оно што је дато као вечно – дато је и за време!

Ако, с друге стране, постоје вечни и непроменљиви правни принципи у животу једне правно-политичке заједнице, принципи у питању морају бити сагледани саобразно актуелној историјској ситуацији, како би се правна свест усмерила у правцу моралног и духовног напредовања заједнице. У поретку савремене плуралистичке правне државе на делу је преношење економске и политичке моћи са држава на мултинационалне корпорације. Техника владања елите крупног финансијског капитала несумњиво иде за тим да разори правну државу и демократију и да их стави под своју потпуну контролу, али умеће владања и јесте у томе да снагом новца обликована „љуштура“ правне државе и парламентарне представничке демократије, елите крупног финансијског капитала послужи као идеалан „легитимацијски плашт“. Имајући то у виду, за технику владања у питању веома је важно да појединцу, у светлу његових формално признатих слобода, створи привид о постојању суверености грађанина, бирача и потрошача, с тим што – патронажом над државом и демократским политичким системом – елита крупног финансијског капитала настоји да успостави поредак у коме су признате слободе појединца без имало колективне моћи, што доводи до потпуне подређености радника послодавцу, потрошача произвођачу, бирача политичким странкама, те аутономије (приватности) појединца државном интервенционизму.

Одавде произлази да је у правним поретцима великог броја данашњих европских држава на делу процес формалног поштовања а суштинског онемогућавања владавине права, обесмишљавањем правних принципа, фактичким сузбијањем врлине и контролисањем јавности путем њеног вештачког обликовања. Парадигму обесмишљавања владавине права и

правних принципа уопште, могли бисмо исказати на следећи начин: људска права без збиљске слободе, страначка представничка демократија без демократског друштва и владавина закона без владавине права. Одавде произлази потреба васкрснућа правних принципа у поретку савремене правне државе, у формално-правном и историјско-политичком смислу. Задатак је у том смислу правомислећих људи да у име владавине права сагледају све апорије правне државе у постојећој историјској ситуацији јер ће се у противном све јасније видети дубина Русоовог увида да „закони и вршење правосуђа међу нама су само вештина да се моћник и богаташ закљони од праведних репресалија сиромаша.“

### Литература/References

Alexy, R. (2015). *Teorija pravne argumentacije, teorija racionalnog diskursa kao teorija pravnog utemeljenja*, Zagreb.

Бидлински, Ф. (2011). *Правна методологија, основи науке о правним методима*, Подгорица.

Бобио, Н. (1988). *Есеји из теорије права*, Сплит.

Бобио, Н. (1995). *Либерализам и демократија*, Београд.

Бован, С. (2012). “Тумачење права као вредновање на основу контекста - прилог конструктивној теорији тумачења”, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, 83-106.

Бован, С. (2016). *Правна херменеутика између филозофије и логике, социолошки метод у тумачењу и примени права*, Београд.

Бребан, Г. (2002). *Административно право Француске*, Подгорица.

Водинелић, В. (2014). *Грађанско право, увод у грађанско право и општи део грађанског права*, друго, измењено и допуњено издање, Београд.

Dilthey, W. (1924). Beiträge zum Studium der Individualität, in: *Die geistige Welt, Gesammelte Schriften*, V.

Duguit, L. (1927). *Traité de droit constitutionnel*, I, 3-e éd., Paris.

Ђурђић, В. Трајковић, М. (2011). «Да ли је допуштена аналогија у кривичном праву», *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 58, 1-22.

Живановић, Т. (1997). *Систем синтетичке правне филозофије, синтетичка филозофија права I*, Београд.

Јеринг, Р. (1998). *Циљ у праву*, Подгорица.



Jesch, D. (1957). "Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht", *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 82, 163-249.

Јовановић, Н. (2008). *Кључне разлике енглеског и српског уговорног права*, Београд.

Кант, И. (1974). *Ум и слобода*, Београд.

Лукић, Р. (1995). *Методологија права*, Београд.

Лукић, Р. (1995). *Теорија државе и права, II. Теорија права*, Београд.

Марковић, Р. (2008). *Уставно право и политичке институције*, Београд.

Перелман, Х. (1983). *Право, морал и филозофија*, Београд.

Петровић, М. (1981). *Правна везаност и оцена целисходности државни власти и органа*, Савремена администрација, Београд.

Петровић, М. (1987). «К питању сукоба закона у времену», *Отисак из Зборника за теорију права, III, (Из теорије права, књ. 7, Српска академија наука и уметности, Одељење друштвених наука)*, Београд, 307-324.

Петровић, М. (2013). «К правној природи црквеног права. Уједно заснивање тријалистичке теорије права», *Зборник радова: 1700 година Миланског едикта*, Ниш, 167-208.

Петровић, М. у сарадњи са Прица, М. (2014). *Посебно управно право са међународним управним правом*, Ниш.

Петровић, М. (2015). "Прилог учењу о основним појмовима тријалистичке теорије државе и права", *Зборник радова факултета у Нишу*, бр. 70, 195-227.

Петровић, М. (2015). „Правни поредак у поимању Радомира Д. Лукића и утемељење тријалистичко-телеолошке теорије права", *Зборник радова: Научно наслеђе Радомира Д. Лукића, САНУ, Београд*, 135-157.

Петровић, М. у сарадњи са Прица, М. (2015). *Увод у велике правне и управне системе са европским управним правом*, Ниш.

Поповић, Д. (1984). *Одступање од кривице као основа вануговорне одговорности за штету у францускоме и немачком праву (1838-1943)*, докторска дисертација, Београд.

Поповић, Д. (2005). *Увод у упоредно право*, Београд, 2005.

Поповић, Д. (2009). "Пилот пресуде Европског суда за људска права", *Билтен Врховног суда Србије*, бр. 1, 220-237.

Прица, М. (2014). "О појму и правном карактеру одрживог развоја: да ли постоји еколошко право", *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 67, 291-318.

Прица, М. (2016). *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу.

Прица, М. (2018). «Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка», *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 78, 103-126.

Радбрух, Р. (1980). *Филозофија права*, Београд.

Савињи, Ф.К. (1998). *Законодавство и правна наука*, ЦИД, Подгорица.

Сич, М. (2015) «Тумачење права у складу са правичношћу у римском праву», *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2, 617-633.

Спаић, Б. (2017). «Два поимања правних принципа», *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, 109-130.

Стојановић, Д. (2016). «Уставни суд у светлу интерпретативних одлука у нормативној контроли», *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 72, 37-54.

Canaris, C.-W. (1969). *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin.

Хајдегер, М. (2007). *Битак и време*, Београд.

Харт, Х. (2013). *Појам права*, Београд.

Хасанбеговић, Ј. (1988). *Перелманова правна логика као нова реторика*, Београд.

Хасанбеговић, Ј. (2014). "Нормативиста без норми? - Радомир Д. Лукић у систему филозофије права", *Научно наслеђе Радомира Д. Лукића, Зборник радова са научног скупа одржаног 11-12. децембра 2014*, САНУ, Београд, 2015, 69-81.

Hegel, G.W.F. (1911). *Grundlinien Philosophie des Rechts - Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss*, Leipzig.

Хефе, О. (2008). *Правда: Филозофски увод*, Нови Сад.

Шмит, К. (2001). *Легалност и легитимност, Карл Шмит и његови критичари*, Београд.

Шмит, К. (2003). *Три врсте правнонаучног мишљења*, Досије, Београд.

**Prica Miloš, LL.D.**

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Niš

## **LEGAL PRINCIPLES IN THE ORDER OF A LEGAL STATE: CANONS OF THE LEGAL ORDER AND THE “INTERNAL LEGAL SYSTEM”**

### **Summary**

*Roman law is the cradle of legal principles, which are embodied in the attainments of Roman legal jurisprudence as a most magnificent form of teleological jurisprudence in the history of law. Although legal principles have strongly contributed to the constitution of modern European legal systems, the proponents of theoretical jurisprudence generally consider that legal principles are not sources of law. Such an understanding is incompatible with the legal history and legal logic. Taking a mere glimpse into the legal history of the Roman-GermanicSlavonic legal family, one may conclude that quite a number of legal principles are unambiguously formulated in judicial practice (jurisprudence), even without relying on the explicit provisions envisaged in the applicable legal norms. Thus, judicial modeling of legal principles constituted the development of legal consciousness and conceptions that made the legal institutes comply with the “spirit of time” and the “nature of things”. Generally speaking, it can be said that legal principles express the objectives (teleology) of internal state law. Legal principles are teleological legal attitudes which bind together the existing legal norms and activities of legal entities, in line with the latitude and effects they have in the existing legal order. The legal principles are rooted in the causa of law-making sources, legal acts, legal relations and legal forms, which means that legal principles are the cornerstone and the ultimate objective of legal regulation as a whole. In addition, legal principles express “a view upon the world” on different legal areas and on the state order as a whole. Consequently, legal principles serve as groundwork for defining the theory of state and law to such heights that further provide for observing the difference between legal orders, prominent legal systems and legal cultures. In this paper, the author examines the nature of the correlation between the principle of legal order and the principle of substantive internal law of the state. The most significant finding is that legal principles are deeply rooted in the institutional order of the territory-specific community, which is particularly reflected in the distinction between the constitution in formal terms and the constitution in absolute terms. The article further explains the correlations between legal principles, legal standards and legal norms. In particular, the author focuses on the legal nature of legal principles in relation to legal norms and legal rules, primary and secondary legal norms, and (specific) legal situations as the most important legal category in the legal order of a legal*

*state. In the author's opinion, the conceptual framework of legal principles is the starting point for identifying and establishing legal situations which are crucial for shaping legal systems in the legal order of a legal state.*

**Keywords:** *legal principles, legal grounds, purpose of regulation, legal standards, legal norms, legal situations.*

**Др Сава Аксић,\***  
Ванредни професор,  
Правни факултет у Приштини  
са привременим седиштем у Косовској Митровици

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880181A

UDK: 322  
Раđ примљен: 30.09.2018.  
Раđ прихваћен: 23.11.2018.

## **СЕКУЛАРИЗАЦИЈА ДРЖАВЕ (ПОЈАМ, УЗРОЦИ И ПОСЛЕДИЦЕ)\*\***

**Апстракт:** Секуларизација је назив за однос Цркве и државе у којем је односу религија одвојена од јавне власти (мада се код одређеног броја теоретичара могу срести различити модалитети овог односа). Она је настала као резултат сукоба присталица секуларизације и ширења сакрализације, а након сензационалних открића физике и хемије. У савременом потрошачком друштву религија има посебно место. Секуларизација зависи и од религиозне хомогености становништва, у толикој мери да у религиозно хетерогеном друштву она може представљати и услов опстанка друштва. Однос између религије и државе мора бити такав да секуларизација не сме бити сведена на потискивање а понајмање на укидање религије, док сакрализација не сме да буде на штету ефикасног функционисања световне власти. Црква и држава морају да као свој највиши критеријум имају у виду интерес нације.

**Кључне речи:** држава, друштво, Црква, секуларизација, сакрализација, религија, становништво, нација, човек.

---

\* sava.aksic@gmail.com

\*\* Раđ је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

## 1. Значење појма секуларизације

За однос између државе и религије, у којем је односу религија у потпуности одвојена од јавне власти и представља приватну ствар појединца, најчешће се користи реч секуларизација (чији је корен у речи *saeculum*, што је првобитно значило људско доба – век, што у време цара Августа добија значење светског времена, а касније нечега што се односи на профани живот, нечега што нема везе са вером, него је супротно вери). Поред појма секуларизације, употребљава се и појам лаицизам и лаицизација, која у основи значи такође одвајање вере од државе, а посебно одвајање школе од Цркве и клера (Јевтић, 1994: 180).

На прву употреба појма секуларизације (*saecularizatio*) наилази се након преговора за мир у Вестфалији 1648 год., када је француски представник тај појам навео како би означио прелаз из еклезијастичке (гр – црквене, духовне) у цивилну контролу. Римокатоличка црква је овај термин након тога употребљавала у негативној конотацији, али, с обзиром на то да је овај термин у 17. в. употребљаван за трансфере земљишта који нису били на штету Цркве, овај појам је ипак задржао неутрално значење, да би, у току Француске револуције, почео да се употребљава и у осталим областима друштвеног живота (Штајнер, 1994: 45).

У току 19. в. значење појма секуларизације је дао G. J. Holyoake и његова слободоумна организација позната као „Световно друштво“ у програму под називом „Секуларизам“. Он је секуларизацију схватао као практичну филозофију за људе са циљем организовања живота без тражења утехе у натприродном! Отприлике у ово време се јавља становиште по којем „секуларизам“ означава индиферентан став према религиозним институцијама и религиозној пракси, чак и према религији као таквој уопште (Штајнер, 1994: 46).

Након II светског рата долази до прихватања појма секуларизма и код одређеног броја теолога који сматрају да је секуларизација у основи хришћанске вере, као и да мора бити захтевана и подстрекивана у свим областима живота (Дитрих Бонхофер и Фридрих Гогартен). Ово је, када се ради о ставу представника теологије, можда један од изузетака, с обзиром на то да се секуларизам не супротставља религији него се схвата као део религије, мада постоје теолози који у одређивању става према секуларизацији нису спремни да оду тако далеко као Бонхофер и Гогартен, него секуларизацију прихватају као позитиван став. Овде чак постоји и група прогресивних католика који похвално говоре о секуларизацији, а на средњовековно сакрално друштво гледају као на фазу развоја друштва које

је било последица констатијанског тријумфа, а не као као део интегралног хришћанства (Штајнер, 1994: 46).

Поједини теоретичари, као нпр. Јингер, секуларизацију дефинишу као процес губитка снаге и привлачности традиционалних религиозних симбола, или, као Пол Даглас, који секуларизовану културу одређује као културу у којој „конвенционална религија није више практична (стварна) религија у социолошком смислу“ (Штајнер, 1994: 46, 48). Француски теолог Мел је секуларизацију описао као „историјски процес који тежи да оспори јавну улогу религије, да религиозни ауторитет замени другим облицима ауторитета и да најзад прогна религију у приватни сектор људске егзистенције“, док Гротхојрсен, секуларизацију описује на интелектуалном нивоу, као „покушај да се установи једна аутономна сфера сазнања која је очишћена од натприродних, фидеистичких претпоставки“ (Штајнер, 1994: 49).

Историчар Калер сматра да „секуларизација значи да се човек ослободи религије и да живи по разуму, суочен са објективизираном, физичком природом“, док се код Вебера ово своди на рашчињавање, односно ослобађање од чари (Entzauberung) „којим се означава један иверзибилни тренд рационализације који води до схватања да је свет самодовољан каузални систем веза“ (Штајнер, 1994: 51).

Теолошку варијанту схватања секуларизације развио је Меланд, који секуларизацију дефинише као „раскидање са традиционално прихваћеним нормама и осећајношћу животним интересима и навикама народа“, при чему се по овом схватању секуларизација не односи само „на религиозне појаве већ на све традиционалне норме и перцепције“ (Штајнер, 1994: 52).

По Антониу Грумелију, секуларизација је у прво време означавала прелаз, односно преношење ствари или особа у подручје световног, као последица чега се круг световног ширио, а као последица комплексности модерног света, док касније, исти теоретичар тврди да је секуларизација „откриће профанога у његовој конзистентности и у његовој аутономији“ (Ђорђевић, 1994: 9).

Теоретичар Штајнер је дошао до шест значења појма секуларизације: по првом значењу, секуларизација је процес опадања друштвеног значаја религије, чији би коначни исход требало да буде друштво без религије; по другом значењу, секуларизација је „промена од оносветске ка овосветској оријентацији унутар самих религијских група“; по трећем се одређује као „ослобођење друштва од религије или диференцијација религијских идеја и институција од других делова друштвене структуре“; по четвртом, као „процес уобличавања сурогата религије“; по петом „као процес у коме се



свет потпуно лишава свог сакралног карактера“; и по шестом, „као промена од светог ка секуларном друштву“ (Пејчић, 1994: 168).

Оваква дефиниција, и уопште овакво одређење појма секуларизације, по својој прилици секуларизацију не супротставља сакрализацији, и не одређује је као њен антипод, него секуларизацију задржава у оквиру сакралног, а као последица почетне концепције да у оквиру религиозног има нечега и светог, по чему се овакав став и разликује од претходних, тј. утолико што секуларност и сакралност не види као антиподе, него као конзистентна обележја постојања религије.

Постоји и једна од умеренијих дефиниција (Сергеја Флере) по којој се секуларизација сматра процесом који се састоји у „слабљењу улоге религиозних веровања и институција у савременом друштву, ослобађање друштвених установа и индивидуалних понашања од религиозне тутеле“ (Ђорђевић, 1994: 9).

И на крају, наводимо можда најширу дефиницију секуларизације коју даје Енрико Рускони по којој „секуларизација означава целину промена у вредностима, у симболичком универзуму, у експресивним и оперативним инструментима – у колективној свести и колективном понашању, које се подударају са структуралним променама које су настале са појавом и развојем капиталистичког друштва“ (Ђорђевић, 1994: 9).

У теорији се разликују појмови секуларизације, секуларност, секуларизма и атеизма.

Тако, по једном броју хришћанских мислилаца „секуларизација“ и „секуларност“ значе одбацивање црквеног туторства у друштву, док „секуларизам“ означава једну свеобухватну идеологију по којој религиозне институције и ставови не требају да имају било какву формалну улогу у друштву (Штајнер, 1994: 49). Секуларизам је средњи ниво интензитета односа према религији, при чему секуларизам није исто што и атеизам, али су и секуларизам и атеизам последице просеца секуларизације, тако да је секуларизација процес, а секуларизам и атеизам стања. Секуларизација доведена до краја представља атеизам, тако да је крајњи секуларизам у ствари атеизам, а сам атеизам представља негацију божанскога, те оријентацију, ка самоме себи, уместо ка Богу. По богословенском мњењу се секуларизам и атеизам априори вреднују негативно (Ђорђевић, 1994: 18–19).

При свему овоме сматрамо да треба разграничити појмове секуларизма и атеизма, зато што секуларизам представља разуман однос државе и религије, док атеизам представља априорно негирање постојања Бога, што

представља основ за одсуство иоле значајнијег односа државе и Цркве. Тако је у комунизму однос државе и Цркве на нивоу нужног.

Има и теоретичара који сматрају да треба напустити појам секуларизације и уместо њега употребити појам транспозиције или диференцијације, јер су, сматрају исти, ови појмови бољи и неутралнији (Штајнер), као и да, по некима феномен секуларизације „сам себе своди на проблем дефиниције и ригорозне употребе вредносно-неутралних концепата“ (Хил), док неки се залажу за „десакрализацију секуларизационе парадигме будући да је пре мешавина лабаво повезаних идеја него ли систематична теорија“ (Хадн) (Ђорђевић, 1994: 8).

## 2. Могући узроци секуларизације

Просец секуларизације је последица сукоба присталица двеју концепција: присталица концепта секуларизације и присталица концепта ширења сакрализације. Просец овога сукоба се одвијао кроз пет фаза: прва фаза је појава свештенства – када одређена група друштвених чинилаца успоставља посебан однос према сакралном; у другој фази, када је успостављен посебан однос према сакралном, почиње сукоб око граница тог односа; у трећој фази се и држава укључује у тај сукоб, захтевајући и своју сферу утицаја, промовишући при томе грађанску религију; у четвртој фази се број учесника сукоба повећава; да би у петој фази, као последица свега овога, наступило стање раздвајања индивидуалне и приватне сфере, које и данас постоји (Чанен, 1994: 32).

Има мишљења (Мирча Елијаде) да су секуларизацију омогућила сензационална открића физике и хемије, или, по некима, да резултати кибернетике и информатике представљају разлог посветовњења (Ђорђевић, 1994: 15), као и да је секуларизација у вези са савременим потрошачким друштвом у коме је религија изгубила монополистички статус на схватање о друштвеним и економским кретањима, па је као последица опште друштвеног плурализма религија доспела у позицију избора уместо судбине. Такође, могуће да је у области „конзумног“ друштва религија изменила „локацију“ на начин да је из области јавног и институционалног живота прешла у област приватних односа са циљем да у тим односима више задовољи моралне и терапеутске потребе појединаца, па ће онда моћи и боље да се пласира на том тржишту (религија је у условима плурализма доспела на тржиште, па је наступило „кретање од судбине према избору“) (Ђорђевић, 1994: 15).

Свакако да су научна открића у једном делу утицала на промену става човека према природи и друштву, али сматрамо да су научна открића

пре утицала демистификацијом појединих природних процеса који су имали магијску форму (магија се од религије разликује утолико што се путем магије из транседенталног нешто покушава преобратити у егзактно захваљујући посебним личним својствима појединца без призивања у помоћ више силе, док је код религије за овакав процес увек критеријум виша сила). Тек демистификација одређене појаве сматрамо да може посредно бити разлог секуларизације, као једне глобалне идеје. Јаков Јукић примећује „да су магија и техника у блиској родбинској вези, с обзиром да техника и није ништа друго него секуларизована магија“ (Ђорђевић, 1994: 15).

И даље, што се тиче промене става према религији у потрошачком друштву, могуће је, као што је у комунистичким земљама атеизам био последица идеолошке концепције, да је исто тако у капитализму религија постала „ствар“ на коју, као и на све остале, утиче тржиште и плурализам понуде и тражње, те је у тим условима, да би постала конкурентна, и она морала да се прилагоди условима потрошачког друштва у којем је капитал глобални критеријум, те је и из тих узрока дошло до секуларизације.

Оно што по нама остаје нејасно није то што су власници капитала наметнули такав став религији, него чињеница како је религија, односно како су њене институције прихватиле такав Цркви наметнут положај, у којем се она не разликује од осталих субјеката тржишне конкуренције? Религија треба да буде надвремена, задња запрека, брана управо ефемерним идеологијама, оличеним и кроз капитализам, у којем је капитал изнад идеологије, подједнако као и кроз комунизам – оличен у негацији религије!

Неминовна последица оваквог става религије у потрошачком друштву је мултипликовање верских организација. Овакве организације су постале лукративне, само што је овде подручје рада религија, а не нека друга област материјалне производње или продаје услуга. Тако у северној Америци „верске институције постају агенције за маркетинг, а верске традиције постају роба“ – Бергер, где вероисповести има онолико колико има и ставова о друштву (Чанен, 1994: 40).

У таквом амбијенту, верске организације, с обзиром на то да постоје у већем броју, постају сличне, са радом на принципима исте бирократске ефикасности, и нудећи услуге којима покушавају да задовоље различите психолошке потребе појединаца, настоје да привуку што већи број људи. На тај начин се оне посветовњују, а жеља за доминацијом и престижом на тржишту их наводи на удруживање по систему картела (екуменизам). Међусобно приближавање умањује њихову појединачну привлачну моћ, па њихово појединачно постојање чини бесмисленим, а тенденција за

поновним оживљавањем традиционалних религија се појављује спонтано (Чанен, 1994: 40).

Истиче се да приватизација има две последице: религијске теме се у приватној сфери генерализују, па функционишу као „невидљива“ религија, док са друге стране, оваква “приватизована” религија постаје све више световна, зато што се бави трансценденцијама свакодневног живота (Чанен, 1994: 30).

Такође, могућност друштвене секуларизације, као и сакрализације, зависи и од религиозне хомогености становништва. Тако нпр. у земљама у којима монопол има једна религија, као што га у Шпанији има Католичка црква, секуларизација може резултирати поделама између верника и атеиста, па се поделе оваквога типа неминовно одражавају и у области политичких односа. Овде је секуларизација дело снага које се противе религији уопште. Док, са друге стране, у друштвима која су религијски плуралистичка, као што је Северна Америка, религија не може никада постати политичко питање. Оваква друштва тешко да могу опстати ка сакрална, па једино могу као секуларна да постоје.

Слична је ситуација у друштвима где постоје две цркве, као што је случај у појединим европским земљама где највећи део становништва припада протестантској или католичкој цркви. У тим друштвима секуларизација је услов опстанка нације, па се религија све више уклања из политичке арене (Чанен, 1994: 32, 40). Секуларизацију је лакше остварити у државама у којима постоји религијска хетерогеност, него у земљама где постоји висок степен религијске хомогености, из разлога што у срединама где постоји више религија није могуће постићи консензус око институционалне сакрализације, па је онда секуларизација, не само оптимално, него једино могуће решење, а сакрализација се несметано може остваривати у приватним одосима. У оваквим друштвима би свако институционално пропагирање вере могло представљати угрожавања верских слобода припадника других религија.

Са друге стране, последица овакве „приватизације“ религије је једно стање у коме појединац индивидуализацијом религије, и то како у области ритуала, и још много значајније од овога индивидуализацијом веровања, у једној ситуацији недостатка општеважећег и заједничког религијског критеријума може доћи у ситуацију стварања сопственог погледа на свет, па у том смислу и посебног схватања о улози Господа у стварању света! А, ако је религија у капиталистичком друштву толико приватизована, неминовно, пре или касније отворено или приватно добија и одређене институционалне форме, с обзиром на то да у институцијама

раде исти они људи који су код куће религиозни (Чанен, 1994: 40). Тако се секуларизација (код Лук Хелмана и Петера Естера, водећих социолога религије у Холандији) сматра последицом модернизације друштва, које се у области религије, посебног и појединачног манифестује диференцијацијом, специјализацијом и индивидуализацијом (Ђорђевић, 1994: 14).

Секуларизација, која је нужна као у случају мултиконфесионалног друштва, може бити и последица борбе између различитих религија услед повећања њиховог броја у плурализму (секуларизација, као процес, а не стање, који се уобличава вековима је раздвајање религије од осталих области друштвеног и индивидуалног живота: прво државе и Цркве, а онда и раздвајање цркве у односу на политику, образовање, привреду итд.) (Чанен, 1994: 33, 34).

У сваком случају, без обзира на различите узроке настанка религије, неки аутори истичу заиста необориви аргумент религије као колективне свести, а то је да се „ни рат, а ни брак се не објављује без традиционалних верских симбола“ (Чанен, 1994: 40).

### **3. Последице секуларизације**

Секуларизација се манифестује „а) слабљењем значаја који има религија на делатност нерелигиозних улога и институција, као што су држава и економија, б) слабљењем утицаја религиозних установа на друштво, и ц) опадањем обима ангажовања људи у религиозној пракси, излагањем религиозних веровања и управљањем другим аспектима људског живота који су испуњени таквим веровањима.“ (Валис, Брус, 1994: 56).

Последице секуларизације би у том случају биле запленивање њихове имовине, као и смањење олакшица које уживају религиозне организације, уместо религиозног појачавања секуларне контроле активности и функција које су имале религијске институције, опадање обима енергије, времена и средстава које су људи посвећивали надемпиричким појмовима (Валис, Брус, 1994: 56). Такође су последице „пропадање религиозних институција“, замена понашања у складу са религијским нормама са понашањем у складу са техничким критеријумима (овде се засигурно мисли на конвенционалне обичајне и остале друштвене норме које би биле ослобођене верских ритуала, али се не може подразумевати да се људи уместо религиозних почињу придржавати техничких норми, тј. оних норми које регулишу однос људи према према предметима живе и неживе природе, с обзиром на то да религиозне и техничке норме не могу бити сурогат једне другима, него, сурогат религиозним нормама могу бити само конвенционалне норме – примедба С.А.) (Валис, Брус, 1994:

56). И још, религиозна свест (чији садржај чине ритуали, проклетства и молитве) замењује се емпиричком свешћу рационалне оријентације, када се друштво и природа уместо митских, поетских и уметничких интерпретација рационално објашњавају (Валис, Брус, 1994: 56).

#### **4. Однос цркве и државе кроз историју**

Правилно је примећено да човек не постаје религиозан због религиозних представа, него стиче религиозне представе због практичних потреба (Пејчић, 1994: 175). Врло вероватно да су промене које су се дешавале на преласку из старог у нови век, као што су централизација контроле и еманципација моћи, контакт различитих цивилизација и јачање градова, комбинација науке и технике, допринеле преображају структура друштвених установа и представа човека о природи и друштву. Са овим је у одређеном тренутку наступила рецесија религијске моћи, па је она остала релевантна само за „апсолутно важење у области приватне субјективности“ (Лукман, 1994: 84–85).

Сви облици политичке организације су у средњем веку имали теократски карактер, јер се сматрало да влада управља државом по милости божијој, па се онда у хришћанству сматрало да државна власт долази од Бога, или се у исламским земљама сматрало да постоји директна божија власт. У Византији, у којој је постојао цезаропапистички систем, цар, односно државни поглавар, истовремено је био и верски поглавар (Јевтић, 1994: 181). Године 311, када је хришћанство завладало народом, едиктом цара Галерија проглашено је за државну религију (Печујлић, 1958: 9). Утицај Цркве је тада све више јачао, велико се богатство концентрисало у власништво Цркве и папе лично, држава се приклањала Цркви, док она са своје стране узвраћа ставом: Богу божије, цару цареве! Покликом дајте цезару цезарево, Црква је налагала верницима да савесно испуњавају своје обавезе према држави, чиме се друштвени живот, неспорно нашао под утицајем два ауторитета: Цркве и државе (Печујлић, 1958:10–11).

Крајем 13. в. наступа златно доба Цркве. Она постаје власник великих области, а богатство јој се слива у широким потоцима, Папски двор је постао центар политичког живота, а крсташки ратови су од папе учинили заштитника целог хришћанства. Да би Католичка црква осигурала овај положај, осим крсташких похода, борбе против јеретика, створени су посебни борбени одреди који би се борили против јереси и идеја које су одступале од званичних црквених догми. Најзад је почетком 13. в. папа Гргур IX створио свети суд инквизицију са задатком да очува чистоћу вере. У Шпанији је за време владе инквизитора Торквемаде, преко 185.000

јеретика кажњено казнама конфискације имовине, губитком части и спаљивањем на ломачи. На згради инквизиције у Севиљи, стајао је натпис: „Дај Боже, да инквизиција за заштиту и снажење вере траје до краја света“ (Печујлић, 1958: 17–19).

Међутим, временом је идеја да је свака власт дата од бога почела да се доводи у питање! У Француској је покрет у овом правцу био повезан са тежњама за укидање монархије. Тај су посао – рад на одвајању Цркве од државе, у Француској, у уставу прве републике, урадили француски материјалисти, ти „лични непријатељи бога“, како су неке од њих звали (Печујлић, 1958: 27).

Између осталог, и у програму немачке социјалдемократије, чувеном Ерфуртском програму, стоји да религија мора бити проглашена приватном ствари појединаца, да се црквене и религиозне заједнице морају сматрати приватним удружењима, као и да морају бити укинута сви расходи из јавних средстава у црквене и религиозне сврхе (Печујлић, 1958: 38).

Узимајући Цркву у заштиту, држава се није могла мешати у унутрашње ствари Цркве, док је за узврат Црква пружала држави на општу корист духовна блага, као што је истинит појам о Богу, правилно учење о човековом задатку према Богу, ближњима и грађанскоме друштву (Митровић, 1900: 4).

## **5. Ниво секуларизма појединих држава**

Утицај религије, и поред промена које су у 20. в. наступиле у хришћанском свету (па и у одређеном броју муслиманских држава), такав је да је религија, и поред неспорног секуларног карактера појединих држава, у њима задржала формално место. Тако, у грчком уставу стоји да је у Грчкој државна вера источно-православна хришћанска, као и то да је свака друга призната религија слободна, а да се прозелитизам и свако друго мешање у послове државне вере забрањује. У уставу Аргентине стоји да председник републике мора бити католик, као и у уставу Шпаније да краљ мора бити католичке вере. Албанија представља најекстремнији пример на територији Европе, с обзиром на то да је као бивша земља крајњег секуларизма, сломом комунизма отишла у још већу, супротну крајност, тако што се, поставши чланица ОИК (Организације исламске конференције), обавезала да на својој територији шири најекстремнији исламски прозелитизам, при чему истовремено онемогућава деловање Православне цркве (Јевтић, 1994: 183–185).



Међутим, постоје и случајеви сакрализације. Тако, 1979. год. (и ако се ради о земљама у којима се секуларизација десила готово преко ноћи, на начин да је секуларизацијом смењена сакрализација у току револуционарних промена) такав се случај догодио у Мексико ситију доласком папе Јована Павла II, односно значајем једне посете која је требало да буде уобичајена у једну од најсекуларнијих земаља на свету. А други случај се догодио 1980. год. у секуларној држави Ирану, где је Ајатолах Хомеини сменио целу владу и успоставио исламску државу (Кокс, 1994: 130), (биланс дешавања у Ирану је било заробљавање 54 службеника америчке амбасаде који су везаних руку и са повезима преко очију вођени улицама Техерана и показивани грађанима, и у заробљеништву провели 444 дана, док је шесторо дипломата са канадским пасошима успело да напусти Иран правећи се да су холивудски глумци).

У Пољској, онда комунистичкој земљи, чланови *Солидарности* – радничког покрета, који је забрањен на основу ратног закона из 1981. године, на својим зборовима су певали црквене песме и носили слике Благословене Девице. Са друге стране, посетиоци Совјетског Савеза су у то време извештавали о растућем интересовању младих и интелектуалаца за руско православље, или, када је фебруара 1982. год. приликом разговора два лутеранска пастора у Протестанској цркви у Дрездену о нуклеарном разоружању у Европи, присуствовало четири хиљаде младих источних Немаца. Примера јачања религије у овом периоду има и у Сједињеним Америчким Државама (Кокс, 1994: 132).

Када је реч о Србији, тренд секуларизације, као последица јачања атеизма у Србији, снажније се осећа са јачањем идеја изнетим у списима Светозара Марковића и Васе Пелагића (Суботић, 1994: 224). У принципу три су чињенице у Србији биле од кључног значаја за јачање секуларизације, и то: страдање у Другом светском рату, деловање бољшевичког режима и унутрашње слабости саме Цркве као институције. У Другом светском рату је изгинуло више од милион Срба, међу њима преко двеста свештеника, уништено и опљачкано преко 450 православних храмова. Након тога је Православна црква била систематски уништавана од стране комунистичког режима, и на крају је Црква била слабо и тремо вођена. А након периода слома комунизма, у процесу десекуларизације српског друштва постојао је и одређени ниво несналажења, који се понекад испољава у пукој обредности, празнослављу, неприличном свечарењу, кичерској иконографији и екстремном испољавању конфесионалног менталитета (Ђорђевић, Ђуровић, 1994: 221–23).

## **6. Закључак (могуће решење односа цркве и државе)**

У теорији се може наћи пример предлога односа између Цркве и државе на начин да се односи морају уредити тако да постоји област чисто црквеног законодавства, област где се живот Цркве уређује државним законима и заједничка област. Област чисто црквеног законодавства обухвата тројаку црквену мисију: учитељску, свештеничку и управитељску. Учитељска мисија Цркве се састоји у проповедању правог и истинитог Христовог учења о моралу и вери, као и у ширењу тога учења. Свештеничка мисија се састоји у вршењу свештенорадњи, у којима се изражава религиозни живот чланова Цркве. И, на крају управитељска област се састоји у вршењу законодавне и административне власти, укључујући у административну власт и судски део (Митровић, 1900: 10–11).

Област чистог државног законодавства у односу на Цркву се односи на грађански и политички положај чланова Цркве као грађана, с обзиром на то да чланови црквене хијерархије имају право да се користе грађанским законима. Исто тако, црквена имовина, стицање, као и располагање том имовином, такође потпадају под ову област (Митровић, 1900: 26, 28).

И на крају у област заједничког законодавства спадају сви они послови за које је потребан заједнички рад Цркве и државе. Ови послови су: отварање нових епархија и одређивање црквено-административних граница, подизање нових цркава, различитих црквених грађевина, гробаља, разних завода који морају испуњавати здравствене и грађевинске прописе, оснивање црквених школа и установа, „и на послетку, избор свештених лица нарочито за више положаје у црквеној управи спада у ову област заједничког законодавства“ (Митровић, 1900: 31–32).

Ово би било једно од могућих решења, изнетих с почетка прошлог века, по којем су решењу Црква и држава прилично повезане.

У сваком случају, сматрамо да секуларзација не сме бити сведена на потискивање а понајмање на укидање религије, док, са друге стране сакрализација не сме да буде на штету ефикасног функционисања световне власти. Колико је друштву потребна држава, исто толико је друштву потребна и Црква, те да треба избегнути крајноси: стање атеизма и сакрализације.

У друштву и Црква и држава имају своју посебну и незаменљиву улогу. („Преваспитање човека физичким мерама, особито казнама, понижава га и вређа, а његово уздизање чисто моралним и васпитним средствим узвишава га. Првим се средством служи држава, док се другим средством служи црква. Држава суди само спољашња дела човекова, његове зле

радње, док црква суди најскривенија његова унутрашња дела, зле мисли, жеље, грехове” (Бојовић, 1895: 4)). Као што друштво не може да успешно функционише без државе, исто тако не може ни успешно да функционише без Цркве. У осталом, и наведени случајеви десекуларизације друштва јасно указују на чињеницу да је религија елеменат колективне свести који је као такав немогуће потиснути, исто као и осећај припадности одређеној нацији, па се тако у појединим моментима, када су нација или држава угрожени, неретко у религији проналази најјача снага која може повезати припаднике одређене нације, у одбрани државе и културе (упоредити: суштину односа у савременој држави не чине само црквени или религиозни, него и реални живони односи, који су многоме одређени националним интересима – Hahagen, 1903: 81; ‘тамо, где религија има значајну улогу у одбрани културе, процес секуларизације може бити или заустављен или уназађен“ – Валис, Брус, 1994: 69). Тако да програмски циљеви комунизма који су се састојали у потискивању религије и њеном свођењу на искључиво приватну ствар појединца нису били реално оствариви јер су нацији неопходни и држава и Црква. На крају крајева, због изазова савременог света (због злоупотребе науке, загађења (Јевтић, 1994: 196)), религија је данас можда и потребнија него раније.

Дакле, и држава и Црква морају да несметано обављају свој задатак у друштву. Као што је комунизам био једна крајност, тако је и средњовековно друштво, посебно у западној Европи, где је световна држава била у сенци Цркве, било друга крајност. Државом мора да управља световна власт, њено устројство, као и функционисање не требају да буду оптерећене формом која би била препрека њеном ефикасним функционисању (сакралност у држави треба да буде сведена на меру која није сметња успешног функционисања секуларне државе..., „економска сфера се прва секуларизује, а индивидуални погледи задњи“ (Хамонд, 1994: 145)). Тако да религија треба да буде област духовне, а држава световне власти. Власти се не смеју мешати, и свака треба да у својој области ради на јачању и просперитету нације и државе. Управо зато, однос између Цркве и државе мора да буде разуман, што значи да међу њима нужно мора да постоји сарадња, посебно у судбинским тренуцима постојања народа и државе.

### **Литература/References**

Бојовић, Ј. (1895). *Међусобни односи цркве и државе*. Београд: Штампарија Петра К. Танасковића до Делијске чесме.

Валис, Р, Брус, С. (1994). *Секуларизација: трендови, подаци и теорија*. У Ђорђевић, Б. Д. (прир.) *Повратак светог*. Ниш: Градина.

Ђорђевић, Б. Д. (1994). Свето и световно. У Ђорђевић, Б. Д. (прир.) *Повратак светог*. Ниш: Градина.

Ђорђевић, Б. Д., Ђуровић, Б. (1994). Секуларизам и Православље: случај Срба. У Ђорђевић, Б. Д. (прир.) *Повратак светог*. Ниш: Градина.

Јевтић, М. (1994). Секуларизам као претпоставка модерне демократије. У Ђорђевић, Б. Д. (прир.) *Повратак светог*. Ниш: Градина.

Кокс, Х. (1994). Религија се враћа у световни град. У Ђорђевић, Б. Д. (прир.) *Повратак светог*. Ниш: Градина.

Митровић, Ч. (1900). *О законодавним границама између цркве и државе* Београд: штампано у државној штампарији Краљевине Србије.

Пејчић, М. (1994). Секуларизација и наука. У Ђорђевић, Б. Д. (прир.) *Повратак светог*. Ниш: Градина.

Печујлић, М. (1958). *Однос цркве и државе*. Београд: Издавачко предузеће „Рад“.

Суботић, Д. (1994). Васа Пелагић и наступ секуларизације у српском грађанском друштву почетком 19. века. У Ђорђевић, Б. Д. (прир.) *Повратак светог*. Ниш: Градина.

Хемонд, Ф. Е. (1994). Како размишљати о светом у световно доба. У Ђорђевић, Б. Д. (Прир.) *Повратак светог*. Ниш: Градина.

Hashagen, D. Fr. (1903). *Kirche, Kultur, Staat*, Guresloh, Druck und Verlag von Bertelsmann.

Чанен, О. (1994). Секуларизациона парадигма: систематизација. У Ђорђевић, Б. Д. (прир.) *Повратак светог*. Ниш: Градина.

Шајнер, Л. (1994). Појам Секуларизације у емпиријском истраживању. У Ђорђевић, Б. Д. (прир.) *Повратак светог*. Ниш: Градина.

**Sava Aksić, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Priština (Head Office in Kosovska Mitrovica)

## **SECULARIZATION OF THE STATE: NOTION, CAUSES AND CONSEQUENCES**

### **Summary**

*Secularization implies a relationship between the state and religion, where the religion is completely separate from public authority and represents a private matter of individuals. The notion of secularization (saecularizatio) was first used after the peace negotiations in Westphalia, when the French representative referred to this term to indicate the transition from ecclesiastic to civilian control. There are different understandings of the notion of secularization, including the view that it is a practical philosophy for people with the goal of organizing a life without seeking consolation in the supernatural (G.J. Holyoake), the understanding that secularization is the foundation of Christian faith, and that it must be demanded and incited in all areas of life (Dietrich Bonhoefer and Friedrich Gogarten), the opinion (Mircea Eliade) that secularization has enabled sensational discoveries of physics, chemistry, results in cybernetics and informatics, as well as the standpoint that secularization is in relation with the modern consumer society.*

*Secularization is easier to achieve in societies where there is a religious heterogeneity than in states where there is a high degree of religious homogeneity. All forms of political organization in the Middle Ages were of theocratic nature, because it was considered that the government was in charge of governing the state by the grace of God. However, after a while, the idea that any power was given by God began to be questioned. The beginnings of this idea in France were materialized through the advocacy of French materialists while, in Germany, they were stated in the renowned Erfurt program. In the contemporary society, secularization must not be reduced to suppression or (let alone) the abolition of religion. On the other hand, sacralization must not be pursued at the expense of the effective functioning of the civilian government.*

**Keywords:** *secularization of the state, theoretical conceptions, sacralization, contemporary society.*



**Др Драган Јовашевић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880197J

UDK: 343.53

Рад примљен: 30.09.2018.

Рад прихваћен: 23.10.2018.

## **ПРАЊЕ НОВЦА У МЕЂУНАРОДНОМ И КРИВИЧНОМ ПРАВУ СРБИЈЕ\*\***

**Апстракт:** У структури националног, али и интернационалног криминалитета данас преовладава криминалитет управљен на штету имовине других физичких и правних лица (па чак и читавих држава) при чему појединици, групе и читаве организације поступају у вршењу своје криминалне активности вођени намером прибављања противправне имовинске користи. Но, то није довољно, па тако прибављени новац и друге имовинске користи ова лица покушавају да легализују, односно да их ставе у легални промет, оптицај (да им прибаве легални основ стицања). С друге стране, учиниоци оваквих криминалних дела имају потребу да прикрију и право порекло оваквог новца или користи. Стога су не само поједине државе, већ и читава међународна заједница увиделе опасност од оваквих криминалних делатности појединаца и група које имају за циљ прање и прикривање новца и друге имовинске користи стечене вршењем кривичних дела. Тако међународно право, као и кривично право Србије предвиђају кривичну одговорност за прање новца као кривично дело забрањено строгим казнама чији је циљ спречавање и сузбијање оваквих друштвено опасних делатности.

**Кључне речи:** кривично дело, новац, имовина, прикривање порекла, легални основ, стављање у оптицај, кривица, казна, међународни стандарди, Србија.

---

\* jovas@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.



## 1. Увод

Савремено друштво карактерише велика динамичност у структури националног, али и интернационалног криминалитета, где преовладавају имовинска кривична дела, која су примарно управљена на штету имовине, имовинских права и интереса других физичких и правних лица (па чак и читавих држава). При томе појединци, групе, па и организације поступају у вршењу своје криминалне активности руковођени примарно имовинским интересом - намером прибављања противправне имовинске користи или незаконитог профита, добити, а тиме и моћи. Но, то није довољно, нити је примарни циљ криминалаца. Логично је да прибављена противправна имовинска корист, ако остаје скривена, у сфери илегалне активности, нема значаја за учиниоце таквих кривичних дела.

Стога су они принуђени да тако прибављену "прљаву", незаконито стечену имовину и друге облике имовинске користи "оперу", да им прибаве легалан основ стицања, да их пласирају у легалне привредне, новчане, банкарске, берзанске и друге сличне токове. То значи да криминалном активношћу прибављени новац и друге врсте имовинске користи ова лица покушавају да легализују, односно да их ставе у легални промет, оптицај (да им прибаве легални основ стицања). С друге стране, учиниоци оваквих криминалних дела имају потребу да прикрију право порекло оваквог "прљавог", илегално прибављеног новца или користи и тако избегну кривично гоњење и кажњавање. Увидевши опасност оваквих криминалних делатности појединаца и група које имају за циљ прање и прикривање новца и друге имовинске користи стечене вршењем кривичних дела, међународно, али и национално право предвиђају кривичну одговорност и кажњивост учинилаца за кривично дело "прања новца".

Да би се разне противправне делатности појединаца и група у оквиру међународног, транснационалног, организованог, прекограничног криминалитета спречиле, сузбиле и смањиле на друштвено прихватљив ниво, на међународном плану се приступило нормирању права и обавеза појединих држава у предузимању адекватних мера, средстава и поступака ради спречавања и сузбијања прања новца. Тако је донето више међународноправних аката којима су прецизиране недозвољене делатности и поједини облици и видови прања новца, као и мере, органи и поступања у појединим националним законодавствима у правцу стварања погодне правне основе за спречавање и сузбијање ове негативне друштвене појаве. На тај начин у међународном и европском кривичном праву прање новца добило статус самосталног кривичног дела.

## **2. Прање новца у универзалним међународним документима**

Схвативши реалну опасност од организованог криминалитета интернацио-налног карактера који не познаје политичке, државне и идеолошке границе међу народима и државама, међународна заједница је развила стратегију за борбу против најопаснијег облика савременог криминалитета – трговине опојним дрогама, нуклеарним супстанцама, људима, женама и децом, органима за пресађивање, оружјем итд. са чиме је у тесној вези и прање новца.

У том смислу је донето више међународноправних аката као што су (Јовашевић, Икановић, 2015:111-115): 1) Конвенција ОУН против недозвољене трговине опојним дрогама и психотропним супстанцијама (1988.године, Беч), 2) Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом (1990.године, Стразбур), 3) Директива за спречавање коришћења финансијског система у циљу прања новца (1991. Године), 4) Коминике настао као резултат договора шефова влада држава Комонвелта (1993.године, Кипар). Овом приликом је прање новца идентификовано као озбиљна претња финансијском систему широм света, 5) Конвенција УН против транснационалног организованог криминала (2000.године, Палермо), 6) Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма и 7) Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма (2005.године, Варшава).

Ови међународноправни акти (Degan, Pavišić, 2005:197-203) представљају правни основ за прописивање инкриминисаних понашања у вези са прањем новца у националном кривичном законодавству, те кривичних санкција за њихове учиниоце.

### **2.1. Бечка конвенција**

Бечка Конвенција ОУН против недозвољене трговине опојним дрогама и психотропним супстанцијама из 1988.године (коју је прихватила и бивша СФР Југославија)<sup>1</sup> предвиђа обавезу држава потписница да у свом националном законодавству активности везане за трговину опојним дрогама, као и за прање овако стеченог новца предвиде као кривично дело. Овом Конвенцијом је обезбеђена претпоставка за ефикасно супротстављање прању новца, а то је његова криминализација на начин осетљив на захтеве међународне заједнице. Овај значајан међународни документ је успоставио минималне стандарде ангажовања држава у сузбијању ових појава.

---

1 Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, 14/90.

У члану 3. Бечке конвенције је дефинисано кривично дело прања новца. Оно постоји када се са умишљајем (свесно и са намером) предузимају следеће активности : а) конверзија или трансфер имовине са знањем да је та имовина настала као резултат извршеног кривичног дела са циљем прикривања незаконитог порекла имовине, б) помагање било ком лицу које је умешано у извршење таквог кривичног дела да би се избегле правне последице ових активности, в) прикривање или сакривање праве природе, извора, локације, располагања и кретања изведених права власништва или имовине са знањем да је та имовина резултат извршеног кривичног дела, г) стицање, поседовање или употреба робе, предмета или друге вредности са знањем у време њиховог пријема да су настале као резултат неовлашћене трговине опојним дрогама и д) удруживање ради извршења, покушај, помагање, подстрекавање, олакшавање или саветовање да се изврши кривично дело трговине опојним дрогама, укључујући и прање новца.

На овај начин је кривично дело прања новца одређено различитим делатностима (у земљи и иностранству) које укључују и припремне радње, покушај и саучесништво (подстрекавање, помагање или организовање злочиначког удружења) као самосталне радње извршења. Тиме је широко постављена сфера кажњивих понашања која су изједначена са радњом извршења овог кривичног дела. Као битан, конститутивни елеменат кривичног дела прања новца сматра се постојања "знања, свести, намере или циља" као субјективних елемената психолошке природе на страни учиниоца у време извршења кривичног дела.

## **2.2. Палермо конвенција**

Проблемом предузимања ефикасних мера за спречавање и сузбијање прања новца бавила се и Палермо Конвенција УН против транснационалног организованог криминала из 2000. године са допунским протоколима : а) Протоколом за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом и б) Протоколом против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом. И ова Конвенција у члану 6. под насловом : "Криминализација прања добити стечене кроз криминал" одређује појам и карактеристике кривичног дела прања новца (Novoselec, 2001 : 3-5).

То је и логично јер се у кривичноправној литератури често истиче да је једна од основних значајки организованог криминала управо бављење прањем новца чланова криминалне групе који је нелегално стечен вршењем криминалних активности. При томе се као методе прања новца наводе : а) ручно прање – када чланови групе користе мање своте

новца за куповину добара и плаћање услуга за потребе криминалне организације, б) породична машина за прање новца – када група пере новац преко банака и других финансијских организација у складу са својим циљевима, в) заједничке веш машине – када више криминалних организација у саучесништву са банкарским, финансијским, берзанским и другим институцијама организују прање новца као сталну делатност и г) перионица – када организована криминална група нуди локалним криминалцима или мањим групама "услуге сервиса за прање новца". Такође је у члану 7. Палермо конвенције предвиђен и систем мера за борбу против прања новца.

### **3. Прање новца у европским документима**

У организовану међународну активност на спречавању и сузбијању различитих облика и видова испољављања кривичног дела прања новца укључиле су се и регионалне европске организације. У овим активностима предњаче : а) Европска унија и б) Савет Европе. У оквиру и под окриљем Савета Европе донети су изузетно значајни акти који одређују појам и елементе прања новца као кривичног дела. Они такође налажу свим државама чланицама ове регионалне организације да у своје национално кривично законодавство инкорпорирају обележја бића овог кривичног дела, те да одреде врсту и меру казне за његове учиниоце.

#### **3.1. Конвенција из Стразбура**

Тако је у оквиру Савета Европе у Стразбуру 1990. године донета Конвенција о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом (Раџић, 2006 : 354-367). Поред појмовног одређења прања новца као кривичног дела, ова Конвенција предвиђа низ мера опште и специјалне превенције које треба да примењују надлежни државни органи у циљу спречавања и сузбијања делатности појединаца и група у циљу прања незаконито стечене имовине, односно прикривања њеног порекла и извора<sup>2</sup>. Нешто касније, 2005. године у Варшави, донета је и Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма (Петровић, Јовашевић, 2010:89-94).

---

2 Савет Европе је још 1980. године донео препоруку No. P (80) 10 о мерама против трансфера и чувања новчаних средстава криминалног порекла. Данас се активности ове европске регионалне организације у борби против прања новца одвијају на три фронта : 1) као стандардни креатор – кроз усвајање одређених међународноправних аката – конвенција, смерница и препорука, 2) као контролор ефикасности мера за спречавање прања новца преко механизма MONEYVAL и 3) као пружалац техничке помоћи.

Обележја бића кривичног дела прања новца су и у актима Савета Европе одређена на готово идентичан начин као и Бечком конвенцијом. Једина разлика је предвиђена у регионалном акту где се тежи одузимању и конфискацији сваке имовинске добити која је стечена не само незаконитим делатностима везаним за опојне дроге, већ и другим врстама тешких кривичних дела као што су : а) тероризам, б) трговина белим робљем, в) трговина оружјем и г) кривичним делима којима се остварује велики профит. При томе је и у Европској (Стразбуршкој) конвенцији појам "прљавог новца" одређен као незаконит приход од било којег кривичног дела чиме је овај појам, претходно дат у Бечкој конвенцији, знатно проширен.

Тако је у члану 6. Европске конвенције одређено да се кривично дело прање новца састоји у умишљајном предузимању једне или више следећих делатности : а) конверзији или трансферу имовине уз знање да таква имовина представља приход од криминала с циљем прикривања или неистинитог приказивања незаконитог порекла имовине или помагању лицу које је укључено у чињење предикатног кривичног дела да избегне законске последице својих дела, б) прикривању или неистинитом приказивању правне природе, извора, места, употребе, кретања, права или својине у односу на имовину знајући да та имовина представља приход стечен чињењем кривичног дела, в) стицању, поседовању или коришћењу имовине са знањем у време пријема да таква имовина представља приход од кривичног дела и г) учествовању, удруживању или завери ради чињења, покушај чињења и помагање, подстицање или олакшавање и саветовање у циљу чињења било ког кривичног дела (Јовашевић, 2011: 148-149).

У смислу примене ове Конвенције предикатно кривично дело јесте оно дело којим је прибављена противправна имовинска корист, а која може бити предмет прања новца. Наиме, прање новца се и јавља као "супсидијарно" кривично дело јер је његово постојање зависно од претходно извршеног другог кривичног дела чији је училац мотивисан намером прибављања противправне имовинске користи или друге незаконите добити. У делу правне теорије се сматра да је потреба за инкриминацијом кривичног дела прања новца резултат немоћи државе (па и целе међународне заједнице) да се ефикасно супротстави криминалитету, посебно организованом транснационалном криминалитету, којим се остварује огромна финансијска моћ.

### **3.2. Варшавска конвенција**

И коначно, Савет Европе је 2005. године усвојио нову Конвенцију о прању новца, вођењу истраге, извршавању заплене и конфискације добити која

је стечена од криминалитета и финансирању тероризма. У Преамбули ове Конвенције је изричито наведено : "да је у савременом свету неопходна борба против тешких кривичних дела која постају озбиљан међународни проблем, а која захтева модерне и ефикасне методе на интернационалном нивоу". У члану 1. Конвенције је појам "добити" одређен као директно или индиректно добијена, вршењем кривичних дела, имовина у смислу материјалне и нематеријалне, покретне или непокретне имовине, хартија или средстава која говоре о власништву или интересу на таквој имовини.

У члану 9. је дат појам кривичног дела прања новца на исти начин као што то чини и раније донета Европска конвенција из 1990. године. Новина у односу на ранија решења се огледа у чињеници да се кривично гоњење за кривично дело прања новца може предузети и без обзира на чињеницу да ли је учинилац претходно осуђен за предикатно кривично дело из кога је уопште и настала незаконита добит.

### **3.3. Директиве о прању новца**

Активностима међународне заједнице у супротстављању прању новца придружила се и Европска унија. У том погледу су нарочито значајне две директиве Савета и Европског парламента : а) Директива (91/308/ЕЕЦ) Европских заједница о превенцији коришћења финансијског система за прање новца из 1991. године и б) Директива (2001/97/ЕЕЦ) која допуњује Директиву Савета Европских заједница о превенцији коришћења финансијског система за прање новца из 2001. године (Pavišić, Bupalović, 2013:128-131).

Директива (91/308/ЕЕЦ) Савета Европских заједница о превенцији коришћења финансијског система за прање новца из 1991. године (позната као "Директива о прању новца") промовисала је превентивни приступ у спречавању прања новца, па је финансијским и кредитним институцијама наметнуто низ обавеза и мера које треба да обезбеде благовремено и ефикасно откривање и доказивање различитих облика и видова прања новца у привредним активностима чиме би се "обезбедио интегритет и неупрљаност финансијског система". Директива полази од чињенице " да се прање новца јавља не само у погледу прихода од дроге, него и оних прихода који су стечени другим криминалним активностима" (Degan, Pavišić, Beširević, 2011:167-178).

У Преамбули ове Директиве се истиче да је неопходно да се проблем прања новца третира на нивоу Европске уније јер постојање јединственог тржишта и слободног кретања капитала и услуга могу бити искоришћени за прање новца који је резултат криминалне активности. Потребно је стога

да се на нивоу Уније усвоје одређене мере које ће омогућити координиране акције држава чланица. Ово ангажовање је, како у интересу појединих држава, тако и у општем интересу Уније јер увек када су финансијске и кредитне институције искоришћене за прање новца који је резултат криминалне активности, стабилност тих институција, као и поверење у финансијски систем у целини су озбиљно угрожени.

У члану 1. Директиве одређен је појам прања новца као "поступање које је учињено намерно у виду : а) конверзије или трансфера имовине са знањем да је она стечена криминалном активношћу или учествовања у таквој активности у циљу прикривања или маскирања незаконитог порекла имовине или помагања било ког лица које је умешано у вршење такве активности како би се избегле законске последице такве радње, б) прикривања или маскирања праве природе, извора, локације, диспозиције, кретања и права у погледу власништва имовине са знањем да је та имовина стечена криминалном активношћу или учествовањем у таквој активности, в) прибављања, поседовања или коришћења имовине са знањем у време њеног стицања да је она стечена криминалном активношћу или учествовањем у таквој активности и г) удруживања са другим лицима, покушаја чињења или помагања, подстицања, олакшавања или прикривања чињења било које наведене радње.

Имајући у виду међународни карактер прања новца од великог значаја за ефикасно функционисање међународне сарадње је и то што је у Директиви предвиђено да ће прање новца бити третирано као кривично дело и онда када су активности чији резултат је имовина коју треба опрати предузете на територији неке друге државе чланице Уније, тако и на територији неке треће државе. Наведни приступ у погледу пружања међународне правне помоћи је у потпуности преузет из Европске конвенције из 1990. године која је такође од држава потписница захтевала да у области супротстављања прању новца усвоји екстериторијални приступ за разлику од Бечке конвенција која овакав приступ није познавала. Уосталом такви се напори уклапају у солидарност међу државама у сузбијању и спречавању најопаснијих облика и видова криминалитета, посебно организованог карактера.

На исти начин у дефинисању појма, елемената и карактеристика прања новца као самосталног кривичног дела, поступа и Други протокол уз Конвенцију о заштити финансијских интереса европских заједница /ОЈ Ц 316/ из 1995. године који захтева криминализацију прања добити стечене финансијским утајама и другим кривичним делима ове врсте. Посебан значај у активностима Европске уније представља и Здружена акција



од 3. децембра 1998. године о прању новца, идентификацији, откривању, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом и средстава за њихово стицање.

У међувремену је у оквиру Европске уније донето више препорука или оквирних одлука које имају за циљ да интензивирају активности управљене на спречавање и сузбијање прања новца : а) Протокол о казненој одговорности правних лица, конфискацији имовине и прању новца од 19. јула 1997. године /ОЈ Ц 221/, б) Оквирна одлука Савета од 29. маја 2000. године о јачању заштите казнама и другим санкцијама за фалсификовање новца с обзиром на увођење Еура /ОЈ Л 140/, в) Оквирна одлука Савета од 28. маја 2001. године о борби против превара и фалсификовања безготовинских средстава плаћања /ОЈ Л 69/, г) Оквирна одлука Савета од 26. јуна 2001. године о прању, идентификацији, проналажењу, замрзавању, одузимању и конфискацији предмета и резултата кривичног дела /ОЈ Л 182/ и д) Оквирна одлука Савета од 22. јула 2003. године и спречавању корупције у приватном сектору /ОЈ Л 192/.

Коначно, Директива (2001/97/ЕЕЦ) која допуњује Директиву Савета Европских заједница о превенцији коришћења финансијског система за прање новца из 2001. године полазећи од чињенице да "прање новца има очити утицај на пораст организованог криминала, те да се борба против прања новца мора водити углавном казнама и у оквиру међународне сарадње судских и других органа за примену закона", у члану 1. на идентичан начин одређује прање новца, као и Директива из 1991.године. Ова Директива има за примарни циљ осавремењавање међународних инструмената за борбу против прања новца, као и успостављање високих стандарда заштите финансијског сектора.

Појам прања новца је дат у члану 1. ове Директиве : као намерно чињење следећих активности : а) конверзије или преноса имовине за коју се зна да потиче од криминалне активности или из било ког акта учешћа у таквој активности са сврхом прикривања или лажног приказивања незаконитог порекла имовине, б) помагање било ком лицу које је укључено у извршење такве активности да би избегло правне последице своје активности, в) прикривање праве природе, извора, локације, располагања, кретања права, односно власништва на имовини за коју се зна да потиче од криминалне активности или акта учешћа у таквој активности, г) стицање, држање или употреба имовине за коју се зна у време њеног пријема да та имовина потиче од криминалне активности или акта учешћа у таквој активности и д) учествовање у извршењу, удруживање ради извршења, покушај

извршења, помагање, подстицање, доприношење или саветовање да се изврши нека од наведених активности.

Као криминална активност, у смислу ове Директиве којом се прибавља имовина (која је предмет прања новца), сматра се сваки облик учешћа у остварењу тешког кривичног дела. При томе се, дакле, ово тешко кривично дело повезује са прикривањем (маскирањем) имовинске користи која је прибављена било којом врстом криминалне умешаности у вршење тешких кривичних дела, међу којима поред кривичних дела предвиђених чланом 3. Бечке конвенције из 1988.године, улазе и следећа кривична дела : а) превара дефинисана у чл. 1 и 2. Конвенције о заштити финансијских интереса Европских заједница, б) корупција и в) прекршаји који могу донети знатне приходе, а који је кажњиви тешким казнама затвора у складу са кривичним законом држава чланице Уније.

Прекретницу у даљим активностима Европске уније у супростављању различитим облицима и видовима организованог криминалитета уопште, а посебно корупције и прања новца представља доношење Конвенције о заштити финансијских интереса Европске уније из 1995. године са два допунска протокола из 1996. и 1997. године (Selinšek, 2007:237).

#### **4. Прање новца у праву Србије**

Прање новца – одговорност и кажњивост - је у позитивном праву Србије уређено са два законска прописа. То су : а) Кривични законик (КЗ)<sup>3</sup> и б) Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма<sup>4</sup>.

##### ***4.1. Прање новца у Закону о спречавању прања новца и финансирања тероризма***

Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма из 2017.године у члану 2. одређује појам прања новца. Тако се прањем новца сматрају следеће детаности : а) конверзија или пренос имовине стечене извршењем кривичног дела, б) прикривање или нетачно приказивање праве природе, порекла, места налажења, кретања, располагања, власништва или права у вези са имовином која је стечена извршењем кривичног дела и в) стицање, држање или коришћење имовине стечене извршењем кривичног дела. Из наведене дефиниције произилази да и овај Закон на истоветан начин одређује појам, елементе, обележја бића и карактеристике кривичног дела прања новца као и Кривични законик.

---

<sup>3</sup> *Службени гласник РС*, 85/05.

<sup>4</sup> *Службени гласник РС*, 113/17. Овај Закон је ступио на снагу 1.априла 2018.године.

Но, овај је Закон отишао корак даље, па је у члану 3. одредио и садржину појмова који су инкорпорисани у кривично дело прања новца. Тако је према овим законским решењима објекта напада кривичног дела прања новца одређен као : а) имовина - ствари, новац, права, хартије од вредности и друге исправе у било ком облику, којима се може утврдити право својине и друга права, б) новац - готов новац (домаћи и страни), средства на рачунима (динарска и девизна) и електронски новац и в) физички преносива средства плаћања - готов новац, чекови, менице и друга физички преносива средства плаћања, платива на доносиоца.

Као радње извршења кривичног дела прања новца, овај је Закон изричито одредио : а) трансакцију - пријем, давање, замена, чување, располагање или друго поступање са имовином код обвезника, б) готовинску трансакцију - физички пријем или давање готовог новца и в) пренос новчаних средстава - било која трансакција која се најмање једним делом извршава електронским путем од стране пружаоца платних услуга у име платиоца, са циљем да та новчана средства буду доступна примаоцу плаћања код пружаоца платних услуга, без обзира на то да ли су платилац или прималац плаћања исто лице и да ли су платиочев пружалац платних услуга и пружалац платних услуга примаоца плаћања исто лице. При томе се као пружалац платних услуга може јавити : банка, институција електронског новца, платна институција, Народна банка Србије, Управа за трезор или други органи јавне власти у Републици Србији, у складу са својим надлежностима утврђеним законом, као и јавни поштански оператор са седиштем у Републици Србији, основан у складу са законом којим се уређују поштанске услуге.

У циљу спречавања и откривања извршених, покушаних или планираних кривичних дела прања новца Закон је у члану 5. предвидео низ превентивних радњи и мера које се предузимају пре, у току и након вршења трансакције или успостављања пословног односа. Те радње и мере обухватају следеће делатности : 1) познавање странке и праћење њеног пословања, 2) достављање информација, података и документације Управи за спречавање прања новца, 3) одређивање овлашћеног лица задуженог за извршавање обавеза из закона и његовог заменика, као и обезбеђивање услова за њихов рад, 4) редовно стручно образовање, оспособљавање и усавршавање запослених лица, 5) обезбеђивање редовне унутрашње контроле извршавања обавеза из овог закона, као и интерне ревизије ако је то у складу са обимом и природом пословања обвезника, 6) израду списка показатеља (индикатора) за препознавање лица и трансакција за које постоје основи сумње да се ради о прању новца, 7) вођење евиденција, заштита и чување података из тих евиденција, 8) спровођење мера из овог

закона у пословним јединицама и подређеним друштвима правног лица у већинском власништву обвезника у страним државама и 9) извршавање других радњи и мера на основу овог закона.

У обављању превентивних активности у борби против различитих облика и видова испољавања кривичног дела прања новца нарочито је наглашена улога Управе за спречавање прања новца, поред Пореске управе, Управе царина, те редовних органа кривичног правосуђа (полиције, јавног тужилаштва и судова опште и посебне надлежности). Управа за спречавање прања новца (члан 72.) образује се као орган управе у саставу министарства надлежног за послове финансија. Она обавља финансијско-информационе послове као што су : прикупљање, обрада, анализирање и прослеђивање надлежним органима информација, података и документације коју је прибавило у обављању својих надлежности и врши друге послове који се односе на спречавање и откривање прања новца.

## **4.2. Прање новца у Кривичном законнику**

### **4.2.1. Појам и елементи кривичног дела**

На бази наведених међународних и европских стандарда у области сузбијања финансијског криминалитета и Кривични законик Републике Србије<sup>5</sup> из 2005. године (после новеле из 2016.године)<sup>6</sup> у двадесетдругој глави под називом: “Кривична дела против привреде”, у члану 245. прописује кривично дело: “Прање новца”<sup>7</sup>. Ово дело (Simović, Simović, Todorović, 2015:135) се састоји у конверзији или преносу имовине за коју се зна да потиче од криминалне делатности у намери да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине, у прикривању или лажном приказивању чињеница о имовини за коју се зна да потиче од криминалне делатности или у стицању, држању или коришћењу имовине за коју се зна у тренутку пријема да потиче од криминалне делатности. При одређивању овог кривичног дела у редакцији Законика из 2005.године сходно одредби члана 231. је стајало “имовине која потиче од кривичног дела (Ђорђевић, Ђорђевић, 2016:173-174).

---

5 *Службени гласник РС*, 85/05, 88/05, 107/05, 72/2009, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.

6 *Службени гласник РС*, 94/16.

7 Ово кривично дело се у ранијем Казненом закону Хрватске из 1997.године (*Narodne novine*, .110/97, 27/98, 129/00, 51/01, 105/2004, 84/05, 71/06 i 110/07) називало у члану 279. – “Прикривање протузаконито добијеног новца”. Нови Казнени закон Хрватске из 2011.године (*Narodne novine*, 125/11, 144/12, 56/15 i 61/15) ово кривично дело у члану 265.назива : “Прање новца”.

У теорији се сматра да се у основи ове инкриминације налази немоћ државе да благовремено и ефикасно открије раније већ извршено кривично дело (једно или више) којим је прибављена противправна имовинска корист (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007:628-630). Ово је дело Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма у члану 3.став 3б.одредио као претходно кривично дело, односно дело из кога је проистекла имовина која је предмет кривичног дела прања новца, без обзира на то да ли је оно извршено на територији Републике Србије или у иностранству.

Објект заштите кривичног дела прања новца је финансијски систем, а објект напада су новац и имовина који су прибављени криминалном делатношћу (вршењем кривичних дела, било самог учиниоца или другог лица, али не и вршењем других противправних делатности као што су : привредни преступи или привредни прекршаји). Као што смо видели Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма је у члану 3.одредио садржину појмова који чине објект напада кривичног дела прања новца. То су : а) имовина - ствари, новац, права, хартије од вредности и друге исправе у било ком облику, којима се може утврдити право својине и друга права, б) новац - готов новац (домаћи и страни), средства на рачунима (динарска и девизна) и електронски новац и в) физички преносива средства плаћања - готов новац, чекови, менице и друга физички преносива средства плаћања, платива на доносиоца.

Радња извршења се састоји из више алтернативно, законом предвиђених делатности (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004:667-669). То су, иначе, радње које предвиђа и Закон о спречавању прања новца и финансирању тероризма Србије, као и наведени универзални и регионални међународни документи (Бечка, Стразбуршка или Варшавска конвенција) :

1) конверзија (замена, трампа, размена) или пренос (теретни или бестеретни) незаконито стечене имовине у намери да се прикрије (прећути, несаопшти уопште или у одређеном времену) или лажно, неистинито прикаже њено незаконито порекло, без обзира да ли је ова намера у конкретном случају заиста и остварена,

2) прикривање или лажно приказивање чињеница о имовини за коју се зна да потиче од криминалне делатности. Овде се радња извршења предузима у односу на чињенице о "пореклу" незаконито стечене имовине, а не на саму ту имовину. Прећуткивање, несаопштавање је неуписивање правих података у пратећој документацији уз имовину или неупознавање (непосредно или посредно, на било који начин) другог, овлашћеног лица са подацима о пореклу имовине, чиме се онемогућава надлежним органима да уопште или благовремено дођу до сазнања о незаконитом пореклу

имовине. Лажно, неистинито приказивање у целости или делимично чињеница о незаконитој имовини која потиче од криминалне делатности је усмено или писмено несаопштавање, односно чињење недоступним надлежним органима да уопште или да благовремено дођу до сазнања о незаконитом пореклу имовине чиме јој се даје "легалан основ стицања" и

3) стицање, држање или коришћење имовине за коју се зна у тренутку пријема да потиче од криминалне делатности. Стицање (прибављање, набављање) је свака делатност којом се долази у посед, у државину незаконито стечене имовине. Држање је само поседовање овакве имовине, њена (непосредна или посредна) државинска, фактичка власт, притежање, на одређеном простору за одређено време од стране учиниоца дела. Коришћење незаконите имовине је њена употреба, стављање у промет, у оптицај на било који начин, најчешће за плаћање робе или услуга (Turković et al., 2013:336-340). Битно је за постојање ове радње да учинилац у време долажења у посед (у тренутку пријема) поседује свест о незаконитом пореклу такве имовине, односно да се ради о имовини која потиче од криминалне делатности.

За постојање овог кривичног дела је битно испуњење још два конститутивна елемента. То су : 1) да учинилац радњу извршења предузима са знањем (са свешћу) да се ради о новцу или имовини који потичу од криминалне делатности (без обзира да ли зна правну квалификацију конкретног кривичног дела, да ли је он или неко друго лице учинилац таквог "претходног" кривичног дела, да ли зна његовог учиниоца и где је дело учињено - у Србији или у иностранству) и 2) да на страни учиниоца у време извршења дела постоји намера да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине која потиче од криминалне делатности (Јовашевић, 2017:172-174).

Извршилац дела може да буде свако лице (како лице које је преузело криминалну делатност којом су новац или имовина као објект "прања" прибављени, тако и свако друго лице), као и одговорно лице у правном лицу.

У погледу кривице потребан је директни умишљај који квалификују: а) свест, знање учиниоца да новац и имовина потичу од криминалне делатности и б) намера учиниоца да прикрије (прећути) или лажно (у целости или делимично, неистинито, супротно објективној стварности) прикаже "незаконито порекло имовине.

За ово је дело кумулативно прописана казна затвора од шест месеци до пет година и новчана казна. Уз казну се учиниоцу дела обавезно изриче и мера безбедности одузимања предмета (члан 87. КЗ) – новца и имовине који потичу од криминалне делатности.

#### *4.2.2. Облици испољавања кривичног дела*

Кривично дело из члана 245. КЗ има два лакша (привилегована) и два (квалификована) облика испољавања.

Лакши облици овог дела за која Законик прописује блаже кажњавање одређени су блажим обликом кривице – нехатом на страни учиниоца у време предузимања радње извршења.

Тако први лакши облик дела (став 5.) постоји ако је радњу извршења предузело лице које није знало да новац или имовина представљају приход остварен криминалном делатношћу, али је то могло и било дужно да зна. Облик кривице у виду несвесног нехата представља околност за коју закон прописује блаже кажњавање – казну затвора до три године.

Други лакши облик дела (став 6.) карактеришу два елемента . То су : а) својство учиниоца дела у виду одговорног лица у правном лицу и б) облик кривице учиниоца у виду свесног и несвесног нехата – који Законик одређује ако је учинилац знао или могао и био дужан да зна да новац или имовина представљају приход остварен криминалном делатношћу. За ово дело се учинилац кажњава врстом и мером казне која је прописана за облик кривичног дела прања новца које је учинило одговорно лице у правном лицу. Одговорним лицем у правном лицу у смислу члана 112. тачка 5. КЗ сматра се лице које на основу закона, прописа или овлашћења врши одређене послове управљања, надзора или друге послове из делатности правног лица, као и лице коме је фактички поверено обављање тих послова (Јовашевић, 2017:319).

Но, кривично дело прања новца из члана 245. има и два тежа, квалификована облика испољавања, за која је прописано поштрено кажњавање.

Први тежи облик дела (став 2.) постоји ако је радња извршења предузета у односу на новац и имовину чија вредност прелази износ од 1.500.000 динара. Вредност објекта на коме се врши радња кривичног дела у било ком облику испољавања представља квалификаторну околност. Она се утврђује према тржишним условима у време предузимања радње извршења. За ово је дело кумулативно прописана казна затвора од једне до десет година и новчана казна.



Други тежи облик дела (став 4.) за који је кумулативно прописана казна затвора од две до дванаест година и новчана казна постоји ако је радња извршења предузета у групи. Групу у смислу члана 112. тачка 22. КЗ чине најмање три лица која су повезана ради трајног или повремениог вршења кривичних дела која не мора да има дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру (Ђорђевић, 2011:125-126).

## 5. Закључак

У структури националног, али организованог криминалитета преовладава криминалитет управљен на штету имовине других физичких и правних лица (па чак и читавих држава), при чему појединици, групе и читаве организације поступају у вршењу своје криминалне делатности вођени намером прибављања противправне имовинске користи. Но, то није довољно, па тако прибављени "прљави" новац или другу имовину ова лица покушавају да легализују, односно да их ставе у легални промет, оптицај (да им прибаве легални основ стицања). С друге стране, учиниоци оваквих криминалних дела имају потребу да прикрију право порекло оваквог новца или имовине која потиче од криминалне делатности. Стога се на међународном и националном нивоу увидела опасност од оваквих криминалних делатности појединаца и група које имају за циљ прање и прикривање новца и друге имовине који потичу од криминалне делатности (вршењем кривичних дела). Тако међународно право, као и поједина национална законодавства предвиђају кривичну одговорност за прање новца као кривично дело запређено строгим казнама чији је циљ спречавање и сузбијање оваквих друштвено опасних делатности.

Пошто циљ учинилаца кривичних дела није непосредно прибављање противправне имовинске користи, јер ако она остане скривена, у сфери илегалне активности, нема значаја за учиниоце претходних кривичних дела. Стога су они принуђени да свој или туђи "прљаво, незаконито, илегално" прибављени новац или имовину "оперу", да им прибаве легалан основ стицања, да их пласирају у легалне привредне, новчане, банкарске, берзанске, финансијске, трговачке и друге сличне токове. То значи да криминалном активношћу прибављени новац и другу имовину ова лица покушавају да легализују, односно да их ставе у легални промет, оптицај (да им прибаве легални основ стицања).

С друге стране, учиниоци претходних кривичних дела којима су прибављени новац или имовина на незаконит начин имају потребу да прикрију право порекло оваквог "прљавог", илегално прибављеног новца или користи и тако избегну кривични прогон и кажњавање. Да би се разне недозвољене,

противправне делатности појединаца и група предупредуиле, спречиле, сузбиле и смањиле на друштвено прихватљив ниво, на међународном нивоу се приступило нормирању права и обавеза држава у предузимању адекватних мера, средстава и поступака ради спречавања и сузбијања прања новца. У том циљу је донето више универзалних и регионалних међународних докумената којима су прецизиране недозвољене делатности и поједини облици и видови испољавања прања новца, као и мере, органи и поступање у националним законодавствима у правцу стварања погодне правне основе за спречавање и сузбијање ове негативне друштвене појаве.

Тако је и у Републици Србији доношењем Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма (из 2009. и 2017. године), као и Кривичног законика (у групи привредних кривичних дела) прописано кривично дело прања новца у основном, лакшим и тежим облицима испољавања за које су кумулативно прописане : казна затвора, новчана казна и мера безбедности одузимања новца и имовине. Иначе, ово кривично дело се састоји у конверзији или преносу имовине за коју се зна да потиче од криминалне делатности у намери да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине, у прикривању или лажном приказивању чињеница о имовини за коју се зна да потиче од криминалне делатности или у стицању, држању или коришћењу имовине за коју се зна у тренутку пријема да потиче од криминалне делатности.

### Литература/References

Degan, V.Đ., Pavišić, B. (2005). *Međunarodno kazneno pravo*. Rijeka : Pravni fakultet.

Degan, V.Đ., Pavišić, B., Beširević, V. (2013). *Međunarodno i transnacionalno krivično pravo*. Београд : Službeni glasnik.

Ђорђевић, Ђ. (2011). *Кривично право. Посебни део*. Београд : Криминалистичко-полицијска академија.

Ђорђевић, М., Ђорђевић, Ђ. (2016). *Кривично право*. Београд : Пројурис.

Јовашевић, Д. (2017). *Кривично право. Посебни део*. Београд : Досије.

Јовашевић, Д. (2011). *Међународно кривично право*. Ниш : Правни факултет.

Јовашевић, Д., Икановић, В. (2015). *Међународно кривично право*. Бања Лука : Универзитет Апеирон.

Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004). *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*. Cetinje : Obod.

*Narodne novine*. Br. 110 (1997), 27 (1998), 129 (2000), 51 (2001), 105 (2004), 84 (2005), 71 (2006) i 110 (2007).

*Narodne novine*. Br. 125 (2011), 144 (2012), 56 (2015) i 61 (2015).

Novoselec, P. (2001). *Gospodarska kaznena djela*. Zbornik radova, *Aktuelna pitanja kaznenog zakonodavstva* (str.3-5). Zagreb : Pravni fakultet.

Pavišić, B. (2006). *Kazneno pravo Vijeća Europe*. Zagreb : Golden marketing.

Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb : Narodne novine.

Pavišić, B., Bubalović, T. (2013). *Međunarodno kazneno pravo*. Rijeka : Pravni fakultet.

Petrović, B., Jovašević, D. (2010). *Međunarodno krivično pravo*. Sarajevo : Pravni fakultet.

Selinšek, Lj. (2007). *Kazensko pravo. Splošni del in osnove posebnega dela*. Ljubljana : GV Založba.

Simović, M., Simović, M., Todorović, Lj. (2015). *Krivični zakon Bosne i Hercegovine*. Sarajevo : Fineks.

*Службени гласник РС*. Бр. 85 (2005), 88 (2005), 107 (2005), 72 (2009), 111 (2009), 121 (2012), 104 (2013), 108 (2014) и 94 (2016).

*Службени гласник РС*. Бр. 94 (2016).

*Службени гласник РС*. Бр. 113 (2017).

*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 14 (1990).

Turković, K.et al. (2013). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb : Narodne novine.

**Dragan Jovašević, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**MONEY LAUNDERING IN INTERNATIONAL LAW  
AND SERBIAN CRIMINAL LAW**

**Summary**

*In the contemporary world, the predominant form of criminality at both national and international level are crimes against property of natural and legal persons, as well as crimes against property owned by the state. When committing these crimes, individuals, groups and organizations perform their criminal activities with intention to obtain illegal material gain. Considering it insufficient, the offenders try to “legalize” the money and other illicitly obtained financial gain, i.e. to put the illegal proceeds into legal circulation in order to “create” a legal ground for their acquisition. On the other hand, the perpetrators of these criminal offences also need to conceal the real sources (or origin) of illicitly obtained money and material gain. Individual states as well as the entire international community have recognized the imminent danger arising from these criminal activities, committed by groups and individuals involved in money laundering and hiding the money and other illegally obtained financial gain. Accordingly, international law and the national criminal law of Serbia prescribe the criminal offence of money laundering, which entails criminal liability and strict punishment aimed at preventing and suppressing these socially dangerous activities.*

**Keywords:** *criminal offence, money laundering, property, concealing the illicit source, legal ground, putting proceeds into legal circulation, criminal liability, punishment, international standards, Serbia.*



**Др Душица Миладиновић Стефановић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880217M

UDK: 343.62-055.2  
Раđ примљен: 30.09.2018.  
Раđ прихваћен: 23.10.2018.

## **КРИМИНАЛИЗАЦИЈА ПРИНУДНОГ ЗАКЉУЧЕЊА БРАКА – ИСКУСТВА ПОЈЕДИНИХ ЕВРОПСКИХ ЗЕМАЉА\*\***

**Апстракт:** Принудно закључење брака представља склапање брака противно вољи једне или обеју страна, настало услед примене принуде. У питању је веома комплексан друштвени феномен, који може бити повезан са појединим обичајним, религијским и традиционалним праксама, као што су уговорени и рани, односно дечји бракови, али и са другим облицима друштвене патологије, попут убистава из части, насиља у породици или трговине људима. Данас је уобичајно да се примена принуде у циљу закључења брака посматра као облик нарушавања људских права, тј. права на слободно одлучивање о закључењу брака, које је гарантовано многим међународним документима, почевши од Универзалне декларације УН о људским правима из 1948. године. Посебно би требало нагласити да поједини међународни акти – Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Истанбулска конвенција) и Директива 2011/36 ЕУ о спречавању и сузбијању трговине људима и заштити жртава, изричито налажу криминализацију поменутог понашања. У том смислу, предмет истраживања у овом раду представљају следећа питања: како су различите државе извршиле преузете обавезе, да ли су предвиделе посебне, самосталне инкриминације, да ли су модификовале неке од постојећих или нису вршиле никакве измене пошто се поменуто понашање већ може

\* dusica@prafak.ni.ac.rs

\*\* Раđ је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (евиденциони број 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

*подвести под неко од дела; на који начин су дефинисале новоуведена или редефинисале постојећа дела; каква су искуства у њиховој примени.*

**Кључне речи:** *принудно закључење брака, Истанбулска конвенција, Директива 2011/36 ЕУ, кривична законодавства европских земаља.*

## 1. Уводна разматрања

Принудно закључење брака се уопштено може одредити као закључење брака противно вољи једне или обеју страна, настало услед примене принуде. У питању је веома сложена друштвена појава, која може бити повезана са појединим обичајним и традиционалним праксама, као што су уговорени, рани односно дечји бракови, уз ограду да се између наведених појава не може увек поставити знак једнакости (Sabbe, Temmerman, Brems, Leye, 2014: 173, Ganoli, Mc Carry, Razak, 2009: 418–429, Enright, 2009: 331–359, Beck-Gersheim, 2011: 63–65). Такође, и у теорији и у пракси уочено је да се принудно закључење брака јавља као сегмент шире друштвене патологије, јер често „иде под руку“ са насиљем у породици, исто као што се може појавити и као један од циљева или облика експлоатације у оквиру трговине људима (Mattar, 2002: 730, Мијалковић, 2005: 39, Chantler, 2012: 178). Поред наведеног, примећено је и да једним делом тзв. убистава из части настају управо због тога што је жртва укаљала част мушкарца или читаве породице тиме што није пристала на закључење брака (Gill, 2006: 1–12, Idriss, 2015: 687–689, Sabbe et al, 2014: 172, Yurdakul, Korteweg, 2013: 204–214).

Данас је уобичајно да се принудно закључење брака посматра као облик кршења људских права, тј. права на слободно одлучивање о закључењу брака. Ово право је препознато већ у Универзалној декларацији о људским правима из 1948. године, која прокламује да пунолетни мушкарци и жене, без икаквих ограничења у погледу расе, држављанства или вере, имају право да склопе брак и да оснују породицу, при чему се посебно истиче да су они равноправни приликом склапања брака, за време његовог трајања и приликом развода.<sup>1</sup> Декларацијом је изричито наведено да се брак склапа само уз слободан и потпун пристанак будућих супружника.<sup>2</sup> Конвенцијом

---

1 Чл. 16 Универзалне декларације о људским правима, Резолуција Генералне скупштине УН 217 А (III) од 10. децембра 1948. године, [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/eng.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf), приступ 17. 2. 2018. године.

2 *Idem.*



УН о престанку на брак, минималним годинама за закључење брака и регистрацији брака, уз позивање на одредбе Универзалне декларације, одређено је да се ниједан брак законски не сме закључити без потпуне и слободне сагласности обе стране, изражене пред надлежним државним органом и сведоцима, на начин прописан законом.<sup>3</sup> И Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима бавио се овим питањем, прописујући да се у брак може ступити само по слободном престанку будућих супружника.<sup>4</sup> Међународни пакт о грађанским и политичким правима садржи сличну одредбу, по којој се никакав брак не може закључити без слободног и пуног престанка будућих супружника.<sup>5</sup> Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена (CEDAW) гарантује женама једнако право на слободан избор брачног друга и склапање брака само по слободној вољи и уз потпуну сагласност.<sup>6</sup> Листи значајних извора треба додати и акте регионалног карактера. Док Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода уопштено јемчи право на склапање брака,<sup>7</sup> Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Истанбулска конвенција), донета ради заштите жена од свих облика насиља и дискриминације, у оквиру сложеног механизма различитих инструмената који се налазе у функцији њиховог остваривања, као „последњу линију одбране“ предвиђа и инкриминисање појединих понашања, укључујући и принудни брак.<sup>8</sup> По Истанбулској конвенцији, принудни брак се састоји у присиљавању одраслог лица или детета да ступи у брак, при чему је посебно постављена обавеза за стране уговорнице да као радњу дела предвиде и намамљивање одраслог лица односно детета на територију стране државе, која не представља државу њиховог боравишта, с циљем принуде на ступање у брак. У контексту

3 Чл. 1 ст. 1 Конвенције, 176А (XVII) од 7. новембра 1962. године. Преузето са <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/convention.pdf>, приступ 17. 2. 2018. године.

4 Чл. 10, ст. 1, Закона о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71.

5 Чл. 23, ст. 3, Закона о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71.

6 Чл. 16, ст. 1 Закона о ратификацији Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/81.

7 „Мушкарци и жене одговарајућег узраста имају право да ступају у брак и заснивају породицу у складу с унутрашњим законима који уређују вршење овог права“, чл. 12 Закона о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03, 5/05, 7/05-исправка и *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/10.

8 Чл. 37 Закона о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, *Службени гласник РС*, бр. 12/13. О осталим инкриминацијама видети више у Миладиновић Стефановић, 2017: 231-252.

међународног оквира, требало би поменути и Директиву 2011/36 ЕУ о спречавању и сузбијању трговине људима и заштити жртава, пошто је њоме проширен концепт овог кривичног дела, тиме што је раније предвиђеним облицима експлоатације придодато и принудно закључење брака.<sup>9</sup>

Државе су на различите начине покушале да се изборе са наведеном појавом, не само интервенцијом у области кривичног права, која представља превасходни предмет проучавања у овом раду, већ и изменом имиграционих прописа, пошто се принудни брак често јавља и као средство у функцији злоупотребе права на јединство породице. Један од таквих примера је Данска, која је овако реаговала на појаву да родитељи силом одводе децу у земље свог порекла како би их тамо присилно венчали, обично за старије партнере којима тако омогућавају долазак у Данску. Она је у више наврата, у периоду од 1998. до 2002. године, мењала своје прописе, подижући старосну границу супружника из Данске до 24 године (полазећи од претпоставке да су старија лица мање подложна притиску да склопе брак), али и тражећи да се докаже да је брак добровољно закључен, да оба супружника имају финансијску независност, као и да је њихова веза са Данском јача него са било којом другом земљом (Dauvergne, Millbank, 2010: 7). За разлику од тога, власти у Норвешкој су најпре пошле од претпоставке да либерализација имиграционе политике може да спречи ширење принудних бракова. У том смислу, она је 1995. године донела Акциони план против принудних бракова, који је иницијално садржао мере усмерене на бољу и ширу интеграцију деце из мигрантских породица у друштво (више о томе у Razack, 2004: 155–158). Убрзо је дошло до заокрета – нов акциони план из 2002. године задржао је мере образовног типа, али уз увођење новог правца реаговања, веће контроле имиграционих процеса. Тако је за спајање породице и давање „брачних“ виза постављено више услова: старост супружника из Норвешке од 23 године, његово финансијско стање које гарантује издржавање супружника из иностранства, обавеза оба партнера да дају изјаву да су у брак ступили добровољно и да свако од њих може да тражи развод брака (Razack, 2004: 159). Међутим, оно што је код поменутих и других сличних примера из имиграционог законодавства спорно, јесте чињеница да се они могу сматрати нарушавањем права на приватни и породични живот, које је гарантовано чл. 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.<sup>10</sup>

У даљем излагању биће обрађена кривична законодавства појединих европских земаља, прецизније, законодавства Немачке, Велике Британије

9 Видети чл. 11, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:EN:PDF>, приступљено 17. 2. 2018. године.

10 Више о приговорима и недостацима овог решења видети у Sabbe et al, 2014: 179–182.

и Француске. Може се поставити питање како је пао избор баш на наведена, а одговор је једноставан – у питању су државе за које је општепознато да имају велике мигрантске заједнице, у којима је и најприсутнији проблем принудног закључења брака.

## 2. Принудни брак у кривичном законодавству Немачке

Проблем принудних бракова се у Немачкој, као уосталом и у другим европским државама, углавном везује за мигрантске заједнице, и он дуго није привлачио посебну пажњу, са оправдањем да немешање у породична питања миграната утиче на очување мултикултуралности друштва (Braun, 2015: 846). Иако распрострањеност принудног закључења брака није детаљније истраживана, постојале су неке оквирне процене од стране Савезног министарства за породицу, старе, жене и омладину (*Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend*) да се на годишњем нивоу дешава између 1.000 и 3.500 случајева, уз наглашену резерву да је веома тешко доћи до реалних бројки (Braun, 2015: 847). Поред тога, и медијско извештавање о трагичним случајевима, који су се завршили убиством ради очувања породичне части, утицало је на то да се почетком 2000-их у више немачких држава покрене иницијатива за промену кривичног законодавства.<sup>11</sup> Новелирање је извршено у два наврата, најпре 2005. године, тако што је принудно закључење брака проглашено посебним обликом кривичног дела принуде, а потом и 2011. године, када је установљено самостално кривично дело принудни брак (*Zwangsheirat*), које је сврстано у групу кривичних дела против личне слободе.<sup>12</sup> Ово дело чини лице које незаконито принуди другог, силом или претњом озбиљним злом, да закључи брак, за шта је запређена казна затвора од шест месеци до пет година. Други облик настаје када учинилац, у циљу принудног закључења брака, силом или претњом озбиљним злом или обманом, превози друго лице или на други начин проузрокује да оно напусти територију Савезне Републике Немачке, или када на исти начин друго лице спречи да се врати на територију Савезне Републике Немачке. По изричитој одредби кажњив је и покушај овог дела, а за тзв. мање озбиљне случајеве прописана је казна затвора до три године или новчана казна.

У немачкој теорији кривичног права дело је изазвало бројне контраверзе. Тако је као споран означен већ сам назив дела, јер се законодавац определио за колоквијални „принудни брак“, а не за неку, правно посматрано,

---

11 Више о предисторији законских измена у Yurdakul, Kortweg, 2013: 208.

12 Чл. 237 Казненог законика (Strafgesetzbuch, скраћено StGB). Текст преузет са <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb>, приступ 2. 3. 2018. године.

„чистију“ могућност, попут „принуде на закључење брака“ (Valerius, 2011: 431). Надаље, није прецизирано да ли се овде ради о грађанском браку по немачком праву, или узбир долазе и бракови које немачко право не признаје, попут различитих облика верских бракова, али и других заједница које су сличне браку. Ако би се избацили бракови који нису признати, тиме се не би решио проблем и била би доведена у питање криминално-политичка улога инкриминације, јер истраживања показују да у пракси трећина свих принудних бракова припада категорији чисто верских бракова, посебно категорији „имам“ или „синти“ бракова (Braun, 2015: 855–856). То је и разлог тињајуће полемике у немачкој кривичноправној теорији. Има присталица ширег схватања, које би обухватило све облике брака и друге заједнице сличне браку, док опоненти истичу да уже тумачење не оставља жртве принуђене на закључење чисто верског брака без икакве правне заштите, како се њихов проблем може квалификовати као кривично дело принуде (Braun, 2015: 856, Valerius, 2011: 432).

Приликом анализе дела не сме остати непримећено да се, према језичком тумачењу, први облик може сматрати свршеним тек када је дошло до закључења брака, што би могло да представља слабу тачку ове инкриминације. Међутим, системским тумачењем долази се до закључка да је и случај када примењена принуда није дала резултат, тј. када брак није закључен, ипак обухваћен, како је покушај дела, на основу посебне одредбе, кажњив, те у овом смислу постоји сагласност са захтевима из Истанбулске конвенције.<sup>13</sup>

Дело карактерише посебан начин извршења, примена силе или претње озбиљним злом. Сила у немачком праву подразумева примену физичке снаге према жртви (попут ударања, дављења, шутирања итд.), али се под овај појам подводе и понашања према стварима, попут задржавања телефона или лаптопа жртве и слично, не би ли се она спречила да позове помоћ (Braun, 2015: 857). Што се претње тиче, поред тога што се она мора односити на озбиљно зло, неопходно је да лице које прети буде истовремено и лице које ће остварити претњу или које има утицај на њено остваривање, уколико жртва не буде поступила на тражени начин (Braun, 2015: 856). То значи да, ако се ставља у изглед зло на које учинилац никако не може да утиче, уколико над извршењем нема никакву контролу, нема претње у кривичноправном смислу. Међутим, поједина емпиријска истраживања су показала да закључењу брака без слободно датог пристанка често не

---

13 Немачка је још 2011. године потписала Истанбулску конвенцију, али је до њене ратификације дошло знатно касније, тек 2017. године, а ступила је на снагу 1. 2. 2018. године. Наведено према <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures>, приступ 2. 3. 2018. године.

претходи претња у правном смислу те речи, већ суптилни притисци, као на пример када мајка уверава ћерку да ће временом завоleti нежељеног партнера, или када јој отац каже да је венчање заказано и да ће се одржати хтела то она или не (Yerlikaya, Çakir-Ceylan, 2011: 208). Иако се не чини да је овакав притисак није довољан да би некога натерао на нежељени брак, треба за тренутак изаћи из сопствене визуре. Наиме, не треба заборавити да се овакве ствари дешавају у веома конзервативним заједницама, да погађају особе које су расле под пресијом и ауторитарним утицајем родитеља, и које се, колико год се не слагале са браком, вероватно уопште неће побунити.<sup>14</sup> Укратко речено, то значи да је инкриминисање принудног брака може да представља само један од инструмената у функцији остваривања права на слободно одлучивање о закључењу брака, и да су неопходни и неки другачији облици друштвене реакције.

У немачкој теорији је, такође, указано и на друге проблеме у вези са принудним закључењем брака. Тако је упозорено да ће у пракси бити веома тешко разграничити саизвршилаштво и саучесништво у ужем смислу, пошто у принудном закључењу брака често учествују различити чланови породице или шире родбине са испреплетаним активностима (Yerlikaya, Çakir-Ceylan, 2011: 208). Како квалификовати понашање мајке која прети ћерки, да ли она поступа самостално или само преноси речи свог супруга, и да ли притом поступа добровољно или је и сама у страху од последица ако се не повинује мужевљевој наредби? Дефинитивно се може рећи да све ово представља деликатно питање на које је посебно изазовно одговорити у патријархалним породицама са израженом неравнотежом моћи између женских и мушких чланова.

Кратак осврт на дело принудног закључења брака не би био потпун без запажања о томе како се оно примењује у пракси. Подаци за период од 2011. до 2015. године показују да је на годишњем нивоу број пријава јако низак (просечно око 50–60, што указује на високу тамну бројку), као и да није забележена ниједна осуђујућа пресуда за ово кривично дело (Braun, 2015: 860 и 862). Разлози за то нису истраживани, али су вероватно слични као и у другим земљама: жртве оклевају да пријаве чланове своје породице, не само због емотивне повезаности, већ и због тога што би на тај начин изгубиле издржавање, наишле на осуду и социјалну изолацију од стране сународника, при чему још увек нису довољно интегрисане у шире друштво и слично. То је и разлог што су власти у Немачкој покушале

---

14 Они који су одрасли у другачијој средини се можда не могу поистоветити са примерима карактеристичним за строго патријархалне заједнице, али то не значи да се не могу пронаћи у другом типу суптилног притиска, рецимо кроз постављање ултиматума од стране партнера – или брак или раскид (Valerius, 2011: 433).

са допунским мерама, увођењем посебне линије за жене жртве насиља и посебном едукацијом просветних и социјалних радника, мада се истиче да то није довољно и да је потребно формирати централно владино тело које би координирало све активности (Braun, 2015: 866–867).

### 3. Кривично законодавство Велике Британије

Настојања државних власти у Великој Британији да се изборе са проблемом принудног закључења брака могу се пратити у неколико фаза.<sup>15</sup> Она су најпре обухватила извесне интервенције у области грађанског права, усвајањем посебног Закона о грађанској заштити од принудног закључења брака (*Forced Marriage Civil Protection Act*, скраћено *FMCPA*) 2007. године.<sup>16</sup> Иако се чини да грађанскоправни аспект заштите представља дигресију у односу на изабрани предмет истраживања, он не сме бити заобиђен, што ће постати јасније из даљег излагања. Овим законом је омогућено суду да изрекне тзв. заштитне налоге (*forced marriage protection order*, скраћено *FMPPO*), чији је циљ двострук – да се спречи принудно закључење брака, као и да се помогне лицима која су већ закључила брак под принудом. Законом су прописани одређени стандарди о којима суд мора да води рачуна приликом избора налога, а ради се о здрављу, безбедности и благостању жртве (чл. 63А, тач. 3). Требало би поменути и делове аутентичног тумачења, на пример појам лица принуђеног на закључење брака или појам силе, како се они другачије одређују него у кривичном праву (чл. 63А, тач. 4–6). Тако се неко лице има сматрати принуђеним ако би до закључења брака дошло без његове слободне и пуне сагласности (формулација на коју наилазимо и у низу међународних аката, о чему је већ било речи), док сила (*force*) укључује и коришћење претњи, али и других психолошких средстава. По својој садржини, налози могу бити одређене забране, ограничења или захтеви, а њихова примена долази у обзир не само према лицима која примењују принуду, већ и према њиховим помагачима и подстрекачима (чл. 63В). Занимљиво је да садржина налога није, осим претходно наведене одреднице, прецизније дефинисана законом, а иста је ствар и са њиховим трајањем, при чему се у теорији наводи да је логика оваквог решења широка могућност прилагођавања сваком конкретном случају (Idriss, 2015: 689). У

---

15 Интересовање медија, а потом и политичка дебата иницирани су убиством из части. *Rukhsana Naz*, која је побегла из принудног брака и започела везу са другим мушкарцем са којим је чекала дете, убијена је од стране чланова своје породице 1999. године. О осталим случајевима који су побудили пажњу више у Anitha, Gill, 2009: 165–166.

16 [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/20/pdfs/ukpga\\_20070020\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/20/pdfs/ukpga_20070020_en.pdf), приступљено 2. 3. 2018. године. Више о медијском извештавању које је допринело да се држава заинтересује за овај проблем у Anitha, Gill, 2009: 165 и надаље.



пракси се показало да судови изричу одузимање путних исправа, забрану закључивања било каквих договора који се тичу закључења брака, забрану застрашивања, претњи или примене силе и слично (више о томе у Gafney-Rhys, 2009: 253–254). Већ у првој години примене Министарство правде је направило пресек стања у судској пракси: налози су примењени у 83 случаја (у 39 жртва је била малолетна), при чему је посебно изненађујуће што ниједан налог није прекршен.<sup>17</sup> Требало би поменути да је већ и у иницијалној верзији Закона повреда налога третирана као непоштовање суда, за шта је прописана алтернативно новчана казна и казна затвора до две године (чл. 63О), уз назнаку да се овде још увек не ради о кривичној одговорности.

Следећа фаза државне интервенције отпочела је 2011. године, када је влада отворила јавну расправу о евентуалном инкриминисању принудног закључења брака, пошто је закључено да Закон није утицао на смањење појаве, јер не садржи механизам који би имао озбиљнији одвраћајући ефекат.<sup>18</sup> Тако је 2014. године дошло до новелирања, којим је непоштовање заштитног налога без оправданог разлога проглашено за кривично дело (тј. *offence*, чл. 63 СА).<sup>19</sup> За конституисање одговорности, поред поменутог услова неопходно је, такође, и да је учиниоцу познато постојање налога. За ово дело је прописана казна затвора до дванаест месеци алтернативно или кумулативно са новчаном казном (за тзв. *summary conviction*), односно казна затвора до пет година алтернативно или кумулативно са новчаном казном (за тзв. *conviction on indictment*). Изричито је искључено да се за исто понашање којим се крши налог кажњава двоструко – као за непоштовање суда и као за новоуведено кривично дело (то би било противно правилу *double jeopardy*).

Реформа из 2014. године је, поред инкриминисања кршења заштитних налога, ишла и у другом правцу, како је доношењем *Antisocial Behavior, Crime and Policing Act*-а установљено и посебно дело принудног закључења брака (*forced marriage*, чл. 121).<sup>20</sup> Ово дело чини лице које употреби силу, претњу или било који облик принуде, са циљем да наведе другог да

---

17 Текст извештаја о примени заштитних налога је доступан на <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100208132009/>, <http://www.justice.gov.uk/publications/docs/one-year-on-forced-marriage-act.pdf>, приступљено 2. 3. 2018. године. Видети стр. 19 и 20.

18 Више о току и различитим ставовима изнетим у јавној расправи, видети у Sabbe et al, 2014: 177.

19 Измене доступне на <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/27/section/63CA>, приступљено 2. 3. 2018. године.

20 [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/12/pdfs/ukpga\\_20140012\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/12/pdfs/ukpga_20140012_en.pdf), приступљено 2. 3. 2018. године.



закључи брак, и сматра или има оправдан разлог да сматра да ће таквим понашањем навести другог да закључи брак без слободног пристанка. Уколико се ради о жртви која нема способност да закључи брак,<sup>21</sup> дело се може извршити и предузимањем било ког понашања са циљем да се оно наведе на закључење брака (без обзира на то да ли понашање представља силу, претњу или неки други облик принуде). Други облик дела се састоји у коришћењу обмане са намером да се друго лице наведе да напусти Велику Британију у циљу принудног закључења брака. У овом контексту требало би поменути и аутентично тумачење, јер је њиме одређен појам брака, што није карактеристично за европско-континентална законодавства. Даљи куриозитет овог тумачења лежи у томе што се наведени појам посматра у веома екстензивном смислу, како се под браком подразумева не само грађански, већ и верски брак, независно од тога да ли га право признаје или не. Такође, аутентичним тумачењем је наглашено да у обзир долази и директна и индиректна принуда (примењена према самој жртви или према неком другом лицу). Из криминално-политичких разлога у Закон је унета посебна одредба о екстериторијалности, по којој оба облика принудног закључења брака постоје не само када су у време извршења учинилац или жртва, или обоје, били у Енглеској и Велсу, већ и када ни жртва ни учинилац у време извршења дела нису били у Енглеској и Велсу, уз услов да макар једно од њих има британско држављанство. На тај начин је „покривен“ често практикован *modus operandi* овог дела, за који је карактеристично да родитељи своју децу одводе у иностранство ради принудног закључења брака, лажно представљајући путовање као одмор, посету старим и болесним рођацима и слично (Idriss, 2015: 695). Што се законске казнене политике тиче, забрањена је казна затвора до дванаест месеци, алтернативно или кумулативно са новчаном казном (за тзв. *summary conviction*), односно казна затвора до седам година (за тзв. *conviction on indictment*).

Очигледна је веома широка дефиниција принудног закључења брака. Оно што посебно збуњује читаоца из европско-континенталног правног простора јесте начин извршења дела. Док су сила и претња познати, није најјасније шта спада у друге облике принуде. Поједини теоретичари наводе да се ова формулација нашла у законском тексту да би се помогло суду да разграничи принудни од уговореног брака, али и сами признају да то није учињено на добар начин (Idriss, 2015: 697). Поред екстензивног схватања

21 Ради се о неспособности према *Mental Capacity Act*-у из 2005. године (за Енглеску и Велс) и према *Mental Health Care and Treatment Act*-у из 2003. године (за Шкотску). Видети текстове закона на следећим линковима: [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/pdfs/ukpga\\_20050009\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/pdfs/ukpga_20050009_en.pdf) и [https://www.legislation.gov.uk/asp/2003/13/pdfs/asp\\_20030013\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/asp/2003/13/pdfs/asp_20030013_en.pdf), приступљено 2. 3. 2018. године.

брака, појачана заштита је остварена и тиме што се је дело свршено већ самим предузимањем наведених радњи, те за његово постојање није нужно да је до закључења брака заиста и дошло.

Кратак приказ британског законодавства показао је да се правна заштита одвија на неколико колосека који изгледа нису баш најбоље усаглашени. Претходно изнета тврдња постаје јаснија када се упореди казнена политика. Наиме, да ли је оправдано да се учинилац кривичног дела које се састоји у кршењу заштитног налога кажњава затвором до пет година, а учинилац принудног закључења брака (коме није изречен налог) казном затвора до седам година? Има теоретичара који сматрају да је обрнуто решење логичније и праведније, позивајући се на аргумент да је прекршилац налога дубље зашао у криминалну зону, јер је показао двоструки негативни став према заштићеним друштвеним вредностима, кроз атак на право другог да слободно одлучује о закључењу брака, али и кроз атак на ауторитет судских органа игнорисањем изреченог налога (Idriss, 2015: 699).

Од увођења кривичног дела принудног брака 2014. године забележена је само једна осуда за ово дело. Наиме, 2015. године је за ово дело осуђен 35-годишњи мушкарац, који је покушао да принуди жртву на брак, тако што је претио објављивањем експлицитних фотографија и убиством њених родитеља, а како је жртву у више наврата силовао и како је већ био у браку, изречена му је казна од шеснаест година затвора за сва дела у стицају, тј. за принудни брак, силовање и бигамију (Gill, Harvey, 2017: 76). Очигледно је да се и на примеру Велике Британије показало да постоје проблеми у практичној примени инкриминације.

Требало би поменути да у овој земљи постоји и посебна владина агенција *Forced Marriage Unit* (скраћено *FMU*), која је установљена још 2005. године са циљем да води и координише владину политику у области спречавања и сузбијања појаве принудног закључења брака.<sup>22</sup> У оквиру агенције постоји читав низ активности које се оквирно могу поделити у неколико група: активности у виду помоћи и подршке жртвама (на пример, отворена телефонска линија и контакти преко друштвених мрежа, брошуре о правној и другим врстама помоћи на различитим језицима); активности усмерене на подизање свести о штетности појаве (попут националне кампање „*Right to choose*”); активности које се састоје у обуци професионалаца који долазе у контакт са жртвама принудног закључења брака. Да шири приступ подршке жртвама има смисла, показују и статистике, јер се на основу

---

<sup>22</sup> Више о агенцији на <https://www.gov.uk/guidance/forced-marriage#forced-marriage-unit>.

њих види да *FMU* сваке године непосредно пружи помоћ у преко хиљаду случајева.<sup>23</sup>

#### 4. Кривично законодавство Француске

Француска представља веома занимљив пример јер је тамо, пре увођења посебног кривичног дела, појава принудног закључења брака представљала предмет темељнијег истраживања. Национални институт за демографске студије (*Institut national d'études démographiques*, скраћено *INED*) и Национални институт за статистику и економска истраживања (*Institut national de la statistique et des études économique*, скраћено *INSEE*) су 2008. године испитали репрезентативан узорак женске популације старосне доби од 25 до 60 година, како би дошли до закључака о распрострањености и другим карактеристикама појаве (сви резултати су приказани према Hamel, 2011: 1–4). Тако је најпре утврђено да је 4% имигранткиња из назначеног узорка брак закључило без слободно дате сагласности, док је тако нешто знатно ређе међу општом популацијом (2%). Даље истраживање је показало да дистрибуција појаве варира у зависности од старосних подгрупа. Старије жене имигранткиње, од 51 до 60 година, су у већем проценту искусиле удају против своје воље (9%), односно удају без пуне сагласности (13%). Млађа подгрупа имигранткиња, која је обухватила испитанице од 26 до 30 година, насупрот томе, само је у 2% случајева пријавила удају на силу, односно у 7% удају без пуне сагласности. Истраживачи су, такође, установили да распрострањеност не зависи само од животне доби, већ и од тога да ли испитанице припадају првој генерацији (као претходно наведене) или другој генерацији имиграната. Друга генерација се, по добијеним резултатима, показала као мање подложна притисцима, како су њене представнице старости од 26 до 30 година само у 1% случајева закључиле принудно брак, односно у 3% брак без пуне сагласности.

Следећа испитивана варијабла јесте образовање, при чему су се истраживачи фокусирали на две ствари, на образовање жена које су закључиле брак под принудом или без слободно дате сагласности, као и на образовање њихових родитеља. Може се рећи да резултати нису изненађујући – 30% жена потиче из породица у којима родитељи немају никакво формално образовање; а њих 53% у првој генерацији и 34% у другој генерацији и саме немају завршено никакво формално образовање.

Истраживање је открило, такође, да се у другој генерацији као чест узрок принудног закључења брака појављује трудноћа или добијање ванбрачног

---

23 Детаљне статистике се налазе на <https://www.gov.uk/guidance/forced-marriage#statistics-on-forced-marriage-collected-by-fmu>.

детета са партнером (у чак 57% случајева), што није било својствено за прву генерацију имигранткиња. Овај податак говори о значајним променама. У првој генерацији принудни брак је више представљао начин да се девојка задржи у заједници свог етничког порекла и тиме очува њена кохезија и изворни идентитет, а у другој више делује као „нужно зло“, као средство да се реши проблематична ситуација и очува углед девојке и њене породице.

Занимљив је и податак о томе за кога се женске особе друге генерација удају – у 33% случајева то је имигрант, у 11% син имигранта (друга генерација) и чак у 56% лице из опште популације – на основу чега је потврђен закључак да циљ принудног закључења брака није да се девојке и младе жене задрже у оквирима заједнице свог порекла, јер је више од половине ових бракова мешовито.

Посебан сегмент истраживања односио се на судбину овако закључених бракова. Он је показао да се у највећем проценту принудни бракови и бракови без пуне сагласности завршавају разводом, који бележи тенденцију пораста, пошто се 68% имигранткиња из друге генерације развело, насупрот 65% из прве генерације. И поред присутних недостатака укратко приказано истраживање је ипак дало материјал за потпуније сагледавање појаве и осмишљавање политике спречавања и сузбијања праксе принудних бракова.

Поред описаног истраживања, постојале су и процене других институција, на пример, Високог савета за интеграције, који открива забрињавајуће велики број од око 70.000 принудних бракова годишње (*Haut Conseil à l'Intégration*), или Министарства правде (*Ministère de la Justice*) које је, на основу судских статистика, приметило да се око 2% одлука о поништењу брака доноси управо због изостанка слободне воље приликом њиховог закључења (Gill, Engeland, 2014: 249).

Француска је 2014. године ратификовала Истанбулску конвенцију,<sup>24</sup> па се отворило и питање усаглашавања националног законодавства. У том циљу је и донет Закон о равноправности мушкараца и жена (*Loi no 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*), којим је између осталог, предвиђено да политика равноправности између мушкараца и жена треба да обухвати и мере против насиља над женама, као и мере које женама осигуравају контролу над сопственом сексуалношћу.<sup>25</sup> У Казнени законик (*Code pénal*) уведено је ново дело, које се састоји у довођењу другог

---

24 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?desktop=true>, приступљено 2. 3. 2018. године.

25 Видети чл. 1. Закона. Преузето са <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029330832&categorieLien=id>, приступљено 2. 3. 2018. године.

лица у заблуду, како би се оно навело да напусти територију Француске, у циљу закључења брака или ступања у сличну заједницу у иностранству, а за које је кумулативно прописана казна затвора до три године и новчана казна од 45.000 евра.<sup>26</sup> Новелирањем Законика заокружена је кривичноправна заштита од принудног закључења брака у француском праву,<sup>27</sup> пошто се остале ситуације, у зависности од околности, квалификују као, да их тако назовемо „општа“ дела, која су постојала и примењивала се на принудно закључење брака и пре измена из 2014. године, а у питању су принуда, отмица, насиље у породици или силовање. Као илустрација како то функционише може да послужи данас антологијски случај *Awa*, који је због медијске покривености посебно узбуркао француску јавност. Наиме, супруг ове младе жене осуђен је за силовање у браку, а посебно је значајно то што су као саучесници осуђени и њени родитељи, јер је доказано да су омогућили вршење дела тиме што су је приморали да са њим ступи у брак.<sup>28</sup>

Поред поменутих правних мера, у Француској је у оквиру шире друштвене акције, према Акционом плану за спречавање насиља над женама, основан СОС телефон, урађени су материјали са информацијама од помоћи за жртве, до тога да је за особље конзуларних представништва, пред којима се у иностранству може закључити брак, састављено посебно упутство за поступање у случајевима када постоји сумња на принудни брак (Alwood, 2016: 390, Gill, Engeland, 2014: 251).

26 Видети чл. 222-14-4 Казненог законика. Коришћен текст преузет са <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>, приступ 02.03.2018. године.

27 Требало би поменути да су у циљу заштите донете и неке мере грађанскоправне природе, попут подизања година за ступање у брак са 15 на 18; продужавања рока за поништење брака; покретања поступка за поништење брака по службеној дужности, ако постоји сумња у то да није закључен слободним пристанком обе стране (више о томе у Alwood, 2016: 389). Слично решењима из британског права, и у Француској од 2010. године постоје заштитни налози (примењују се на малолетнике и лица која нису навршила 21 годину), којима се, на пример, може забранити напуштање француске територије или обезбедити нужни смештај, ако лице у ризику од принудног закључења брака напусти своју породицу (Gill, Engeland, 2014: 251).

28 Пажњу су изазвали и неки други случајеви, на пример девојке *Leila*, која је написала књигу о свом искуству, или ученице *Fatoumata*, коју су родитељи на силу послали у родни Сенегал ради закључења брака. Захваљујући медијској кампањи коју су покренули њени пријатељи *Fatoumata* је враћена у Париз и наставила је школовање, да би потом основала и удружење чији волонтери данас обављају низ значајних активности: држе предавања у школама о овој појави, пружају помоћ жртвама и учествују у поступцима медијације између жртава и чланова њихових породица (Gill, Engeland, 2014: 252-253).

## 5. Закључна разматрања

Иако је у овом чланку анализирано законодавство мањег броја европских држава, ипак се може констатовати да европска политика подржава криминализацију принудног закључења брака, што је евидентно из одредаба Истанбулске конвенције. Са друге стране, искуства ових држава показују да криминализација сама за себе не представља решење проблема. Ниске стопе пријављивања се само делимично могу објаснити тиме да су законске измене којима је уведено дело релативно кратко време на снази да би се у пуној мери осведочила њихова ефикасност. Не треба заборавити да су учиниоци овог дела лица блиска жртви, родитељи и чланови шире породице, што сигурно утиче на то да се жртва устеже да их пријави. Осим емотивне повезаности у игри је много других лимитирајућих фактора: имовинска зависност жртве, посебно ако је она малолетна; страх од одбацивања, презира и осуде заједнице порекла, што је веома изражено јер жртве често и нису значајније инкорпориране у шире друштво; страх од освете, примене насиља, убиства и слично. На овом месту требало би поменути и да се често апострофира да је ово дело одговор на неприхватљиве обичајне, традиционалне и верске праксе. Посматрано из ширег угла, може се десити да се таквим приступом, уз истицање различитости међу заједницама, утиче на продубљивање културног конфликта и отежава интеграција мањинских група, уместо да се утиче на превазилажење ових проблема.

Поред пријављивања дела, спорни моменти се могу појавити и касније у току кривичног поступка. У случају принудног брака, већина жртава, оптужених и потенцијалних сведока су, заправо, рођаци. Познато је да сведоци морају говорити истину пред судом, као и то да када су у блиској породичној вези са оптуженим, имају право да не сведоче, што сигурно отежава доказивање дела. Услед тога, није тешко закључити да многи случајеви неће резултирати осудом, при чему остаје низ негативних последица за саму жртву, траума и секундарна виктимизација.

За приговор да је криминално-политичка улога дела упитна због чињенице да принудни бракови у извесном проценту припадају категорији чисто верских бракова, што се у неким законодавствима не може подвести под неправо дела, може се констатовати да није тако релевантан, како се у том случају заштита може остварити другим инкриминацијама. Међутим, суптилни притисци, који се правно не могу квалификовати као претња, а који веома често „кумују“ закључењу брака без пуне и слободно дате сагласности, остају ван сфере кажњивости. Поред тога, само инкриминисање не погађа узроке појаве, који су многобројни и могу

се пронаћи у сиромаштву, необразовању или недовољном образовању, присуству родно засноване дискриминације и слично. То значи да је увођење посебног дела само један од инструмената, али да је за остваривање права на слободно одлучивање о закључењу брака, потребно нешто више, неки другачији облици друштвене реакције, те она мора бити праћена другим мерама: интеркултурним дијалогом, системом за подршку жртава, повећањем образовног нивоа жена и њиховим економским оснаживањем, бољом обуком социјалних и просветних радника, који имају могућности да пре него неки други субјекти уоче ову појаву.

### Литература/References

Allwood, G. (2016). Gender-based Violence against Women in Contemporary France: Domestic Violence and Forced Marriage Policy since the Istanbul Convention. *Modern & Contemporary France*. 24 (4). 377-394.

Anitha, S., Gill, A. (2009). Coercion, Consent and the Forced Marriage Debate in the UK. *Feminist Legal Studies*. 17. 165-184.

Antisocial Behavior, Crime and Policing Act, [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/12/pdfs/ukpga\\_20140012\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/12/pdfs/ukpga_20140012_en.pdf), приступ 02.03.2018. године

Beck-Gernsheim, E. (2011). The Marriage Route to Migration of Border Artistes, Transnational Matchmaking and Imported Spouses. *Nordic Journal of Migration Research*. 1 (2). 60-68.

Braun, K. (2015). "I don't Take This Man to be My Lawfully Wedded Husband": Considering the Criminal Offense of "Forced Marriage" and It's Potential Impact on the Lives of Girls and Young Women with Migrant Background in Germany. *German Law Journal*. 16 (04). 845-869.

Valerius, B. (2011). Gedanken zum Straftatbestand der Zwangsheirat (§ 237 StGB). *JR Heft*. 10. 430-453.

Gangoli, G., McCarry, M., Razak, A. (2009). Child Marriage or Forced Marriage? South Asian Communities in North East England. *Children & Society*. 23. 418-429.

Gaffney-Rhys, R. (2004). The Implementation of the Forced Marriage (Civil Protection) Act 2007. *Journal of Social Welfare & Family Law*. 31 (3). 245-256.

Gill, A. K. (2006). Patriarchal Violence in the Name of 'Honour'. *International Journal of Criminal Justice Sciences*. 1(1). 1-12.

Gill, A., K., Van Engeland, A. (2014). Criminalization or 'Multiculturalism without Culture'? Comparing British and French Approaches to Tackling Forced Marriage. *Journal of Social Welfare & Family Law*. 36 (3). 241-259.



Gill, A. K., Harvey, H. (2017). Examining the Impact of Gender on Young People's Views on Forced Marriage in Britain. *Feminist Criminology*. 12 (1). 72-100.

Директива 2011/36 ЕУ о спречавању и сузбијању трговине људима и заштити жртава, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:EN:PDF>, приступ 17.02.2018.

Enright, M. (2009). Choice, Culture and the Politics of Belonging: The Emerging Law of Forced and Arranged Marriage. *The Modern Law Review*. 72 (3). 331-359.

Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, *Службени гласник РС*, бр. 12/13

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/03, 5/05, 7/05-исправка и *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/10

Закон о ратификацији Конвенције о укидању свих облика дискриминације жена (CEDAW), *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/81

Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71

Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71

Idriss, M. M. (2015). Forced Marriages – The Need for Criminalisation? *Criminal Law Review*. 9. 687-703.

Конвенција УН о престанку на брак, минималним годинама за закључење брака и регистрацији брака, 176А (XVII) од 7. новембра 1962. године, преузето са <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/convention.pdf>, приступ 17.02.2018.

Loi no 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029330832&categorieLien=id>, приступ 02.03.2018. године

Mattar, M. Y. (2002). Trafficking in Persons, Especially Women and Children, in Countries of the Middle East: The Scope of the Problem and the Appropriate Legislative Responses. *Fordham International Law Journal*. 26 (3). 721-760.

Mental Health, Care and Treatment Act [https://www.legislation.gov.uk/asp/2003/13/pdfs/asp\\_20030013\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/asp/2003/13/pdfs/asp_20030013_en.pdf), приступ 02.03.2018. године

Mental Capacity Act [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/pdfs/ukpga\\_20050009\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/pdfs/ukpga_20050009_en.pdf), приступ 02.03.2018. године

- Мијалковић, С. (2005). Видови и облици трговине људима. *Темда*. 33-42.
- Миладиновић-Стефановић, Д. (2017). Истанбулска конвенција и кривичноправна заштита жена од насиља у Републици Србији. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 76 (LVI). 231-252.
- Razack, S. H. (2004). Imperilled Muslim Women, Dangerous Muslim Men and Civilised Europeans: Legal and Social Responses to Forced Marriages. *Feminist Legal Studies*. 12. 129-174.
- Sabbe, A., Temmerman, M., Brems, E., Leye, E. (2014). Forced Marriage: An Analysis of Legislation and Political Measures in Europe. *Crime, Law and Social Change*. 62 (2). 171-189.
- Strafgesetzbuch, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb>, приступ 02.03.2018. године
- Универзална декларације о људским правима, Резолуција Генералне скупштине УН 217 А (III) од 10. децембра 1948. године, [http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/eng.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf), приступ 17.02.2018.
- Forced Marriage Civil Protection Act, [https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/20/pdfs/ukpga\\_20070020\\_en.pdf](https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/20/pdfs/ukpga_20070020_en.pdf), приступ 02.03.2018. године
- Hamel, C. (2011). Fewer Forced Marriages among Immigrant Woman and Daughters of Immigrants. *Population&Societies*. 479. 1-4.
- <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures>, приступ 02.03.2018. године
- <https://www.gov.uk/guidance/forced-marriage#statistics-on-forced-marriage-collected-by-fmu>, приступ 02.03.2018. године
- <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20100208132009/http://www.justice.gov.uk/publications/docs/one-year-on-forced-marriage-act.pdf>, приступ 02.03.2018. године
- [https://www.gov.uk/government/uploads/systems/uploads/attachment\\_data/file/157829/forced-marriage-response.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/systems/uploads/attachment_data/file/157829/forced-marriage-response.pdf)
- Code pénal français, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>, приступ 02.03.2018. године
- Chantler, K. (2012). Recognition of and Intervention in Forced Marriage as a Form of Violence and Abuse. *Trauma, Violence & Abuse*. 13(3). 176-183.
- Yerlikaya, H., Çakir-Ceylan, E. (2009). Zwangs - und Scheinehen im Fokus staatlicher Kontrolle. Eine Betrachtung des jüngsten Gesetzentwurfes zur

Bekämpfung der Zwangsheirat und Verhinderung von Scheinehen im Lichte des Opferschutzes. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 205-213.

Yurdakul, G., Korteweg, A. C. (2013). Gender Equality and Immigrant integration: Honor Killing and Forced Marriage Debates in the Netherlands, Germany, and Britain. *Women's Studies International Forum*. 41. 204-214.

**Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.**

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

### **CRIMINALIZATION OF FORCED MARRIAGE: EXPERIENCES OF SOME EUROPEAN COUNTRIES**

#### **Summary**

*Forced marriage is a matrimonial relationship concluded under duress or coercion, without free consent and against the will of one or both contracting parties. It is a very complex social phenomenon which can be associated with certain customary, religious and traditional practices (such as: arranged marriages and early marriages of children), as well as with other forms of social pathology (such as: honor killings, domestic violence or trafficking in human beings). Today, the use of coercion in concluding marriages is commonly regarded as a violation of human rights, particularly the individual freedom of choice and the right to freely enter into marriage, which are guaranteed in many international documents, starting from the Universal Declaration of Human Rights of 1948. It should be emphasized that certain international documents, such as the Council of Europe Convention on the Prevention and Combating Violence against Women and Domestic Violence (the Istanbul Convention) and the EU Directive 2011/36 on the Prevention and Suppression of Trafficking in Persons and the Protection of Victims, explicitly require the state parties to criminalize such conduct. In this regard, the subject matter of research in this paper covers the following questions: first, how different countries met the undertaken obligations: whether they envisaged separate, independent legal provisions incriminating such conduct, whether they amended or modified the existing ones, or whether they introduced no changes at all given that such behaviour can be subsumed under some of the already envisaged criminal offences; second, how they defined the newly introduced or redefined criminal offences; and third, what kind of experiences they had in the application of the envisaged provisions.*

**Keywords:** forced marriage, Istanbul Convention, Directive 2011/36 EU, criminal legislations of European countries.



**Др Игор Милинковић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Бањој Луци

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880237M

UDK: 179:342.7  
Раđ примљен: 30.09.2018.  
Раđ прихваћен: 23.10.2018.

## **ЉУДСКО ДОСТОЈАНСТВО И НОВЕ ГЕНЕТСКЕ ТЕХНОЛОГИЈЕ (ИЗАЗОВИ И МОГУЋНОСТИ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ)\*\***

**Апстракт:** Убрзани напредак у области генетских истраживања непрестано производи нове етичке дилеме. Примјена генетских интервенција отвара могућности не само за превенцију и лијечење озбиљних обољења, већ и за избор и побољшавање човјекoвих карактеристика (не само карактеристика већ рођених особа, већ и нерођене дјеце и припадника будућих генерација, односно људске врсте у цјелини). Иако поједини аутори сматрају право беспомоћним пред изазовима биотехнолошке револуције, неопходност креирања одговарајућег правног оквира за примјену генетских интервенција на људским бићима из дана у дан све је очигледна. Стога су све наглашенији напори, како на међународном нивоу тако и у оквиру националних законодавстава, да се дефинишу принципи и правила за употребу нових генетских технологија. Наметање правних ограничења за примјену генетског инжењеринга нерцјетко се оправдава вриједношћу људског достојанства, појмом чија садржина подлијеже различитим интерпретацијама, због чега се он у области биоетике понекад проглашава бескорисним.

У првом дијелу рада биће указано на основне етичке дилеме које окружују примјену нових генетских технологија (нагласак ће бити стављен на улогу која људском достојанству припада у поменутиим етичким расправама). Након тога, анализи ће бити подвргнуте одредбе релевантних међународних докумената које се односе на примјену генетских технологија (посебна пажња биће посвећена тзв. „ограничавајућој“ димензији људског достојанства, као етичкој

\* igor.milinkovic@pf.unibl.org

\*\* Раđ је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

*основи на којој усвојени принципи почивају). Предмет испитивања представљаће и правни третман нових генетских технологија у оквиру националних законодавстава. Напосљетку, анализи ће бити подвргнута постојећа нормативна рјешења у Босни и Херцеговини (њеним ентитетима: Републици Српској и Федерацији Босне и Херцеговине).*

**Кључне ријечи:** *генетске технологије, достојанство, правни оквир, међународни документи.*

## 1. Увод

Убрзани напредак у области генетских истраживања непрестано производи нове етичке дилеме. Размјере етичких контроверзи које генетске технологије побуђују, Роналд Дворкин описао је изразом „морални слободни пад“ (Dworkin, 2002: 448), док је Питер Сингер значај и могуће посљедице револуције у медицини и биологији, чији значајан сегмент представља употреба генетског инжењеринга, упоредио са „револуцијом у физици која је произвела атомску бомбу“ (Singer, 1985: 588). Примјена генетских интервенција отвара могућности не само за превенцију и лијечење озбиљних обољења, већ и за избор и побољшавање човјекских карактеристика (не само карактеристика већ рођених особа, већ и нерођене дјеце и припадника будућих генерација, односно људске врсте у цјелини). „Биолошка револуција“, упозорава Сингер, „даће нам моћ да преобликујемо саму људску врсту, а тешко је замислити нешто значајније од тога“ (Singer, 1985: 588).

Иако поједини аутори право сматрају беспомоћним пред изазовима биотехнолошке револуције, неопходност креирања одговарајућег правног оквира за примјену генетских интервенција на људским бићима из дана у дан постаје све очитија. Стога су све наглашенији напори, како на међународном нивоу, тако и у оквиру националних законодавстава, да се дефинишу принципи и правила за примјену нових генетских технологија. Наметање правних ограничења за употребу генетског инжењеринга, неријетко се оправдава позивањем на вриједност људског достојанства, појам чија садржина подлијеже различитим интерпретацијама, због чега се он, у области биоетике, понекад проглашава „бескорисним“ (Macklin, 2003: 1420), или чак „глупим“ (Pinker, 2008). С друге стране, поједини аутори у концепту људског достојанства препознају биоетичку „теорију свега“, „кључ који, правилно примјењен, отклања све проблеме у медицинској етици и биоетици“ (Foster, 2011: 1).

Изазове „биотехнолошке револуције“, још 1957. године, антиципирао је Џулијен Хаксли (брат познатог писца Олдоса Хакслија, чије дјело *Врли нови свијет* осликава опасности еугенике и злоупотребе пренаталних интервенција). Хаксли наводи следеће: „Као да је човјек изненада постављен за генералног директора највећег од свих послова, посла еволуције – постављен, а да није питан да ли то жели, и без одговарајућег упозорења и припреме“ (Huxley, 1957: 5). Убрзана акумулација научног знања, и из њега проистекло ново разумијевање универзума, по мишљењу овог аутора, „дефинисали су човјекову одговорност и судбину – да буде агент за остатак свијета у послу остваривања његових инхерентних потенцијала“ (Huxley, 1957: 5). Суочен са изазовима космичке службе коју описује Хаксли, смије ли човјек устукнути пред одговорношћу коју она подразумева? Смије ли остати уљуљкан у улози пасивног посматрача еволутивних процеса или треба настојати да постане њихов активни учесник и креатор? За поједине ауторе човјеково одбијање да прихвати одговорност активног усмјеравања тока еволуције представља аморалан чин (Fletcher, 1988: 158, наведено према Mehlman, 2012: 5). Одговорност је још наглашенија када је ријеч о законодавцу од кога се очекује да необуздани ток технолошког развоја правним средствима доведе у оквире друштвено прихватљивог.

Да ли је токове биотехнолошке револуције могуће успорити или благовремено усмјерити у правцу који се сматра прихватљивим? „Умјерени инкрементализам“ који се приписује правничкој заједници, побуђује скепсу у погледу могућности правовременог реаговања на достигнућа научног прогреса (Brownsword, 1998: 1). Да ли то значи да је сваки напор излишан и да је законодавац, немоћан пред изазовима биотехнолошког развоја, осуђен да, након што је давно изгубио корак, своју улогу сведе на покушаје контролисања штете? Да ли су, како упозорава Улрих Бек, реакције на напредак генетске технологије ништа више до „посмртница за давно донесене одлуке“ (Beck, 1992: 203, наведено према Brownsword, 1998: 5)? Прихватити став о немогућности дефинисања правног оквира за примјену генетских технологија, значило би приклањање радикалној либерално-индивидуалистичкој позицији генералне допуштености свих генетских интервенција, гдје би научној знатижељи био омогућен приступ свим подручјима човјекове егзистенције (укључујући саме основе човјекове природе)<sup>1</sup>. Тешко је замислити подручје гдје би принцип

---

1 Ф. Фукујама људску природу дефинише као „збир образаца понашања и карактеристика које су типичне за људску врсту, узрокованих генетским наслеђем више него околином“. (Fukuyama, 2002: 130) Биотехнолошко модификовање наведених својстава, према Фукујама, водило би деградацији људског достојанства, због чега људску природу треба третирати као „црвену линију“ коју генетске технологије не смију да повриједу.



који допуштеним проглашава све што није забрањено, могао да изазове далекосежније посљедице.

У таквим околностима, законодавцу је неопходан етички компас, макар и несавршен. Потреба за проналажењем етичког оријентира за регулисање нових генетских технологија, велику одговорност ставља и пред (био)етичку мисао. Убрзани научно-технолошки развој отежава идентификовање одговарајућих етичких принципа. „Када се наука развија брже од моралног разумијевања, као што је то случај данас, мушкарци и жене боре се да артикулишу свој немир“ (Sandel, 2007: 9). Геномска револуција, сматра Сандел, узроковала је један вид „моралне вртоглавице“ (Sandel, 2007: 9). На сложеност дефинисања етичког оквира за примјену генетских технологија у условима убрзаног биотехнолошког развоја упозорава и Питер Сингер: „У прошлости, наши етички кодекси имали су времена да се полако прилагоде промјењивим околностима... Сада, у овој деценији, или најкасније до краја вијека, мораћемо одлучити како да управљамо новим технологијама које ће довести у питање такве фундаменталне концепте као што су мајчинство или очинство, а то ће нас приморати да питамо које су људске карактеристике најпожељније“ (Singer, 1985: 588).

У литератури се као критеријум за процјену етичке оправданости генетских интервенција често наводи концепт људског достојанства. Потребу заштите људског достојанства наглашавају и творци релевантних међународних докумената који уређују питања из области биоетике, укључујући и материју нових генетских технологија. Данас се о људском достојанству пише као о „кровном принципу глобалне биоетике“ (Andorno, 2009: 227). Може ли појам људског достојанства, имајући у виду његову амбивалентност, понудити законодавцу довољно јасне етичке смјернице? Управо међународни документи који регулишу биоетичка питања потврђују дуалну природу људског достојанства – могућност да овај појам буде интерпретиран као аргумент у прилог примјене биотехнолошких достигнућа, али, такође, и као разлог за њихову забрану. Јанусовско лице појма људско достојанство Бејлвелд и Браунсворд описују изразима „достојанство као овлашћење“ и „достојанство као ограничење“ (Beyleveld, Brownsword, 2001). Док је „достојанство као овлашћење“ засновано на аутономији појединца и супротставља се покушајима њеног нарушавања споља, „достојанство као ограничење“ намеће рестрикције индивидуалној слободи избора.

Концепција „достојанства као овлашћења“ обиљежила је прве деценије након Другог свјетског рата, изражена, прије свега, у концепту

информисаног пристанка. Захтјевом за информисаним пристанком субјекта истраживања настојало се осигурати поштовање његове индивидуалне аутономије, обезбиједити му слободу „одлучивања о томе шта ће учинити и шта му може бити учињено“ (Goldstein, 1975: 685). С развојем биотехнологије, међутим, наглашенијом постаје ограничавајућа димензија људског достојанства. Достојанство све више поприма карактер „граничне клаузуле“ (Shockenhoff, 2007: 7), средства за ограничавање слободе избора појединца, односно могућности његовог самоодређења. Према Роберту Андорну, могуће је разликовати три фазе у употреби појма људско достојанство у међународним документима којима се уређују биоетичка питања (Andorno, 2014: 51–53). Прва фаза започиње непосредно по завршетку Другог свјетског рата, када у фокус доспијевају питања повезана са медицинским експериментима над људским субјектима, нарочито захтјев за постојањем њиховог слободног и информисаног пристанка. Наведени приступ уочљив је већ у Нирнбершком кодексу из 1947. године, који је настао као реакција на стравичне експерименте које су неријетко, над дјецом и женама, спроводили нацистички доктори. Иако се у Нирнбершком кодексу термин људско достојанство изричито не помиње, „јасно је да се овај појам налази у позадини његових 10 принципа, који су представљени као нешто што не подлијеже преговарању (nonnegotiable)“ (Andorno, 2013: 128). У овој фази доминантан је концепт достојанства као овлашћења, са својим нагласком на заштити индивидуалне аутономије од спољашњих угрожавања. Друга фаза започиње крајем седамдесетих година прошлог вијека и односи се, осим на област медицинских истраживања, на шири круг питања повезаних са настанком и окончањем људског живота (асистирана репродукција, преимплантациона генетска дијагностика, истраживања на људском ембриону, помоћ у самоубиству, еутаназија и сл.). Појам људског достојанства се током овог раздобља почиње употребљавати и као средство за осуђивање појединих облика комодификације (попут сурогат материнства или продаје људских органа). Трећа фаза почиње крајем деведесетих година прошлог вијека. Њену особеност представља чињеница да се појам људског достојанства почиње користити како би се упозорило на негативан утицај који биотехнолошки развој може имати на човјечанство у цјелини. Појам достојанства све више се употребљава „у секундарном (или деривативном) значењу које допире далеко изван вриједности појединаца и има за циљ да истакне потребу за заштитом интегритета и идентитета човјечанства као таквог, у односу на потенцијална достигнућа биотехнолошког развоја, као што су репродуктивно клонирање или герминативне интервенције“ (Andorno, 2013: 133). Браунсфорд растућу улогу достојанства као ограничавајућег принципа илуструје одредбом Преамбуле Европске конвенције о

људским правима и биомедицини, којом се државе потписнице обавезују да „предузму такве мјере које су неопходне да би се заштитило људско достојанство и основна права и слободе појединца, у погледу примјене биологије и медицине“ (Brownsword, 2004: 213). У овом раду акценат ће бити стављен на ограничавајућу димензију људског достојанства као основ за усвајање рестриктивних рјешења у погледу допуштености примјене нових генетских технологија. У средиште анализе биће стављене дилеме проузроковане могућностима примјене хуманог генетског инжењеринга као једне од најконтроверзнијих генетских технологија (нарочита пажња биће посвећена правном третману герминативног генетског инжењеринга).

## **2. Хумани генетски инжењеринг: појам и врсте**

Генетски инжењеринг дефинише се као поступак у којем се геном једног организма намјерно мијења (Peacock, 2010: 12). Контроверзност хуманог генетског инжењеринга није изненађујућа, имајући у виду да могућност његове примјене „покреће питања о природи самог живота, о томе шта значи бити човјек, о будућности људске расе и о нашим правима на знање и приватност“ (Reiss, 2001: 13). Технике генетског инжењеринга омогућују генетске интервенције у различитим стадијумима развоја људског организма, затим у односу на различите типове ћелија које он садржи (соматске или герминативне), и у различите сврхе (терапијске или у циљу побољшања човјекових карактеристика). У литератури се, сходно наведеним критеријумима, указује на разлику између четири врсте хуманог генетског инжењеринга: 1) соматска генска терапија, 2) соматско генетско побољшање, 3) герминативна генска терапија, 4) герминативно генетско побољшање (Resnik, 2003:960). Соматска генска терапија усмјерена је на отклањање недостатака у пацијентовом организму и подразумева убацавање генетског материјала који ће обављати извјесну функцију коју властити генетски материјал пацијента не може да постигне. Герминативна генска терапија, с друге стране, испољава се у или у форми уношења генетског материјала у преембрион, што представља превентивни третман будућег људског бића и његовог потомства, или као убацавање гена у герминативне ћелије појединца (Laurie, Harmon, Porter, 2016: 262). Будући да се соматска генска терапија спроводи над соматским ћелијама, мала је вјероватноћа да ће генетске промјене бити пренесене на будуће генерације. Ипак, постоји ризик да соматска генска терапија проузрокује ненамјеравани трансфер гена у герминативне ћелије, нарочито уколико се њена примјена врши у раним фазама развоја људског организма (Resnik, 2003: 960). Док генска терапија представља „интервенцију усмјерену на лијечење болести и обнављање физичких

и менталних функција и способности до адекватног основног нивоа“, генетско побољшање усмјерено је на „побољшање функција и способности које су већ адекватне“ (Glannon, 2001: 94).

Критеријуми на основу којих је извршена наведена класификација, истовремено представљају и критеријуме на основу којих се процјењује етичка оправданост појединих облика хуманог генетског инжењеринга. Терапијске генетске интервенције сматрају се мање проблематичним у односу на оне усмјерене на човјеково побољшање. Исто важи и за генетске интервенције усмјерене на соматске ћелије у односу на оне које се спроводе над герминативним ћелијама. Такав приступ прихваћен је и у међународним документима којима се уређује област хуманог генетског инжењеринга. Развој нових технологија генетског модификовања, попут технике митохондријске замјене (mitochondrial replacement technique), доводе до преиспитивања усвојених међународних стандарда (као што је принцип апсолутне забране герминативног генетског инжењеринга).

### **3. Међународни стандарди хуманог генетског инжењеринга (ограничавајућа димензија људског достојанства)**

Већу Препоруци бр. 934 (1982)<sup>1</sup> о генетском инжењерингу, коју је Парламентарна скупштина Савјета Европе усвојила 1982. године, манипулација генетског узорка човјека означена је као пракса неспојива са вриједношћу људског достојанства. Чланом 4(1) прописано је да: „Право на живот и људско достојанство, заштићено члановима 2 и 3 Европске конвенције о људским правима, подразумијева право на насљеђивање генетског узорка који није вјештачки измијењен.“ У Препоруци Парламентарне скупштине Савјета Европе бр. 1240 (1994)<sup>1</sup> о заштити и патентирању материјала људског поријекла, такође, утврђена је забрана „поступака за модификовање генетског идентитета људског тијела у било какву нетерапијску сврху супротну људском достојанству“. У цитираним одредбама уочљива је ограничавајућа димензија људског достојанства, иако заштита наведене вриједности, према доносиоцима Препоруке, не искључује све видове генетског инжењеринга. Као праксе неспојиве са вриједношћу људског достојанства означени су герминативни генетски инжењеринг и генетски инжењеринг који је намијењен реализовању нетерапијских сврха.

Вриједност људског достојанства помиње се и у Препоруци Парламентарне скупштине Савјета Европе бр. 1512 (2001)<sup>1</sup> о заштити људског генома од стране Савјета Европе. Препоруком је утврђено да заштита људског достојанства треба да буде водећи принцип у руковођењу Пројектом

људског генома. (чл. 2). Скупштина препоручује да Министарски комитет позове сваку државу чланицу Савјета Европе да, у складу са својим домаћим законодавством, успостави национални орган са изричитим задатком праћења, информисања и савјетовања о усклађености истраживања људског генома са универзално признатим етичким и моралним принципима поштовања живота и људског достојанства (чл. 11(I)).

У Универзалној декларацији о људском геному и људским правима (УНЕСКО, 1997) чланом 10 прописано је да: „Никакво истраживање, нити примјена резултата истраживања који се односе на људски геном, нарочито у подручјима биологије, генетике и медицине, не смије превагнути над поштовањем људских права, темељних слобода и људског достојанства појединаца, или, у одређеним случајевима, група људи“. Члан 11 предвиђа да: „Поступци који су у супротности са људским достојанством, као што је репродуктивно клонирање људских бића, нису допуштени“. У Декларацији се државе и надлежне међународне организације позивају на сарадњу у откривању таквих поступака и предузимање мјера, на националном и међународном нивоу, како би било обезбијеђено поштовање начела утврђених овим документом. У чл. 24 Декларације герминативни генетски инжењеринг наведен је као примјер пракси које би могле бити у супротности с људским достојанством.

Конвенција Савјета Европе о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примјене биологије и медицине (Конвенција о људским правима и биомедицини, у даљем тексту Конвенција из Овиједа), из 1997. године, у члану 13 предвиђа да се интервенције усмјерене на модификовање људског генома могу предузимати само у превентивне, дијагностичке или терапеутске сврхе, и само ако њихов циљ није увођење било каквих измјена у геному било којег потомка. Додатна појашњења овог члана понуђена су у Образложењу Конвенције (чл. 89–92). У чл. 91 Образложења још једном је истакнуто да су забрањене интервенције које покушавају да уведу било какву промјену у геному потомака, а нарочито генетске модификације сперматозоида или јајних ћелија у циљу оплодње. Медицинска истраживања која имају за циљ генетске модификације сперматозоида или јајних ћелија које нису намијењене за прокреацију, допуштена су искључиво уколико се спроводе *in vitro*, уз одобрење одговарајућег етичког или регулаторног тијела. С друге стране, према тумачењу датом у чл. 92 Образложења, члан 13 Конвенције не искључује интервенције које се врше у соматске сврхе, а које би могле имати нежељене посљедице по линију герминативних ћелија (попут хемотерапије или радиотерапије које могу утицати на репродуктивни систем особе која је подвргнута третману). И Уредба бр. 536/2014 Европског Парламента

и Савјета о клиничким испитивањима на медицинским производима за људску употребу прописује забрану спровођења клиничких испитивања генске терапије која резултирају модификацијом генетског идентитета герминативне линије субјекта (чл. 90.2).

У Препоруци 2115 (2017) о употреби нових генетских технологија на људским бићима, усвојеној од стране Парламентарне скупштине Савјета Европе, Министарском комитету се препоручује да државама чланицама Савјета Европе које нису ратификовале Конвенцију из Овиједа упути позив да то без даљег одлагања учине или да, барем, националним правом предвиде забрану остваривања трудноће помоћу герминативних ћелија или људских ембриона који су подвргнути намјерном едитовању генома.

Из наведених одредби уочљиво је да се у појединим међународним документима заштита људског достојанства експлицитно наводи као основ за забрану извјесних облика хуманог генетског инжењеринга (док је у другим релевантним документима концепт „достојанства као ограничења“ имплицитно садржан). У литератури се, међутим, појам достојанства понекад користи како би се оправдала примјена генетских интервенција у сврху побољшања човјекских карактеристика (генетске интервенције усмјерене на побољшање људских карактеристика, према схватању појединих аутора, могу чак и унаприједити достојанство појединца). О тзв. „трансхуманистичком“ или „постхуманистичком“ схватању људског достојанства и критикама које му, оправдано, могу бити упућене, биће ријечи у наставку текста.

#### **4. Генетске технологије и трансхуманистичко схватање људског достојанства**

Захтјев за широком примјеном генетских технологија у циљу побољшавања човјекских способности, карактеристичан је за тзв. трансхуманизам. Ријечима Ника Бострома, једног од најистакнутијих пропонената трансхуманизма, овај покрет сматра да се „актуелна човјекова природа може побољшати помоћу употребе примијењене науке и других рационалних метода, које могу омогућити да се продужи људски животни вијек, прошире наши интелектуални и физички капацитети, и дâ нам већу контролу над нашим менталним стањима и расположењима“ (Бостром, 2005: 202–203). У литератури се као елементи трансхуманистичке агенде наводе сљедећи принципи: „1. технологије људског побољшања треба да буду широко доступне; 2. појединци треба да располажу правом да трансформишу властита тијела онако како желе (морфолошка слобода); 3. родитељи

треба да имају право да изаберу које технологије ће користити када доносе одлуке о потомству (репродуктивна слобода)“ (Jotterand, 2010: 49).

Да ли принцип репродуктивне слободе подразумева неограничено право родитеља да врше избор/побољшавање карактеристика својих потомака, како то тврде представници трансхуманизма? Аутори који се супротстављају трансхуманистичкој позицији, упозоравају на чињеницу да се таквим интервенцијама нарушава аутономија будућег дјетета. Против пренаталне употребе генетских технологија у нетерапијске сврхе говори потреба за заштитом „права дјетета на отворену будућност“, неопходност да буде заштићена „будућа способност дјетета да чини властите изборе о томе коју од многих различитих визија живота жели да прихвати“ (Davis, 1997: 567).

Аргументи против пренаталног креирања/побољшавања дјететових карактеристика могу се извести из концепције људског достојанства Роналда Дворкина (иако је сам Дворкин допуштао примјену генетских технологија ради побољшања човјекских способности)<sup>2</sup>. Дворкин достојанство дефинише као морално право (и одговорност) појединца да самостално одлучује о фундаменталним питањима о смислу и вриједности сопственог живота, а у складу са властитом савјешћу и увјерењима (Dworkin, 1994: 166). У дјелу *Правда за јежее* он идентификује два принципа људског достојанства: принцип самопоштовања и принцип аутентичности. Принцип самопоштовања захтијева да појединац властити живот схвати озбиљно и да значајним сматра питање да ли ће он да се изроди у успјешну перформансу (Dworkin, 2011: 203). Принцип аутентичности подразумева да сваки појединац има посебну, личну одговорност да идентификује оно што његов живот чини успјешним и да такав живот оствари кроз кохерентну причу или стил који одобрава (Dworkin, 2011: 204). Притом, сматра Дворкин, није неопходно да стил за који се појединац определи јели буде нарочито иновативан. Принцип аутентичности не налаже да појединац живи друкчије у односу на друге, него да живи у складу са вриједностима које је сам изабрао, реализујући их унутар кохерентног животног наратива. Према Дворкину, „аутентичност је нарушена када је особа присиљена да прихвати нечији туђи суд умјесто властитог, о вриједностима или циљевима које њен живот треба да демонстрира“ (Dworkin, 2011: 212). Поставља се питање какве посљедице по аутентичност, као једну од димензија људског достојанства, може имати став о допуштености употребе генетских технологија за избор или побољшање човјекских

2 Према Дворкину, нема ничег инхерентно погрешног „амбицији да се животи будућих генерација учине дужим или испуњенијим талентом и, самим тим, достигнућем“ (Dworkin, 2002: 452)



карактеристика. Да ли идеал аутентичног живота појединца може бити остварен, уколико су његове детерминанте унапријед одређене, уколико су, употријеби ли се метафора о „животу као роману“, унапријед, од стране другога, дефинисани жанр и главни лик „његове“ животне приче? Заstraшујући примјер такве употребе генетских технологија нуди филм *Гатака (Gattaca)*, у коме се појављује лик пијанисте са дванаест прстију, генетском интервенцијом иреверзибилно предодређен за један животни пут. Примјена генетског инжењеринга може се сматрати оправданом само уколико појединцу-аутору омогућује неопходну ауторску слободу (оригиналност) приликом креирања властите животне приче, укључујући и стварање претпоставки да она уопште буде написана. Пропустивши да размотри заштиту ове вриједности у периоду прије рођења дјетета, односно могуће импликације пренаталних интервенција по аутентичност будућег живота појединца, Дворкин је отворио пут примјени генетских интервенција које могу представљати озбиљну пријетњу аутентичности живота будуће личности.

Шта уколико се појединац аутономно определијели за побољшање? Шта уколико пунољетне особе, способне за аутономно одлучивање, својевољно изабери генетско побољшање? У овом случају не може се говорити о повреди вриједности аутономије. Напротив, забрана аутономно изабраног генетског побољшања представљала би ограничавање индивидуалне аутономије. Основ критике, стога, мора бити тражен на другом мјесту. Да ли га може понудити појам достојанства? И да ли аргумент достојанства, нужно, води забрани људског побољшања?

Поједини аутори настоје оправдати употребу техника побољшања позивајући се на вриједност људског достојанства, истичући да побољшање, под одговарајућим условима, може да унаприједи достојанство појединца. Најзначајнији представник таквог, трансхуманистичког схватања достојанства је Ник Бостром. Бостром разликује два облика људског достојанства. Први облик, „људско достојанство“ (*Menschenwürde*) представља темељ на коме почива пуни морални статус људских бића (сва људска бића посједују га у једнакој мјери). „Достојанство као квалитет“, с друге стране, представља „врсту изврности“, својство „бити достојан, племенит, частан“, и појединци овај облик достојанства могу посједовати у различитом степену (Bostrom, 2008: 124–125). Диференцирање различитих облика људског достојанства, према сличном критеријуму, врше и неки други аутори. Салмејси разликује „инхерентно достојанство“, које посједују сви људи самим тим што су људска бића и „инфлоресцентно достојанство“, које се „односи на врлину – стање ствари у којем човјек редовно дјелује на начин који изражава унутрашњу вриједност човјека“ (Sulmasy, 2007: 12).

Норденфелт у оквиру своје класификације облика достојанства говори о „достојанству као моралном угледу“ које је „повезано са поступцима изузетне моралне вриједности, на примјер, приликом суочавања са екстремним тешкоћама или гдје је плаћена цијена висока“ (Nordenfelt, 2004: 72). Овај облик достојанства „може варирати од изузетно високе позиције до изузетно ниске. У зависности од моралне вриједности нечијих поступака, степен достојанства је висок или низак“ (Nordenfelt, 2004: 72). Мелцер Хенри „достојанство као врлину“ („virtue as dignity“) приписује „људима који се морално понашају..., који истрајавају суочени са тешкоћама, задржавају прибраност упркос страху и показују самоконтролу без обзира на велику патњу...“ (Meltzer Henry, 2010: 60). Андорно, осим о „инхерентном достојанству“, својственом свим људским бићима, пише и о „моралном достојанству“, које је повезано са понашањем појединца. Оно је „резултат исправног живота, тј. живота у складу са моралним принципима“, због чега га „не посједују сви појединци у истом степену“ (Andorno, 2014: 45). Достојанство, како сугеришу поменута схватања (облици достојанства), није искључиво повезано са предиспозицијама за аутономно дјеловање, већ и са начином на који се наведене предиспозиције користе.

Према Бостромовом схватању, извјесна побољшања повећаће „достојанство као квалитет“ (али не сва побољшања, и не увијек). Побољшање ће унаприједити достојанство појединца, уколико оно представља израз аутономног избора. Побољшање, међутим, може и умањити достојанство, уколико је „руковођено туђим жељама и интересима, који нису органски и селективно подржани од стране појединца који је подвргнут побољшавању“ (Bostrom, 2008: 131). Бостромово схватање услова под којима ће побољшање резултирати унапређењем достојанства, одговара Дворкиновим захтјевима аутентичности. Међутим, да ли се таква побољшања могу сматрати аутентичним?

И у оним случајевима када побољшање представља досљедан израз аутентичне воље појединца (није резултат принуде или конформизма), велики број аутора такав поступак сматра проблематичним.<sup>3</sup> Аргументе за критику таквих форми побољшања поново нуди Дворкиново етичко учење (иако су оне, по мишљењу Дворкина, прихватљиве). У *Правди за жејеве*, Дворкин упозорава на разлику између „вриједности производа“ (product value) и „вриједности извођења“ (performance value). „Вриједност производа“ јесте вриједност коју нешто „посједује само као предмет, независно од поступка кроз који је створено или било ког другог обиљежја

<sup>3</sup> Један од аутора који оспоравају примјену средстава побољшања, означавајући их као пријетњу аутентичности појединца је Карл Елиот (о Елиотовим аргументима в.: Levy, 2011).

његове историје“ (Dworkin, 2011: 197). Вриједност извођења односи се на чин креације, начин на који је производ створен. Приликом оцјењивања објективне вриједности живота појединца, вриједност извођења је та која се, прије свега, узима у обзир (Dworkin, 2011: 198). Коначна вриједност људског живота, према Дворкину, адвербијална је и њу представља вриједност извођења (Dworkin, 2011: 197). Побољшање као резултат генетске интервенције, према томе, имаће мању вриједност у односу на резултате постигнуте самопрегалачком дјелатношћу особе.

### **5. Упоредноправни третман герминативног генетског инжењеринга**

Аргумент људског достојанства говори против употребе генетских технологија ради избора карактеристика нерођене дјеце. Ограничавајућа димензија људског достојанства уочљива је и у релевантним међународним документима, који предвиђају забрану хуманог герминативног генетског инжењеринга. Поменути принцип прихваћен је и у националним законодавствима великог броја земаља, а у неким од њих подигнут је на ниво уставног принципа (Швајцарска). Разлике у третману ипак постоје и односе се, преваходно, на начин на који је поменуто питање регулисано. Док у појединим државама постоји изричита законска забрана герминативног генетског инжењеринга, у другим је ово питање уређено „меким правом“ или одговарајуће одредбе не постоје (или су недовољно прецизне). Истраживање регулаторног оквира за генетско модификовање људске герминативне линије из 2014. године, којим је било обухваћено 39 држава, говори о доминацији рестриктивног приступа: у 29 земаља забрана је била утврђена законодавством, у четири она је била прописана смјерницама, прописи девет земаља означени су као неодређени, а у једној (САД) су описани као рестриктивни (Araki, Ishii, 2014). Као илустрација за доминацију рестриктивног приступа, послужиће примјери из неколико националних законодавстава.

Закон о генетском интегритету Шведске (2006) прописује забрану експеримената у сврху истраживања или лијечења који подразумевају генетске промјене које људи могу да наслиједе (чл. 3). Закон утврђује и забрану примјене метода лијечења које имају за циљ да изазову генетске промјене које могу бити наслијеђене (чл. 4). За прекршај ових законских одредби, предвиђена је новчана казна или казна затвора у трајању до шест мјесеци, осим уколико Кривични законик не прописује строжију санкцију (чл. 8.2).

Бразилски закон бр. 11,105 о биолошкој сигурности (2005) у чл. 6.3, предвиђа да је забрањен генетски инжењеринг на људским герминативним ћелијама, људским зиготима или људским ембрионима.

У Италији, Законом бр. 40 – „Правила о медицински асистираној репродукцији“, из 2004. године, у чл. 13 ст. 3(б) утврђена је забрана сваког облика еугеничке селекције гамета или ембриона, или интервенција које примјеном вјештачких средстава имају за циљ да промијене генетско наслијеђе ембриона или гамета, или да унапријед одреде генетске карактеристике, осим уколико се предузимају у дијагностичке и терапеутске сврхе и у складу са Законом.

Уставом Швајцарске Конфедерације (чл. 119, ст. 2) прописано је да ће Конфедерација законом уредити употребу људског репродуктивног и генетског материјала, водећи рачуна о заштити људског достојанства, приватности и породице. Као један од кључних принципа, уставом је утврђена забрана свих облика клонирања и мијешања у генетски материјал људских репродуктивних ћелија и ембриона. Савезним законом о медицински асистираној репродукцији из 1998. године (који је, уз измјене, још увијек на снази), као циљеви Закона означени су заштита људског достојанства, личности и породице, као и забрана злоупотреба биотехнологије и генске технологије (чл. 1, ст. 2). Законом је утврђена кривична одговорност (казна затвора) за особе које генетски модификују герминативне или ембрионске ћелије. Иста казна предвиђена је и за особе које употријебе за оплодњу генетски модификоване репродуктивне ћелије или употријебе слично модификовану оплођену јајну ћелију за њен даљи развој у ембрион (чл. 35, ст. 1 и 2). Кривична одговорност неће постојати уколико модификовање герминативних ћелија представља неизбјежну пратећу посљедицу хемотерапије, радиотерапије или другог медицинског третмана којем је особа подвргнута (чл. 35, ст. 3).

Законом о заштити ембриона Њемачке из 1990. године, предвиђена је казна затвора до пет година или новчана казна уколико се вјештачким путем измијени генетска информација ембрионске или герминативне ћелије намијењене оплодњи (чл. 5).

У Великој Британији Закон о хуманој фертилизацији и ембриологији из 2008. године предвиђа да у тијело жене не могу бити имплантиране јајне ћелије, сперматозоиди или ембриони чија је нуклеарна или митохондријска ДНК модификована.

Године 2015. у Великој Британији легализована је техника митохондријске замјене (2018. године одобрена су прва два поступка митохондријске донације). Технике митохондријске манипулације могу довести до генетског модификовања герминативне линије, што ову технику чини веома контроверзном (Ishii, Hibino, 2018). Истовремено, легализација технике митохондријске замјене може бити тумачена као наговјештај

либералнијег става у погледу правног третмана герминативног генетског инжењеринга.

## **6. Нормативни оквир хуманог генетског инжењеринга у Босни и Херцеговини**

Босна и Херцеговина је 2007. године ратификовала Конвенцију из Овиједа, којом је, како је упозорено, уређена и проблематика хуманог генетског инжењеринга. Регулисање ових питања законима ентитета, односно другим актима, само је дјелимично реализовано.

### **6.1. Република Српска**

И поред вишегодишњих најава, у Републици Српској још увијек није донесен закон који би уређивао материју асистираних репродукције.<sup>4</sup> Релевантне одредбе о хуманом генетском инжењерингу садржане су у Кодексу медицинске етике и деонтологије Коморе доктора медицине Републике Српске. Чланом I.7 Кодекса, утврђено је да су генетски тестови и руковање генима дозвољени само у здравствене сврхе. Члан VII.3 прописује да захвати усмјерени на преправљање људског гена могу бити изведени само у превентивне, дијагностичке и терапијске сврхе, уз услов да се те преправке не преносе на потомство. Чланом VII.4 Кодекса утврђено је да је стварање генски идентичних особа супротно етици и поштовању људског достојанства. Стога се забрањује сваки поступак намијењен стварању људског бића генски идентичног с истим генетским системом другог људског бића.

### **6.2. Федерација Босне и Херцеговине**

У Федерацији Босне и Херцеговине Закон о лијечењу неплодности биомедицински потпомогнутом оплодњом је усвојен 2018. године. Законом је предвиђена забрана клонирања: „Забрањен је сваки поступак намијењен или који би могао довести до стварања људског бића или дијела људског бића генетички идентичног другом људском бићу, било живог или мртвог“ (Члан 46). Кодекс медицинске етике и деонтологије Љекарске коморе Федерације БиХ не уређује материју хуманог генетског инжењеринга.

---

<sup>4</sup> Програмом рада Народне скупштине Републике Српске доношење Закона о лијечењу неплодности поступцима биомедицински потпомогнуте оплодње било је предвиђено за други квартал 2018. године (што је остало нереализовано).

### 6.3. Закључак

Убрзани развој генетских технологија намеће дилеме у вези са границама подручја њихове легитимне примјене. Све наглашенија је потреба за постизањем међународног консензуса о оправданости употребе нових генетских технологија и креирањем одговарајућег регулаторног оквира на међународном и националном нивоу.

Корисне етичке смјернице приликом креирања законских рјешења може да понуди концепт људског достојанства. Неодређеност овог појма, међутим, чини га „отвореним за злоупотребу и погрешно тумачење; он може прекомјерно поједноставити сложена питања; и може подстакнути патернализам који је неспојив са духом самоодређења који прожима савремене токове размишљања о људским правима“ (Beyleveld, Brownsword, 1999: 70). Анализе појма достојанство, стога, могу обезбиједити драгоцене етичке смјернице законодавцу и, истовремено, умањити ризик да он буде злоупотребљен пренаглашавањем било које од његових димензија (било „ограничавајуће“, било „овлашћујуће“).

У Босни и Херцеговини је неопходно стварање прецизног законског оквира за примјену нових генетских технологија. Усвајање Закона о лијечењу неплодности биомедицински потпомогнутом оплодњом у Федерацији Босне и Херцеговине и најава његовог доношења у Републици Српској представљају значајан корак у правцу потпунијег регулисања ове значајне области.

### Литература/References

Act No 40, Feb. 19, 2004: Rules on medically assisted reproduction. *Official Gazette No 45* (2004). Retrieved from:<https://www.ieb-eib.org/nl/pdf/loi-pma-italie-english.pdf>

Act for Protection of Embryos (Embryonenschutzgesetz) of 13<sup>th</sup> December, 1990. In S. Vöney, R. Volfrum (Eds.) *Human Dignity and Human Cloning* (pp. 309–315). Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers. 2007.

Andorno, R. (2014). Human Dignity and Human Rights. In H. ten Have, B. Gordijn (Eds.). *Handbook of Global Bioethics* (pp. 45–57). New York: Springer.

Andorno, R. (2013). International Policy and a Universal Conception of Human Dignity. In S. Dille, N. J. Palpant (Eds.), *Human Dignity in Bioethics. From Worldviews to the Public Square* (pp. 127–141). New York and London: Routledge.

Andorno, R. (2009). Human dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics. *Journal of Medicine and Philosophy*. 34. 223–240.

Araki, M., Tetsuya. I. (2014). International regulatory landscape and integration of corrective genome editing into in vitro fertilization. *Reproductive Biology and Endocrinology*. 12:108. 1–12. Retrieved from: <https://rbej.biomedcentral.com/articles/10.1186/1477-7827-12-108>

Beyleveld, D., Brownsword, R. (1999). Human Dignity, Human Rights and Human Genetics. In R. Brownsword, W.R. Cornish, M. Llewelyn (Eds.). *Law and Human Genetics-Regulating a Revolution* (pp. 69–88). Oxford – Portland: Hart Publishing.

Bostrom, N. (2008). Dignity and Enhancement. In B.T. Latigan (Ed.), *Human Dignity And Bioethics: Essays Commissioned by the President's Council On Bioethics* (pp. 123–144). New York: Nova Science Publisher, Incorporated.

Bostrom, N. (2005). In defense of posthuman dignity. *Bioethics*. 19(3). 202–214.

Brownsword, R. (2004). What the World Needs Now: Techno-regulation, Human Rights and Human Dignity. In R. Brownsword (Ed.), *Global Governance and the Quest for Justice, Vol. IV: Human Rights* (pp. 203–234), Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing.

Brownsword, R., Beyleveld, D. (2001). *Human dignity in bioethics and biolaw*. New York: Oxford University Press.

Brownsword, R., Cornish, W. R., Llewelyn, M. (1999). Law and Human Genetics-Regulating a Revolution. In R. Brownsword, W.R. Cornish, M. Llewelyn (Eds.). *Law and Human Genetics-Regulating a Revolution* (pp. 1–5). Oxford – Portland: Hart Publishing.

Glannon, W. (2001). *Genes and Future People: Philosophical Issues in Human Genetics*. Westview Press.

Goldstein, J. (1975). For Harold Lasswell: Some Reflections on Human Dignity, Entrapment, Informed Consent, and the Plea Bargain. *The Yale Law Journal*. Vol. 84. 683–703.

Davis, D. S. (1997). Genetic dilemmas and the child's right to an open future. *Hastings Center Report*. 27(2). 7–15.

Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Harvard University Press.

Dworkin, R. (2002). *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Harvard University Press.

Dworkin, R. (1994). *Life's dominion*. New York: Vintage Books.

Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Me-



dicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. Retrieved from: <https://rm.coe.int/16800ccde5>

Закон о лијечењу неплодности биомедицински помогнутом оплодњом. *Службене новине Федерације БиХ*. Бр. 59 (2018)

Ishii, T., & Hibino, Y. (2018). Mitochondrial manipulation in fertility clinics: Regulation and responsibility. *Reproductive Biomedicine & Society Online*. Vol. 5. 93–109. Retrieved from: [https://www.rbmsociety.com/article/S2405-6618\(18\)30003-0/pdf](https://www.rbmsociety.com/article/S2405-6618(18)30003-0/pdf)

Jotterand, F. (2010). Human dignity and transhumanism: do anthro-technological devices have moral status?. *The American Journal of Bioethics*. 10(7). 45–52.

Кодекс медицинске етике и деонтологије. Комора доктора медицине Републике Српске. Преузето са: <http://www.komoradoktorars.org>.

Кодекс медицинске етике и деонтологије. Лјекарска комора Федерације БиХ. Преузето са: <http://www.fmcbih.ba/images/PDF/Kodeks-LjKFBiH.pdf>

Law No. 11.105 of March 24, 2005 (Brazil's Biosafety Law). Retrieved from: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=8300>

Laurie, G. T., Harmon, S. H. E., Porter, G. (2016). *Mason & McCall Smith's Law and Medical Ethics*. Tenth Edition, Oxford University Press.

Levy, N. (2011). Enhancing Authenticity. *Journal of Applied Philosophy*. Vol. 28, No. 3. 308–318.

Maclin, R. (2003). Dignity is a useless concept. It means no more than respect for persons or their autonomy. *British Medical Journal*. 327. 1419–1420.

Mehlman, M. J. (2012). *Transhumanist dreams and dystopian nightmares: The promise and peril of genetic engineering*. JHU Press.

Meltzer Henry, L. (2010). Deciphering dignity. *American Journal of Bioethics*. 10(7). 59–61.

Nordenfelt, L. (2004). The Varieties of Dignity. *Health Care Analysis*. Vol. 12. No. 2. 69–81.

Peacock, K.W. (2010). *Biotechnology and genetic engineering*. New York: Infobase Publishing.

Pinker, S. (2008). The Stupidity of Dignity. *The New Republic*. 28.

Recommendation 934 (1982) on genetic engineering. Retrieved from: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-en.asp?FileID=14968&lang=en>

Recommendation 1240 (1994) on the protection and patentability of material of human origin, *Texts of the Council of Europe on Bioethical Matters*, Volume II, April 2014 (Retrieved from: [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Texts\\_and\\_documents/INF\\_2014\\_5\\_vol\\_II\\_textes\\_%20CoE\\_%20bio%C3%A9thique\\_E%20\(2\).pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Texts_and_documents/INF_2014_5_vol_II_textes_%20CoE_%20bio%C3%A9thique_E%20(2).pdf))

Recommendation 1512 (2001) on protection of the human genome by the Council of Europe, *Texts of the Council of Europe on Bioethical Matters*, Volume II, April 2014 (Retrieved from: [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Texts\\_and\\_documents/INF\\_2014\\_5\\_vol\\_II\\_textes\\_%20CoE\\_%20bio%C3%A9thique\\_E%20\(2\).pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Texts_and_documents/INF_2014_5_vol_II_textes_%20CoE_%20bio%C3%A9thique_E%20(2).pdf))

Recommendation 2115 (2017) on the use of new genetic technologies in human beings. Retrieved from: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=24228&lang=en>

REGULATION (EU) No 536/2014 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 April 2014 on clinical trials on medicinal products for human use, Official Journal of the European Union, L 158. Retrieved from: [https://ec.europa.eu/health/human-use/clinical-trials/regulation\\_en](https://ec.europa.eu/health/human-use/clinical-trials/regulation_en)

Reiss, M. (2001). Biotechnology. In R. Chadwick (Ed.), *The Concise Encyclopedia of the Ethics of New Technologies* (pp.13–26). San Diego – London: Academic Press

Resnik, D. B. (2003). Genetic Engineering, Human. In S.G. Post (Ed.), *Encyclopedia of Bioethics*, 3<sup>rd</sup> edition (pp. 959–966). Gale.

Sandel, M. J. (2007). *The Case against Perfection. Ethics in the Age of Genetic Engineering*. Cambridge Massachusetts, and London, England: The Belknap Press of Harvard University Press.

Singer, P. (1985). The ethics of the reproduction revolution. *Annals of the New York Academy of Sciences*. 442(1): 588–594.

Sulmasy, D. P. (2007). Human Dignity and Human Worth. In J. Malpas, N. Lickiss (Eds.), *Perspectives on Human Dignity: A Conversation* (pp. 9–18). Springer.

Schockenhoff, E. (2007). Koliko je nedodirljivo ljudsko dostojanstvo? Veza između ljudskog dostojanstva, osobe i naravi na području bioetike. *Bogoslovska smotra*. 1: 5–21.

The Genetic Integrity Act. *Swedish Code of Statutes no 2006: 351*. Retrieved from: <http://www.smer.se/news/the-genetic-integrity-act-2006351/>

Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights. Retrieved from: [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=13177&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

Federal Act on Medically Assisted Reproduction (Reproductive Medicine Act, RMA). Retrieved from: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20001938/201301010000/810.11.pdf>

Federal Constitution of the Swiss Confederation. Retrieved from: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>

Foster, C. (2011). *Human Dignity in Bioethics and Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.

Fukuyama, F. (2002). *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution*. New York: Farrar, Straus and Giroux.

Human Fertilization and Embriology Act 2008. Retrieved from: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>

Human Fertilization and Embriology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015. Retrieved from: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/572/contents/made>

Huxley, J. (1957). *Transhumanism, New bottles for new wine: Essays*. London: Chatto & Windus. 13–17.

Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. Retrieved from: <https://rm.coe.int/168007cf98>

**Igor Milinković, LL.D**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Banja Luka

## **HUMAN DIGNITY AND NEW GENETIC TECHNOLOGIES: OPPORTUNITIES AND CHALLENGES OF LEGAL PROTECTION**

### **Summary**

*Accelerated advances in genetic research constantly generate new ethical dilemmas. Dworkin described the extent of ethical controversy arising from genetic technologies. Dworkin designates their application as “a moral free fall” (Dworkin, 2002: 448), while Singer specifies the significance and possible consequences of “the reproductive revolution”, a significant segment of which is the use of genetic engineering, and compares them to “the revolution in physics which produced an atomic bomb” (Singer, 1958: 588). The application of genetic interventions opens up opportunities not only for the prevention and treatment of serious illnesses but also for the selection and improvement of human characteristics, not only the characteristics of already born individuals but also the characteristics of unborn children and future generations, i.e. human species as a whole. Although some authors consider that law is insubstantial when confronted with the challenges of the biotechnological revolution, there is an increasing need to create an appropriate legal framework for the application of genetic interventions on human beings. Therefore, more and more efforts are made at the international and the national level to define the principles and rules governing the use of new genetic technologies. Imposing legal restrictions on the application of genetic engineering is often justified by the value of human dignity. As the content of this term is subject to different interpretations, in the field of bioethics it is declared to be “useless” (Macklin, 2003: 1420).*

*In the first part of the paper, the author draws attention to the basic ethical dilemmas underlying the application of new genetic technologies, with emphasis on the role of human dignity in these ethical debates. After that, the analysis focuses on the provisions of relevant international documents relating to the application of genetic technologies, with specific reference to the so-called “limiting” dimension of human dignity, as the ethical basis underlying the adopted principles. The paper also examines the legal treatment of new genetic technologies within the national legislations of different countries. Finally, the author analyzes the existing normative solutions in Bosnia and Herzegovina, i.e. its entities: Republika Srpska and the Federation of Bosnia and Herzegovina.*

**Keywords:** *genetic technologies, dignity, legal framework, international documents.*



**Др Владимир В. Вековић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Приштини – Косовска Митровица

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880259V

UDK:  
Рад примљен: 30.09.2018.  
Рад прихваћен: 23.10.2018.

## **ПОРОДИЦА ПОРЕКЛА И МАЛОЛЕТНИЧКА ДЕЛИНКВЕНЦИЈА\*\***

**Апстракт:** *И поред чињенице да савремена породица, услед драматичних промена на глобалном и националном нивоу чији смо сведоци, низ својих биолошких, економских и психо-социјалних функција препушта другим институцијама, међу криминолозима постоји готово општа сагласност да је породица порекла, тј. породица оријентације један од најутицајнијих фактора када је реч о малолетничкој делинквенцији. Мада се налази у непрекидном процесу транзиције, породица и даље има доминантну улогу у формирању ставова, вредности, уверења и понашања који могу промовисати делинквентно понашање или спречити његово испољавање.*

*У складу с тим, аутор детаљно анализира оне аспекте породичног живота који реално имају највећи значај у етиологији малолетничке делинквенције. То су: социјално-економски статус породице; структура породице; породична атмосфера и социјално-патолошке појаве у породици. Такође, у раду се сагледавају и могућности превентивног деловања породице порекла на плану спречавања и сузбијања малолетничке делинквенције.*

**Кључне речи:** *породица порекла, малолетничка делинквенција, социјално-економски статус, структура породице, породична атмосфера, социјално-патолошке појаве, превенција.*

---

\* vladimir.vekovic@pr.ac.rs

\*\* Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

## 1. Уводна разматрања

Малолетничка делинквенција (полазећи од схватања М. Милутиновића који је под малолетничком делинквенцијом подразумевао укупност кривичних дела непунолетних лица, у даљем тексту термине „малолетничка делинквенција“ и „криминалитет малолетника“ употребљаваћемо као синониме) представља изузетно сложен и озбиљан проблем савременог доба којим се, са већим или мањим успехом, баве социјални радници, тужиоци, судије, корективне институције, криминолози, психолози (нарочито бихејвиористичке оријентације), као и истраживачи из других научних области. Напори који се улажу на плану свестраног сагледавања, тумачења, спречавања и сузбијања малолетничке делинквенције последица су: феноменолошких карактеристика ове друштвено негативне појаве – њеног обима, појавних облика, структуре, структуралних промена и динамике (Игњатовић, 2014: 173-195); емпиријски утврђене позитивне коорелације између раног манифестовања криминалног понашања и каснијег рецидивизма, као и чињенице да је криминалитет малолетника несумњив доказ неповољног положаја младе генерације у друштву, иако је она његова будућност (Арнаудовски, 2007: 447-448).

Сврставајући је у „микрогрупне факторе“, криминолози су рано учили неспорно велику улогу породице порекла, тј. породице оријентације у етиологији криминалитета малолетника, али исто тако и у његовом спречавању и сузбијању. Данас готово да и не постоји озбиљније криминолошко истраживање ове проблематике које не потенцира допринос породице као универзалне друштвене институције и примарне групе. Њен значај, нарочито када је реч о припадницима младе генерације, произилази из чињенице да се они у њој рађају, формирају, интернализују ставове, вредности, уверења и понашања карактеристична за конкретну културу којој породица припада. Као примарни агенс социјализације (сви остали, хронолошки посматрано, свој утицај испољавају касније), породица не остаје „под стакленим звоном“, тј. недирнута процесима и променама који се остварују на идејно-политичкој, социо-културној и друштвено-економској равни; напротив, квалитативне промене које су се догодиле непосредно по окончању II светског рата, по свом обиму, дубини и интензитету нису могле да буду без утицаја на облик, структуру и функције породице, чија се суштина увек испољавала и кроз директну коорелацију са свеукупним друштвеним устројством. У складу с тим, трансформацију до тада доминантне проширене (вишегенерацијске) патријархалне породице у мању нуклеарну породицу (коју чине супружници, по правилу, биолошки родитељи и деца), са знатно већим демократским потенцијалом, квалитативно другачијим амбијентом, дистрибуцијом моћи



и односима унутар ње, знатно мобилнију у географском и социјалном смислу, еманциповану од бројних функција које је ранија породица „подразумевала“, приоритетно су детерминисала три чиниоца: из основа измењени друштвено-економски односи са социјалистичком, а од 1950. године и самоуправном компонентом; идеолошко-политички односи засновани искључиво на марксизму, и оријентација ка убрзаној индустријализацији утемељеној на релативно модерним техничким и технолошким решењима.

Дубока друштвена криза почетком деведесетих година прошлог века (насилна сецесија бивших република СФРЈ; грађански рат са великим бројем жртава; бомбардовање од стране НАТО-пакта; међународне санкције и економска блокада; потпуни колапс привредног система; хиперинфлација и екстремно осиромашење највећег дела становништва доведеног до границе егзистенцијалног минимума; политичка нестабилност; бујање организованог криминала; аномија; „ампутрање“ дела државне територије супротно међународном праву; промена власти и конституисање демократских институција; криза демократског функционисања итд.) остварила је свој негативни утицај и на породицу, отежавајући јој, а у појединим случајевима и потпуно онемогућавајући остваривање социјализаторске и васпитне функције. У складу с тим, њен допринос порасту криминалитета малолетника и све опаснијим формама испољавања у том периоду добијао је на значају, док је способност спречавања и сузбијања таквог понашања ове старосне категорије лица атрофирала.

Модерна породица у Србији суочена је са бројним проблемима који лимитирају њено адекватно функционисање. Пре свега, реч је о: повећању стопе развода брака; порасту насиља у породици: болестима зависности; економској неизвесности услед незапослености и ниске цене рада итд. На странама које следе најпре разматрамо оне аспекте породичног живота који реално имају највећи значај у етиологији криминалитета малолетника. То су: социјално-економски статус породице; структура породице; породична атмосфера и социјално-патолошке појаве у породици.

## **2. Социјално-економски статус породице**

Социјално-економски статус малолетника уопште, па самим тим и малолетних учинилаца кривичних дела детерминисан је деловањем три групе фактора: добном сегрегацијом, тј. „сопственим“ инфериорним положајем који карактерише апстиненција или тек маргинална партиципација у фундаменталним друштвеним процесима; местом

њихових породица на лествици социјалне стратификације, као и социјалном перспективом, односно положајем слоја у који улазе образовањем или на други начин. Несумњиво је, међутим да је њихов актуелни статус приоритетно одређен социјално-економским статусом породица из којих потичу. У складу с тим, посебну пажњу посветили смо сагледавању образовне и квалификационе структуре родитеља, њиховом занимању, приходима породице и стамбеним условима.

### ***2.1. Образовни ниво, занимање родитеља и приходи породице***

Мада у стабилизovanом и демократском друштву, у којем се статус постиже а не приписује, образовање добија све значајнију улогу, бројна респектабилна истраживања указују да је неповољна образовна и квалификациона структура битно обележје родитеља малолетних учинилаца кривичних дела. У тим породицама не поклања се адекватна пажња формалном образовању као полузи вертикалне социјалне мобилности и не види сврха продужења школовања после завршетка обавезне општеобразовне основе. Њихове аспирације које карактерише конформистички став према животу, првенствено су усмерене ка могућности остваривања непосредне зараде и бржој економској и социјалној стабилизацији, чак и на нижем нивоу. Другим речима, оријентација на садашњост редуцира мотивацију за даље школовање (Nagalambos, 1989: 193). У складу с тим, евидентна је оскудица интелектуалних ресурса и скроман потенцијал ових родитеља за стварање образовно стимулативне атмосфере и пружање помоћи деци у успешном савладавању школских обавеза. Следствено томе, код већине малолетних делинквената из породица које карактерише ниска образовна и културна развијеност постоји значајна неусклађеност између календарског и школског узраста. На основу изложеног, чини нам се основаним закључак да је у овим породицама изразито присутна тенденција да путем ниског образовања свој незадовољавајући социјално-економски статус пројектују и на припаднике млађе генерације.

Због неповољне образовне и квалификационе структуре, за већину родитеља малолетних делинквената „резервисана“ су непрестижна, повремена или привремена занимања која подразумевају ниске, нередовне, а с обзиром на број чланова породице и њихове потребе, и недовољне приходе. Ова, крајње алармантна ситуација указује да незапосленост и запошљавање, као значајне друштвене категорије са супротним значењима, стоје према свакој индивидуи и њеној породици као путеви који воде „царству жеља или царству нужности“, чија крајња исходишта представљају могућност и услов за задовољавање одређених људских потреба. Тешке материјалне прилике и хронични недостатак финансијских

ресурса нужно изазивају забринутост, очајање и деморализацију особа које су запале у такво стање, нарушавајући њихову способност за продуктивну комуникацију и усклађен друштвени живот. Деца из таквих породица бивају лишена могућности да развију менталну и емоционалну стабилност и изграде здраве моралне и друштвене ставове, тако да у ситуацији делинквентног искушења нису кадра да се снагом своје воље одупру негативном утицају (Singer, Kovčo Vukadin, Cajner Mraović, 2002: 174).

## **2.2. Стамбени услови породице**

Захтеви за одговарајућом величином и квалитетом простора у коме човек борави темеље се на његовим основним обележјима као индивидуалног и социјалног бића и у складу с тим, потребама за издвајањем и остваривањем заједништва без принуде. У суштини, реч је о психолошкој потреби човека за успостављањем одређене физичке дистанце од других, да би његова социјална обележја могла слободно да се испоље. Незадовољење потребе за приватношћу услед недостатка адекватних просторних услова у стану, личност доживљава као принуду на одређено понашање и заједништво уопште, што проузрокује поремећај интерперсоналних односа у породици, смањује фрустрациону толеранцију, отежава одвијање процеса социјализације и изазива „психолошки замор“ чак и између мајке и деце (Relenberg, 1970).

С обзиром да је човек индивидуално и социјално биће, умањивање његове индивидуалне компоненте води дестабилизовању личности. Међутим, пошто се ради о природној потреби, а човек је свесно биће које може и да мења своју средину, а не само да јој се прилагођава, то се личност најчешће опредељује за промену средине како би задовољила потребу за приватношћу (Singer et al. 2002: 176). Припадницима младе генерације који из тог разлога све више времена проводе ван куће, тј. налазе прибежиште на улици, прети опасност од негативног утицаја неформалних група и девијантних појединаца (Jašović, 1974: 105).

Већина малолетних делинквената потиче из породица чији се стамбени услови не могу оценити као адекватни потребама. Стамбени минимум одређен као патолошки праг (износи  $8-10\text{m}^2$  по особи и испод њега може се ићи само по цену вероватних психо-физичких поремећаја) и критички праг ( $12-14\text{m}^2$  по особи, који означава ниво испод кога није осигурана индивидуална и породична равнотежа) најчешће није остварен у пракси. Такође, и посебна соба као приоритетно просторно обележје потребе за издвајањем, коју у породицама са више деце, независно од пола, најкасније у 13. години треба да има свако дете, представља више изузетак него

правило. Ови подаци упућују на закључак да се приликом решавања стамбеног питања није водило довољно рачуна о конкретним потребама будућих корисника, тј. да основна детерминанта структуре станова – породична структура, није адекватно вреднована.

### **3. Структура породице**

Структурална потпуност породице сматра се битним предусловом њеног позитивног деловања на породични систем и његово функционисање. Активно учешће оба родитеља у васпитању детета обезбеђује више битних елемената за његов правилан развој, али само под условом да постоји емоционална повезаност, подршка и солидарност супружника, односно родитеља и деце. Дете неће имати прилике да од родитеља научи „улоге полова“ и успешно се социјализује ако је потпуна породица оријентације више формална него присна заједница. Значајно је истаћи да само нарушавање породичне структуре због одсуства неког од чланова, најчешће једног родитеља, није довољно поуздан показатељ породичне дезорганизације. Међутим, структурално дефектна породица – нарочито уколико је родитељ који недостаје играо важну улогу у породичном животу – има више тешкоћа, па самим тим и услова да претрпи и друге суштинске поремећаје и тако постане дезинтегрисана (Golubović, 1981: 219) са свим негативним последицама по развој младе личности. У складу са резултатима бројних емпиријских истраживања, сагледали смо утицај броја и редоследа рађања деце у породици, као и њене непотпуности на јављање малолетничке делинквенције.

#### ***3.1. Број и редослед рађања деце у породици***

У савременој криминолошкој литератури поклања се велика пажња сагледавању повезаности „неповољног броја деце“ у породици са малолетничком делинквенцијом. Сматра се наике, да број деце у породици учествује у условљавању ове друштвено негативне појаве на два начина. Прво, већи број деце представља за родитеље оптерећење и озбиљну тешкоћу како на плану васпитног деловања, тако и у погледу обезбеђења материјалних средстава и услова неопходних за њихов развој. С друге стране, и једино дете у породици изложено је ризику од погрешног васпитања. Претерана љубав родитеља, попустљивост и испуњавање најразличитијих прохтева доводи до стварања размаженог, егоцентричног, антисоцијалног и неомиљеног детета, или повученог, сензибилног, нервозног детета које избегава социјалне контакте и претерано зависи од оца и мајке (Herlok, 1956: 501).

Пренаглашавајући етиолошки значај „неповољног броја деце“, наведена схватања маргинализују или потпуно занемарују друге околности од којих зависи крајњи исход процеса васпитања и социјализације у породици. Мада већи број деце несумњиво представља озбиљније оптерећење за родитеље, он има и значајних предности, првенствено на плану социјализације. Прилика да се кроз живот са другима учи и прилагођава примарној друштвеној групи једно је од најчешће истицаних преимућстава деце која имају браћу и сестре. Сем тога, велике породице стварају код сваког свог члана осећај сигурности. Та сигурност, више емоционална него економска, проистиче из чињенице да је дете свесно да тешкоће са којима се суочава може решити на социјално прихватљив начин не само уз помоћ родитеља, који му због заокупљености проблемима егзистенцијалне природе често не посвећују довољно пажње, већ и кроз сарадњу са браћом и сестрама (Herlok, 1956: 504-505). С друге стране, иако је једино дете у породици ускраћено за такву врсту односа и сарадње, родитељи му се могу више посветити, остварити квалитетнију и интензивнију комуникацију, обезбедити повољније материјалне услове за развој итд.

Полазећи од сазнања да у породици не постоји положај који због своје посебне природе не намеће извесне проблеме у развоју и социјализацији личности, криминолози су приликом сагледавања етиолошког аспекта малолетничке делинквенције одговарајућу пажњу поклонили и редоследу рађања деце у породици. Истраживања указују да је код прворођене деце веома мала вероватноћа да испоље такво понашање, зато што, по правилу, имају добре односе и комуникацију са одраслима и интернализују правила која утврђују њихови родитељи. Прворођено дете може се јавити и у улози „трећег родитеља“ за млађу браћу и сестре и тако се потпуније идентификовати са улогама које имају одрасли, него деца рођена касније. Такође, и најмлађе дете, због пажње коју му посвећују родитељи и старија браћа и сестре, веома ретко бива инволвирано у малолетничку делинквенцију. Највећа вероватноћа да постану делинквенти постоји код „средње“ деце којој се не поверавају одговорности и значајне улоге „резервисане“ за прво дете, нити им се толерише неодговорно понашање, као што се то чини са најмлађим дететом (Томпсон, Бинам, 2014: 221). Разлог за делинквентно понашање „средње“ деце може бити и то да она осећају да су лишена пажње родитеља у поређењу са најстаријом и најмлађом децом и сматрају да је западање у невољу један од начина да привуку пажњу одраслих.

### **3.2. Непотпуност породице**

Дефицијентна структура неповољно делује на функционисање породице и развој младе личности у њој. Непотпуна породица структурално је неадекватна; сем тога, она је мањкава и са аспекта темељних функција које треба да врши, и то из два разлога: прво, за правилно формирање личности детета потребна су оба родитеља, пошто се „его-идеал“ који регулише понашање индивидуе изграђује на основу модела личности оца и мајке и њихових узајамних односа, и друго, за складан емоционални развој детета и успостављање емоционалне стабилности чланова породице, неопходно је остварити две врсте веза које чине муж – жена и родитељи – деца (Golubović, 1981: 162).

С обзиром да поједини разлози и околности који доводе до непотпуности породице остварују различите ефекте на породични систем и његово функционисање, неопходно је у сваком конкретном случају утврдити да ли је до непотпуности дошло услед малициозног напуштања породице од стране једног родитеља, развода брака, смрти једног родитеља, одсуства родитеља из објективних разлога или ванбрачног рођења, каква је породична атмосфера претходила том догађају, у ком животном добу је губитак једног од родитеља задесио најмлађе чланове породице, као и да ли је адекватно надокнађен. Структурална непотпуност изазвана факторима који су ван утицаја породице (нпр. губитак родитеља услед смрти) остварује знатно слабије неповољно дејство. Насупрот томе, породица чија је структура нарушена субјективним слабостима родитеља (развод, напуштање породице) има неупоредиво теже последице по породичну атмосферу, развој деце и манифестовање делинквентног понашања (Јаšовић, 1983: 241). Само уважавањем ових околности, као и њиховим довођењем у динамичку везу и интеракцију са низом других срединских фактора и личности чланова породице, могуће је оценити криминогени потенцијал структурално дефицијентне породице.

### **4. Породична атмосфера**

Породична атмосфера, схваћена као целокупност међусобних односа чланова породице, може деловати подстицајно, али и ограничавајуће на развој и социјализацију младих. Њена адекватност за успешно одвијање процеса васпитања и социјализације огледа се у доприносу који даје приликом формирања личних, правилно усмерених својстава деце, као и свестраном развоју способности које поседују. Важно је истаћи да идеална породична атмосфера за здрав развој детета није она у којој нема никаквих проблема и сукоба, пошто таква породица не постоји, већ

она у којој су међусобни односи чланова засновани на привржености, поверењу и солидарности, што омогућава да се проблеми решавају, а сукоби превазилазе (Golubović, 1981: 269). Личност која је успела да оствари персонални и социјални интегритет, за шта стимуланс и подршку црпи из хармоничне породичне атмосфере, тражи и налази решење проблема на рационалан начин и не прихвата ирационални бунт који не води разрешењу конфликта, већ западању у све компликованији сукоб (Golubović, 1981: 271). Међутим, ако породица не испуњава постављене циљеве и због тога лиши своје чланове неопходног ослонаца и подршке, у њој ће сукоби превагнути над кохезијом, тензија над емоционалном равнотежом, а узајамно сумњичење над поверењем, дакле, превладаће таква породична атмосфера која ће негативно деловати на формирање младе личности и усмеравање њеног понашања.

Од низа неповољних елемената породичне атмосфере који могу допринети јављању малолетничке делинквенције, најтеже последице свакако узрокују лоши међусобни односи родитеља и њихов неадекватан однос према деци.

#### **4.1. Међусобни односи родитеља**

Однос између родитеља, оца и мајке прави је образац за учење и прихватање породичног понашања и односа за децу и што је већи склад између међусобног понашања родитеља и њихових захтева у процесу васпитања, утолико ће оно бити успешније, дајући као резултат социјализоване и емоционално стабилне личности (Golubović, 1981: 191). Полазећи од сазнања да су деца динамичне личности и да им је за развој потребна помоћ, а не таторство, ови родитељи примењују различите начине посредног утицаја настојећи да их ненаметљиво подстакну да самостално анализирају понашање и доносе рационалне одлуке, тј. да их учине одговорним за сопствено понашање. Искуство детета које садржи позитивне елементе формиране на основу родитељског примера из свакодневног живота представља снажан подстицај за стабилизовање осећаја сигурности, које пак омогућава несметано одвијање процеса социјализације и формирање емоционалне стабилности.

Међутим, неусаглашеност вредносних оријентација родитеља, када сваки настоји да другом наметне своје ставове често је узрок озбиљних поремећаја породичне атмосфере, а самим тим и дезоријентисаности и изгубљености најмлађих чланова породице. У посебно неповољној ситуацији су деца оних родитеља код којих је та неусаглашеност еволуирала у озбиљне сукобе, односно свађе. Деца која, по правилу, воле оба родитеља оцењују



да је, у условима поремећене породичне атмосфере, њихова потреба за љубављу и сигурношћу угрожена. Проблем потенцира и чињеница, да родитељи у настојању да придобију дете за себе не бирају средства. Тако се породица дели у међусобно супротстављене таборе у којима деца предвођена и подучавана од стране родитеља воде „туђи рат“ који неповољно делује на њихову личност. Резултати бројних истраживања указују да постоји позитивна коорелација између озбиљних сукоба у породици с једне и одређених непожељних облика понашања код деце, с друге стране – нпр. јављања љубоморе, емоционалне нестабилности, неконтролисаног реаговања, осећаја несигурности итд.. Особе које су имале почетна неуспешна породична искуства, укључују се у живот са умањеном способношћу за сарадњу и са снажно испољеном тенденцијом за задовољење потреба кроз импулсивно реаговање, што представља озбиљну препреку за успешно интегрисање у позитивне друштвене токове.

#### **4.2. Однос родитеља према деци**

Рационалан и на педагошким сазнањима утемељен однос родитеља према деци значајна је претпоставка уравнотеженог развоја младих и озбиљна брана од многих неповољних утицаја. Од бројних ставова и поступака оца и мајке на формирање социјализоване и емоционално стабилне личности најјачи утицај испољавају три подручја интеракције родитеља и деце.

Прво подручје обухвата манифестовање интереса, топлине, прихватања и привржености, на основу чега произилази осећање детета да је жељени члан породице, да јој припада и да у њој може наћи ослонац (Golubović, 1981: 269). Другим речима, интерес који отац и мајка показују за дете, оно доживљава као задовољење потребе за позитивном пажњом, тј. као доказ сопственог значаја у њиховим очима.

Следећа област значаја за развој детета је попустљивост, односно строгост и кажњавање. Искусне родитеље карактерише изражајност захтева које постављају и чврстина и консеквентност којом их остварују. Награђивање је приоритетан начин утицаја на дете да се понаша на социјално прихватљив начин, а награда је непосредно повезана са поступком који би оно требало увек да врши, јер ће га пријатне асоцијације подстицати на стално понављање. Најједноставнија, уједно и најефикаснија награда коју родитељи могу дати је признање у виду похвале. И у случајевима када је потребно казнити дете, ови родитељи су доследни: казна није одмазда или вентил за њихову нагомлану љутњу, већ реакција адекватна учињеном преступу. На овај начин они показују детету да га прихватају и када не одобравају поједине његове поступке.

Трећи значајан сегмент односа родитеља према деци је демократска пракса. У оквиру широко постављених правила они примењују методе који полазе од унутрашњих склоности детета и пружају му довољно могућности за слободно одлучивање и испољавање индивидуалности. Прецизније, они на суптилан начин исказују поштовање његовој личности.

Склад између осећаја и дужности могу остварити само они родитељи који су изграђене и стабилне личности, јер у области васпитања важи правило да отац и мајка могу пружити деци само оно што сами поседују, тј. да друге могу васпитавати само уколико су и сами васпитани. Поједини родитељи, међутим често примењују начине и поступке усмеравања понашања младих који узрокују негативне последице. У настојању да постигну ауторитет, они су склони да у односу према деци одбацавање претпоставе прихватању, принуду љубави, а казну (најчешће телесну) награди. Наметнута су строга правила понашања, при чему је основно мерило ауторитарног породичног кодекса воља родитеља или једног од њих („Зато што ја тако кажем“). Природа детета и његови развојни потенцијали су занемарени; наиме, њему се намећу циљеви које одређују родитељи, а који су неприродни и неутемељени у односе у породици. Очигледно, реч је о ауторитарном моделу васпитања који произилази из обесправљености чланова породице, пре свега деце, и има значајну улогу у етиологији малолетничке делинквенције.

## **5. Социјално-патолошке појаве у породици**

Криминолошка мисао и истраживачка пракса недвосмислено указују да је мало негативних елемената у породичном животу који својим непрекидним интензивним деловањем нису у стању да изазову неповољне последице по развој и понашање малолетника. У складу с тим, несумњиво је да ће се присуство социјално-патолошких облика понашања одраслих чланова породице, па и старије браће и сестара врло вероватно негативно одразити на развој младе личности. Наиме, у неким деловима друштва постоје прогресивно малигни облици социјалне патологије у устројству породичне групе. Такве породице које нису довољно интегрисане са заједницом постају извор социјално-патолошке заразе и проузрокују неприлагођено и етички извитоперено понашање својих чланова. Веза између индивидуалног и породичног идентитета толико је примарна и незаменљива да у највећем броју случајева искључује могућност да неки члан породице остане имун према последицама те заразе (Ekermen, 1987: 136). Концентрација највећег интензитета деструктивног учинка социјално-патолошких појава приоритетно је усмерена на припаднике најмлађе

генерације, који су изузетно осетљиви на групне притиске присутне у породици и широј заједници, због чега је њихово правилно друштвено и етичко формирање доведено у питање. Полазећи од тих сазнања, сагледали смо утицај прекршаја и кривичних дела чланова породице, као и болести родитеља на јављање малолетничке делинквенције.

### ***5.1. Прекршаји и кривична дела чланова породице***

Социјално-патолошке појаве настају у динамичкој интеракцији индивидуе и особа из њене најближе околине (Кесмановић, 1988: 88) при чему породици, као првој референтној групи припада посебно место. Да ли ће се социјално-патолошки модел понашања уопште уобличити зависи првенствено од тога колико је индивидуа временски дуго изложена контаминацији социјално-патолошких појава и да ли успева да избегне партиципацију у развијању и продужавању патолошког карактера мреже односа у чијем се средишту или на периферији налази (Кесмановић, 1988: 88). Време је дакле, незаобилазна компонента у настајању, али и тумачењу социјално-патолошких појава. У конкретном случају малолетници се налазе у двоструко хендикепираном положају: с једне стране, они су изложени утицају прекршајног и криминалног понашања родитеља и старије браће и сестара у оном животном добу, када су с обзиром на пластичност структуре личности подложни сваком чину и примеру своје околине, како позитивном, тако и негативном, а с друге, њихове могућности да избегну неповољан утицај социјално-патолошких појава у породичном животу на овом узрасту су минималне. Уколико затаје и други фактори позвани да обезбеде позитиван утицај на развој малолетника, и на тај начин неутралишу негативан узор прекршајног и криминалног понашања чланова породице, готово је сигурно да ће ти малолетници испољити делинквентно понашање.

### ***5.2. Болест родитеља***

Друштвени значај болести произилази из ефеката патолошких промена на друштвено комуницирање и споразумевање, на несметано одвијање друштвених процеса и задовољавање различитих индивидуалних и друштвених потреба – једном речју, на друштвеност човека.

Све док је носилац социјалне улоге болесника, болестан човек је ослобођен већине или свих осталих социјалних улога (Кесмановић, 1988: 124), што у конкретном случају значи да болест једног или оба родитеља, осим што оптерећује остале чланове породице, истовремено дисквалификује из непосредног учешћа у породичним процесима основне носиоце тих

процеса. Посебно је значајно да болесни родитељи, с обзиром на врсту и ток болести и поред најбоље воље, тешко остварују васпитни утицај и контролу над понашањем деце. С друге стране пак, пажња и брига породице усмерава се у правцу лечења и неге оболелих родитеља, тако да се други породични процеси, између осталих подизање и васпитање деце маргинализују и обављају у неадекватним условима. Болест родитеља дакле, може условити унутарпородичну дисфункционалну спрегу и на тај начин довести до делинквентног понашања младих.

Као хронична и прогредијентна болест, алкохолизам захвата све животне сфере, додуше у различитом обиму и различитом динамиком. Ипак, најраније и најбројније последице алкохолизма испољавају се на социјалном плану, а пре свега у брачном и породичном животу. Наиме, „алкохоличарски систем је јединствен ентитет по томе што присуство алкохолизма увек значи дисфункционалан породични систем“ (Vuletić, 1988: 292).

Породице у којима је отац алкохоличар карактерише: дубока конфузија и неконгруентност свих видова комуникација и интеракција; бројни акти физичког насиља алкохоличара према жени, али и узајамних физичких сукоба; атипична дистрибуција породичних улога и ауторитета (супруге преузимају готово све породичне улоге на себе, а посебно родитељску – тзв. псеудоматријархат); преферирање претежно материјалних постигнућа као последица непрестаних финансијских лишавања и социјалне нестабилности, као и сиромаштво социјалног живота које иде чак до тоталне социјалне изолације.

Најтеже и најбројније последице алкохолизам оставља на припаднике најмлађе генерације. Ти очеви се према малолетницима понашају недоследно и углавном неадекватно, што не чуди јер алкохоличарима због импулсивности и непредвидљивости понашања недостају основне норме у васпитању. Последица алкохоличарског породичног система је поремећај психосоцијалног развоја малолетника, чија су доминантна обележја: социјална незрелост; емоционална нестабилност; асоцијалност; негативно усмерена самоафирмација и негативна идентификација.

## **6. Породица порекла и спречавање и сузбијање малолетничке делинквенције**

Због значајног утицаја који остварује на децу, породица порекла потенцијално може имати значајну улогу у спречавању и сузбијању малолетничке делинквенције.

Један од начина на који ова примарна друштвена група може покушати да спречи делинквенцију је да јасно дефинише друштвене улоге и одговорности за своје најмлађе чланове, смањујући тако осећај маргинализованости карактеристичан за њих. Постављена очекивања морају бити прецизна, унапред позната и објашњена деци на прихватљив начин. Директан надзор од стране родитеља и доследност приликом дисциплиновања такође представљају значајне изолаторе од делинквенције. У структурално дефицијентној породици један родитељ који је активно укључен у надзор над понашањем свог детета и остварује квалитетну интеракцију са њим (стављање до знања детету да је одговорно за своје поступке, подстицање пожељног понашања, указивање на позитивне примере и сл.), може да буде знатно успешнији у спречавању делинквенције од оба родитеља у структурално целовитој породици, који не исказују адекватну заинтересованост за понашање свог детета (примена недоследних метода дисциплиновања, недостатак емоционалне тоpline, понижавање итд.). Најзад, треба истаћи да је интензитет друштвене везе између малолетника и њихових породица (мада та веза данас слаби) један од најважнијих фактора у спречавању делинквентог понашања (Томпсон, Бинам, 2014: 229-230).

На основу изложеног можемо закључити да сваки покушај спречавања и сузбијања криминалитета малолетника који претендује на успех, неизоставно мора да укључи породицу порекла.

## **7. Закључак**

Малолетничка делинквенција представља изузетно сложен и озбиљан проблем савременог доба с обзиром на њене феноменолошке карактеристике, емпиријски утврђену позитивну коорелацију између раног манифестовања криминалног понашања и каснијег рецидивизма, као и чињенице да је криминалитет малолетника несумњив доказ неповољног положаја младе генерације у друштву.

Криминолози су рано учили неспорно велику улогу породице порекла, тј. породице оријентације у етиологији криминалитета малолетника, али исто тако и у његовом спречавању и сузбијању. Иако се налази у непрекидном процесу транзиције, породица и даље има доминантну улогу у васпитању и социјализацији младих, тј. у формирању ставова, вредности, уверења и понашања који могу промовисати делинквентно понашање или спречити његово испољавање. Резултати истраживања указују да реално највећи значај у етиологији малолетничке делинквенције имају: неповољан социјално-економски статус породице; њени структурални

недостаци; поремећена породична атмосфера и присуство социјално-патолошких појава у овој примарној друштвеној групи.

Сдругестране, директан родитељски надзор, доследност дисциплиновању, јачање друштвених веза између малолетника и њихових породица, као и јасно дефинисане друштвене улоге и одговорности за припаднике најмлађе генерације, могу допринети спречавању малолетничке делинквенције.

Дакле, због изузетног утицаја који има на малолетнике, породица треба да остане у фокусу истраживања друштвеног проблема названог малолетничка делинквенција.

### Литература/References

- Аранаудовски, Љ. (2007). *Криминологија*. Скопје: 2-ри Август С – Штип.
- Vuletić, Z. (1988). *Deca alkoholičara*. Gornji Milanovac: Dečje novine.
- Golubović, Z. (1981). *Porodica kao ljudska zajednica*. Zagreb: Naprijed.
- Ekermen, N. V. (1987). *Psihodinamika porodičnog života*. Titograd: Pobjeda.
- Ignjatović, Đ. (2014). Stanje i tendencije kriminaliteta maloletnika u Srbiji – analiza statističkih podataka. *Crimen (V)*.2/2014. 173-195. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Institut za uporedno pravo.
- Jašović, Ž. B. (1974). *Slobodno vreme i prestupničko ponašanje mladih*. Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.
- Jašović, Ž. B. (1983). *Kriminologija maloletničke delinkvencije*. Beograd: Naučna knjiga.
- Кесмановић, Д. (1988). *Ni normalno ni patološko*. Sarajevo: Svjetlost.
- Relenberg, N-Sch. (1970). Wohnung und Wohnumwelt. *Baumeister*.
- Singer, M., Kovčo Vukadin, I., Cajner Mraović, I. (2002). *Kriminologija*. Zagreb: Nakladni zavod Globus i Edukacijsko-rehabilitacijski fakultet Sveučilišta u Zagrebu.
- Томпсон, В. Е., Бинам, Џ. Е. (2014). *Малолетничка делинквенција: социолошки пристап*. Скопје: Арс Ламина – публикации.
- Haralambos, M. (1989). *Uvod u sociologiju*. Zagreb: Globus.
- Herlok, E. B. (1956). *Razvoj deteta*. Beograd: Zavod za izdavanje udžbenika Socijalističke Republike Srbije.

**Vladimir V. Veković, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Priština (Head Office in Kosovska Mitrovica)*

## **FAMILY OF ORIGIN AND JUVENILE DELINQUENCY**

### **Summary**

*Despite the fact that the modern family, due to the dramatic changes on the global and national level, entrusts many of its biological, economic and psycho-social functions to other institutions, there is almost a general consensus among criminologists that the family of origin, i.e. the family of orientation is one of the most influential factors when it comes to juvenile delinquency. Although the family is in a continuous transition process, it still has a dominant role in shaping attitudes, values, beliefs and behaviors that can either promote or prevent delinquent behavior. In this context, the author analyzes in detail the aspects of family life that have the greatest significance in the etiology of juvenile delinquency. These are: the socio-economic status of the family; family structure; family atmosphere and social-pathological phenomena in the family. The paper also examines the possibilities of preventive action of the family of origin in the field of suppression and prevention of juvenile delinquency.*

**Keywords:** *family of origin, juvenile delinquency, socio-economic status, family structure, family atmosphere, social-pathological phenomena, prevention.*



**Др Јелена Беловић,**  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Приштини са привременим  
седиштем у Косовској Митровици

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880275B

UDK: 341.9

Раd примљен: 30.09.2018.

Раd прихваћен: 23.11.2018.

## **ПРИЗНАЊЕ И ИЗВРШЕЊЕ СТРАНИХ СУДСКИХ ОДЛУКА\*\***

**Апстракт:** *Смисао и сврха вођења судског поступка уопште, па тако и оног у коме је присутан међународни елемент, јесте извршење правоснажне судске одлуке. Правоснажност судске одлуке, као основна претпоставка њене извршности је извор правне сигурности и на међународном плану. У светлу реформе Закона о решавању сукоба закона са прописима других земља из 1982. године, а у циљу стварања модерне кодификације међународног приватног права у Републици Србији, радна група за израду Нацрта Закона о међународном приватном праву понудила је 2014. године, низ нових решења која се односе и на признање и оглашење стране судске одлуке извршином, а која се, између осталог, тичу и прецизније дефинисаних услова за признање страних судских одлука.*

**Кључне речи:** *страна судска одлука, признање стране одлуке, Нацрт Закона о међународном приватном праву, међународна надлежност, право на одбрану.*

### **1. Увод**

Међународно јавно право не намеће државама општу обавезу да признају дејства страних судских одлука. Признавање дејства страних судских одлука у домаћој земљи представља више гест уважавања, односно акт међународне сарадње мотивисан интересом за ефикасно решавање спорова. Овај акт базиран је на принципу равноправности свих правних система и обавези поштовања других држава и њихових правних система. С друге стране, интерес заштите суверености домаће државе намеће

\* jelena.belovic@pr.ac.rs

\*\* Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

одређене захтеве у погледу услова које страна судска одлука треба да испуни како би дејство те одлуке било признато и ван државе у којој је донета. Данас не постоји ниједна држава у којој би се до крајњих консеквенци удовољило само једној од супротстављених група интереса и обзира. Тежи се компромису који би водио рачуна како о међународној сарадњи и ефикасном вођењу поступка, тако и о заштити суверености домаће државе. (Варади, Кнежевић, Бордаш, Павић, 2012: 534). Можда је *ratio* данашњег преиспитивања признања и извршења страних судских одлука, у смислу олакшавања његовог режима најбоље објашњен речима канадског судије La Foresta:

*„Пословна заједница послује у светској економији и ми правилно говоримо о „светској заједници“ иако се она суочава са децентрализованом политичком и правном реалношћу. Прилагођавање кретања капитала, услуга и људи преко државних граница треба да представља императив. Под овим околностима, садашњи приступ признању и извршењу страних судских одлука је зрео за преиспитивање. На опште задовољство парничара, поједине земље (а најпре се мисли на државе САДА и ЕУ), усвојиле су флексибилнија правила признања и извршења страних судских одлука“ (Pitel: 4).*

Норме о признању и извршењу страних судских одлука у већини националних права садржане су било у националним законима које регулишу материју грађанског<sup>1</sup>, међународноприватног<sup>2</sup> или грађанскопроцесног права<sup>3</sup>. У појединим земљама услови међусобног признања регулишу се путем међународних уговора.<sup>4</sup> У земљама *common law* система, као и у већини правних питања, судска пракса је извор права. У упоредном праву стога срећемо бројне моделе регулисања питања признања и извршења страних судских одлука, које теорија<sup>5</sup> групише у неколико система. Посебан систем чине правила која се примењују у државама чланицама Европске уније.

1 Овој групи земаља припадају: Француска, Грчка, Шпанија, Португал, Кина, Аргентина, Бразил, Мексико.

2 Република Србија припада овој групи земаља заједно са: Албанијом, Аустријом, Белгијом, Босном и Херцеговином, Бугарском, Црном Гором, Хрватском, Италијом, Мађарском, Немачком, Пољском, Македонијом, Словенијом, Турском и Швајцарском.

3 У Белорусији је 1999. године у оквиру Закона о грађанском процесном праву део X посвећен одредбама Међународног грађанско процесног права. Варади et al., 2012:50.

4 Русија, Холандија и скандинавске земље.

5 За поделу на: систем ограничене контроле, систем неограничене контроле, систем ревизије из основа, ситем *prima facie evidens*, и систем непризнавања страних одлука, видети Варади et al., 2012: 534-536. Костић-Мандић, 2017: 185-186.

## 2. Природа института признања и извршења

Уважавање правних аката стране државе на домаћем терену представља позитивну цивилизацијску тековину модерног доба (Дика, Кнежевић, Стојановић, 1991: 275). У античко доба локално право примењивало се и на странце, а страним одлукама ускраћивана је било каква снага ван њихових територија. Супротно томе, *ius cottine* није правило јасну разлику између домаћих и страних одлука: стране одлуке су се слободно признавале и извршавале. Овај либерални став променио се рађањем идеје суверенитета, која признање дејства страних одлука сматра његовим непотребним ограничењем. У светлу идеје суверенитета признање дејства страних одлука требало је правдати новим принципима. Најзначајнији представници холандске школе статута Huber (Хубер) и Voet (Фут) развили су два принципа која се и данас сматрају актуелним (Michaels: 2). Први од ових принципа је *comitas gentium*<sup>6</sup>, а други је принцип реципроцитета.

Допуштеност овог института у националним правима дуго времена образлагана је аргументима економске и политичке природе. Временом, мењала се и концепција у погледу „обавезности“ признања и извршења страних судских одлука. У правном систему Европске уније данас се институт признања и извршења стране судске одлуке перципира као право које гарантује чл.6 (1) Европске конвенције за заштиту људских права (ЕК).<sup>7</sup> Овим чланом гарантовано је право на правично суђење које се састоји из следећих права које можемо поделити на три групе: 1) права која се тичу суда; 2) права која се односе на поступак; 3) права која се односе на судску одлуку. Права која се односе на судску одлуку обухватају: а) обавезу суда да образложи своју одлуку, и б) право на извршење, као и на *транснационално извршење судске одлуке* (Јакшић: 87). Ова теоријска анализа поткрепљена је образложењем пресуде Европског суда за људска права у случају *Saccoccia*<sup>8</sup> од 18. децембра, 2008. године. У образложењу се наводи да право на тужбу

---

6 Овај концепт у данашњем смислу речи био би схваћен као „међународна учтивост“ или „љубазност“ видети Живковић: 33.

7 Чл.6 (1) ЕК гарантује право на правично суђење: „Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама, или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Пресуда се мора изрећи јавно, али се штампа и јавност могу искључити с целог или с дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мери која је, по мишљењу суда, неопходно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде.“, Сл. лист СЦГ – Међународни уговори, 9/2003, 5/2005 и 7/2005, Сл. гласник РС – Међународни уговори, 12/2010 и 10/2015.

8 Case of *Saccoccia vs. Austria*, Application no. 69917/01, 18 December, 2008.

из чл. 6 (1), подразумева и право на *транснационално признање и извршење страних судских одлука*, под условом да су њима решене грађанскоправне ствари. Уз ову обавезу, из наведене нормe може да се изведе и обавеза државе чланице Конвенције да се стара о томе да закључи билатералне међународне уговоре са земљама које нису чланице ЕК о признању и извршењу страних судских одлука (Јакшић, 2016: 110). Иако се сарадња ЕУ и Савета Европе на пољу заштите људских права и основних слобода деценијама уназад развијала кроз заједничке програме и акције, тек је Лисабонским уговором из 2009. године утврђено да основна људска права и слободе зајемчене ЕК, која произилазе из уставних традиција заједничких државама чланицама, чине општа правна начела ЕУ.<sup>9</sup> Дакле, све до овог момента појединци су на тлу Европе уживали могућност конзумирања лепезе основних људских права и слобода, која међутим, није деривирала из односа појединац/држављанин државе чланице ЕУ-држава чланица ЕУ-Унија, већ из обавезе поштовања одредаба ЕК од стране националних држава као чланица Савета Европе (Muratagić: 36).

Европски систем признања страних судских одлука потврђује тезу да између отпора признању и извршењу страних одлука и квалитета међудржавних веза постоји обрнута сразмера. Наиме, што је кохезија између држава већа, мањи је отпор признању страних одлука. Као *sui generis* организација ЕУ је по овом питању нудила различита решења која су еволуирала паралелно са развојем и јачањем интегративних функција органа Уније. Правним инструментима ЕУ годинама је стваран европски судски простор на коме постоји слободан проток судских одлука у грађанској и трговачкој материји. Кључни елемент у развоју права ЕУ је, у том подручју, поступно уклањање свих ограничења у признању и извршењу пресуда међу правосуђима држава чланица (Medić, 2017: 292). На територији ЕУ на снази је Уредба (ЕУ) бр. 1215/2012 о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима (у даљем тексту: Уредба).<sup>10</sup> Ова Уредба заменила је Уредбу о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима (у даљем тексту: Уредба Брисел I)<sup>11</sup> која је регулисала питање признања и извршења судских одлука до 9. јануара 2015. године. Уредба Брисел I садржала

9 Чл.6 (3) Уговора о допунама и изменама Уговора о стварању Европске уније-Лисабонски уговор ступио на снагу 1. децембра 2009. године Преузето 10.08.2018 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12007L/TXT&from=EN>.

10 Уредба (ЕУ) бр. 1215/2012 Европског парламента и Савета од 12. децембра 2012. о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима. *OJ L* 3515/1 од 20.12.2012.

11 Уредба (ЕЗ) бр. 44/2001 од 22.12.2000. о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима. *OJ L* 12/1 од 16.01.2001.

је решења раније Бриселске конвенције из 1968. године<sup>12</sup>. Уредбом је прописано да се судска одлука донета у држави чланици признаје у другим државама чланицама без потребе за било каквим посебним поступком.<sup>13</sup> Судске одлуке других држава чланица признају се аутоматски, а од 10. јануара 2015. године извршење судских одлука других држава чланица може се затражити директно, без потребе претходног оглашавања одлуке извршном. Ова Уредба битно доприноси слободном кретању одлука унутар ЕУ, побољшава и олакшава положај грађана у материји коју регулише, тако да се одлуке у брачним предметима и предметима о родитељској одговорности признају у другим државама чланицама, без спровођења посебног поступка (Крвавац, 2018: 332). Јединствени режим прописан Уредбом примењује се само на државе чланице ЕУ, док национална правила држава чланица настављају да се примењују у односу на одлуке пореклом из трећих држава. Правосудна сарадња базирана на уклањању препрека признању и извршењу страних одлука представља континуирани процес и део је ширих програмских акција<sup>14</sup> у оквиру ЕУ, који за резултат има низ других правних инструмената.<sup>15</sup>

На регионалном плану такође постоје бројни споразуми којима се предвиђа олакшано признање и извршење одлука судова из земаља које су блиске не само географски већ и по историји, култури и традицији (Костић-Мандић, 2017: 204). Бриселски режим слободног кретања судских одлука проширен је 1988. године и на земље ЕФТА потписивањем Луганске конвенција о

---

12 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, 1968, *OJ L* 299/32, 1972.

13 Чл.36 Уредбе и чл.33 Уредбе Брисел I садрже идентичну одредбу.

14 The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union, *OJ C* 53/1, of 3. III. 2005. The Stockholm Programme – A open and secure Europe serving and protecting citizens, *OJ C* 115/1, of 4. V. 2010.

15 Уредба (ЕЗ) бр. 805/2004 Европског парламента и Савета од 21. априла 2004. о увођењу европског налога за извршење неспорне тражбине. *OJ L* 143, од 30. IV 2004; Уредба (ЕЗ) бр. 1896/2006 од 12. децембра 2006. о увођењу поступка за европски платни налог. *OJ L* 399, од 20. XII 2006; Уредба (ЕЗ) бр. 861/2007 Европског парламента и Савета од 11. јула 2007. о увођењу европског поступка за спорове мале вредности. *OJ L* 199, од 31. VII 2007; Уредба Савета (ЕУ) бр. 2016/1103 од 24. јуна 2016. о спровођењу појачане сарадње у подручју надлежности, меродавног права те признавања и извршења одлука у стварима брачноимовинских режима. *OJ L* 183/1, од 8. VII 2016; Уредба Савета (ЕУ) 2016/1104 од 24. јуна 2016. о спровођењу појачане сарадње у подручју надлежности, меродавног права те признавања и извршења одлука у стварима имовинских последица регистрованих партнерстава. *OJ L* 183/30, од 8. VII 2016.

надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима која је унапређена 2007. године.<sup>16</sup>

Министарство правде Републике Србије је 2011. године дало подршку иницијативи Министарства правосуђа Републике Словеније за приступање држава региона Западног Балкана „Лугано“ конвенцији. Иницијатива је дата на регионалној министарској конференцији одржаној 15. априла 2011. године на Брду код Крања (Словенија), и образложена је важношћу да се стандарди који се примењује у ЕУ, а који се односе на правосудну сарадњу у области грађанског и трговачког права, приближе земљама региона кроз њихову скорију примену.<sup>17</sup>

### 3. Појам стране судске одлуке

Нема једнодушнoг става ни у теорији, нити у правној пракси, о томе шта обухвата појам „страна судска одлука“. Од тога да ли ће један страни правни акт бити признат као страна судска одлука, зависи и могућност покретања поступка и одобрења њеног признања и извршења (Пак: 89). Одредбе чл.86 важећег Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у даљем тексту: ЗРСЗ)<sup>18</sup> дефиниционог су карактера и одређују појам позитивном дефиницијом. Страном судском одлуком сматра се одлука страног суда и других несудских (управних) органа која је по свом статусу и дејству изједначена са судском. Међутим, чл.182 Нацрта новог Закона о међународном приватном праву<sup>19</sup> (у даљем тексту: Нацрт) садржи квалитативно садржајнију и прецизнију дефиницију с обзиром на то да експлицитно одређује поље, односно карактер односа на које се страна судска одлука односи, а то су приватноправни односи са међународним елементом. Наиме, важећа одредба из чл.1, ст.2. ЗРСЗ релевантност правила поступка и правила за признање и извршење страних судских и арбитражних одлука садржаних у том закону не

---

16 Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters *OJ L 339/3* of 21.12.2007.

17 Подршка Министарства правде Републике Србије иницијативи Министарства правосуђа Републике Словеније за приступање држава региона Западни Балкан конвенцији „Лугано“ и друге регионалне иницијативе 15.04.2011. Преузето 15.08.2018. <https://arhiva.mpravde.gov.rs/images/Podrska%20Ministarstva%20pravde%20Republike%20Srbije%20inicijativi%20za%20pristupanje%20Lugano%20konvenciji.pdf>

18 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Сл.лист СФП*, 43/82 и 72/82, *Сл.лист СР*, 46/96, *Сл.гласник РС*, 46/2006.

19 Коначна верзија Нацрта Закона о међународном приватном праву. Преузето 1.08.2018. <https://www.mpravde.gov.rs/obavestenje/6274/konacna-verzija-nacrta-zakona-o-medjunarodnom-privatnom-pravu-.php>

веже сасвим одређено уз односе из ст.1 тог члана (статусне, породичне и имовинске, односно друге материјалноправне односе са међународним елементом). Такав закључак намеће се само имплицитно. У крајњој линији да ли се ради о овим односима одређујемо према *lex fori*. Дефиниција из Нацрта је проширена и из разлога што под појам стране судске одлуке осим судског поравнања укључује и поравнање закључено пред другим органом ако је у држави закључења оно (поравнање) изједначено са судским, али и одлуку о имовинскоправном захтеву о коме је одлучено у кривичном поступку, уз негативну одредницу из ст.5 да се страном судском одлуком, у смислу наведеног члана, не сматра страна арбитражна одлука. За одређивање појма стране судске одлуке у Републици Србији од значаја су и одредбе Закона о извршењу и обезбеђењу.<sup>20</sup>

Предмет признања и извршења могу бити само мериторне одлуке, независно од њиховог назива у земљи порекла, под условом да је одлука донета у форми, по поступку и од стране органа који је надлежан за доношење те врсте одлука по праву земље доношења. У данском праву развод брака могућ је у судском и административном поступку. Административно тело даје дозволу за развод брака, ако у случају када се захтев темељи на одвојеном животу брачних партнера (§3 Закона о закључењу и престанку брака из 2005. године), противна страна не изнесе примедбе па се сматра да постоји споразум о свим последицама развода брака. Грчка је једина земља чланица ЕУ у којој, у једном њеном делу, важи интерперсонално право. За грчке муслимане који живе на североистоку Грчке предвиђена је, према Атинском уговору из 1913. године, примена шеријатског права, на статусне, породичне и наследне односе. За регулисање породичних односа надлежан је муфтија (Duraković: 15). У оба случаја, и одлука управног и одлука верског органа, за потребе признања и извршења, сматраће се страним судским одлукама, из разлога што својство судске одлуке обе одлуке имају по праву државе у име чијег суверенитета су донете. За признање су подобне како декларативне, тако и конститутивне и кондемпторне одлуке, док се извршење односи најчешће на кондемпторне одлуке којима се странка обавезује на извршење одговарајуће чинидбе. Из овога следи да суд мора признати сваку одлуку коју извршава, али није неопходно да изврши сваку страну одлуку коју признаје (Станивуковић, Живковић: 465).

---

20 Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС*, 106/2015, 106/2016-аутентично тумачење и 113/2017-аутентично тумачење.



#### 4. Признање и извршење страних судских одлука у Републици Србији

Правни оквир признања и извршења страних судских одлука у Републици Србији чине: мултилатерални уговори, билатерални уговори и ЗРСЗ. Република Србија није чланица ниједног мултилатералног уговора који се односи искључиво на признање и извршење страних судских одлука. Међутим, фрагментарно ово питање регулисано је одредбама: Њујоршке конвенције о остваривању алиментационих захтева у иностранству из 1954. године<sup>21</sup>, Хашке конвенције о грађанском судском поступку из 1954. године<sup>22</sup>, Бечке конвенције о грађанској одговорности за нуклеарне штете из 1963. године<sup>23</sup>, Бриселске конвенције о интервенцији на отвореном мору за случај несреће коју проузрокује или би могло да проузрокује загађивање<sup>24</sup> Хашке конвенције о олакшању међународног приступа судовима из 1980. године<sup>25</sup>, Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце из 1980. године<sup>26</sup>, Конвенције о железничком превозу путника, пртљага и робе из 1980. године<sup>27</sup>, Конвенције о међународном друмском превозу пртљага и робе, Европске конвенције о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном испостављању односа старања из 1980. године<sup>28</sup>.

И билатерални уговори о правној помоћи или узајамном правном саобраћају који обавезују РС садрже норме о признању и извршењу страних судских одлука. Неке од њих на генералан начин уређују питање признања и извршења страних судских одлука; друге опет регулишу само питања међусобног признања у алиментационим стварима, док се треће ограничавају на признање одлука судова о судским трошковима (Јакшић: 341).

---

21 *Сл. лист ФНРЈ, Додатак, 2/60.* Њујоршка конвенција о остваривању алиментационих захтева не регулише непосредно поље егзекватуре, али посебном одредбом предвиђа именовање посредничког органа, као део механизма доставе и пријема захтева за покретање поступка за издржавање и извршење сваке одлуке, или другог судског акта за плаћање издржавања.

22 *Сл. лист ФНРЈ, Додатак, 2/62.*

23 *Сл. лист СФРЈ, МУ, 5/77.*

24 *Сл. лист СФРЈ, МУ, 7/77.*

25 *Сл. лист СФРЈ, МУ, 10/84.*

26 *Сл. лист СФРЈ, МУ, 7/91.* Одредбе из чл.14 Конвенције предвиђају директну примену страних судских или управних одлука, без обавезе спровођења посебног поступака признања страних одлука.

27 *Сл. лист СФРЈ, МУ, 8/84.*

28 *Сл. лист СРЈ, МУ, 1/2001.*

Најзначајнији извор права за признање страних судских одлука у Србији је ЗРСЗ који детаљно регулише ову материју. ЗРСЗ регулише услове за признање и извршење страних судских одлука уопште,<sup>29</sup> услове за признање страних судских одлука које се тичу статуса<sup>30</sup> и питање поступка<sup>31</sup>. Признање судске одлуке значи њено изједначавање са домаћом судском одлуком, али и стварање услова да оваква одлука произведе правно дејство на домаћој територији (Марјановић: 210). Осим што *lex fori* допушта дејство материјалне правоснажности стране судске одлуке, оно у начелу, уређује и субјективне, објективне и временске границе правоснажности, субјективне и објективне границе интервенцијског дејства стране судске одлуке и сл. (Јакшић: 347)

#### **4.1. Услови за признање страних судских одлука у српском праву**

Услови које страна судска одлука треба да испуни како би у домаћој земљи била призната и извршена формулисани су махом негативно, као негативне претпоставке односно сметње признању и извршењу. Негативна формулација има практичне последице на терену доказивања, с обзиром да пребацује терет доказивања на противника предлагача.

Једина обавеза предлагача, формулисана као позитивна претпоставка за признање и извршење, јесте правоснажност стране судске одлуке. Подносилац предлога је дужан да поднесе доказ да је одлука постала правоснажна по праву државе у чије име је донета. Правоснажност као својство одлуке, предлагач доказује посебном потврдом или клаузулом на самој одлуци. Услов да се тражи да страна судска одлука не може бити побијана правним лековима у земљи доношења је логичан и оправдан јер би представљао нарушавање правне сигурности да страна судска одлука буде призната у нашој земљи, а да у земљи њеног порекла у поступку по жалби она буде измењена (Костић-Мандић: 189).

Неправилност у поступку, концентрисана на поштовање права на одбрану, прва је негативна претпоставка за признање и извршење страних судских одлука. У обзир се неће узети свака неправилност, већ само теже повреде које нарушавају захтев равноправности странака у поступку, тј. оне неправилности које нарушавају минимум процесних гаранција да ће стране у поступку моћи да бране своја становишта. За оцену постојања неправилности меродавно је право државе у чије име је одлука донета. Приликом утврђивања неправилности треба бити опрезан из разлога

---

29 Чл. 87-92. ЗРСЗ.

30 Чл. 93-95. ЗРСЗ.

31 Чл. 101. ЗРСЗ.

што се екстензивно тумачење ове претпоставке може претворити у преиспитивање одлуке страног суда. Из тог разлога Нацрт такстативно набраја шта ће се сматрати повредом права на одбрану, уз алтернацију да повреда постоји ако: странци није лично достављена тужба, позив или други акт којим је покренут поступак а није покушано лично достављање, осим ако се на било који начин упустила у расправљање о главној ствари у првостепеном поступку; странци није пружена стварна могућност да у поступку који је претходио доношењу одлуке изнесе своје ставове; странци није остављено довољно времена за припрему изношења ставова од тренутка достављања тужбе до заказивања рочишта; странци није лично достављена одлука иако је учествовала у поступку а није покушано лично достављање одлуке.<sup>32</sup> Ове радње усмерене су према *странци* иако су раније верзије Нацрта предвиђале да радње треба усмерити према *туженом*. Ово решење сматрамо исправним из разлога што страна судска одлука може бити резултат поступка у коме страначке улоге нису подељене на типичан начин. Важећи ЗРСЗ, у том погледу, реферише на *лице против кога је донета страна судска одлука*.

Искључива надлежност домаћег суда је друга негативна претпоставка на коју суд пази *ex officio*. Другим речима, суд ће одбити признање са позивом на ненадлежност страног суда само уколико постоји искључива надлежност нашег правосуђа. На тај начин страна одлука има најповољнији третман изван земље порекла, када се има у виду да се према ранијим прописима<sup>33</sup> страна одлука могла признати само ако је страни суд био надлежан према националним правилима о међународној судској надлежности. Према важећем праву чак ни искључива надлежност суда није сметња за признање, уколико признање тражи тужени а реч је о одлуци донетој у брачном спору.<sup>34</sup> Не само судска пракса, већ и теорија током вишедеценијске примене ЗРСЗ-а указивала је на могућност да ово решење отвара врата за признање страних одлука и у ситуацијама када је суд стране државе засновао своју надлежност на основу правила о прекомерној надлежности. Из тог разлога Нацрт коригује налог законодавца и предлаже поновно увођење система билатерализације или система огледала у српско право.<sup>35</sup>

32 Чл. 185. ст.1. д) Нацрта.

33 Чл.17. ст.1. т.1. и чл. 20. ст.1. Уводног закона са Законом о парничном поступку, стављен ван снаге доношењем ЗРСЗа.

34 Чл.89. ст. 2. ЗРСЗ.

35 Чл. 185. ст.1. в). Нацрта гласи: „*Страна судска одлука признаје се или оглашава извршном у Републици Србији.....ако је страни суд своју међународну надлежност засновао на основу које право Републике Србије предвиђа за заснивање међународне надлежности суда Републике Србије за решавање истог спора*“.

Измена правила о признању и извршењу коиндицира са другим именима у Нацрту, а нарочито са одредбом која у српско међународно приватно право, по први пут, уводи институт *perpetuatio iurisdictionis*.<sup>36</sup>

Постојање правоснажне одлуке домаћег суда као и постојање признате стране судске одлуке такође су сметње признању и извршењу. Домаћа правоснажна и призната страна одлука имају својства *res iudicata* у истој ствари, тако да за суд не представља битну околност који поступак је раније започет. Чињеница да постоји домаћа правоснажна или призната страна одлука представља сметњу за признање на коју суд пази по службеној дужности (Крвавац: 345).

Сметња признању и извршењу јесте и раније започет поступак пред домаћим судом у истој ствари. Ефекат ове сметње не огледа се у одбијању захтева (као у претходном случају), већ у застоју поступка за признање, све до окончања поступка пред домаћим судом. Идентитет предмета спора утврђује се према *lex fori*. Застој, односно прекид поступка признања зависи од исхода домаћег поступка. Признање се одбија уколико се домаћи поступак оконча доношењем мериторне одлуке, односно поступак признања се наставља уколико се домаћи поступак не оконча доношењем мериторне одлуке или се поступак оконча процесно (повлачењем тужбе или њеним одбацивањем).

Признање стране судске одлуке се одбија и ако не постоји узајамност са државом порекла одлуке.<sup>37</sup> Узајамност се не захтева када се захтев за признање односи на судске одлуке донете: у брачном спору, патернитетском или матернитетском спору, или када признање захтева држављанин РС.<sup>38</sup> Постављање услова узајамности додатно је релативизовано постојањем претпоставке о узајамности и концептом дељивог реципроцитета. Што се тиче начина настанка, довољан је фактички реципроцитет. Захтев за објашњење у погледу (не)постојања узајамности даје Министарство правде на основу законских прописа односне државе којима је регулисана ова материја. Нацртом је услов реципроцитета предвиђен само за одређене категорије односа.<sup>39</sup>

Поштовање јавног поретка је захтев који дозвољава извесно преиспитивање меритума. О овом захтеву суд води рачуна *ex officio*. Судска одлука резултат је одговарајућег поступка у којем се, по правилу, на утврђено чињенично

---

36 Чл. 12. Нацрта.

37 Чл. 92. ст. 1. ЗРСЗ.

38 Чл. 92. ст. 2. ЗРСЗ.

39 Чл. 185. ст. 3. Нацрта.

стање примењује меродавно материјално право. Зато се и контрола стране одлуке, у погледу компатибилности са домаћим јавним поретком, начелно може поставити са сва ова три аспекта: процесног, чињеничног и материјалноправног (Дика, Кнежевић, Стојановић: 302). Нацрт, и у овом сегменту, предвиђа различито решење, како са становишта формулације, тако и са становишта степена повреде.<sup>40</sup> Новина је и то да предложено решење узима у обзир тангираност домаћег правног поретка са страном судском одлуком.

## 5. Закључак

Компарација решења садржаних у важећем ЗРСЗ и решења садржаних у Нацрту у погледу услова за признање и оглашавање извршнима страних судских одлука, наводи на закључак да су предложена решења резултат свеобухватног компаративног истраживања филигрански предочена уз уважавање вишедеценијских примедби које је на важећи ЗРСЗ имала како судска пракса, тако и теорија међународног приватног права.

По први пут су јасно дефинисане одреднице за појам стране судске одлуке. Институт јавног поретка је измењен из разлога што се признање може одбити само са позивом на његову очигледну повреду при чему се нарочито узима у обзир интензитет повезаности односа са домаћим правним поретком. Такође, такстативно су наведене ситуације у којима се може сматрати да постоји повреда права на учешће у поступку што, као и у случају претходне измене, оставља мање простора за широко тумачење и дискрецију примењивача.

Иако уважавају кретања у европском грађанско процесном праву предложена решења ипак чине аутономан концепт прилагођен домаћим интересима. Поновно увођење принципа билатерализације резултат је правилног схватања сопствених интереса и брана признању и извршењу одлука које су донете на основу примене правила о прекомерној надлежности.

---

40 Чл.185, ст.1. г) гласи: „Страна судска одлука признаје се..... ако одлука није очигледно супротна јавном поретку Републике Србије, при чему се нарочито узима у обзир интензитет повезаности односа са правним поретком Републике Србије и значај последица до којих би довело признање стране судске одлуке“. Упореди са чл. 91. ЗРСЗ.

## Литература/References

- Варади, Т., Кнежевић, Г., Бордаш, Б., Павић, В. (2012). *Међународно приватно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Дика, М., Кнежевић, Г., Стојановић, С., (1991). *Коментар Закона о међународно приватном и процесном праву*. Београд: Номос.
- Duraković, A. (2016). *Međunarodno privatno pravo razvoda braka u Evropskoj uniji i Bosni i Hercegovini*. Mostar: autor.
- European Court of Human Rights, Case of *Saccoccia vs. Austria*, Application no. 69917/01, Judgement of 18 December, 2008.
- Живковић, М. (2004). *Еволуција идеја о решавању сукоба закона*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.
- Јакшић, А. (2016). *Међународно грађанско процесно право*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Костић-Мандић, М. (2017). *Међународно приватно право*. Подгорица: Универзитет Црне Горе-Правни факултет Подгорица.
- Крвавац, М. (2018). Општи и посебни услови за признање и извршење страних судских одлука. У О. Вујовић (Прир.), *Универзално и особено у праву* (стр.331-356). Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.
- Марјановић, С. (2007). Признање страних судских одлука као прејудицијелно питање у извршном поступку. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. L. 209-221.
- Medić, I. (2017). Priznanje i ovrha na području EU. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 54, 1/2017. 283.-300
- Michaels, R., (2009). Recognition and Enforcement of Foreign Judgments. In: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Retrived 30, August 2018, Retrived 1, August 2018 from: [https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2699&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2699&context=faculty_scholarship)
- Muratagić, J. (2017). Legitimacija konstitucionalizacije pravnog poretka EU-Povelja EU o temeljnim pravima i directive. *Nova pravna revija/ Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo*. 8/14. 35-46.
- Пак, М. (1995). *Међународно приватно право*. Београд: Номос.
- Pitel, S. (2004). Enforcement of Foreign Judgments: Where Morguard Stands after Beals. *Canadian Business Law Journal*, Vol. 40. 189.
- Станивуковић, М., Живковић, М., (2004). *Међународно приватно право општи део*. Београд: Службени лист СЦГ.

Уредба (ЕУ) бр. 1215/2012 Европског парламента и Савета од 12. децембра 2012. о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима. *OJ L* 3515/1 од 20.12.2012.

Уредба (ЕЗ) бр. 44/2001 од 22.12.2000. о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима. *OJ L* 12/1 од 16.01.2001.

The Hague Programme: Strenghtening Freedom, Sceurity and Justice in the European Union, *OJ C* 53/1, of 3. III. 2005. Retrieved 31. July 2018 from [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XG0303\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XG0303(01)&from=EN)

The Stockholm Programme – A open and secure Europe serving and protecting citizens, *OJ C* 115/1, of 4. V. 2010. Retrieved 31. July 2018 from [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XG0303\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XG0303(01)&from=EN)

**Jelena Belović, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Priština (Head Office in Kosovska Mitrovica)

## **RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN COURT DECISIONS**

### **Summary**

*The purpose of conducting court proceedings in general, as well as those involving an international element, is the enforcement of a final court decision. The enforceability of a court decision is a source of legal certainty, both nationally and internationally. In light of the reform of the Serbian Act on the Resolution of Conflict of Laws with Regulations of Other Counties (which entered into force in 1982), and for the purpose of creating a modern Private International Law codification, the Republic of Serbia established a working group, which drafted the Draft PIL Code (presented in 2014). The Draft PIL Code offered a series of solutions concerning the recognition and enforcement of a foreign court decisions, including more precisely defined conditions for the recognition of foreign decisions, clarification on the type of procedure, more precise definition of the recognition and enforcement procedure, and the procedure for declaring a foreign judicial decision enforceable.*

**Keywords:** Draft Private International Law Code, foreign court decision, recognition, enforcement, procedure, international jurisdiction, right to defense.



**Др Слободанка Ковачевић – Перих,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Приштини са привременим  
седиштем у Косовској Митровици

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880289K

UDK: 331.5.024.5:334.54/.55(497.11)  
Раџ примљен: 30.09.2018.  
Раџ прихваћен: 23.11.2018.

## **ОСНАЖИВАЊЕ ЖРТАВА ПОРОДИЧНОГ НАСИЉА: МЕРЕ АФИРМАТИВНЕ АКЦИЈЕ У ЗАПОШЉАВАЊУ\*\***

**Апстракт:** „Насиље у породици“ означава свако дело физичког, сексуалног, психичког односно економског насиља до којег долази у оквиру породице или домаћинства односно између бивших или садашњих супружника или партнера, независно од тога да ли учинилац дели или је делио исто боравиште са жртвом. Имајући у виду да су жене и девојчице у већем ризику од насиља у породици у раду превладава аспект „жене“ као „жртве“ насиља у породици, при том, аутор наглашава да није мит да су мушкарци неретко жртве „нежнијег пола“. Аутор у раду анализира мере афирмативне акције у запошљавању, тј. позитивну дискриминацију као једну од институционалних мера за економско оснаживање жртва насиља, јер се према подацима за период 2015-2016. године девет одсто жена након изласка из Сигурних кућа вратило својим злостављачима. Такође, у 80 одсто пресуда изречене су условне осуде јер се проналазе олакшавајуће околности код санкционисања, најћешће, злостављач је једини који издржава породицу. Његовим лишавањем слободе породица би остала без материјалне сгзистенције.

**Кључне речи:** насиље у породици, жртве насиља, Истанбулска конвенција, афирмативна акција у запошљавању.

---

\* slobodanka.peric@pr.ac.rs

\*\* Раџ је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

## 1. Уводна разматрања

„Насиље у породици“ означава свако дело физичког, сексуалног, психичког односно економског насиља до којег долази у оквиру породице или домаћинства односно између бивших или садашњих супружника или партнера, независно од тога да ли учинилац дели или је делио исто боравиште са жртвом.<sup>1</sup> Уколико је дозвољено правити компарацију насиља, из етичких разлога, чињеница да насиље долази од најближих чланова породице квалификује овај облик насиља у најтежи облик (*мишљење аутора С.П*). Готово свако друштво историјски је неговало и потхрањивало друштвено неједнаке односе између мушкараца и жене, нарушавајући тиме једнакост и равноправност полова и родног идентитета. Карактеристично је, нарочито, у традиционалним и патријархалним заједницама да мушкарци имају знатно више моћи у свим сегментима живота – доношењу одлука, предност код наслеђивања и сл. Ни савремено друштво, савремени цивилизацијски токови нису лишени ове пошасте која убија, превасходно жене и девојчице, широм света. Дакле, у феноменолошком смислу насиље у породици није феномен данашњице, ни продукт савремених глобалних односа који су изменили друштвену, економску и уопште социјалну улогу и саме породице и односе у њој. Данас је само стасала свест (премда, негде још у повоју) да се о насиљу у породици јавно говори, да породично насиље није приватна ствар већ друштвена, да није срамота бити жртва насиља – срамота је не предузети ништа како бисте заштитили свој живот и здравље. Насиље у породици, као и сваки облик насиља, представља најпримитивнији облик угрожавања људских права. Насиље у породици увек представља злоупотребу моћи и контролисање чланова породице који имају мање моћи или располажу мањим ресурсима.<sup>2</sup> Те околности доводе до тога да насиље несразмерно више погађа жене и девојчице. Управо због таквих трендова жене и девојчице, широм света, често су изложене тешким облицима насиља, сексуалног узнемиравања, силовања, принудног брака, кривичних дела почињених у име такозване „части“ и гениталног сакаћења и другим формама који представљају озбиљно кршење људских права жена и главну препреку остваривању једнакости између жена и мушкараца. У смислу претходно реченог, када се говори о насиљу у породици превасходно се мисли на насиље над женама. Са аспекта родне равноправности, такав став је неоснаован, с обзиром да су

---

1 Чл. 3. Конвенције о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Истанбулска конвенција). *Сл. гласник РС- Међународни уговори*, бр. 12/2013. Савет Европе је наведену конвенцију усвојио у Истанбулу 11. маја 2011. године.

2 Национална стратегија за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и партнерским односима. *Сл. гласник РС*, бр. 027/2011.

и мушкарци, такође, жртве насиља у породици. Није мит да су мушкарци неретко жртве „нежнијег пола“. Пажња светске јавности на мушкараце које малтретирају жене скренута је појавом покрета за мушка права. У извештају о повредама проузрокованим насиљем које су лечене на одељењима за хитну помоћ (*Violence-Related Injuries Treated in Hospital Emergency Departments*) коју је издало Министарство правде САД у августу 1997, наводи се да су мушкарци једна шестина од укупног броја пацијената који су примљени као жртве насиља у породици (U.S. Department of Justice, 1997).<sup>3</sup> Премда, када се узме у обзир статистика, и паритет од 90 одсто случајева у којима су жене жртве насиља наспрам 7 одсто мушкараца жртава насиља, очито да ризик да се буде жртва насиља несразмерно више погађа жене и девојчице. У раду је акценат на елиминисању насиља над женама, дакле, оснаживање жена као жртава насиља, при том, не занемарујући реалност да су и мушкарци жртве насиља у породици. Разлог таквог приступа је једна изразито доминантна црта коју испољава сиромаштво широм света – феминизација сиромаштва. Ризик од пада у сиромаштво израженији је код женске популације. Један од разлога због којег се жене не усуђују да пријаве своје злостављаче је економски/финансијска зависност од истих.

## 2. Насиље у породици (насиље над женама) - *de facto*

У структурној природи насиља над женама<sup>4</sup> је родно засновано насиље. Под родно заснованим насиљем означава се насиље које је усмерено против жене зато што је жена, односно оно, које несразмерно погађа жене. Насиље над женама је манифестација историјски неједнаких односа моћи између жена и мушкараца, који су довели до доминације и дискриминације над женама од стране мушкараца, као и до спречавања напредовања жена у пуној мери. Интензитет и последице насиља над женама потврђују да је насиље један од кључних друштвених механизма, којима се жене приморавају да буду у подређеном положају у односу на мушкараце. „Насиље према женама представља препреку у постизању једнакости, развитка и мира“ (Декларација УН о елиминацији насиља над женама из 1993. године).<sup>5</sup> У том контексту, унапређивање положаја жена и постизање равноправности

---

3 U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics (August, 1997), *Violence-Related Injuries Treated in Hospital Emergency Departments, Retrived, 8. June 2018*, from <https://pdfs.semanticscholar.org/4ddb/310658e83a29d5686200d8292db882734ea8.pdf>

4 Истанбулска конвенција, Преамбула. У смислу Конвенције појам „жена“ укључује девојке испод 18 година старости (члан 3).

5 Декларација УН о елиминацији насиља над женама . А/Рес/48/104. (1993)

жена и мушкараца јесте питање људских права и услов за друштвену правду, и у том контексту не треба га посматрати изоловано као искључиво женско питање. То је једини начин да се изгради одрживо, праведно и развијено друштво.<sup>6</sup> У том циљу од виталног је значаја користити све људске и материјалне ресурсе. Друштво које не развија све ресурсе и не користи потенцијале свих чланова друштва (и жена) не може да говори о свеобухватном развоју. „Планирање социјалног развоја је планирање процеса социјалних промена, на основу постојећих ресурса и предвиђених социјалних и економских мера којима се постиже квантитативни раст и већи квалитет у сфери животних, радних и друштвених услова“.<sup>7</sup>

У пракси насиља у породици (партнерског насиља) у нашој земљи уочене су две доминантне особине: велики број пријављених случајева насиља – свака друга жена у Србији је током живота била изложена неком облику породичног насиља; сваке године 1.000 жена у Србији напусти дом због породичног – партнерског насиља, а само 1 одсто насилника буде осуђен на затворску казну дуже од годину дана. Друго, велики број жена се враћа насилницима. Постоје делови Србије где жене много више пријављују насиље (део Војводине), али постоји југ Србије, исток Србије, где према подацима уопште немате повећање насиља над женама, а локална заједница зна да оно постоји. *Традиција и култура толеранције насиља им не дозвољава да они о томе говоре.* Повећано насиље у породици није симптоматично само за наш регион – регион Балкана, где доминирају (у мањој или већој мери) патерналистички односи у породици. Насиље је глобални проблем присутан у свим земљама света и у свим културама. Људи свих раса, верских, политичких, сексуалних опредељења, друштвених и културних нивоа, полова, могу бити починитељи насиља у породици и жртва истог. Ниједна друштвена сфера није имуна на ово зло које убија жене широм света. Више од 700 милиона жена изложено је физичком или сексуалном насиљу и то од стране мужева, момака, партнера (или других мушких чланова породице). Заиста, с правом се истиче да у многим деловима света, за већину жене нема места које је мање безбедно од њиховог дома. Жене су се у највећем делу света ибориле своја људска права – грађанска, политичка, економска и др., међутим, може се рећи да се нису избориле за место у својим домовима. Не можемо да пренебрегнемо чињеницу да је у „савременом свету“, у миленијуму људских права, правна норма девалвирана од стране традиције, обичаја, патријархалности, локалног

---

6 Пекиншка декларација из 1995. године и Платформа за акцију, Поглавље III – Значајне критичне области, 13.

7 *Планирање социјалног развоја*, Retrieved 9 June 2018, from [https://sr.wikipedia.org/sr-el/Планирање\\_социјалног\\_развоја](https://sr.wikipedia.org/sr-el/Планирање_социјалног_развоја)

менталитета, стереотипа, предрасуда и сличних појава које не само да нису иманентна когнитивном свету, већ су сурогат правима човека. Према степену насиља у породици Србија је годинама уназад у самом врху европских земаља (Euroactiv, 2014).<sup>8</sup> Нарочито су поражавајући подаци у односу на фемицид као продукт породичног или партнерског насиља.<sup>9</sup> У протеклих 10 година у Србији је због породичног насиља настрадало више од 350 жена. У 2015. години убијено је 35 жена у породичном – партнерском насиљу (и једна беба). И 2016. годину окончали смо са поражавајућом статистиком – полиција наводи да је пријављено 18.746 случајева насиља, што је 4.200 више него претходне године. У истој години у породичном насиљу је убијено 30 жена и 3 девојчице. И у 2017. години бележи се пораст насиља са смртним исходом – за првих седам месеци у породичном насиљу страдало је 20 жена. На крају 2017. године у породичном насиљу страдало је 29 жена и двоје деце.<sup>10</sup> Већина њих пре него што су убијене, полицији су пријављивале насиље у породици.

Не улазећи у дубљу анализу узрока таквог стања које се последично може повезати са општим стањем у друштву, глобализацијом и транзицијом друштвено-економског и политичког система у коме и сама породица проживљава у транзицији транзицију – од патријархалних флоскула до савремених вредности и норми, кроз укоренење стереотипе и предрасуде, на друштвеној платформи коју су дефинисали ратови на овим просторима, рецесиона криза, сиромаштво–економско и културно, са последицама социјалне депривације и отуђености, резултирало је падом моралних вредности, слабљењем улоге и утицаја породице. Све то уз некомпатибилност законодавне регулативе неусклађене са казненом политиком, бирократизација и спорост правосуђа, непостојање мултисекторске сарадње свих одговорних актера итд., резултирали су повећаним насиљем без адекватног одговора на исти – имајући у виду бројну регулативу на једној страни и повећано насиље на другој страни.

Иако се у Републици Србији насиље у породици рапидно повећавало, годинама уназад насиље над женама је било у жижи борбе организација цивилног друштва које се баве заштитом женских права – мало се радило

---

8 Euroactiv Srbija, *Насиље над женама проблем у свету* (објављено 15.05.2014), Retrieved 12, May 2018, from <http://www.euractiv.rs/ljudska-prava/7266-nasilje-nad-enama-problem-u-svetu>

9 Фемицид је родно засновано убиство, учињено над женама, девојкама, девојчицама па и бебама женског пола од стране особа мушког пола.

10 Из изјаве координаторке Сигурне куће В. Стојановић 14. 12. 2017. Retrieved 12, June 2018, from <http://rs.n1info.com/a349284/Vesti/Vesti/U-2017>. Подаци доступни и на: [www.zeneprotivnasilja.net/vesti/zpn-u-novinama](http://www.zeneprotivnasilja.net/vesti/zpn-u-novinama)

на институционалном и системском решавању неравноправности између жена и мушкараца, корену овог и многих других друштвених проблема. Данас, у нашој земљи, проблем насиља у породици/над женама се третира као јавни, опште друштвени проблем. У складу са круцијалним документима о људским слободама и правима, и регулативи о забрани и елиминисању свих видова насиља, насиље у породици је инкриминисано као криминално дело.<sup>11</sup>

Настојање да се проактивним приступом решава насиље у породици резултирало је законодавним и практичним активностима у том домену. У складу с међународним препорукама и анализом стања у Републици Србији препознате су акутне области и постављени стратешки циљеви за спречавања насиља у породици. Стратешки циљеви су дефинисани у Националној стратегији за спрачавање и сузбијање насиља над женама у породици и партнерским односима<sup>12</sup> и развијају се у четири балансиране области, и то: (1) Превенција (успостављање система примарне, секундарне и терцијарне превенције); (2) Нормативни оквир (унапређивање нормативног оквира за заштиту жена од насиља); (3) Мултисекторска сарадња и подизање капацитета органа и специјализованих служби (унапређивање мултисекторске сарадње и подизање капацитета органа и служби); (4) Систем мера заштите и подршке жртвама (унапређивање система мера заштите и подршке жртвама насиља).<sup>13</sup> Иако је правни оквир забране насиља у породици, елиминисање и заштита од насиља, санкционисање појединих видова насиља предвиђено Породичним законом, Кривичним закоником, Законом о парничном поступку, Законом о полицији итд., било је неопходно усвојити регулативу на нивоу *lex specialis* по основу обавеза које проистичу из *Истанбулске конвенције*. Србија је ратификовала *Истанбулску конвенцију*, и тиме преузела обавезу да оствари потпуно усклађивање домаће институционалне политике и праксе са одредбама Конвенције. Усклађивање са Конвенцијом захтевало је темељне промене законодавног и стратешког оквира за борбу против насиља над женама у Србији. То је и остварено усвајањем Закона о спречавању насиља

---

11 У смислу члана 3. Истанбулске конвенције „насиље над женама“ означава кршење људских права и облик дискриминације над женама и представља сва дела родно заснованог насиља која доводе до, односно могу да доведу до, физичке, сексуалне, психичке односно економске повреде односно патње за жене, обухватајући и претње таквим делима, принуду односно арбитрарно лишавање слободе, било у јавности односно у приватном животу.

12 Национална стратегија за спрачавање и сузбијање насиља над женама у породици и партнерским односима. *Сл. гласник РС*, бр. 027/2011 од 20.04.2011. године.

13 Преузето из: Из Националне стратегија за спрачавање и сузбијање насиља над женама у породици и партнерским односима.

у породици 2016. године.<sup>14</sup> Конвенција захтева од држава да се руководе стандардом потпуне посвећености (*eng. due diligence*) у превенцији, заштити, процесуирању и санкционисању аката насиља. Ка том циљу, проактиван приступ је незаобилазан. То надаље изискује успостављање дугорочне политике за пружање општих услуга жртвама родно заснованог насиља, као и креирање ефикасних модела у другим областима које она покрива, као што је: превенција, санкционисање починилаца, рад са жртвама насиља и са учиниоцем, нарочито рад са децом жртвама/сведоцима породичног насиља, едукација и усавршавање свих лица која су директни пружаоци услуга жртвама насиља; други видови помоћи (СОС телефон, сигурне куће, бесплатна правна помоћ, увођење јединственог софтверског система за евиденцију случајева насиља итд).

*Зрењанински модел:* Пример добре праксе у овој области је тзв. Зрењанински модел заштите од насиља у породици. Настао је 2007. године када су професионалци који поступају у овој области препознали потребу за сарадњом институција у борби против насиља у породици. Сарадња је успостављена и реализује се тако што су Седници присуствовали и представници установа, институција и организација које су непосредно укључене у механизам борбе против насиља у породици и које су потписнице споразума о међусобној сарадњи на превенцији, откривању, пријављивању насиља у породици, на процени ризика, стања, потреба, заштити жртава, као и на процесуирању насилника – центара за социјални рад, полиције, тужилаштва, судова, невладиних организација, локалног Савета за родну равноправност и Женске одборничке мреже Скупштине града Зрењанина. У поступању у случајевима насиља у породици полазе од чињенице да је насиље у породици увек резултат дисбаланса моћи између жртве и насилника. „Овај метод базира се на једном од најбољих и најпознатијих програма превенције и заштите од насиља у породици DAIP - Дулут модел. Овај програм је настао у Дулуту (Duluth), граду у Северној Минесоти (САД), у раним осамдесетим годинама двадесетог века а као изузетан програм координиране акције локалне заједнице у превенцији и заштити од насиља у породици препоручен од стране Уједињених нација. Дулут модел заштите од насиља у породици препознатљив је по точку

---

14 Закона о спречавању насиља у породици. *Сл. гласник РС*, бр. 94/2016. Закон се примењује од 1.јуна 2017. године. У смислу члана 3. овог закона, насиље у породици јесте акт физичког, сексуалног, психичког или економског насиља учиниоца према лицу са којим се учинилац налази у садашњем или ранијем брачном или ванбрачном или партнерском односу или према лицу са којим је крвни сродник у правој линији, а у побочној линији до другог степена или са којим је сродник по тазбини до другог степена или коме је усвојитељ, усвојеник, храњеник или хранитељ или према другом лицу са којим живи или је живео у заједничком домаћинству.



моћи и контроле и точку равноправности, који су резултат искуства на нивоу локалне заједнице у дугогодишњем раду са жртвама и насилницима. Творци Дулут модела и активисти овог пројекта у свом раду посебну пажњу су посветили елиминисању предрасуда о кривици жртве и установљавању одговорности насилника за насилно понашање<sup>15</sup>.

### 3. Афирмативне мере у запошљавању

Премда је насиље над женама у основи родно засновано насиље, оно је увек манифестација злоупотребе моћи. Та злоупотреба датира од поделе моћи у породици, постављеним неједнаким улогама – родним/полним у стицању и расподели стечених средстава, и патерналистичким обрасцима у располагању истим. Злоупотреба моћи долази као последица вулнерабилности жене. Вулнерабилност је евидентна у физичком смислу, као последица биолошких предиспозиција, други аспект вулнерабилности је у економском/финансијском домену. То је „пра-узрок“ дискриминације жена и девојчица у породици и друштву, који може да води ка насиљу – примени насиља, толерисању насиља од стране жртве, њене околине и самог друштва. Такође, ризик од пада у сиромаштво израженији је код женске популације. Наиме, једна изразито доминантна црта коју испољава сиромаштво, широм света, је феминизација сиромаштва<sup>16</sup>. Тиме је сиромаштво жена у директној вези са одсуством економских могућности и аутономије, недостатком приступа економским ресурсима, укључујући ту кредите, власништво над земљом и наследство, недостатком приступа образовању и потпорним услугама, и њиховим минималним учешћем у процесу одлучивања (Перић, 2017: 232). Сиромаштво такође може да присили жене да се нађу у ситуацијама у којима су изложене сексуалној експлоатацији<sup>17</sup>. Иако сиромаштво погађа домаћинства у целини, због родне поделе рада и одговорности у домаћинству, жене носе несразмерно већи терет. Сиромаштво је посебно присутно код жена које живе у сеоским домаћинствима. Управо се у томе може наћи *један од разлога* (примарних разлога) зашто се насиље мање пријављује у руралним и сиромашним срединама. Економски положај жена и мушкараца одређују њихови извори прихода и власништво над имовином и средствима рада. У Србији,

15 Више о Зрењанинском DAIP (DULUT) моделу: *Заштита од насиља у породици у поступку по Породичном закону са освртом на Зрењанински и DAIP (DULUT) модел*, Правни инструктор. Параграф (2016). Часопис за правну теорију и праксу. Београд. (123). 22-25

16 Пекиншка декларација и Платформа за акцију, Поглавље III – Значајне критичне области, стр.14.

17 Пекиншка декл. И Платформа за акцију, Поглавље III – Значајне критичне области, стр.14.

мушкарци чине већину лица којима је главни извор средстава за живот зарада (58%), потом следе новчана накнада за незапослена лица (60%), приходи од имовине (63,8%), као и зајам/уштеђевина (64%). Жене чине већину међу лицима којима су главни извор прихода пензија (57%), стипендије (56,5%) и социјална примања (55,5%). Већина издржаваних лица су такође жене (57,6%). Жене се знатно ређе јављају на позицији носиоца/носиоце газдинства него мушкарци. На нивоу целе Србије, оне су заступљене међу носиоцима/носиоцама газдинства са 17,3%. Жене су знатно ређе него мушкарци власнице имовине која представља значајан економски капитал, станова, пословног простора, земљишта и сл. Жене су најбројнија рањива група на тржишту рада Републике Србије. Премда чине половину становништва радног узраста, оне су мањина међу учесницима/учесницама на тржишту рада и још изразитија мањина међу запосленима.<sup>18</sup> У трећем кварталу 2017. године стопа активности жена старости 15 и више година износи 47,8%, односно 61,6% за жене радног узраста (15-64). Стопа запослености жена од 41,1% у трећем кварталу 2017. године је и даље значајно нижа од стопе запослености мушкараца (55,8%). Стопа незапослености жена старости 15 и више година у трећем кварталу 2017. године износи 14,0%, а мушкараца 12,0%. У трећем кварталу 2017. године стопа незапослености жена радног узраста (15-64) износи 14,5%.<sup>19</sup> *Према ризику сиромаштва, угроженост у Србији је већа него у земљама ЕУ* (стопа ризика од сиромаштва 16,6%, стопа изразите материјалне депривације 9,9%). Распрострањено сиромаштво, недовољан обухват и адекватност новчаних давања усмерених ка заштити сиромашних, као и низак квалитет услуга праћен slabим механизмима контроле, регулације, мониторинга и евалуације главни су проблеми и изазови система социјалне заштите у Србији, и ти су проблеми управо дошли до изражаја у случају заштита жртава породичног насиља (Перић, 2017: 233).<sup>20</sup> У смислу реченог, истичући да је економска зависност жене један од примарних узрока зашто се не пријављује насиље, и жртве насиља враћају насилнику, акценат мора да буде на оснаживању жена, пре свега

---

18 Национална стратегија за родну равноправност за период од 2016. до 2020. године са Акционим планом за период од 2016. до 2018. године, стр. 18. Retrieved 27. May 2018, from <http://www.mgsi.gov.rs/lat/dokumenti/nacionalna-strategija-za-rodnu-ravnopravnost-za-period-od-2016-do-2020-godine-sa-akcionim>.

19 Национални акциони план запошљавања за 2018. годину. Закључак Владе 05 Број: 101-13058/2017 од 29. децембра 2017. године. Сл. гласник РС. Бр. 120 од 30. децембра 2017. године.

20 Више у: *Програм економских реформи за период од 2016. до 2018. године*, (Област: „Социјално укључивање, смањење сиромаштва, промовисање једнаких могућности“). Retrieved 29. May 2018, from <http://www.mfin.gov.rs/pages/article.php?id=12056>

на економској независности жртава насиља. „Елиминација сиромаштва, постизање родне и социјалне правде, равноправности и правичности, и одрживог друштвеног и економског развоја – циљеви су који захтевају трансформацију политике на свим нивоима економије, од светског нивоа до нивоа домаћинства. Задатак је амбициозан и огроман, с једне стране, а с друге, у интересу је целог друштва, сваког појединца и јединке. Залагање за унапређење положаја жена и постизање родне правде истовремено ће унапредити људски развој и људска права. Побољшање положаја жена интегрални је део пуног и потпуног људског развоја у политичком, економском, културном и друштвеном смислу“ (Dokmanović, 2002: 166).

Унапређивање положаја жена и постизање равноправности жена и мушкараца јесте питање људских права и услов за друштвену правду, и не треба га посматрати изоловано, као искључиво женско питање. То је једини начин да се изгради одрживо, праведно и развијено друштво.<sup>21</sup> У том циљу држава је установила афирмативне мере за жртве породичног насиља. *Афирмативне мере (посебно у запошљавању)* су посебне законом регулисане мере које представљају интервенцију државе у циљу афирмације појединих категорија лица и/или друштвених групација које су „традиционално“ вулнерабилне – жене, омладина, особе са инвалидитетом, припадници ромске популације, мигранти и др.<sup>22</sup> Наиме, једна од доминантних црта незапослености је њена селективна природа. „Незапосленост не погађа са истим интензитетом и подједнаком вероватноћом све социјалне сегменте популације. Напротив, незапосленост погађа несразмерно тешко управо оне сегменте популације, који су иначе у инфериорном општедруштвеном оложају, а да при томе не представљају само маргиналну друштвену скупину. Стога је разумљиво да се незапосленост код нас јавља понајвише као незапосленост жена и незапосленост омладине. У том погледу већ дату друштвену инфериорност жена и омладине незапосленост још више продубљује, јер се данас управо разлика између запослених и назапослених јавља као једно од веома значајних извора социјалних разлика и праве друштвене неједнакости“ (А. Петровић, 2012: 5). Држава је управо због повећаног насиља у породици, „препознала“ жртве породичног насиља као нарочито рањиву категорију грађана. То је резултирало екстензијом категорије теже запошљива лица и на жртве породичног насиља. У складу са Законом о запошљавању и

21 Пекиншка декларација из 1995. године и Платформа за акцију, Поглавље III-Значајне критичне области, 13.

22 Више о дискриминацији и афирмативним мерама: Јашаревић, С. (2012). Заштита од дискриминације на раду. *Радно и социјално право, Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права*. Београд. 1 (XVI). 77; Перић, С. (2013). Дискриминација на раду vs. једнакост на раду, *Зборник радова Универзитета Синергија*. Бијељина. 1 (XII). 260 – 269.

осигурању за случај незапослености<sup>23</sup> теже запошљава лица су незапослена лица која због здравственог стања, недовољног или неодговарајућег образовања, социодемографских карактеристика, регионалне или професионалне неусклађености понуде и тражње на тржишту рада, или због других објективних околности теже налазе посао. Одређеним програмима и мерама активне политике запошљавања подстиче се равноправнији положај ових лица на тржишту рада. У складу са Акционим планом запошљавања за 2017. године статус теже запошљивих лица која ће имати приоритет при укључивању у мере активне политике запошљавања су и жртве породичног насиља.<sup>24</sup> Афирмативне мере у оснаживању жртава насиља у породици компламантарне су становишту Европског суда за људска права, сходно којем, држава није дужна само да обезбеди одговарајући правни оквир за борбу против насиља у породици, већ треба да осигура његово ефективно спровођење [...].<sup>25</sup> Оснаживање жртава породичног насиља је, уз остале мере, свакако, један од најзначајнијих механизма у спречавању насиља, управо због чињенице да је економска/финансијска независност темељна потпора жртви да се одважи да пријави насиље и да напусти свог злостављача. То потврђује констатацију проф. А. Петровића да „су добро познате могуће негативне последице, које произилазе и могу произићи из постојеће незапослености на економском, социјалном, социјално-психолошком и индивидуалном плану (А. Петровић, 2012: 1). У којој мери је економска независност жене пресудана да жртва препозна, призна да је жртва насиља, да пријави и трајно напусти свог злостављача, показује податак да се у 2015. години у Србији, 9 одсто жена из Сигурних кућа вратило својим злостављачима. Такође, само једна четвртина укупног броја пријава полицији доспела је у тужилаштво. У истој, 2015. години у 80 одсто пресуда изречене су условне осуде јер се проналазе олакшавајуће околности код санкционисања, најчешће, злостављач је једини који издржава породицу. Његовим лишавањем слободе породица би остала без материјалне сигурности.

---

23 Члан 31. Сл. гласник РС. Бр. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017-др. закони.

24 Сходно Акционом плану запошљавања за 2017. и Акционом плану запошљавања за 2018. годину у категорију теже запошљивих лица поред жртава породичног насиља су: млади до 30 година живота, вишкови запослених, старији од 50 година, лица без квалификација и нискоквалификовани, особе са инвалидитетом, Роми, радно способни корисници новчане социјалне помоћи, дугорочно незапослени (на евиденцији дуже од 12 месеци а посебно незапослена лица која траже посао дуже од 18 месеци), млади до 30 година старости са статусом деце палих бораца, млади до 30 година старости који су имали/имају статус детета без родитељског старања, жртве трговине људима.

25 Национална стратегија за спречавање насиља над женама у породици и у партнерским односима из 2011. године.

Из истих (социјалних) разлога у пракси се догађа да насилници који понове дело, на већ пресуђену условну казну добијају још једну условну (Перић, 2017: 233-234),<sup>26</sup> што указује да систем социјалне заштите не функционише у том домену. Оснаживање жртава породичног насиља постављен је као примарни циљ у Националној стратегији за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и партнерским односима из 2011. године. У смислу Стратегије оснаживање жена обухвата неколико сегмената. Најпре, правну писменост, упознавање с правима, низом мера које треба да обухвате подизање свести да насиље представља озбиљан облик кршења људских права и да постоје механизми помоћи. Затим, Стратегија предвиђа дугорочне програме подршке финансирања економског оснаживања жртава насиља у циљу запошљавања и samozapoшљавања. Националном стратегијом за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и партнерским односима, у оквиру Четвртог стратешког циља – „Систем мера заштите и подршке жртвама“, предвиђа се утврђивање, усвајање и примењивање мере афирмативне акције за подстицање запошљавања и samozapoшљавања жена које су претрпеле насиље, као један од механизма који доприноси унапређењу мера подршке женама жртвама породичног насиља, (2.1.3).<sup>27</sup> У циљу унапређења нормативног и стратешког оквира за ефикасно елиминисање породичног насиља и унапређење положаја жртава породичног насиља, Влада Република Србије и ресорно министарство донели су одлуку да се у плану Националне службе за запошљавање за 2017. годину у оквиру активних мера запошљавањам предвиде посебне субвенције намењене послодавцима који запосле жртаве породичног насиља. У складу са Законом о заштити података о личности послодавац мора да води рачуна о приватности жртве коју запошљава.<sup>28</sup> Како би се допринело пуној имплементацији стратешког циља политике запошљавања до 2020. године, постављене Националном стратегијом запошљавања за период 2011-2020. године,<sup>29</sup> усвојен је Национални акциони план запошљавања за 2017. годину са мерама активне политике запошљавања. Према тим мерама активне политике запошљавања, послодавци који припадају приватном сектору, првенствено мала и средња предузећа, могу за запошљавање незапослених лица из категорије теже запошљивих остварити субвенцију за запошљавање на

26 „Насиље над женама и децом“, Retrieved 28, May 2018, from [www.vreme.co.rs/cms/view.php?id=1413947](http://www.vreme.co.rs/cms/view.php?id=1413947)

27 Национална стратегија ..., оп. цит., стр. 51.

28 Закон о заштити података о личности. *Сл. гласник РС*, бр. 97/2008, 104/2009 – др. закон, 68/2012 – одлука УС и 107/2012).

29 Национална стратегија запошљавања за период 2011-2020. године. *Сл. гласник РС*, број 37/11.

новоотвореним радним местима. Субвенција се исплаћује послодавцу у једнократном износу, али је крајњи корисник субвенције незапослено лице које се запошљава кроз ову меру. Поред активних мера субвенционисања послодаваца за запошљавање ове вулнерабилне категорије, Национални акциони план предвиђа и подршку samozapošljavanju за ова лица. Подршка samozapošljavanju подразумева пружање стручне помоћи, обуку из области предузетништва и субвенцију за samozapošljavanje у једнократном новчаном износу, уз подршку предузетницима у првој години пословања који се реализује кроз менторинг програм и специјалистичке обуке. Средства за samozapošljavanje у 2018. години<sup>30</sup> одобрена су у виду субвенције, у једнократном износу од 180.000,00 динара по кориснику. Приоритет код одобравања субвенције за samozapošljavanje имају категорије теже запошљивих, између осталог, то су и жене, затим, жртве трговине људима и жртве породичног насиља. Стручну помоћ у циљу подстицања samozapošljavanja незапослени остварује кроз информативне и саветодавне услуге у пословним центрима НСЗ и регионалним развојним агенцијама, кроз обуке из предузетништва, уз подршку предузетницима у првој години пословања који се реализује кроз менторинг програм и специјалистичке обуке. Националним акционим планом, предвиђена је и предност за категорију теже запошљивих лица, у приступу програмима за додатно образовање и обука, односно стицања додатних знања и вештина којима се стварају могућности за запошљавање и samozapošljavanje, кроз процес теоријског и практичног оспособљавања.<sup>31</sup> Афирмативне мере у циљу економског оснаживања жртава породичног насиља су предвиђене и код извођења јавних радова. У укупном броју незапослених лица укључених у програм јавних радова, осим особа са инвалидитетом чији је број посебно утврђен, најмање 70% незапослених лица треба да припада, поред осталог, и жртвама породичног насиља. У зависности од врсте и сложености послова које обухвата јавни рад, може се организовати обука, по интерном програму послодавца или програму образовне установе. По завршетку обуке лицу се издаје потврда о стеченим компетенцијама.

#### **4. Закључна разматрања**

Ускраћивање политичких права женама, рестриктивна политика према женама у приступу образовању (забрана школовања), немогућност рада ван куће и слично, показали су се као успешни механизми у контролисању

---

30 Исти износ од 180.000,00 био је предвиђен и за 2017. годину.

31 Национални акциони план, стр. 12.



положаја жена у друштву. Међутим, може се закључити да се насиље над женама, као најпримитивнији облик „злоупотребе моћи“ једног пола над другим, показао као један од „успешнијих“ друштвених механизма, којим се жене присиљавају да буду у подређеној позицији у односу на мушкарце. Иако је насиља над женама једно од најозбиљнијих кршења људских права и слобода, нажалост, то је облик насиља који се највише и толерише (и са аспекта жртве, околине и са аспекта друштвене заједнице). Сматрамо да је са савременом еманципацијом, културом људских права и др., неспојиво „толерисати насиље“. Не можемо да пренебрегнемо чињеницу да је у овом „савременом свету“, у „миленијуму људских права“, правна норма девалвирана од стране традиције, обичаја, патријархалности, локалног менталитета, стереотипа, предрасуда и сличних појава, које не само да нису иманентна когнитивном свету већ су сурогат правима човека. Савремени свет нема ефикасног решења за спречавање и елиминисање насиља и других видова угрожавања људских права и слобода – за већину жена у свету нема несигурнијег и небезбеднијег места од њиховог дома. Може се рећи да такву слику даје и наше друштво и институције. Наиме, Србија је (*de facto*) у самом европском врху према степену насиља у породици, нарочито у односу на феминицид као продукт насиља. Усвајање Закона о спречавању насиља у породици 2016. године није дало очекиване резултате. Позитивни ефекти и превентивни утицај који се очекивао од примене Закона о спречавању насиља у породици (примењује се од 1. јуна 2017.) нису видљиви, јер су за само месец дана од примене Закона у породичном насиљу убијене две жене и дете.<sup>32</sup> До краја 2017. године бележи се повећано насиље са смртним исходом – у породичном насиљу настрадало је 29 жена и двоје деце. Овај податак, ма колико био поражавајући за једно друштво, осим што показује да се насиље рапидно повећава има и своју „позитивну страну“ – указује да се све већи број жртава осмелило да пријави своје злостављаче, јер има поверење у институције и заштиту. О насиљу се „слободније прича“, „без страха од осуде и срама“ (мада је то спор процес због дубоких традиционалистичких

32 Тужиоци су од почетка примене новог Закона о спречавању насиља у породици поднели, тврде, више од 2.500 захтева за изрицање хитних мера. Примећену су први недостаци новог прописа. Тужиоци су најавили да ће тражити измене. Наиме, Закон не предвиђа шта се дешава са могућим учиниоцем када му полицајац изрекне меру а онда и тужилац продужење 32 дана – ми немамо никакав прихватни центар. Други проблем је и што Закон не предвиђа никакав психосоцијални третман. Најбитнија промена која треба да буде у овом Закону је та примена психосоцијалног третмана где би се формирало посебно одељење у центрима за социјални рад. Закон о спречавању насиља у породици, Изјава Удружења тужилаца Србије (од 27.08.2017). Параграф. [Electronic version]. Retrieved, 12. June 2018, from <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/280817/280817-vest9.html>



матрица) и шири се свест да насиље представља најгрубље кршење људских права; да је насиље криминално дело; да проблем насиље није приватна ствар већ друштвена, државна и грађанска обавеза. Пракса породичног насиља над женама у Србији исказује две доминантне особине: велики број пријављених случајева насиља, друго, велики број жена се враћа насилницима – злостављач је најчешће једини који издржава породицу, његовим лишавањем слободе породица би остала без материјалне егзистенције. Управо због тих показатеља наглашавамо да је економска/финансијска независност темељна потпора жртви да се одважи да пријави насиље и да напусти свог злостављача. У циљу ефикасног елиминисања насиља поред јачање законодавног оквира у области заштите жртава насиља, афирмативних мера у запошљавању и економском оснаживању, неопходно је паралелно подизати свест јавности о неприхватљивости насиља као модела понашања, у циљу стварања социјалног амбијента који би имао превентивну функцију. Елиминисање насиља у породици изискује *интегрисан-проактиван приступ* насиљу, то захтева свеобухватну мултиинституционалну и мултиресорну сарадњу државних и институција цивилног друштва како би се избегла, пре свега, секундарна виктимизација жртве/ава породичног насиља. Ка том циљу неопходно је успостављање дугорочне политике за пружање општих услуга жртвама родно заснованог насиља, као и креирање ефикасних модела у другим областима које она покрива, као што је превенција, санкционисање починилаца, рад са жртвама насиља, рад и са учиниоцем насиља (у циљу спречавања даљег насиља), едукација и усавршавање свих лица која су директни пружаоци услуга жртвама насиља; други видови помоћи (СОС телефон, сигурне куће, бесплатна правна помоћ, увођење јединственог софтверског система за евиденцију случајева насиља итд). Такође, подизање јавне свести о различитим облицима насиља и њиховим последицама је примарна обавеза државе (путем медија, наставног материјала и радионицама у школама и сл). Циљ овог рада (и низа радова које је аутор објавио на ову тему) и интенција аутора је да пружи свој допринос, у оној мери у којој једно научно дело то може да постигне, у подизању свести и едукацији јавности да насиље представља угрожавање људских права; да није срамота бити жртва насиља – срамота је трпети насиље. (Перић, 2017: 242). Како истиче др Зорица Мршчевић – „Ако очекујете да други штите ваша права, значи да сте се одрекле свога права да се борите за своја права, ако сматрате да само ви можете да се борите за туђа права, онда некеме одузимате право да се бори за сопствена права“ (Мршчевић, 1999: 161).

## Литература/References

Декларација УН о елиминацији насиља над женама. А/Рес/48/104. (1993)

Dokmanović, M. (2002). *New World Order, Uticaj globalizacije na ekonomska i socijalna prava žena*. Subotica. Ženski centar za demokratiju i ljudska prava.

Закон о заштити података о личности. *Сл. гласник РС*. Бр. 97/2008, 104/2009 – др. закон, 68/2012 – одлука УС и 107/2012.

Заштита од насиља у породици у поступку по Породичном закону са освртом на Зрењанински и DAIP (DULUT) модел. (2016). *Правни инструктор - Часопис за правну теорију и праксу*. (123). Параграф. 22-25

Јашаревић, С. (2012). Заштита од дискриминације на раду. *Радно и социјално право. Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права*. Београд. 1 (XVI). 59-85.

Конвенције о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (Истанбулска конвенција). *Сл. гласник РС- Међународни уговори*. Бр. 12 (2013).

Мршчевић, З. (1999). Женска права у међународном праву. Београд. Југословенски комитет правника за људска права.

„Насиље над женама и децом“,

Retrieved 28, May 2018, from [www.vreme.co.rs/cms/view.php?id=1413947](http://www.vreme.co.rs/cms/view.php?id=1413947)

Национални акциони план запошљавања за 2018. годину. *Сл. гласник РС*. Бр. 120 (2017)

Национална стратегија запошљавања за период 2011-2020. године. *Сл. гласник РС*. Бр. 37 (2011)

Национална стратегија за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и партнерским односима. *Сл. гласник РС*. Бр. 027 (2011)

Перић, С. (2017). Афирмативне мере и запошљавања теже запошљивих лица: са посебним освртом на жртве породичног насиља. *Радно и социјално право. Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права*. Београд. 2 (XXI). 225-244.

Перић, С. (2013). Дискриминација на раду vs. једнакост на раду. *Зборник радова Универзитета Синергија*. Бијељина. 1 (XII). 260 - 269.

Петровић, А. (2012). Незапосленост као привремена појава или као судбина? *Радно и социјално право. Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права*. Београд. 1 (XVI). 1-14.

*Планирање социјалног развоја*, Retrieved 9 June 2018, from [https://sr.wikipedia.org/sr-el/Планирање\\_социјалног\\_развоја](https://sr.wikipedia.org/sr-el/Планирање_социјалног_развоја)

Удружења тужилаца Србије. Параграф. [Electronic version]. Retrieved, 12. June 2018, from <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/280817/280817-vest9.html>

U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics (August, 1997). *Violence-Related Injuries Treated in Hospital Emergency Departments* [Electronic version]. Retrieved, 8. June 2018, from

<https://pdfs.semanticscholar.org/4ddb/310658e83a29d5686200d8292db882734ea8.pdf>

**Slobodanka Kovačević – Perić, LL.D.**

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Priština (Head Office in Kosovska Mitrovica)

**EMPOWERMENT OF VICTIMS OF DOMESTIC VIOLENCE:  
AFFIRMATIVE ACTION IN EMPLOYMENT**

**Summary**

*“Domestic violence” is defined as any act of physical, sexual, psychological or economic violence that occurs within a family or a household, as well as between former or current spouses or partners, regardless of whether a perpetrator is sharing or used to share residence with the victim. Domestic violence is not exclusively a phenomenon of our time, nor of contemporary globalization. Almost every society has historically nurtured and perpetuated socially unequal relations between men and women, thus harming gender equality and equity and gender identity. Cases of domestic violence experienced by men are not a myth. Approximately 7 to 9 % of men are abused by “the gentler sex”. Therefore, the principles of gender equality require that we address the victims in terms of gender and sex. However, given that women and girls are at greater risk of violence, the aspect of “women” as victims of domestic violence prevails in practice.*

*In this paper, the author analyzes affirmative action in employment, i.e. positive discrimination as one of the institutional measures for empowering victims of violence, particularly considering the 2015-2016 statistics stating that 9% of women living in domestic violence shelters in Serbia returned to their abusers. The author aims to raise awareness of the fact that domestic violence is the most primitive form of human rights’ violation and that being a victim of domestic violence is not a shame; in fact, it is humiliating to suffer violence. Thus, the author aims to contribute to preventing femicide as a result of domestic violence or, at least, to ensure that no woman suffers violence.*

**Keywords:** domestic violence, victims of violence, “Istanbul Convention”, affirmative action in employment.

**Др Драган Благић\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Приштини са привременим  
седиштем у Косовској Митровици

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880307B

UDK: 343.62-053.2  
343.3/.7

Раd примљен: 30.09.2018.  
Раd прихваћен: 23.10.2018.

## **АЛТЕРНАТИВНЕ МЕРЕ И САНКЦИЈЕ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА\*\***

**Апстракт:** Са аспетка савремене криминалне политике, суштина примене криминалнополитичких принципа своди се на спровођење успешних превентивних програма, који у првом реду зависе од испољавања субјективних и објективних фактора личности малолетника. С обзиром на то да су поједини принципи засновани на идеји превентивног деловања и да је кажњавање малолетника последње средство у сузбијању друштвено опасних понашања, стога је поштовање начела највише изражено у заштитној и гарантивној функцији кривичног права. С тим у вези, различити начини реаговања друштвене заједнице на понашање малолетних лица уједно указују да савремена кривичнополитичка кретања све више налазе своје место у примени алтернативних кривичних санкција и мера. Тиме се, уместо вођења класичног кривичног поступка приступа различитим облицима друштвеног реаговања у смислу решавања и отклањања негативних последица проузрокваних од стране малолетника.

У савременој теорији кривичног права, углавном се издвајају два основна модела: заштитнички (*welfare*) и правосудни модел (*justice*), док се модел ресторативне правде и неокорекционализма појављују као подврста претходна два модела, која су међусобно супротстављена многобројним нормативним решењима. Тако је посебним законом ЗОМУКД регулисано да се кривичноправни положај малолетних лица односи у првом реду на примену тзв. парапеналних мера односно мера диверзионог карактера уз поштовање основних

\* dragan.blagic@pr.ac.rs

\*\* Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

*људских права и слобода, а све у циљу поступања у најбољем интересу малолетника.*

**Кључне речи:** *малолетник, алтернативне мере и кривичне санкције, диверзионо поступање.*

## Увод

Настојања да се омогући другачији начин друштвеног реаговања на преступништво малолетника све више долазе до изражаја у систему прописивања кривичних санкција. У савременој теорији кривичног права, као што је већ речено, углавном се издвајају два основна модела: заштитнички (*welfare*) и правосудни модел (*justice*), док се модел ресторативне правде и неокорекционализма појављују као подврста претходна два модела, која су међусобно супротстављена многобројним нормативним решењима (Ashworth, 2002: 579).

У складу са актуелним тенденцијама, наведени модели различито утичу на кривичноправни положај малолетних лица и испољавају другачији приступ у малолетничком кривичном законодавству. Утицај многих међународних докумената<sup>1</sup> такође је допринео да се различити модели кривичноправног положаја малолетника, углавном, односе на упознавање личности малолетника и што бољи приступ њима, како би се избегли класични судски поступци (Heinemann, 2011: 8). Управо такав начин приступа према малолетним лицима се изражава и у нашем малолетничком кривичном законодавству. Посебним законом, ЗОМУКД, регулисано је да се кривичноправни положај малолетних лица односи првенствено на примену тзв. *парапеналних мера*, односно *мера диверзионог карактера*, уз поштовање основних људских права и слобода, а све у циљу поступања у најбољем интересу малолетника. (Радуловић, 2010: 54).

Успостављање модела ресторативне правде у домену малолетничког кривичног права и криминалне политике захтева испуњење одговарајућих правних стандарда. Дакле, да би се што боље остварио утицај овог модела,

---

1 *Конвенција о правима детета* из 1989. године, коју су потписале практично све државне-чланице УН. *Пекиншка правила* из 1985. године (Стандардна минимална правила УН о малолетничком судству, *Ријадске смернице* (Смернице УН за превенцију малолетничке делинквенције) од 1990. године. *Токијска правила* (Стандардна минимална правила УН за мере алтернативне институционалном третману од 1990. године као и *Правила УН за заштиту малолетника лишених слободе* од 1990. године-представљају битан међународни документ у заштити права деце и малолетника. Више о томе: *Права детета и малолетничко правосуђе*, Центар за права детета, Београд, 2011, 22–23.

непходно је најпре постојање писаних законских аката, како би стране у поступку имале одговарајућу правну сигурност и једнакост. Затим се посебно наглашава да је у току поступка потребно поштовање основних процесних гаранција, у смислу пружања праве помоћи како жртви, тако и учиниоцу кривичног дела. У складу са овим приступом, странкама се у поступку пружа одговарајућа процесна гаранција, у циљу сваког одсуства непоштовања њихове личности. Имајући у виду да је у току поступка могућ међусобни споразум странака, даље спровођење постигнутог договора уз асистенцију суда доводи до што безболнијег отклањања свих проистеклих последица извршеног кривичног дела (Констатиновић, Костић, 2007: 91).

У новије време присталице овог модела све више заговарају идеју примене, тзв. *алтернативних мера*, тј. диверзионих мера (више о томе: Wiese, 2007: 48–49)<sup>2</sup> према малолетним учиниоцима. Дакле, у оквиру модела ресторативне правде, колико је објективно могуће, примењују се *неформалне санкције* у односу на малолетнике, под условом да постоји могућност да он не буде кривично гоњен. Суштина примене ових мера је у томе да се, у зависности од тежине кривичног дела и личности малолетника, избегава покретање класичног кривичног поступка. Примена диверзионих мера, тј. алтернативног поступања према малолетницима подразумева да се према малолетницима примењују различите мере које немају карактер кривичних санкција (Heinemann, 2011: 16–17).

Уопштено посматрано, у страној литератури опште је прихваћен термин санкције и мере у заједници (*community sanctions and measures*). Овај термин односи се на санкције и мере које омогућавају да малолетни преступник остане у друштвеној заједници, али се уводе нека ограничења његове слободе путем наметања услова или обавеза (Hudson, 2002: 628).

У домаћој теорији се под алтернативним санкцијама подразумевају искључиво нове санкције и мере, васпитно-образовне, медицинске или терапеутске природе, које се примењују у оквиру заједнице, са циљем да се избегне непотребна стигматизација осуђених лица и побољша процес њихове реинтеграције у друштво (Мрвић-Петровић, 1998: 97). Такође се под појмом алтернативних санкција подразумева спровођење различитих поступака и мера, којима се избегава вођење кривичног поступка или кажњавање учиниоца прекршаја и лаких кривична дела или се, у циљу успешније ресоцијализације осуђеног, уместо казне затвора

---

2 Модел ресторативне правде је посебно заступљен у кривичном законодавству Новог Зеланда, где се у великој мери примењују алтернативне тј. диверзионе мере. Према истраживању у периоду 2002–2003. године само је око 16% малолетника било кривично гоњено, што јасно указује да је примена неформалних санкција главни облик диверзионог поступања.



одређује испуњење неких обавеза, укључењем учиниоца у социјално-педагошки, амбулантни третман или његовим делимичним затварањем (Констатиновић, Костић, 2007: 92). Када је реч о алтернативама казни затвора, онда се прво мисли на оне мере и различите модалитете њиховог извршења, којима се омогућава потпуно или делимично избегавање лишења слободе, односно, смањује се време проведено у затвору, при чему се осуђени подвргава третману и надзору стручних или овлашћених лица у оквиру заједнице, уз истовремено вођење рачуна о положају оштећеног (Мрвић-Петровић, 2006: 55).

### **1. Врсте алтернативних мера и санкција према малолетницима**

Поставити адекватну систематику алтернативних санкција и мера значи да треба поћи од њихове садржине, функције и циљева, који се њима постижу. С обзиром на њихову различитост и сложеност у нормативном смислу речи, није једноставно одредити и табеларно приказати врсту мера и санкција које ће бити прихватљиве у законодавству једне земље. Систем алтернативних санкција према малолетницима се односи на примену различитих мера образовног, медицинског и социјалног карактера, односно, тзв. *неформалних санкција*, којима се избегава вођење класичног кривичног поступка. Дакле, према малолетницима се примењују превасходно мере које имају за циљ васпитање, односно преваспитање и утицај на правилан развој његове личности. Смисао примене алтернативних санкција и мера се своди на што мању употребу елемената принуде да би се избегло класично кажњавање малолетника.

Имајући у виду различитост модела кривичноправног положаја малолетника једне земље, у литератури страног и домаћег малолетничког кривичног права, уочавамо разноврсне облике прописивања и примене алтернативних санкција и мера. У првом реду указаћемо на оне санкције и мере, које су највише заступљене у европском и нашем правном систему, уважавајући њихову бројност и различитост, како бисмо на што свеобухватнији начин приказали значај и њихову све већу примену у пракси.

У европском кривичном законодавству, алтернативно поступање према малолетницима може се свести на потпуно избегавање вођења кривичног поступка, односно, не предузимање било каквих мера према малолетнику. Пример оваквих решења можемо наћи у многим европским земљама, рецимо, Немачкој, која предвиђа законску могућност (чл. 3 JGG), према којој је малолетник кривично одговоран ако је у време извршења дела, с обзиром на свој морални и душевни развој, био довољно зрео да схвати

противправност дела (*das Unrecht der Tat*) и да поступа у складу са својим схватањем. Судија може у циљу васпитања малолетника, који због *незрелости није кривично одговоран*, примењивати све мере, као и старатељски судија (*Vormundschaftsrichter*), (Eisenberg, 2009: 50).<sup>3</sup> Државни тужилац може чак и одустати од гоњења у фази претходног поступка уколико су испуњене претпоставке из чл. 153 (*Strafprozeßordnung (StPO)*)(Dünkel, 2005: 23),<sup>4</sup> као и чињенице да се већ кренуло са применом неке од васпитних мера којом би се постигло поравнање малолетника са оштећеним (Streng, 2009: 172). Такође се, у малолетничком кривичном законодавству Аустрије прописује могућност да судија најпре може безусловно обуставити поступак према малолетнику у случају лакших кривичних дела, за које је прописана новчана казна или казна затвора до пет година затвора (чл. 4, став 2). Затим се према малолетницима старости од 14 до 15 година неће покренути кривични поступак, када се ради о преступима (деликтима) и када се вођењем кривичног поступка пред судом за малолетнике, не би постигла сврха кажњавања у смислу специјалне превенције (Lösching, 2002: 273).

Још једна могућност неинтервенисања државних органа присутна је у кривичном законодавству Енглеске и Велса за лакша кривична дела. У овом случају, полиција има овлашћења да не примени ниједну од мера или санкција и тако избегне покретање поступка према малолетнику (*Crime and Disorder Act, 1998, Criminal Justice Act, 2003*). Слична решења нереаговања државних органа у случају извршења лакших кривичних дела од стране малолетника позната су и у другим европским кривичним законодавствима, као на пример, у Француској, Шведској, Шпанији и другим државама.

Поред наведених законских могућности, постоје диверзионе мере којима се остварује активна улога социјалних служби и школа кроз примену мера надзора, помоћи и других механизма у виду разноврсних упутстава (*Weisungen*), који су карактеристични за малолетничко кривично законодавство Немачке. Тако је у чл. 10 JGG предвиђено више различитих упутстава које судија може наложити малолетнику, као на пример, да редовно похађа школу, станује код одређене породице, посећује едукативни

3 Када је реч о мерама које може изрећи старатељски суд, у закону о судском поступку према малолетницима се не наводи детаљнија њихова примена и поступак изрицања. Зато се у теорији малолетничког кривичног права износе ставови да се у том случају ради о мерама које суд изриче у поступку према одредбама породичног закона, у којем се веома води рачуна о биопсихолошкој структури њихове личности.

4 Према овом члану Законика о кривичном поступку Немачке постоји законска могућност да се обуставе остале радње и оконча случај ако нема довољно чврстих доказа или ако тужилац процени да је дело такве природе да јавни интерес не захтева да се настави поступак.

курс социјалних служби и друга, којима ће колико је могуће отклонити штетне последице. Такође, судија може да изрекне меру опомене (*Verwarnung*), како би указао малолетнику на његово противправно понашање (чл. 14 JGG). Судија може да примени неке од налога (*Auflagen*) на предлог тужиоца које закон предвиђа у члану 15 JGG, тако што ће малолетник да надокнади штету коју је проузроковао или да се извини оштећеном. Осим тога, малолетнику са налаже да плати одређену суму новца, уколико самостално располаже новчаним средствима или је остварио одређену добит извршењем дела или добитком награде за учињено кривично дело. Малолетнику се може наложити да се извини оштећеном, као и да ради у корист заједнице (*Arbeitsleistungen*) у виду радне обавезе на одређено време, које закон изричито не наводи, већ се оставља судији да процени у конкретном случају (Laubenthal, Baier, Nestler, 2010: 296–297).

На плану примене алтернативних мера у малолетничком кривичном законодавству Аустрије посебно долази до изражаја утицај многих социјалних служби које разноврсним средствима омогућавају примену васпитно-образовних метода према малолетницима. У члану 7 Закона о судском поступку према малолетницима (*Jugendgerichtsgesetz*) прописано је да се диверзионе мере могу применити када су у питању и тежа кривична дела, за које је прописана новчана казна или казна затвора до пет година. У току даљег поступка дозвољено је да судија или државни тужилац предложи поступак измирења између малолетника и оштећеног, као и могућност изрицања рада у јавном интересу (*Gemeinnützige Leistungen § 90e Abs.1 StPO*), који дневно не може бити дужи од 6 сати, нити недељно од 20 сати, с тим да највише може трајати до 120 сати (Maleczky, 2008: 17–18).

Предузимање диверзионих мера у кривичном законодавству Енглеске и Велса подразумева интервенцију од стране полиције, суда и тужилаштва, који имају могућност да изрекну меру упозорења (*Reprimand*). Наведена мера у кривичној процедури јесте формалног карактера, и у случају извршења новог кривичног дела, како лакшег или тежег, полиција има овлашћења за покретање поступка пред тужилашвом (*Crown Prosecution Service*). Још једна мера коју полиција може изрећи малолетнику јесте мера последње опомене (*Final Warning*) предвиђена у члану 65 и 66 (*Crime and Disorder Act*) као средство, а када малолетник треба да стекне свест о сопственој одговорности и његовом односу према учињеном кривичном делу (Keightley-Smith, 2009: 46).

У нашем малолетничком кривичном праву, као и у земљама у окружењу (Црна Гора, Македонија, Хрватска, Босна и Херецеговина, Република Српска), алтернативни вид поступања је у складу са савременим тенден-

цијама остварио одређене правне стандарде. Ступањем на снагу ЗОМУКД-а 2006. године, одредбе у области нашег малолетничког кривичног права прописале су мере и кривичне санкције које се могу применити и изрећи према малолетним учиниоцима кривичног дела. У складу са тенденцијом поступања у најбољем интересу малолетника, заступа се принцип минималне интервенције, у циљу успостављања кривичноправног реаговања *само у изузетним приликама*. Значајну новину поменутог закона представља прописивање одређених мера које се примењују према малолетним учиниоцима кривичних дела.

Наиме, говори се о *посебним мерама, тј. васпитним налозима*, као оправданој алтернативи кривичним санкцијама према малолетницима (Стојановић, 2014: 340). *Васпитни налози*, дакле, нису кривичне санкције, већ представљају одређене мере чија је природа слична садржини алтернативних, тј. *Парасанкцијама*, које имају циљ да се избегне судска процедура. Из суштине овог законског решења произилази да је у нашем малолетничком кривичном праву прихваћен концепт *диверзионог, тј. модела скретања са класичног кривичног поступка* (Шкулић, 2011: 281).<sup>5</sup> Слична решења налазимо у малолетничком кривичном законодавству Црне Горе, БиХ, Републике Српске, у виду прописивања васпитних препорука, тј. налога као посебних мера алтернативног реаговања, док се у Македонији у Закону за малолетничку правду,<sup>6</sup> у члану 13 предвиђа могућност изрицања мера помоћи и заштите од стране судије или већа за малолетнике надлежног суда.

Суштина диверзионог модела односи се на успостављање дијалога ради изналагања заједничког решења и превазилагања проблема који је настао између оштећеног и малолетног учиниоца кривичног дела. Овај начин омогућује праведнији приступ различитим странама у поступку преговарања, чиме би се као најбоља могућа алтернатива посматрала кроз однос малолетног учиниоца и оштећеног. Увођење васпитних налога у малолетничко кривично законодавство Србије треба да буде само први корак у систематичном приступу алтернативном облику реаговања. Наиме, с обзиром на то, да се говори о врло динамичној и осетљивој кривичноправној области, неопходно је имати у виду да криминалитет малолетника има своје специфичности у погледу узрока и појавних облика. Доношење закона и њихово спровођење захтева посебну криминалнополитичку стратегију, у смислу свеобухватног приступа према малолетним лицима. Зато размишљање у

---

5 Овим моделом се проблем криминалног понашања малолетника решава избегавањем кривичног поступка и увођењем различитих механизма заштите пред одговарајућом социјалном или здравственом службом.

6 *Службен весник на Република Македонија*, 87/2007.

правцу прописивања различитих облика алтернативног поступања (без-условног или условног) може да буде прихватљивије решење у односу на то да се малолетнику суди и спроведе кривични поступак.

Када нема криминалнополитичког оправдања за изрицање кривичних санкција у циљу сузбијања преступништва малолетника, потребно је с једне стране реаговати оним мерама које ће бити у најбољем интересу малолетника, док с друге да се отклоне све негативне околности настале поводом учињеног кривичног дела, како би се истовремено задовољили интереси оштећеног и друштвене заједнице.

## **2. Алтернативне мере и санкције према малолетницима – предлози *de lege ferenda***

Имајући у виду изнета многобројна упоредноправна законска решења по овом питању, можемо констатовати да постоји разноврсни систем алтернативних мера и кривичних санкција које се могу изрећи малолетницима. Концептуално гледано, велики број земаља се залаже да се према малолетним учиниоцима примењују многе мере и санкције које иду у правцу замене класичне казне лишења слободе и већу примену других облика кажњавања у виду условног одлагања, изрицања новчане казне, рада у јавном интересу, краткотрајних казни лишења слободе и друго. Испитивање личности малолетника, његовог психофизичког развоја, природе и тежине кривичног дела, с једне стране, и потребе за кривичноправном реакцијом друштвене заједнице, с друге, јесте један од начина избора алтернативних мера и санкција.

Као што је већ речено, васпитни налози се први пут уводе у наше малолетничко кривично законодавство доношењем ЗОМУКД-а и представљају мере алтернативног карактера. Уједно су то једине алтернативне мере које одражавају диверзиони модел реаговања, чија је суштина у томе да се преступништву малолетних лица приступа избегавањем вођења кривичног поступка. Као мере факултативног карактера, оне остављају могућност суду или тужиоцу да одлуче који ће од налога у конкретном случају применити, уважавајући сврху прописивања и остале законске услове за изрицање. Примена васпитних налога у нашем кривичном законодавству све више долази до изражаја, односно у судској пракси све је бројнија њихова примена, што потврђују извештаји надлежних државних органа.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Према подацима Републичког завода за статистику, од 2006. до 2013. године изречено је 865 васпитних налога. Прецизније, по годинама, 2006. изречено је свега 14 васпитних налога, након чега број евидентно расте. Тако је 2007. године изречено 57 налога, док 2008. године тај број износи 69. Обим и динамика изрицања у 2009.

Потреба за алтернативним приступом у пракси омогућује деловање у правцу да се према малолетнику избегне репресивност и омогући пружање помоћи и подршке у оној мери, у којој је неопходно за даљи правилан развој његове личности. Криминалнополитички посматрано, разлози за увођење неформалних мера и санкција, у основи, треба да омогуће и представе ове мере као хуманије у односу на казну и на овај начин, дозволе бољу сарадњу између малолетног лица и оштећеног (Мрвић-Петровић, 2006: 56).

Хуманизација мера и санкција треба да оствари ефекат у односу на малолетника, тако да се њиховом применом оствари сврха специјално-превентивног карактера. Такође се, као разлог за њихово прописивање истиче предност у виду постизања сарадње са окривљеним, чиме се омогућује, како његова заштита интереса, тако и заштита интереса малолетника. Свакако, треба нагласити принцип минималне интервенције којим се заговара поступање у најбољем интересу малолетника и афирмацију оних мера и санкција које се примењују у тзв. некривичним поступцима (Шкулић, 2011: 281).

Уважавајући постојећа законска решења и изнета упоредноправна решења мишљења смо да постоји нарочита потреба прописивања одговарајућих алтернативних мера и санкција у малолетничком кривичном законодавству. Како је реч о веома остеливом и сложенем питању, као што је предлагање кривичних санкција и других мера према малолетницима, неопходно је из више разлога пажљиво размотрити начин прописивања и избор санкција. Бројни међународни документи који су помињани у великој мери препоручују разне алтернативне форме поступања,<sup>8</sup> у смислу избегавања класичног кривичног поступка и примену неформалних мера и санкција према малолетницима. Ако се према пунолетним особама могу изрећи алтернативне мере и кривичне санкције у знатном броју, односно законски су прописане тако да постоји већи избор (условна осуда, рад у јавном интересу, кућни затвор, електронски надзор и друге), онда је прихватљивије да се пронађе одговарајућа алтернативна законска могућност која би се примењивала и на малолетна лица.

---

години били су такви да је изречено 110 васпитних налога. Наредне године (2010) изречен је 151 васпитни налог, а 2011. било је 187 таквих налога. Године 2012. и 2013. у статистичким подацима појављује се са 106, односно 171 изречена васпитна налога. Наведени подаци упућују на закључак да судови све више прибегавају изрицању васпитних налога као начина избегавања кривичног поступка односно „скретања“ у правцу примене мера *suigeneris*.

8 Токијска правила (стандардна минимална правила УН за мере алтернативе институционалном третману), 14. 9. 1990. год., усвојена Резолуцијом Генералне скупштине УН 45/110.

Могући начини кривичноправног реаговања у нашем малолетничком кривичном законодавству односе се на примену кривичних санкција, тј. васпитних мера и казне малолетничког затвора. Као једина алтернативна могућност јесу васпитни налози, који имају циљ скретање кривичног поступка и избегавање примене неке од васпитних мера. Што се тиче казне малолетничког затвора, као једине казне за старије малолетнике, у нашем ЗОМУКД-у нема могућности замене у виду неког алтернативног начина реаговања. За сада нисмо у прилици да говоримо о неким другим облицима алтернативних кривичних санкција који би били замена за ову казну лишења слободе. Зато ћемо у даљем излагању предложити неке од алтернативних мера и санкција које се, можда, могу наћи у систему мера и санкција како би биле примењиване према малолетним лицима.

Алтернативне кривичне санкције и алтернативне форме поступања данас све више постају нужност и потреба у малолетничком кривичном праву. У упоредном малолетничком кривичном праву већ дуже време препознајемо различите облике алтернативног реаговања као прихватљивог и оправданог решења када је реч о лакшим и средњим облицима преступничког понашања малолетника.

У првом реду указаћемо да би било пожељно размотрити могућност увођења још неког васпитног налога, односно да се код васпитних мера – посебних обавеза изузму неке од њих и пропишу као васпитни налози. Овакво решење било би прихватљивије, с обзиром на то да се и код прве посебне обавезе (чл. 14, ст. 2, т. 1 ЗОМУКД) говори о извињењу малолетног лица, а такође у члану 7, ст. 1, т. 1 ЗОМУКД поново се наводи као посебан васпитни налог, што је исто не само у називу, већ и у садржинском смислу. Такође је дошло до понављања и нагомилавања, када је реч о *могућности накнаде штете од стране малолетног лица и редовног похађања школе, укључивања без накнаде у рад хуманитарних организација или у послове социјалног, локалног или еколошког садржаја и укључивања у појединачан или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту*. Чињеница је да се овде говори, са једне стране, о неформалним мерама, а са друге о кривичним санкцијама, и тиме да је њихова међусобна правна природа другачија. Међутим, имајући у виду да је реч о најблажим васпитним мерама као врсти упозорења и усмеравања, односно обавезама које се изричу за најлакша кривична дела, а уједно се и преклапају са појединим васпитним налозима, сматрамо да би прикладније било прописати више васпитних налога као алтернативни начин поступања према малолетним лицима у односу на посебне обавезе. У ранијем законодавству посебне обавезе нису биле кривичне санкције, већ само посебне обавезе које су факултативно примењиване, уз васпитне мере појачаног надзора у циљу



њиховог успешнијег извршења. Прописивањем посебних обавеза, као врсте васпитних мера, можемо рећи да се у малолетничко кривично законодавство оне уводе као *алтернативе* када се одлучује о примени кривичних санкција (васпитних мера институционалног карактера). Стога би се могло размислити о могућности прописивања више врста васпитних налога, што би у судској пракси омогућило да се изаберу они налози који би највише одговарали личности малолетника, природи и тежини кривичног дела у конкретном случају. Садашња законска могућност оставља судији и тужиоцу да у конкретном случају одлуче без јасно одређеног критеријума да ли ће применити васпитне налоге или посебне обавезе, који су и у садржинском смислу једнаки, иако је реч о неформалним мерама, с једне, и кривичним санкцијама, с друге стране.

Кажњавање малолетника према ЗОМУКД-у подразумева, у правом смислу речи, примену једине казне за старије малолетнике, тј. казну малолетничког затвора. Изнета упоредноправна решења појединих земаља (Немачка, Аустрија,) указују на могућност алтернативног реаговања и када је у питању казна лишења слободе. Уважавајући постојећа законска решења у ЗОМУКД-у, рекли бисмо да је потребно размотрити могућност увођења алтернативних санкција које би биле замена за казну лишења слободе или васпитне мере институционалног карактера. Као могуће решење може се узети *неки од облика условног кажњавања, односно условног одлагања изрицања казне малолетничког затвора*. Казна малолетничког затвора се у овом случају може накнадно изрећи за одређено време које се узима као време проверавања. Примену овог начина алтернативног реаговања не треба поистовећивати са *класичном условном осудом*, која се изриче само пунолетним лицима у нашем кривичном законодавству. Овде је реч о одлагању изрицања казне малолетничког затвора уз одређене услове, односно обавезе у виду надзора стручних лица, док се, као што је познато, код условне осуде одлаже већ утврђена (изречена) казна затвора на одређено време.<sup>9</sup>

Када се расправља о овом питању, неопходно је размотрити још једну алтернативну кривичну санкцију препознатљиву у многим европским кривичним законодавствима. Реч је о кривичној санкцији *рад у јавном*

---

<sup>9</sup> У малолетничком кривичном законодавству Македоније постоји могућност примене класичне условне осуде са заштитним надзором. Тако се у *Закону за малолетничка правда*, у чл. 55 посебно прописују услови за изрицање условне осуде са заштитним надзором малолетнику који је извршио кривично дело за које је забрањена казна затвора до три године или новчана казна. Време проверавања које суд одређује не може бити краће од једне, ни дуже од три године. *Службен весник на Република Македонија* бр. 87/2007.

*интересу*, која се такође среће у малолетничком кривичном законодавству (Аустрије, Француске, Русије, Шведске, Швајцарске, Грчке, Македоније и др.), док се у законодавству Немачке појављује као васпитно средство, односно врста налога, што одговара у одређеној мери нашем законском решењу. Наиме, у члану 14, ст. 2, т. 5 ЗОМУКД, у оквиру посебних обавеза као врсте васпитних мера предвиђа се *укључивање без наканаде у рад хуманитарних организација или у послове социјалног, локалног или еколошког садржаја*, а малолетник може радити највише 120 часова у периоду од шест месеци, колико и може трајати ова обавеза. Несумњиво, може се рећи да ова врста посебне обавезе, као васпитне мере, у великој мери одговара већ поменутој кривичној санкцији рада у јавном интересу, која се у нашем кривичном законодавству примењује на пунолетне учиниоце као алтернатива казни лишења слободе. С обзиром на то да је реч о једној посебној обавези као кривичној санкцији, рад у корист заједнице у овом случају има много више пенални него едукативни карактер, јер и у формалном смислу ова посебна обавеза спада у кривичне санкције. Мишљења смо да и у овом случају треба размотрити могућност издвајања ове посебне обавезе из система васпитних мера и посебно прописати као алтернативну кривичну санкцију за замену казне малолетничког затвора. Наиме, могуће је, као што је код пунолетних учиниоца кривичних дела, прописати посебне услове за изрицање рада у јавном интересу према старијим малолетницима као замену за казну малолетничког затвора или за неку од мера заводског карактера.<sup>10</sup> Свакако, овакво решење је могуће и оправдано само ако се у сваком конкретном случају процењују субјективне и објективне околности приликом извршења кривичног дела, а истовремено, потребно је имати у виду природу и тежину кривичног дела. Најзад, прописивање и изрицање ове алтернативне кривичне санкције са становишта криминалне политике подразумева још један механизам кривичноправног реаговања у циљу успешног сузбијања преступништва малолетника.

---

10 У овом случају потребно је прописати услове за казну рада у јавном интересу према старијим малолетницима, који не могу бити исти као код пунолетних лица, јер се ова казна изриче само за кривична дела за која је прописан затвор до три године или новчана казна. Казна малолетничког затвора се изриче само за кривична дела тежа од пет година, стога је неопходно да, ако се законодавац одлучи на прописивање казне рада у јавном интересу, размотри, односно пропише услов који је у првом реду *изречена казна затвора у одређеном трајању, рецимо од једне или две године*. Такође је неопходно прописати и остале услове који се већ препознају и код пунолетних учиниоца, у смислу да је рад добровољан, да не вређа људско достојанство, да се не врши у циљу стицања добити, уз истовремено прописивање минимума и максимума ове казне, тј. одређеног броја часова.

Решење питања алтернативе казни малолетничког затвора можемо тражити у тзв. *кућном затвору*, као *модалитету извршења казне лишења слободе*. Према пунлотеним лицима се овај начин поступања примењује од 2009. ЗИД КЗ, као алтернативни облик извршења казне затвора, уз одређене законске услове. Овако установљен начин поступања у нашем кривичном законодавству може послужити као пример и када су у питању старији малолетници. Зато у овом погледу можемо тражити прихватљиво решење, као у појединим поменутих страним законодавствима (Русија, САД), која познају сличне начине замене за казну малолетничког затвора. Идеја о потреби увођења *кућног затвора према малолетницима, са или без електронског надзора* подразумева могућност замене једине казне лишења слободе, чиме би се у великој мери удовољило захтевима савремене криминалне политике. Постојање законске могућности, у смислу да се казна малолетничког затвора у конкретном случају извршава код куће, уз редовно похађање школе и обављање осталих активности, за малолетника може бити веома подстицајно и корисно у даљем понашању. Такође је, у овом случају, неопходно да се пажљиво процени васпитна запуштеност малолетника и остале породичне прилике, како би се у конкретном случају овај начин извршења казне малолетничког затвора показао целисходнијим од боравка малолетника у казненој установи. Веома је битно да стручна лица центра за социјални рад процене и стање породичних односа, како би се утврдило да негативно понашање малолетника није проистекло из нарушених међусобних односа са родитељима. Извесно је да, често, поремећени породични односи јесу узрок васпитне запуштености, па је онда неоправдано размишљати о извршавању казне малолетничког затвора у породици у којој малолетник живи. Наше размишљање у овом правцу је оправдано само онда када се у сваком конкретном случају врши процена утицаја породичних односа уопште, затим и личности малолетника, како би се могло говорити о другачијем начину извршења казне малолетничког затвора.

Још једна од од алтернативних кривичних санкција која има своје место у систему кажњавања малолетника у упоредном кривичном законодавству (Аустрија, Француска, Шведска, САД, Русија, Македонија и друге) јесте *новчана казна*. У нашем ЗОМУКД-у, као и у немачком малолетничком законодавству, прописује се само као могућност надокнаде штете од стране малолетника у виду васпитне мере као посебне обавезе према којој малолетник на основу прихода које остварује или имовином коју поседује може надокнадити проузроковану штету. На овај начин се, у оквиру посебне обавезе, предвиђа могућност новчаног кажњавања малолетника, али само као васпитне мере. Такође је, у члану 79, ст. 1 ЗОМУКД прописано да суд

може малолетника обавезати на плаћање трошкова кривичног поступка и испуњење кривичноправног захтева само ако је малолетнику изрекао казну. Законодавац је на овај начин поступања омогућио један вид новчаног кажњавања, имајући у виду да у нашем систему кривичних санкција нема новчане казне која би се могла изрећи малолетнику. Сматрамо да постојеће законско решење задовољава потребе по овом питању, с обзиром на то да се ради малолетнику који најчешће није запослено лице и не остварује сопствене приходе и да би се изрицање новчане казне као посебне санкције у највећој мери односило на имовину родитеља (више о томе: Ћоровић, 2013; 57–59, Шкулић, 2009; 48–49).<sup>11</sup>

### 3. Закључак

Сходно изнетом, размишљања о прописивању алтернативног начина поступања и алтернативних кривичних санкција у нашем малолетничком кривичном законодавству подразумевају озбиљнији приступ од стране научне и стручне јавности. Наиме, неопходно је уважити потребе ове осетљиве и сложене проблематике, испитати у којој мери је постојећа репресивност изражена и како се кривичноправно реагује када је реч о малолетним учиниоцима кривичних дела.

11 У теорији малолетничког кривичног права наилазимо на схватање којим се заговара идеја увођења новчаног кажњавања као посебне казне. Наиме, предлаже се да у систему кривичних санкција према малолетницима треба прописати новчану казну као посебну, а не као васпитну меру, што би одговарало начелу кривице чл. 2 КЗ, према коме се казне и мере упозорења могу изрећи само учиниоцу који је крив за учињено кривично дело. Сходно томе, размишљања иду у правцу увођења новчане казне као алтернативног начина реаговања, с тим да се не предлажу услови изрицања, што може бити спорно у смислу да ли се изриче за кривична дела код којих је посебно прописана новчана казна, или да се општом одредбом ЗОМУКД-а пропише новчана казна. Када су у питању пунолетни учиниоци, новчана казна се изриче за лакша кривична дела код којих је изричито прописана, осим у случају за кривична дела учињена из користољубља, новчана казна као споредна, може се изрећи и кад није прописана законом (чл. 48, ст. 2 КЗ). Такође, код пунолетних учинилаца новчана казна јесте замена за казну затвора (осим у ретким ситуацијама када је прописана као једина казна, као на пример код кривичног дела увреде у чл. 170 КЗ), због чега има мишљења да се не може сврстати у алтернативне кривичне санкције, јер се изриче само када је стриктно прописана за одређено кривично дело. Изрицање новчане казне малолетном учиниоцу јесте могуће решење, али потребно је да се ради о извршеном кривичном делу лакшег или средњег криминалитета за које није могуће или није потребно изрећи казну малолетничког затвора или заводску меру. Мишљења смо да је веома сложено и захтевно питање када треба прописати новчану казну као посебну казну, као и услове њеног изрицања, због чега је неопходно пажљивије преиспитати, како посебан статус малолетника и његову кривичноправну заштиту, тако и криминалнополитичку оправданост прописивања ове казне.

Углавном се алтернативним санкцијама избегава вођење кривичног поступка и по својој природи њима се омогућава, тзв. *алтернативно кажњавање* применом различитих мера и неформалних санкција. Све више се у теорији малолетничког кривичног права начелно заговара идеја да се, када су малолетна лица у питању, реагује оним мерама и санкцијама које немају карактер кривичних санкција. Говори се о таквим санкцијама које су више прилагођене личности малолетника – у виду помоћи и подршке, како би се најадекватније приступило спознаји њиховог психофизичког, образовног и социјалног развоја. Алтернативно поступање са малолетницима, пре свега, има циљ да успостави стање у којем се малолетник осећа довољно свесним и одговорним како код њега не би постојала потреба за преступничким понашањем и враћањем на раније већ нарушено стање. Стога се овај вид поступања уводи у малолетничко кривично законодавство као могући облик друштвене реакције и начин за супротстављање бројним негативним изазовима, којима су малолетници изложени у савременим условима живота.

Потребно је у домену малолетничког кривичног права размишљати о другачијем начину кривичноправног реаговања и умереном ширењу кривичних санкција, које би представљале алтернативу казни лишења слободе. Могло би се закључити да наведене могућности нису императив у смислу увођења алтернативног начина поступања у наше малолетничко кривично законодавство, али јесу решења која могу у одређеној мери допринети свеукупном побољшању кривичноправног положаја малолетног лица. Успоставити равнотежу, с једне стране, да се испоштује личност малолетника, с обзиром на психофизичке развојне потребе, и друге, да се удовољи захтевима и задацима савремене криминалне политике, представља сложен задатак на коме колико је могуће треба радити. Такође, потребно је истаћи да оправданост увођења алтернативних кривичних санкција у наше малолетничко кривично законодавство прати одговарајућа доследност у виду успостављања већ започетих алтернативних форми поступања, када је реч о лакшим и средњим облицима криминалитета.

### **Литература/References**

Ashworth, A. (42/2002). *Responsibilities, rights and restorative justice*. British Journal of Criminology, 579.

Dünkel, F. (2005). *Juvenile justice system in Germany*. Schriften zum Strafvollzug, Jugendstrafrecht und zur Kriminologie. 32/4. Greifswald, 23.

Eisenberg, U. (2009). *Jugendgerichtsgesetz – Kommentar*. München, 50.

Keightley-Smith, L. (2009). *The dynamics of multi-agency working in the Final Warning Scheme in the North East of England*. Northumbria University at Newcastle, 46.

Констатиновић, С., Костић, М. (2007). *Диверзиони модели и алтернативне кривичне санкције премењене према малолетницима у сукобу са законом*. Зборник радова Правног факултета у Нишу, 91.

Laubenthal, K., Baier, H., Nestler, N. (2010). *Jugendstrafrecht, 2. Auflage*, Würzburg, 296–297.

Lösching, M. G. (2002). *Jugendstrafrecht in Europa*, Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg, 273.

Maleczky, O. (2008). *Österreichisches Jugendstrafrecht, Kommentar*, Wien, 17–18.

Мрвић-Петровић, Н. (1998), *Моћ и немоћ казне*, Београд, 97.

Мрвић-Петровић, Н. (2006), *Алтернативне санкције и ново законодавство Републике Србије*, Темида, Београд, 55.

Радуловић, Љ. (2010). *Малолетничко кривично право*, Београд, 54.

Стојановић, З. (2014). *Кривично право*, Београд, 340.

Streng, F. (2009). *Jugendstrafrecht. 2. Auflage*, Heidelberg, 172.

Heinemann, E. (2011). *Diversionsrichtlinien Im Jugendstrafrecht*, Südwestdeutsche Verlag für Hochschulschriften, 16–17.

Hudson, B. (2002). *Restorative Justice and Gendered Violence, Divesrion or Effective Justice?* British Journal of Criminology, 628.

Ђоровић, Е. (1/2013). *Неке правнотеоријске дилеме у вези са кажњавањем малолетника*. Ревизија за криминологију и кривично право, Београд, 57–59.

Шкулић, М. (2011). *Малолетничко кривично право*. Београд, 281.

Шкулић, М. (2009). *Алтернативне кривичне санкције – појам, могућности и перспективе*. Зборник, Алтернативне кривичне санкције и појединостављење форме поступања, Београд, 48–49.

Wiese, K. (2007). *Juvenile Justice: A comparison between the laws of New Zealand and Germany*, University of Canterbury. Law, New Zealand, 48–49.

**Dragan Blagić, LL.D.**

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Priština (Head Office in Kosovska Mitrovica)

## **ALTERNATIVE MEASURES AND SANCTIONS FOR JUVENILES**

### **Summary**

*From the standpoint of contemporary criminal policies, the essence of the application of these policies is to implement successful prevention programs, whose application primarily depends on the demonstrated subjective and objective factors of the minor's personality. Given that certain principles are based on the idea of preventive action and that punishment of minors is the last resort in the suppression of socially dangerous behavior, the observance of the envisaged principles is most pronounced in the protective and guaranty function of criminal law. In that regard, various reactions of the community to the behavior of minors indicate that contemporary trends of criminal policy find their place in the application of alternative criminal sanctions and measures. Thus, instead of conducting a classic criminal procedure, states use various forms of social response in view of resolving and removing negative consequences caused by juveniles.*

*In the contemporary criminal law theory, two basic models are usually distinguished: the welfare model and the justice model, which are mutually opposed by many normative solutions. The restorative justice model and neo-correctionalism appear as subspecies of the previous two models. Thus, a *lex specialis*, the Act on Juvenile Criminal Offenders and Criminal-law Protection of Juveniles (hereinafter: the Juvenile Justice Act) prescribes that the criminal status of minors is primarily related to the use of measures of diversionary character, in full observance of the basic human rights and freedoms and with the aim of acting in the best interest of juveniles.*

**Keywords:** *juvenile, alternative measures and criminal sanctions, diversionary treatment.*





**Др Здравко Грујић,\***

Доцент Правног факултета,

Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД

doi:10.5937/zrpfni1880325G

UDK: 343.533

Рад примљен: 30.09.2018.

Рад прихваћен: 23.10.2018.

## **КОМПЈУТЕРСКИ КРИМИНАЛИТЕТ: СПЕЦИФИЧНОСТИ И САВРЕМЕНИ ИЗАЗОВИ\*\***

**Апстракт:** Криминалитет је патолошка друштвена појава, универзалног карактера. Без обзира на степен развоја и облик уређења социјалне заједнице криминалитет карактерише свеprisутност. Посматрано кроз призму историјског развоја људске цивилизације, временом се мењају појавни облици, феноменолошка обележја, обим и структура криминалитета. Процеси инкриминализације и декриминализације су динамичког карактера и нису искључиво везани за временску димензију - зависе и од степена развоја, традиције и културе, економског уређења, правног и политичког система појединих држава.

Карактеристика постмодерног друштва у којем живимо је појава новог облика криминалног понашања - компјутерског криминалитета. Као "неужна консеквенца" дигиталног доба и примене информационих технологија у свим аспектима друштвеног живота, компјутерски криминалитет чине сви нови облици криминалног понашања који представљају последицу злоупотреба масовне употребе и коришћења нових технологија (компјутера, компјутерских система, информационо-комуникационих уређаја и технологија и глобалне мреже - Интернета), али и традиционална кривична дела која су извршена коришћењем компјутера као средства или објекта.

Нове инкриминације у кривичном законодавству Републике Србије које пружају заштиту безбедности рачунарских података представљају само део феномена компјутерског криминалитета, имајући у виду чињеницу да компјутери представљају потенцијално средство

\* zdravko.grujic@pr.ac.rs

\*\* Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

*извршења и других кривичних дела. Иако се, према типологији заступљеној у литератури, компјутерски криминалитет најчешће изучава као део имовинског криминалитета, његову специфичност и самосталност потврђује чињеница да у овај облик, поред кривичних дела имовинског карактера, спадају и дела која традиционално чине део општег, политичког, привредног или насилничког криминалитета.*

*Рад је посвећен анализи феномена компјутерског криминалитета и његовим специфичностима, као и изазовима на које, динамичан развој појавних облика, брисање просторних и временских граница приликом извршења, специфичан профил учинилаца, отежано пријављивање, откривање и доказивање, висока тамна бројка и масовна изложеност виктимизацији, савремено друштво мора да понуди и предложи адекватне одговоре.*

**Кључне речи:** *компјутерски криминалитет, безбедност рачунарских података, злоупотреба информационо-комуникационих технологија, Интернет.*

## 1. Уводна излагања

Криминалитет представља патолошку друштвену појаву и универзалног је карактера. Наиме, још у најстаријим историјским изворима сусрећемо се са описима разних понашања која су нарушавала основне вредности на којима је почивала људска заједница (Игњатовић, 2018: 11), а која су била предмет санкционисања. Са развојем друштва и културе мењао се број и садржај кажњивих понашања, јер криминалитет није статичан и фиксно одређен (феномен) већ се стално мења (Константиновић-Вилић, Николић-Ристановић, Костић, 2010: 23).

Промене се односе како на нове појавне облике, тако и на феноменолошка обележја, обим, структуру, стопу, етиологију криминалитета, начин друштвене реакције и систем кажњавања. Осим појаве нових облика кажњивих понашања, динамика криминалитета подразумева и изузимање одређених до тада санкционисаних понашања из надлежности кривичноправног система. Процеси уношења нових кажњивих понашања у кривично законодавство (инкриминализација) и изузимања одређених од тада санкционисаних радњи (декриминализација) су динамичког карактера и нису искључиво везани за временску или просторну димензију – детерминисани су степеном развоја друштва, традицијом и културом, економским, правним и политичким системом и уређењем. Криминалитет

представља реалност и богатих и сиромашних друштава, има различит обим, појавне облике и манифестације, али је у свим срединама фактор дестабилизације, кочница за економски, социјални и сваки други просперитет (Радуловић, 1999: 13).

Легитимност кривичноправне заштите подразумева да кривичноправна репресија и кривично право у целини морају у суштинском смислу бити оправдани и нужни. У том смислу, заштита човека и других основних друштвених вредности представља основ и границе за одређивање кривичних дела, прописивање кривичних санкција и њихову примену, а кривично право треба да буде *ultima ratio* у сузбијању друштвено опасних понашања (Стојановић, 2016: 40). Ипак, у последње време, многа кривична законодавства, нарочито кривично законодавство Републике Србије, карактерише супротан принцип – константно некритичко проширивање система инкриминација, тзв. кривичноправни експанзионизам. Уз потпуно оправдане критике експанзионизма кривичног права, у литератури се не негира потреба уношења нових инкриминација из одређених области друштвеног живота којима је кривичноправна заштита нужна и оправдана. Другим речима, критика кривичноправног експанзионизма не значи да је свака нова инкриминација неприхватљива – *ius criminale semper refomandum est*, што значи да се и врсте и обим инкриминисаних понашања мењају (Стојановић, 2010: 42).

Масовно коришћење компјутера, компјутерских система и мрежа, као и примена информационих технологија у свим аспектима савременог живота, поред неспорних предности, показала је и негативне последице кроз различите облике злоупотреба технологије и угрожавања права корисника. Рачунари и информациона технологија постали или средство за лакше или ефикасније вршење одређених кривичних дела, или су сами постали објект напада. Имајући у виду њихов значај у савременим друштвима, указала се потреба и за њиховом кривичноправном заштитом (Стојановић, 2016: 906).

Током протекле две деценије, интернет и сајбер простор (*cyberspace*)<sup>1</sup>, у ширем смислу, имају огроман утицај на све делове и начин функционисања савременог друштва. Свакодневни живот, остваривање фундаменталних права, друштвене интеракције и економија зависе од беспрекорног функционисања информационих и комуникационих технологија.<sup>2</sup>

---

1 Сајбер простор представља "пети елемент" постмодерног друштва (Schreier, Weekes, Winkle, 2015: 14).

2 Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *Cybersecurity Strategy of the European*

Експанзија информационе технологије и аутоматизација пословних активности и процеса у свим сферама друштвеног живота представљају феномен данашњице који је савременом друштву донео безброј погодности али је створио и низ проблема и ризика, како за појединца или групе, тако и за друштво. Растућа зависност од информационе технологије условила је настајање бројних зона осетљивости са потенцијално врло озбиљним консеквенцама - савремено друштво излаже се новом ризику: осетљивости (рањивости)у информатичкој ери (Петровић, 2004: 11).

Вршење традиционалних кривичних дела коришћењем компјутера, компјутерских система и мрежа, тј. злоупотребом информационо-комуникационих средстава и технологија, и процес инкриминисања потенцијалних злоупотреба у сфери примене компјутерауказали су на потребу систематског проучавања ових инкриминација као предмета посебне врсте криминалног понашања - компјутерског криминалитета (cybercrime).

Иако су у раној фази развоја компјутери били неподобни за веће злоупотребе јер је њихово коришћење подразумевало специјалну едукацију корисника и масовност коришћења (Алексић, Шкулић, 2007: 385), рапидан пораст производње и употребе компјутера и других информационо-комуникационих средстава и технологија у овом миленијуму, развој, ширење и приступ интернету, као и поједностављено коришћење великог броја компјутерских програма потврђују постојање потенцијалне опасности од ширења различитих облика компјутерског криминалитета. То га, уједно, чини "најопаснијим" савременим обликом криминалног понашања (Бејатовић, 2012: 18), који са собом носи специфичне безбедносне изазове и ризике.<sup>3</sup> Информациона безбедност, стога, представља саставни део свеукупне безбедности у савременом друштву и у функцији је остваривања, поштовања и заштите права, слобода и интереса грађана, економског система и државе у целини.

Иако је, према времену настанка, компјутерски криминалитет "најновији" облик криминалног понашања (Ђорђевић, 2011: 177) активности на плану успостављања механизма кривичноправне заштите у циљу откривања, спречавања и сузбијања овог облика криминалитета одвијају се и на националном и на међународном нивоу.

---

*Union: An Open, Safe and Secure Cyberspace.* Brussels:[https://eeas.europa.eu/archives/docs/policies/eu-cyber-security/cybsec\\_comm\\_en.pdf](https://eeas.europa.eu/archives/docs/policies/eu-cyber-security/cybsec_comm_en.pdf), (27.08.2018.)

<sup>3</sup> Вид. Стратегија развоја информационе безбедности у Републици Србији за период од 2017. до 2020. године "Службени гласник Републике Србије" број 53/2017.

Тако је у Републици Србији је изменама и допунама Кривичног закона из 2003. године<sup>4</sup> уведен низ инкриминација које чине део компјутерског криминалитета.<sup>5</sup> Важећи Кривични законик Републике Србије из 2006. године<sup>6</sup> садржи посебну главу кривичних дела против безбедности рачунарских података који садржи следеће инкриминације: оштећење рачунарски података и програма (чл. 298. КЗ), рачунарска саботажа (чл. 299. КЗ), прављење и уношење рачунарских вируса (чл. 300. КЗ), рачунарска превара (чл. 301. КЗ), неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података (чл. 302. КЗ), спречавање и ограничавање приступа јавној рачунарској мрежи (чл. 303. КЗ), неовлашћено коришћење рачунара или рачунарске мреже (чл. 304. КЗ) и прављење, набављање, давање другом средстава за извршење кривичних дела против безбедности рачунарских података (чл. 304а КЗ). Увођењем ових инкриминација штити се коришћење информационе технологије у дозвољене сврхе, односно пружа се заштита самом функционисању информационе технологије. И овде, као и у другим областима, кривично право је супсидијарног карактера, док су по значају и ефикасности на првом месту различите технопревентивне мере које се развијају у оквиру саме информационе технологије (Стојановић, 2016: 906).

Усвајањем посебног Закона о организацији и надлежности државних органа за борбу против високотехнолошког криминала<sup>7</sup> утврђена је надлежност државних органа за откривање и сузбијање и других кривичних дела која према начину извршења, употребљеном средству или објекту могу сматрати делима компјутерског криминалитета. У питању су, према систематици из Кривичног законика, кривична дела против интелектуалне својине, кривична дела против имовине, кривична дела

4 Закон о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије "Службени гласник Републике Србије" број 67/2003.

5 Ове године након усвајања најзначајнијег европског правног извора у овој области – Конвенције против компјутерског криминалитета Савета Европе (Будимпештанска конвенција). Convention on Cybercrime, Council of Europe, ETC No. 185, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561>. Додатни протокол усвојен је 2003. године: Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems Council of Europe Treaty No. 189, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/189>; приступ 1. август 2018. године. Вид. Закон о потврђивању Конвенције о високотехнолошком криминалитету "Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори" број 19/2009.

6 "Службени гласник Републике Србије" број 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

7 "Службени гласник Републике Србије" број 61/2005 и 104/2009.

против привреде и кривична дела против правног саобраћаја, *код којих се као објекат или средство извршења кривичних дела јављају рачунари, рачунарски системи, рачунарске мреже и рачунарски подаци* (као и њихови производи у материјалном или електронском облику), али и кривична дела против слобода и права човека и грађанина, кривична дела против полне слободе, кривична дела против јавног реда и мира, кривична дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије *која се због начина извршења или употребљених средстава могу сматрати кривичним делима високотехнолошкокриминалитета*.

Утврђивањем стварне надлежности државних органа за ова кривична дела заокружен је систем инкриминација које се, подпрописаним условима, могу проучавати као садржај компјутерског криминалитета.

## **2. Специфичности компјутерског криминалитета и савремени изазови**

### **2.1. Појам компјутерског криминалитета**

У литератури не постоји јединствена и општеприхваћена дефиниција компјутерског криминалитета. Постоје различити приступи и схватања која полазе од тога да је компјутерски криминалитет део имовинског криминалитета (имајући у виду да су прве злоупотребе компјутерских система биле усмерене на прибављање противправне имовинске користи (Ђурђевић, Јовашевић, 2010: 176), односно део криминалитета "белог оковратника", део привредног криминалитета (у ширем смислу), посебан облик криминалитета који захтева специфичан приступ приликом проучавања, чак и схватање да се уместо проучавања као јединственог феномена исти може посматрати путем појединачних незаконитих активности чија је заједничка карактеристика улога информационо-комуникационих технологија приликом извршења кривичних дела (Јаг, 2006: 9).

Неспорно је да компјутерски криминалитет у савременом друштву представља аутохтони облик криминалног понашања, имајући у виду бројне карактеристике које га разликују од осталих типова криминалног понашања, због чега је и неопходан специфичан приступ приликом његовог истраживања и проучавања. Изучавање феномена компјутерског криминалитета у оквирима нпр. имовинског или привредног криминалитета представља анахрони приступ. Вршење компјутерских кривичних дела не мора да значи и постојање намере учиниоца да прибави противправну имовинску корист или причини штету другом



јер се коришћењем и злоупотребом информационо-комуникационе технологије могу вршити разноврсна кривична дела која се традиционално сматрају делима општег, политичког, насилничког или неког другог типа криминалитета.

У домаћој литератури се указује да је проблем дефинисања компјутерског криминалитета отежан јер представља релативно нови облик криминалног понашања који се још није у потпуности издиференцирао у односу на друге облике, испољава велику феноменолошку разноврсност и постоје отежавајући фактори у дефинисању уколико се одређивање појма ослања на позитивну кривичноправну легислативу. Свеобухватна дефиниција мора се заснивати на три основна елемента: начину извршења, средством извршења и последици криминалног деловања. Стога се компјутерски криминалитет дефинише као облик криминалног понашања код кога се коришћење компјутерске технологије и информатичких система испољава као начин извршења кривичног дела или се компјутер употребљава као средство или циљ извршења, чиме се остварује нека у кривичноправном смислу релевантна последица (Алексић, Шкулић, 2007: 385).

Покушај да се дескриптивним приступом који "покрива кључне начине коришћења рачунара и све познате облике компјутерског криминалитета" дефинише компјутерски криминалитет полази од става да се под овим обликом криминалитета подразумевају недозвољене активности у којим је рачунар објект или "субјект" дела, а којима је циљ: уништење, оштећење или отуђење рачунарског система или његових компоненти; уништење, оштећење, отуђење и неовлашћена измена, објављивање или коришћење софтверских и програмских производа; уништење, оштећење, отуђење и неовлашћена измена, објављивање или коришћење података; извршавање кривичних дела; неовлашћено коришћење рачунарских ресурса и нарушавање и пробијање система заштите (Петровић, 2004: 61,62).

Потпуно прихватљиви начини дефинисања компјутерског криминалитета заступљени у нашој доктрини полазе од ширег контекста незаконитих понашања која чине садржај овог феномена, средства и циља кажњивих радњи, односно ужег, који полази од понашања забрањених кривичноправним нормама, компјутеру као јединственом систему хардвера и софтвера, начину и средством извршења и карактеристикама извршеног кривичног дела. Према првој дефиницији, компјутерски криминалитет чинесва делинквентна понашања у којима се уређаји за електронску обраду података користе као средство за постизање кажњивих радњи или као директан циљ кажњиве радње" (Бошковић, 1995: 164; Константиновић-Вилић, Николић-Ристановић, Костић, 2010:

181). Према ужој и прецизнијој дефиницији, компјутерски криминалитет представља посебан вид инкриминисаних понашања код којих се рачунарски систем (схваћен као јединство физичких јединица - хардвера - и програма - софтвера) појављује или као средство извршења или као објекат кривичног дела, уколико се дело на други начин или према другом објекту не би уопште могло извршити или би оно имало битно другачије карактеристике" (Игњатовић, 1991: 142).

Легислативно одређивање појма компјутерског криминалитета у нашем законодавству утврђено је чланом 2. став 1. Закона о организацији и надлежности државних органа за борбу против високотехнолошког криминала према којем овај облик криминалитета представља вршење кривичних дела код којих се као објекат или средство извршења јављају компјутери, компјутерски системи, компјутерске мреже, компјутерски подаци, као и њихови производи у материјалном или електронском облику (док је значење ових термина дефинисано у чл. 112. Кривичног законика).

## ***2.2. Транснационални карактер компјутерског криминалитета***

### ***2.2.1. Просторна димензија***

Специфичност компјутерског криминалитета представља недостатак уобичајене кривичноправне просторне димензије вршења радње и наступања последице кривичног дела, имајући у виду да се највећи број ових дела извршава у виртуелном (сајбер) простору. Учинилац и жртва кривичног дела могу у тренутку извршења дела бити у најудаљенијим државама, различитим континентима или временским зонама, правним системима и националним јурисдикцијама, али уколико су путем компјутера или других информационо-комуникационих уређаја повезани на глобалну мрежу (интернет) и "налазе се" у сајбер простору између њих не постоји просторна, ни временска граница (димензија). Понашање у "новом простору" и вршење кривичних дела у литератури се објашњава "теоријом транзиције простора" (Jaishankar, 2007: 7).

### ***2.2.2. Активности на међународном плану и најважнији међународни документи***

Ова чињеница је кључна за разумевање транснационалног карактера овог облика криминалитета (Schreier, Weekes, Winkle, 2015: 20)<sup>8</sup>и, уједно, потребе за афирмацијом заједничких активности држава и међународних

---

<sup>8</sup> Односно, еволутивном облику транснационалног криминалитета. <https://www.unodc.org/unodc/en/cybercrime/index.html> (22.08.2018.).

организација (глобалног, регионалног или локалног карактера) у супротстављању и сузбијању компјутерског криминалитета. У том контексту, важну околност представља усвајање и примена међународних докумената (стандарда) неопходних за усаглашавање кривичноправних и других механизма заштите од овог облика криминалитета. Велики број међународних аката у овој области - резолуција, конвенција и препорука, као и имплементација њихових одредаба у национална законодавства, представља предуслов уједначавања нормативног оквира и успостављања заједничких систематских активности у борби против компјутерског криминалитета.

С обзиром на карактер овог рада, у кратким цртама ћемо указати на најзначајније акте настале у оквирима организације Уједињених нација, Савета Европе и Европске Уније, не умањујући улогу, значај и активности Интерпола, Еуропола (Европског центра за супротстављање компјутерском криминалитету - European Cybercrime Centre), Канцеларије УН за контролу наркотика и превенцију криминалитета (UNODC), Организације америчких држава (ОАМ), Међународне телекомуникационе уније (ITU), Европске агенције за безбедност мрежа и информационих система (ENISA) и других организација.

На VIII Конгресу УН о превенцији криминалитета и поступању са преступницима 1990. године усвојена је Резолуција о компјутерском криминалитету, која се сматра значајним актом УН у овој области.<sup>9</sup> Генерална скупштина УН је 2000. године усвојила Резолуцију о борби против злоупотребе информационих технологија,<sup>10</sup> која је ревидирана 2001. године, а наредне, 2002. године у посебној резолуцији државе су позване да приликом својих активности уваже резултате рада Комисије за превенцију криминалитета и кривично правосуђе. Економско-социјални савет УН је 2007. године усвојио резолуцију (2007/20) у којој се указује на пораст стопа транснационалног криминалитета и употребе информационо-комуникационих технологија у извршењу кривичних дела. Значајна је и резолуција Генералне скупштине УН из 2010. године (A/RES/65/230) због формирања међувладине експертске групе која би се бавила питањима заштите од компјутерског криминалитета, у складу са ставовима из Салвадорске декларације усвојене на XII Конгресу УН за превенцију криминалитета и кривично правосуђе.

---

9 <https://digitallibrary.un.org/record/1296532/files/a-conf-144-28-rev-1-e.pdf> (21.08.18.)

10 UN A/RES/55/63 Resolution on combating the criminal misuse of information technologies, <http://repository.un.org/handle/11176/152207> (21.08.18.)

Савет Европеје организација која је на овом пољу усвојила бројне и значајне акте, међу којима посебну важност у овом пољу имају Препорука о пиратерији у области ауторских и сродних права (Recommendation No. R (88) 2) из 1988. године, Препорука о криминалитету повезаном са компјутерима (Recommendation No. R (89) 9) из 1989. године којом се позивају државе чланице да размотре инкриминисање и питање потребе кажњавања за компјутерска кривична дела, утврђујући при том смернице законодавцима које се односе на начин дефинисања кривичних дела компјутерског криминалитета. Од посебне важности су Конвенција о заштити појединаца у вези са аутоматском обрадом личних података из 1981. године,<sup>11</sup> Конвенција о заштити деце од сексуалне експлоатације и сексуалног злостављања,<sup>12</sup> Конвенција о спречавању тероризма,<sup>13</sup> а нарочито Конвенција о компјутерском криминалитету (Будимпештанска конвенција) из 2001. године<sup>14</sup> и њен додатни протокол који се односи на инкриминацију дела расистичке и ксенофобичне природе извршених преко компјутерских система.<sup>15</sup>

У оквирима ЕУ усвојен је већи број аката који се односе на борбу против компјутерских кривичних дела, међу којима је од посебног значаја неколико докумената: Оквирна одлука о борби против превара и фалсификовања безготовинским средствима плаћања из 2001. године (Framework Decision combating fraud and counterfeiting of non-cash means of payment), дефинише незаконита понашања које државе чланице морају инкриминисати као компјутерска кривична дела; Директива о електронској приватности (Directive 2009/136/EC) из 2002. године се односи на сигурност услуга и поверљивости података о корисницима коју морају обезбедити пружаоци услуга електронских комуникација; Директива о борби против сексуалне експлоатације деце на интернету и дечије порнографије из 2009. године (Directive 2011/92/EU), као и Директива о нападима на информационе системе из 2013. године (A Directive on attacks against information systems).<sup>16</sup>

---

11 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108> (21.08.2018.)

12 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/201>(21.08.2018.)

13 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/196>(21.08.2018.)

14 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185> (21.08.2018.)

15 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/189> (21.08.2018.)

16 [https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/cybercrime\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/cybercrime_en) (21.08.2018.)

### ***2.3. Етиолошки аспект компјутерског криминалитета (специфичност криминогених фактора)***

У криминолошкој литератури се појам криминогени фактори употребљава са циљем да се помоћу њега истакну елементи који у погледу криминалитета имају првенствено етиолошки значај. Појму криминогени фактор се придаје значење које обухвата све везе које се на било који начин успостављају између криминалитета као индивидуалне или масовне појаве и разних околности објективног и субјективног карактера (Милутиновић, 1990: 300).

Питање етиологије компјутерског криминалитета је веома сложено, недовољно теоретски приказано и емпиријски истражено. Несумњиво је да велики број емпиријски потврђених криминогених фактора који утичу на појаву криминалитета уопште утичу и на овог облика криминалитета, као и да постоје специфични фактори који утичу на криминогенезу компјутерског криминалитета.

У литератури се истиче да се криминогени фактори компјутерског криминалитета могу поделити у две групе: криминогене факторе (у ширем смислу) који погодују, односно подстичу настајање, ширење и интензитет ове врсте криминалитета и оне (у ужем смислу) који непосредно утичу на извршиоца компјутерског криминалног дела. У ширем смислу, криминогене факторе који подстичу овај облик криминалитета спадају: технолошки развој, преузимање функција, концентрација података, нови амбијент деловања, нове вредности, нове форме старих вредности, нове временске границе, нове просторне границе, богатство избора, нове криминалне методе и технике, стабилност ризика, неосетљивост на величину, паралелне акције, инжењерско планирање, повећање моћи појединца, ширење информатичке писмености, глорификација компјутерских криминалаца, информатичка етика, законска регулатива и заштита. У ужем смислу, криминогени фактори који утичу на извршиоце компјутерских кривичних дела су мотив (финансијски разлози, економска конкуренција, милосрђе, технички синдром, феномен ситуације, лични став, лош пример, емотивни разлози, ментални проблеми, карактерне црте, идеологија, политика и етички кодекс), спремност и могућност (Петровић, 2004: 63-128).

У домаћој литератури је представљена и подела на егзогене и ендogene факторе компјутерског криминалитета. Егзогене криминогене факторе представљају брзина развоја информационе технологије, број корисника, информатичка неписменост, несналажење и неприлагођавање новонасталим технолошким променама, непостојање свести о безбедносним ризицима

коришћења интернета, анонимност (псеудоанонимност) корисника, несклад између нормативног и реалног, неадекватна техничка опремљеност и недовољно познавање начина функционисања уређаја, заштита информационог система, кадровски и материјални проблеми органа надлежних за спречавање овог облика криминалитета и недостатак едукације о безбедности на интернету. Ендогени фактори представљени су ефектом *on line* дезинхибиције (која се манифестује у шест тачака: дисоцијативна анонимност, невидљивост, асинхроност, дисоцијативна имагинација, солипсистичка интројекција и минимизирање ауторитета), али је указано и на жељу за злостављањем и успостављањем моћи над другим, синдром зависности од интернета и недостатком самоконтроле као унутрашњим факторима који доводе до појаве компјутерског криминалитета. (Вилић, 2016: 240-244).

#### **2.4. Профил извршилаца кривичних дела компјутерског криминалитета**

Први облици злоупотреба компјутера и компјутерских система повезани су са извршиоцима који су поседовали посебна знања и вештине за коришћење система због чега се овај облик криминалитета сматрао делом криминалитета "белог оковратника". Пар деценија након појаве првих злоупотреба компјутерских система карактерише масовна производња, коришћење, симплификована употреба великог броја информационо-комуникационих уређаја, повезаност путем глобалне мреже, "настањеност" у сајбер простору и доступност најразличитијих информација и података који могу бити средство или објект инкриминисаних понашања. То, уједно, значи да је број потенцијалних извршилаца пропорционалан броју корисника информационог система, чиме се усложњава проблем њихове типологије. С обзиром на број појавних облика и феноменолошке карактеристике компјутерског криминалитета, али и мотиве извршења кривичних дела не може се говорити о јединственом профилу извршиоца. Може се извршити систематизација извршилаца у три основне групе: аматери, професионални извршиоци и хакери (Димовски, 2010: 208).

Групи аматера припадају појединци који најчешће имају легално занимање али из различитих разлога се повремено упуштају у криминалну активност. Њихова структура није монолитна, из ње је могуће издвојити карактеристичне узроке: слаби и подложни појединци (пружена им је могућност да нешто украду или проневере једноставно због тога што су инструменти контроле недовољни и неефикасни; у питању су слабе личности или слабих инструмената контроле); људи са пороком и

фрустрирани појединци - незадовољни, разочарани, огорчени (Петровић, 2004: 333, 334).

Професионални криминалци су особе који је једно од главних занимања бављење криминалом. У овом послу имају богато искуство и знање, због чега представљају значајну друштвену опасност а карактерише их и велика адаптивност на нове ситуације, пре свега оне које настају као последица технолошког развоја. У организационом смислу, професионални криминалци наступају појединачно, у групама или организацијама, а сваки од ових облика има специфичне карактеристике. Криминалци индивидуалци наступају самостално и независно у реализацији својих циљева, у неким ситуацијама могу сарађивати са другима, углавном повремено и ради реализације конкретног криминалног дела, немају дугорочну стратегију и разрађену тактику због чега им је потенцијал за вршење кривичних дела релативно ограничен. Организоване групе представљају скупове појединаца са заједничким интересима и деловањем, потенцијал за вршење кривичних дела им је знатно већи у односу на индивидуалног криминалца. Криминалне организације представљају највиши структурални облик криминалне активности које карактерише чврстина организације, хијерархијски односи строга дисциплина, послушност и лична лојалност, уз изграђену дугорочну стратегију и детаљно разрађену тактику (Петровић, 2004: 335, 336).

Хакери представљају специфичну групу интернет или сајбер криминалаца чија основна активност подразумева противправни упад у компјутерске системе или мреже, док свака даља зависи од намере хаковања компјутерског система, односно специфичног профила хакера. Иако је крајем шездесетих и седамдесетих година XX века појам хакер подразумевао особу ("компјутерску мудрицу") која поседује знања о компјутерима и има вештине и жељу за истраживањем и унапређивањем компјутерских система, деценију касније, активности које су до тада имале најчешће случајни или добронамерни карактер, хаковање (хакинг) битно мења своју садржину, актере, циљеве и последице и постаје претња сваком компјутерском систему, појединцима, организацијама, али и државама (Вилић, 2016: 103). У односу на намере извршења противправног упада у компјутерске системе, хакери се могу класификовати на креативце (који хаковање схватају као истраживање, стручно усавршавање, интелектуални изазов, забаву, самодоказивање, без икаквих злих намера и негативних последица илегалних активности), деструктивце (којима хаковање представља могућност за испољавање сопствене фрустрације и агресивности, чија је активност вандалистичка и своди се на безразложно уништавање и модификацију нападнутих система) и криминалце (чији



је основни мотив да своја знања из области компјутерских технологија користе за остваривање противправне имовинске користи) (Петровић, 2004: 348-350).<sup>17</sup>

### **2.5. Пријављивање, пресуђивање и тамна бројка компјутерског криминалитета**

У литератури језаступљено мишљење да данас компјутерски криминалитет представља "најопаснији" облик криминалног понашања имајући у виду потенцијалне последице криминалне активности у сајбер простору по појединце, организације (локалног, регионалног и глобалног карактера), привредне субјекте и корпорације, државне огране, економске, монетарне и фискалне системе, али и правне системе у целини. Потенцијална угроженост и вулнерабилностна глобалној мрежи и сајбер простору већ дуго није на нивоу националног, него наднационалног проблема. Безбедност информационо-комуникационих система и технологија представља основ заштите функционисања држава и заштите права свих грађана, али и она представља феномен ширег, глобалног, карактера.

Полазећи од претходне констатације може се претпоставити овај облик криминалитета има све већу заступљеност у укупној стопи криминалитета, нарочито у делу који се односи на структуру пресуђеног криминалитета. Претпоставка је и да је велики број пријављених кривичних дела, имајући у виду број корисника компјутера и глобалне мреже, а отвара се и питање тамне бројке компјутерског криминалитета.

Међутим, анализа података о инкриминацијама које се односе само на безбедности рачунарских података (глава XXVII КЗ) у Републици Србији, у

---

17 Да би се разумеле активности хакера на мрежи навешћемо пример који се догодио у нашој земљи ове године. Наиме, у полицијској акцији у којој су учествовале полиције Холандије, Велике Британије, Хрватске, Канаде, Сад, Немачке, Шпаније, Хонгконга, Шкотске, Италије и Аустралије, полиција је на територији Републике Србије ухапсила М.Ј. (19) и Д.В (21) због сумње да су били администратори сервиса Webstresser који је сматран на највеће светско криминално тржиште за изнајмљивање тзв. DDoS напада, са више од 136.000 регистрованих корисника и више од четири милиона напада изведених до априла 2018. године на разне интернет домене из целог света. Напади су циљали критичне *on line* услуге које нуде банке, државне институције и полицијске снаге, као и индустрију игара на интернету. Нападаци су преко интернета управљали повезаним рачунарима са циљем да усмере огромну количину интернет саобраћаја на циљане web-локације и *on line* платформе. Са овим криминалним сервисом било који регистровани корисник са мало или нимало техничког знања могао би да плати одређену новчану накнаду, користећи системе плаћања путем интернета или криптовалута, и оствари циљани напад на жељени интернет портал или сервис. Извор: [www.politika.rs](http://www.politika.rs) (26.04.2018.)

периоду од 2007-2016 године, односно само дела феномена компјутерског криминалитета, не потврђују претходну претпоставку, напротив. Број пријављених кривичних дела, оптужених и осуђених лица не може се сматрати већим од симболичног.

Наиме, у посматраном десетогодишњем периоду поднето је укупно 202 кривичне пријаве за кривична дела против безбедности рачунарских података (Табела 1). Укупан број оптужених лица је 70, док је укупно осуђено 45 лица. Од тог броја изречена је 31 условна осуда, 3 новчане казне и 11 казни затвора (само три у трајању дужем од 2 године) (Грујић, Благић, 2018: 307-310).

Година	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Пријављена кр. дела(XXVII КЗ)	8	25	45	20	22	15	28
Оптужена лица	3	10	6	4	10	6	6
Осуђена лица	2	5	4	4	4	5	4
Осуђени на казну затвора	1	2	-	-	1	4	1

Година	2014	2015	2016	Укупно
Пријављена кр. дела(XXVII КЗ)	9	14	16	<b>202</b>
Оптужена лица	17	3	12	<b>70</b>
Осуђена лица	8	2	7	<b>45</b>
Осуђени на казну затвора	1	-	1	<b>11</b>

Табела 1. Кривична дела против безбедности рачунарских података (број пријава, оптужења, осуда, осуда на казну затвора)

Извор података: Републички завод за статистику

Овакав приступ указује на једну од две претпоставке: да нема значајнијег учешћа ове групе кривичних дела у укупној стопи криминалитета или да је велика тамна бројка криминалитета услед непријављивања дела од стране жртава, отежаног откривања, недовољне активности и оспособљености државних органа надлежних за откривање, доказивање, процесуирање и пресуђивање ове врсте криминалитета, и сл. Иако у домаћој литератури недостају емпиријска истраживања у овој области, мишљења смо да је, ипак, имајући у виду масовну изложеност виктимизацији корисника

компјутерских система и информационо-комуникационих мрежа, компјутерски криминалитет облик криминалног понашања којег карактерише највећа тамна бројка криминалитета. Једна од претпоставки која се наводи у литератури је да је однос откривених и неоткривених дела код активности хакера 1:10000 (Игњатовић, 2018: 56).

## ***2.6. Масовна изложеност виктимизацији и угрожавање основних људских права***

Специфичност феномена компјутерског криминалитета представља и масовна изложеност виктимизацији корисника компјутера, компјутерских мрежа, интернета као глобалне мреже и других информационо-комуникационих уређаја и система. Наиме, ни код једног од облика криминалног понашања степен виктимизираности и вулнерабилности није толико изражен као код компјутерског криминалитета.

Без обзира на системе заштите компјутерских система и мрежа, повезивање на глобалну мрежу отвара просторне и временске димензије између потенцијалног извршиоца и жртве компјутерског кривичног дела. Масовна производња различитих информационо-комуникационих уређаја и њихова доступност свим слојевима друштва у савременом свету, поједностављена употреба великог броја система и програма, приступ и коришћење Интернета као основ свакодневног функционисања појединца, друштва, економије, држава и глобалне заједнице, друштвене мреже као услов комуникативности, "настањеност" у сајбер простору, доступност информација, манипулација информацијама и садржајем, откривање или угроженост личних података, недостатак свести и знања о системима и потреби заштите, као и читав низ других околности указују да је сваки корисник компјутерских или информационо-комуникационих система потенцијална жртва кривичног дела компјутерског криминалитета.<sup>18</sup>

У погледу угрожености основних људских права важно је указати на појединачна права грађана загарантована међународним документима (и националним законодавствима савремених држава) која могу бити угрожена или повређена активностима које чине садржај феномена компјутерског криминалитета. Наиме, злоупотребе информационо-комуникационих система и компјутерске технологије могу да угрозе читав низ основних људских права, односно: право на слободу и људског

---

18 Студија о коришћењу информационо-комуникационих технологија у 2017. години у Републици Србији показала је да 68.1% домаћинстава поседује компјутер, од чега је 68% било повезано на интернет. <http://publikacije.stat.gov.rs/G2017/PdfE/G20176006.pdf>, (01.05.2018.).

достојанство (злоупотребе технологија кроз електронско надзирање корисника, коришћење личних података и идентификационих докумената корисника од стране владиних тела и агенција), право на заштиту од дискриминације (сајбер расизам, "компјутерска зависност"), право на слободу мишљења и изражавања (надзор над базама података, надзирање информационо-комуникационих уређаја, напад на оперативни систем или уређаје, забрана приступа одређеним *on line* садржајима), право на личну безбедност и забрана нехуманих облика кажњавања (електронски надзор, имплантирање електронских чипова у тело, биометријска идентификација), право на правично суђење и угрожавање претпоставке невиности (откривање лозинки и криптованих шифри корисника, коришћење електронских доказа на суду, преправљање електронских доказа и ограничавање приступа одређеним интернет садржајима), право на имовину и интелектуалну својину (дигитална пиратерија, компјутерска хаковања, електронска шпијунажа), право на приватност (електронско надзирање, надзор над базама података, електронска трговања, нежељене понуде за пласман производа), право на живот (сајбер тероризам и смртна казна за кривична дела компјутерског криминалитета), право кандидовања на изборима и право гласања (*on line* индоктринација, дигитални монополи, напад на приватност корисника, надзор над електронским системом гласања, електронско надзирање) (Smith, 2007: 170, 171).

### 3. Закључна разматрања

Компјутерски криминалитет представља најновији облик криминалног понашања који је настао као последица злоупотреба компјутера, компјутерских система и мрежа и других информационо-комуникационих уређаја, али и противправних активности у сајбер (виртуелном) простору. Иако се у основним типологијама криминалитета проучавао у оквирима имовинског, криминалитета "белог оковратника" или привредног криминалитета, различитост појавних манифестација, инкриминисање компјутерских кривичних дела и одређивање "традиционалних" кривичних дела која према начину или средству извршења могу бити сматрана делом овог облика криминалитета, систематско и научно проучавање овог феномена захтев приступ компјутерском криминалитету као посебном, аутохтоном, облику криминалног понашања. У раду смо покушали да укажемо на најважније специфичности овог облика криминалитета, које уједно представљају изазове савременог друштва на плану његовог спречавања и сузбијања.

Основна специфичност је појмовно дефинисање компјутерског криминалитета јер се кроз њега одређује и садржај самог феномена. Иако у литератури, најзначајним међународним и националним изворима права не постоји јединствена дефиниција компјутерског криминалитета, представили смо оне које сматрамо значајним и одредили се према онима које сматрамо потпуно прихватљивим. Транснационални карактер компјутерског криминалитета приказали смо кроз указивање на недостатак класичне просторне димензије вршења радње и наступања последице, као и на брисање временских граница између извршиоца и жртве компјутерских кривичних дела. Имајући у виду транснационални карактер, приказали смо најзначајније међународне акте у овој области и указали на потребу заједничких активности на међународном плану. Посебности компјутерског криминалитета представљају и криминогени фактори, ендогени и егзогени, поред емпиријски потврђених који утичу на криминогенезу криминалитета уопште. Профилисање извршиоца кривичних дела компјутерског криминалитета је од посебне важности за разумевање феномена овог облика криминалитета, али и за планирање и активности на његовом сузбијању и спречавању. Незнатан број пријављених кривичних дела компјутерског криминалитета, више него симболичан број оптужених и осуђених лица у Републици Србији представљају индикаторе за другачију активност органа формалне социјалне контроле и потврђују претпоставку о великој тамној бројци компјутерског криминалитета. Масовна изложеност виктимизацији и вулнерабилност корисника компјутерских система и мрежа, "настањеност" у сајбер простору потврђују мишљење да компјутерски криминалитет представља "најопаснији" облик криминалног понашања у савременом свету.

Представљене специфичности и савремени изазови које условљава развој компјутерског криминалитета, свакако, захтевају посебан приступ њиховом проучавању. Емпиријска истраживања свих наведених, али и других специфичности овог облика криминалитета, предуслов су за разумевање и објашњење овог феномена, али и за планирање активности усмерених на спречавању и сузбијању компјутерског криминалитета.

### **Литература/References**

Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems, Council of Europe Treaty No. 189, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/189>;

A/RES/55/63 UN Resolution on combating the criminal misuse of information technologies, <http://repository.un.org/handle/11176/152207> (21.08.18.)

Алексић, Живојин; Шкулић Милан; (2007). *Криминалистика*. Београд: Службени гласник;

Бејатовић, Станко; (2012). Високотехнолошки криминал и кривичноправни инструменти супростављања. *Сузбијање криминала и европске интеграције, с освртом на високотехнолошки криминал*. Бања Лука: Висока школа унутрашњих послова;

Бошковић, Мило; (1995). *Криминологија и социјална патологија*. Нови Сад: Матица Српска;

Вилић, Вида; (2016). *Повреда права на приватност злоупотребном друштвених мрежа као облик компјутерског криминалитета*. Докторска дисертација. Ниш;

Grujić, Zdravko; Blagić Dragan; (2018). Incriminations against security against security of computer data – Effectiveness of criminal justice mechanism directed on cybercrime. International scientific conference “Archibald Reiss Days” Thematic Conference Proceedings of International Significance, Tom I. Belgrade: Academy of Criminalistic and Police Studies;

Димовски, Дарко; (2010). Компјутерски криминалитет. *Зборник радова Правног факултета*. Ниш: Правни факултет;

Ђурђевић, Војислав; Јовашевић, Драган; (2010). *Кривично право – посебни део*, Београд: Номос;

Ђурђевић, Ђорђе; (2011). *Кривично право – посебни део*. Београд: Криминалистичко-полицијска академија;

Закон о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије “Службени гласник Републике Србије” број 67/2003;

Закон о организацији и надлежности државних органа за борбу против високотехнолошког криминала “Службени гласник Републике Србије” број 61/2005 и 104/2009;

Закон о потврђивању Конвенције о високотехнолошком криминалитету “Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори” број 19/2009;

Игњатовић, Ђорђе; (2018). *Криминологија*. Београд: Правни факултет – Центар за издаваштво и информисање;

Игњатовић, Ђорђе; (1991). Појмовно одређење компјутерског криминалитета. *Анали Правног факултета*. Београд: Правни факултет;

Jaishankar, Karuppanan; (2007). Establishing a Theory of Cyber Crimes. *International Journal of Cyber Criminology*, Vol. 1 (2). <https://www.cybercrimejournal.com/editorialijccvol1is2.htm> (21.08.2018.);

Joint Communication to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *Cybersecurity Strategy of the European Union: An Open, Safe and Secure Cyberspace*. Brussels: [https://eeas.europa.eu/archives/docs/policies/eu-cyber-security/cybsec\\_comm\\_en.pdf](https://eeas.europa.eu/archives/docs/policies/eu-cyber-security/cybsec_comm_en.pdf), (27.08.2018.);

Константиновић-Вилић Слободанка; Николић-Ристановић Весна; Костић, Миомира. (2010). *Криминологија*. Београд: ИГП Прометеј;

Кривични законик Републике Србије "Службени гласник Републике Србије" број 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016;

Милутиновић, Милан; (1990). *Криминологија*. Београд: Савремена администрација;

Петровић, Слободан; (2004). *Компјутерски криминал*. Београд: Војно-издавачки завод;

Радуловић, Љиљана; (1999). *Криминална политика (политика сузбијања криминалитета)*. Београд: Центар за публикације Правног факултета;

Билтени 629, 613, 603, 588, 576, 558, 546, 529, 514, 502. Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији. (2008-2017). Београд: Републички завод за статистику;

Smith, Russell; (2007). Crime Control in the Digital Age: An exploration of Human Rights Implications. *International Journal of Cyber Criminology*. Vol. 1 (2). <http://www.cybercrimejournal.com/rusellijccvol1is2.htm>, (21.08.2018.);

Стојановић, Зоран; (2016). *Коментар Кривичног законика*. Београд: Службени гласник;

Стојановић, Зоран; (2016). Кривичноправни експанзионизам и законодавство Србије, Тематска монографија: *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, IV део*, (прир. Игњатовић, Ђ.). Београд: Правни факултет;

Стратегија развоја информационе безбедности у Републици Србији за период од 2017. до 2020. године "Службени гласник Републике Србије" број 53/2017;



Schreier, Fred; Weekes, Barbara; Winkle, H. Theodor (2015). *Cyber Security: The Road Ahead*. DCAF Horizon 2015 Working paper No. 4. Geneva: The Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces.

<https://digitallibrary.un.org/record/1296532/files/a-conf-144-28-rev-1-e.pdf> (21.08.18.);

<http://publikacije.stat.gov.rs/G2017/PdfE/G20176006.pdf>, (01.05.2018.)

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108> (21.08.2018.);

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/201>(21.08.2018.);

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/196>(21.08.2018.);

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185> (21.08.2018.);

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/189> (21.08.2018.);

[https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/cybercrime\\_en](https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/cybercrime_en) (21.08.2018.);

Convention on Cybercrime, Council of Europe, ETC No. 185, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680081561>;

Yar, Majid; (2006). *Cybercrime and Society*. London, Thousand Ouks, New Delhi: Sage Publications;

**Zdravko Grujić. LL.D.**

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Priština (Head Office in Kosovska Mitrovica)

## **CYBERCRIME: SPECIFICITY AND CONTEMPORARY CHALLENGES**

### **Summary**

*Crime is a pathological social phenomenon of a universal character. Regardless of the degree of development and the form of organization of social community, crime is omnipresent. Viewed through the prism of the historical development of human civilization, the phenomenological features, forms and structure of crime changed over time. In addition to the existing incriminations, new forms of crime appear; concurrently, crimes that have been incriminated for a certain period cease to be prohibited and/or sanctioned. These processes are dynamic and not exclusively related to the temporal dimension; they depend on the level of development, tradition and culture, economic, legal and political system of individual states.*

*The characteristic of the contemporary post-modern society is the emergence of a new form of criminality – cybercrime. As an inevitable consequence of the digital age and the application of information technologies in all aspects of social life, cybercrime entails new forms of criminal behavior resulting from the mass use and abuse of new technologies (computers, computer systems, electronic communication devices, the global network - Internet), as well as traditional offenses committed by using a computer.*

*The provision of new criminal offences envisaged to provide protection of computer data security are only a small part of efforts to counteract cyber crime, particularly given the fact that computers are a potential tool for the execution of other criminal offenses. According to typology provided in the criminal law literature, cybercrime is most often studied as part of crimes against property. However, in addition to property-related criminal offences, the distinctive features and autonomy of the committed crimes show that cybercrime includes criminal offences which are traditionally part of general, political, economic or violent crimes.*

*The paper provides analysis of the phenomenon of cybercrime and its specific features. The author discusses the challenges that have to be addressed by the modern society: the dynamic development of ample forms of cybercrime, the erosion of spatial and temporal boundaries in execution of these crimes, the specific profile of the perpetrators, the problems in detecting and proving these crimes, the high “dark figure” and the massive exposure to victimization. The contemporary society has to provide an adequate response to all these issues.*

**Keywords:** *cybercrime, computer data security, abuse of information technology, Internet.*

**Др Анђелија Тасић\***  
Доценткиња Правног факултета  
Универзитета у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880347T

UDK: 347.9:347.2  
Раd примљен: 30.09.2018.  
Раd прихваћен: 23.11.2018.

## **УЛОГА СТРАТЕШКИХ ПАРНИЦА У ЗАШТИТИ И ОСТВАРИВАЊУ ЉУДСКИХ ПРАВА\*\***

**Апстракт:** Стратешке парнице, као вид „интересних парница“, доживљавају свој пробој на пољу заштите људских права у последњих петнаест година. Њихов циљ јесте остваривање ширих друштвених промена уз помоћ правосудног система. Стављањем фокуса на један конкретан случај, настоји се да се створи дугорочна корист за друштво. Иако не представљају неку посебну врсту парнице, у смислу правила парничног поступка по којима се поступа, специфичне су из много разлога. Како изабрати одговарајућу странку и случај који ће завредити пажњу шире јавности али и како проценити целисходност вођења поступка и учинак који ће донета одлука имати, само су нека од спорних питања. У раду се разматра и потенцијал који парница као метод има на шире друштвене промене у Србији, имајући у виду досадашњу праксу судова и интересовање медија за исход парничних поступака.

**Кључне речи:** стратешке парнице, људска права, друштвене промене, парнични поступак.

---

\* andjelija@prafak.ni.ac.rs

\*\* Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Раd представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (број пројекта 179046), који финансира Министарство науке, просвете и технолошког развоја.

## 1. Уводне напомене

„*Res inter alios iudicata, aliis neque nocere, neque prodesse potest*“<sup>1</sup> максима је која осликава суштину грађанског судског поступка у европско-континенталним правним системима. Суд суди на основу закона, а донета судска одлука представља закон (само) за странке поводом чијег спора је парница вођена. Тај принцип потврђен је и у Уставу, којим је прописано да су судови самостални и независни у свом раду и суде на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђених међународних уговора (чл. 142. ст. 2. Устава<sup>2</sup>).

Ипак, данас више него раније, значај судске одлуке превазилази субјективне границе правноснажности. Одлуке које доноси суд нису само предмет интересовања парничних странака и трећих лица која имају непосредни правни интерес (умешачи), већ и шире јавности. Развој модерних технологија довео је до продирања медија у судницу, а резултати истраживања показују да медији, не само да утичу на приступ информацијама које грађани имају о грађанском судском поступку, већ, начином на који преносе те информације, утичу на формирање мишљења грађана о квалитету вођених, пре свега парничних, поступака (Robennolt J, Studebaker C, 2003: 6).

Такво мешање медија у судске поступке погодовало је и развоју посебног типа парница, тзв. стратешких или интересних парница. Оне представљају метод који, пре свих, организације за заштиту људских права користе да би проузроковале шире друштвене промене. Акцент је на утицају који ће судска одлука имати на групу лица или друштвену заједницу у целини, пре него на решавање проблема појединца. Усмерене су на тумачење постојећих законских прописа и афирмацију оних прописа чија је примена занемарена, као и на указивање на неусклађеност домаћих прописа са важећим регионалним или међународним актима.

Иако је „парница“ термин грађанског процесног права, енглески термин „*strategic litigation*“ односи се и на случајеве кривичног права. Пример за то је случај *Gideon v. Wainwright*<sup>3</sup>, који је имао револуционаран утицај на

1 Ствар пресуђена између једних, другима не може ни штетити ни користити (превод наведен према: Латинске изреке, правила и изрази из области цивилне процедуре, 2012: 50).

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

3 *Gideon v. Wainwright* 372 U.S. 335 (1963). Господин Gideon је захтевао адвоката у поступку који је вођен против њега због провале и неовлашћеног уласка на посед. Како се у САД шездесетих година XX-ог века пуномоћник додељивао само за тежа кривична дела, оптужени је морао да сам предузима радње у поступку, у коме је, напослетку, осуђен на пет

установљавање система бесплатне правне помоћи у САД. Овај термин се, такође, користи и за поступке вођене пред Европским судом за људска права, а који су резултирали одлукама којима се одступа од раније праксе суда<sup>4</sup>, или које имају значај за ширу заједницу.

Врсту спора, као посредног предмета парнице, који је подобан за стратешко парничење, немогуће је тачно одредити. Ипак, примери успешних стратешких парница указују да су то, између осталих, спорови из радних односа, потрошачки спорови, они у којима је повређено право на равноправност, али и они који за предмет имају насиље у породици.

Предности и мане вођења стратешких парница на овом месту биће само сумарно приказане, будући да оне чине садржину бројних водича за управљање стратешким парницама. Фокус овог рада је на анализи домаћих правних прописа, у циљу добијања одговора на питање да ли је домаће законодавство „плодно тле“ за вођење стратешких парница, те да ли оне, у светлу важећих прописа, могу остварити очекивани успех.

Међу најчешће предности стратешких парница, у односу на друге методе којима се могу изазвати друштвене промене, убрајају се: чињеница да и само један случај може послати снажну поруку друштву; околност да се у овим парницама штите права мањина<sup>5</sup>, угрожених и занемарених група

---

година затвора. За време служења затворске казне, уложио је руком писан протест Врховном суду САД, који је 19. марта 1963. године одлучио да сва оптужена лица имају право на правну помоћ (<http://www.uscourts.gov>, приступљено 10.9.2018. године).

4 Пример за то је неколико поступака вођених пред ЕСЉП против Бугарске, а у којима се Република Бугарска оптужује да није сагледала расну компоненту у поступцима вођеним пред домаћим судовима. Први је случај *Velikova v. Bulgaria (Application No. 41488/98)*. Поступак је покренут поводом смрти Рома у притвору. Иако је постојао велики број доказа који су указивали на широко распрострањену дискриминацију Рома у Бугарској, као и на чињеницу да је порекло убијеног било познато полицији, суд је нашао да није на нењумњив начин утврдио расну мотивисаност убиства. У другом случају (*Anguelova v. Bulgaria (Application No. 38361/97)*), суд је поново нашао да расна мотивација злочина није на несумњив начин утврђена, али се овај случај сматра напретком у односу на претходни јер одлука није донета једногласно. Напоследку, у случају *Nachova and Others v. Bulgaria (Application No. 43577/98, 43579/98)* првостепени суд не само да је нашао да постоји довољно доказа да је прекршен чл. 14. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, већ је указао и на обавезу државе да, путем правила о прерасподели терета доказивања, докаже да смрт лица није наступила услед чињенице да је он Ром. Велико веће ЕСЉП је, међутим, преиначило ову одлуку и одлучило да у наведеном случају нема дискриминације. Значај ове одлуке је, ипак, огроман, а судије су, као доказ да је дискриминација Рома у Бугарској широко распрострањена, навели и претходна два предмета која су у овој фусноти образложена (Coomber, 2012: 14-15).

5 Случај *Pauley v First Group Plc. (UK Supreme Court, [2017] UKSC 4)* важан је јер се тиче скоро милион Британаца који се крећу уз помоћ инвалидских колица.

лица - у друштвима где закони, али и правосудни систем штите само права већине, ово се нарочито сматра квалитетом; у земљама англо-саксонског права, установљавање прецедента користи свим лицима која ће се наћи у сличној ситуацији; скреће се пажња јавности, неретко уз мањи трошак него да се води организована и плаћена кампања; омогућава се шири приступ правди; након што се одређена правна ситуација јави као спорна, а закон покаже као недовољно ефикасан или прецизан да заштити права појединаца, исход стратешких парница може законодавцу дати смернице за промену постојећих прописа<sup>6</sup>; постиже се правна едукација судства, тужилаштва и невладиних организација; развија се цивилни сектор (Strategic litigation of a race discrimination in Europe: from principle to practice, 2004: 43; Vehabović, Izmirlija, Kadribašić, 2010: 117-118).

Са друге стране, стратешке парнице имају и извесне недостатке, који се огледају у следећем: исход парнице је често неизвестан, а странка изложена лупи јавности у већој мери него да је вођена парница која не изазива публицитет; често тек одлука највишег суда јесте задовољавајућа, што може утицати на одлуку странака да уопште потраже судску заштиту; друштвена заједница може исказати неслагање са донетом одлуком те је, понекад, јавна расправа пут којим ће се подршка јавности пре и сигурније обезбедити; успех парнице зависи од избора одговарајућег клијента - страх, немогућност да разуме ток судског поступка и партиципира на прави начин у њему, могу да угрозе исход парнице; њихов успех зависи од непристрасности, независности и компетентности правосућа уопште; понекад се пуномоћник, а не странка стравља у центар поступка, чиме се доводи у питање мотив за вођење ових парница; док појединачна одлука често није у стању да произведе ширу позитивну промену, дотле негативан исход може да подстакне на противзаконито понашање и продуби проблем (Strategic litigation of a race discrimination in Europe: from principle to practice, 2004: 43-44).

## 2. Предуслови за вођење стратешких парница

---

6 У случају *EBR Attridge Law LLP v Coleman (Employment Tribunal, UK; CJEU C-303/06)*, послодавац, против кога је покренут поступак због дискриминације запосленог на основу личног својства (инвалидитета) члана породице, се управо позвао на чињеницу да дискриминација на основу личног својства блиског лица није забрањена националним правом, те да суд нема надлежност да о њој одлучује. Очекује се да ће одлука Европског суда правде имати утицај и на предстојеће случајеве. Други пример представља случај *London Borough of Lewisham v Malcolm (UK Supreme Court, [2008] UKHL 43)*, који је резултирао променама у националном законодавству које се односе на дискриминацију лица са менталним сметњама (Strategic litigation, 2017: 12).

Стратешке парнице се од обичних парница разликују по циљу коме теже. Док се исход обичних парница тиче, по правилу, искључиво парничних странака (и за трећа лица лица представља *res inter alios acta*), дотле су стратешке парнице усмерене на изазивање ширих друштвених промена.

Настанак стратешких парница може бити двојак (Coomber, 2012: 12). Први тип парница<sup>7</sup> је брижљиво планиран и често инициран од стране неке организације која се бави заштитом људских права. Иза другог типа стратешких парница не стоји иницијална подршка неке организације, већ су оне покренуте као израз незадовољства појединца због само његове правне ситуације<sup>8</sup>. Ипак, утицај који имају на друштвене околности чини их стратешким парницама.

Ваљано планирање стратешке парнице круцијално је за њен успех. Сматра се да су три фактора одлучујућа: процена да ли је парница одговарајући метод за решавање конкретног спора, избор одговарајућег суда и поступка и одабир „најбољег сценарија“, тј. најбољег начина да се представе правно релевантне чињенице (Strategic litigation of a race discrimination in Europe: from principle to practice, 2004: 46).

Процена да ли је парница одговарајући метод зависи од више параметара.

Поставља се, најпре, питање које алтернативе стоје на располагању заинтересованој страни за постизање истог циља. Уколико организација за заштиту људских права може изазвати једнако или више пажње кроз лобирање или медијску кампању, то је свакако препоручени начин поступања будући да не излаже јавности само једно лице и нема ризика од неуспеха судског поступка.

---

7 У ову групу спада поступак *D.H. and others v. Czech Republic (Application No. 57325/00)*. Током 1998. године, Европски центар за права Рома уложио је значајна средства у спровођење истраживања о сегрегацији Рома у Централној и Источној Европи. Утврђено је да се ромска деца издвајају у специјална одељења, па чак и школе. Европски центар за права Рома ставио је акценат на Чешку, и у граду Острави позвао на хиљаде породица на разговор док није одабрао осамнаесторо деце да буду подносиоци представке пред Европским судом за људска права. Занимљиво је да је овај случај узор имао у случају *Brown v. the Board of education of Topeka (1954) 347 US 483*, што још једном потврђује утицај који стратешке парнице имају (Coomber, 2012: 15).

8 Поступак *Opuz v. Turkey (Application No. 33401/02)* покренула је подносиатељка представке чију је мајку убио њен (подносиатељкин) бивши муж. Иако је по среди проблем који се тиче једне конкретне породице, пресуда је имала утицај како на судије других судова, пре свих Интерамеричког суда за заштиту људских права, тако и на доношење Конвенције о спречавању и борби против насиља над женама. Ради уклађивања свог законодавства са одредбама Конвенције, и Турске је променила своје законодавство (Coomber, 2012: 19).



Даље, поједина противправна понашања могу бити санкционисана на више начина. Тако, истовремено се може водити парнични поступак за заштиту од насиља у породица, у складу са одредбама прописаним у чл. 197 - 200. ПЗ (мере заштите и услови под којима се оне изричу) и 283 - 289. ПЗ (правила посебног парничног поступка), и кривични поступак, за кривично дело из чл. 194. Кривичног законика. Како резултати истраживања показују да је грађанскоправна заштита од насиља ретка, пре свега због пасивног понашања жртве у поступку (Њагуловић, 2012: 602), те да судови ретко изричу поједине мере заштите (Petrušić, Konstantinović-Vilić, 2011: 74) чини се да би ово био добар пример када је боље изабрати кривични поступак за скретање пажње јавности, јер се он води по службеној дужности и не зависи искључиво од проактивности странака<sup>9</sup>.

Упознавање шире јавности може се постићи на различите начине. Правилима којима су уређени поједини посебни парнични поступци предвиђена је могућност да се истакне тзв. публицистички захтев. То је, на пример, случај са антидискриминационим парницама, у којима, у складу са чл. 43. Закона о забрани дискриминације<sup>10</sup>, тужилац може да истакне захтев за објављивање пресуде, донете поводом неког другог захтева истакнутог у овим парницама. Публицистички захтев, дакле, има несамостални карактер. Могућност истицања публицистичког захтева оставља и чл. 30. ст. 1. т. 5. Закона о спречавању злостављања на раду<sup>11</sup>. На овај начин се, осим сатисфакције коју добија жртва, остварују и мере генералне превенције. Свакако, сарадња са медијима је нешто што се, без обзира на публицистички захтев, препоручује приликом вођења стратешких парница, да би са током и исходом поступка био упознат шири круг лица<sup>12</sup>.

Сношење трошкова парничног поступка за неке субјекте представља непремостиву препреку, препознату од стране Европског суда за људска

9 Могуће је, свакако, истовремено тражити и грађанскоправну и кривичноправну заштиту од насиља у породици, будући да се њима постижу различити циљеви, али то отвара питање секундарне виктимизације због обавезе жртве да ситуацију коју је проживела више пута износи пред суд. Ово је, такође, случај кад организација може само да пружи подршку жртви, али не и да покрене парнични поступак.

10 Закон о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, 22/2009, у даљем тексту и 33Д.

11 Закон о спречавању злостављања на раду. *Сл. гласник РС*. 36/2010.

12 Бројни медији пренели су вест да је 2015. године почело суђење за заштиту од дискриминације против Драгана Марковића Палме, а на иницијативу Геј стрејт алијансе (тужиоци су дискриминисана лица, а организација је само иницирала поступак) <http://gsa.org.rs/2015/11/pocelo-sudjenje-za-odstetu-protiv-dragana-markovica-palme-2/>, преузето: 30.9.2018. Након ове, иницијалне вести, нема података да је неки медиј пратио овај поступак, нити како је поступак окончан.

права као једна од баријера за остваривање права на приступ суду. Осим правила о ослобађању од претходног сношења парничног поступка, која се примењују на све парничне поступке (чл. 168 - 173. Закона о парничном поступку<sup>13</sup>), Закон о равноправности полова<sup>14</sup>, на пример, у чл. 48. наглашава да је у поступку у парницама за остваривање грађанскоправне заштите због дискриминације по основу пола, тужилац ослобођен претходног плаћања трошкова поступка, који се исплаћују из средстава суда. Он, дакле, не треба да испуни ниједан додатни услов који је иначе прописан правилима опште парничне процедуре<sup>15</sup>.

Избор одговарајућег суда и прикладност правила поступка за вођење стратешке парнице не односе се само на покретање поступка пред судом који је стварно и месно надлежан, већ изискује и добру процену који би суд, уколико постоји могућност избора, најпре донео одлуку која иде у корист тужиоцу. Осим о надлежности, треба водити рачуна и о следећим питањима: да ли постоји могућност улагања правног лека, какав ће и колики утицај који одлука конкретног суда имати на друштво у целини, да ли је вођен поступак о истој или сличној правној ствари пред истим судом, какве је ставове конкретни суд раније заузео поводом истог правног питања, али и да ли шири политички и правни контекст иде у прилог лицу које жели да покрене стратешку парницу. Важно је проценити у којој мери је суд спреман да непосредно примени одредбе међународних уговора, као и да ли правила поступка иду у прилог остваривању циљева једне стратешке парнице (Strategic litigation of a race discrimination in Europe: from principle to practice, 2004: 50 - 52).

Свакако, о избору суда може се говорити само у оквирима постављеним законом. Надлежност је, по правилу, одређена законом<sup>16</sup> тако да се о вољи тужиоца да поступак покрене пред конкретним судом може говорити само у контексту правила о изборној месној надлежности. Посебна правила о месној надлежности предвиђена су, између осталог, у поступцима поводом заштите права потрошача или поступцима из радних односа у којима је

---

13 Закон о парничном поступку. *Сл. гласник РС*. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС и 55/2014, у даљем тексту и ЗПП.

14 Закон о равноправности полова. *Сл. гласник РС*. 104/2009.

15 Суд ће ослободити од плаћања трошкова поступка странку која према свом општем имовном стању није у могућности да сноси ове трошкове. Приликом доношења одлуке о ослобађању од плаћања трошкова поступка суд цени све околности, а нарочито узима у обзир вредност предмета спора, број лица које странка издржава и приходе и имовину које имају странка и чланови њене породице (чл. 168. ст. 1. и 4. ЗПП).

16 Надлежност је одређена на три начина - као *forum legale*, *forum iudicale* и *forum convencionale* (Опширније: Станковић, 2010: 93).

тужилац запослени (чл. 45. и чл. 60. ЗПП) или поступцима за заштиту од дискриминације (чл. 42. ЗЗД).

Интересантна је могућност избора месне надлежности коју пружа Закон о забрани дискриминације. Чланом 42. прописано је да је у поступку за заштиту од дискриминације поред суда опште месне надлежности, надлежан и суд на чијем подручју је седиште, односно пребивалиште тужиоца. *Ratio* ове одредбе лежи у олакшавању положаја тужиоцу, дискриминисаном (правном или физичком) лицу да у судском поступку оствари своје право на недискриминацију. Међутим, није само дискриминисано лице овлашћено за покретање поступка, већ су то, према чл. 46. ЗЗД и Повереник за заштиту равноправности, организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе лица као и лице које се свесно изложило дискриминаторском поступању, у намери да непосредно провери примену правила о забрани дискриминације у конкретном случају („тестер“). Са изузетком тестера, јасно је да Повереник и организација не представљају нужно слабију странку у поступку, те да се целисходност одредбе којом се и њима олакшава процесни положај може довести у питање.<sup>17</sup> То, међутим, њима, као потенцијалним иницијаторима стратешких парница, омогућава извесну калкулацију у погледу избора месно надлежног суда, јер се могу определити за суд на подручју њиховог или седишта/пребивалишта супротне странке (уколико није исти), у зависности од исхода ранијих поступака вођених пред тим судом у погледу сличне правне ствари или обука и саветовања које су судије конкретног суда прошле.

Свакако, за вођење стратешких парница од суштинског је значаја питање процесне легитимације. Осим што могу да подстичу, одговарајуће организације јесу и активно процесно легитимисане за вођење парница. Чланом 46. ст. 1. ЗЗД прописано је да поступак за заштиту од дискриминације може покренути и организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе лица. Ако се дискриминација односи само на конкретно лице, организација може поднети тужбу само уз његов пристанак у писаном облику. Одредбама чл. 43. ст. 2 Закона о равноправности полова предвиђено је да поступак за заштиту равноправности могу, уз сагласност и у име дискриминисаног лица, да покрену и синдикат или удружење чији су циљеви везани за унапређење равноправности полова. Ови субјекти могу се придружити тужиоцу и у својству умешача. Наш законодавац,

---

17 Претпоставка је да је Повереник, као државни орган, у довољној мери компетентан да се „ухвати у коштац“ са било којим потенцијалним дискриминатором. Осим тога, није познато да се сличан повољан положај омогућава неком другом државном органу када се нађе у улози тужиоца (Тасић, 2016: 203-204).

међутим, није прописао ниједан додатан критеријум, попут броја чланова или броја екперата који су ангажовани при организацији, да би она била овлашћена за покретање парничног поступка.

На основу чл. 135. ст. 1. т. 2. Закона о заштити потрошача<sup>18</sup>, удружења, односно савези који су уписани у Евиденцију у складу са Законом о заштити потрошача, имају право на заступање интереса потрошача у судским и вансудским поступцима. Иако није организација била та која је покренула поступке, управо су поступци подржани од стране организације потрошача „Ефектива“ поводом трошкова обраде кредита пример медијски одлично пропраћених стратешких парница<sup>19</sup>.

За покретање и вођење стратешких парница од значаја је и активност државних органа. До краја 2017. године, Повереник за заштиту равноправности покренуо је 16 поступака за заштиту од дискриминације. У седам парница усвојен је тужбени захтев Повереника, у два је одбијен, у два је тужба повучена након што су тужени предузели мере којима се спречава даље дискриминаторско поступање, а један поступак је прекинут. Остали поступци су и даље у току (Скраћени редован годишњи извештај, 2016: 107, Скраћени редован годишњи извештај, 2017: 125). У свом Извештају из 2016. године, Повереник за заштиту равноправности посебно скреће пажњу на парницу коју и даље води против ланца брзе хране, а којом су „остварени неки стратешки важни циљеви јер је Врховни касациони суд заузео став да Поверенику за заштиту равноправности није потребна сагласност када тужбу подноси ради утврђивања дискриминације према групи лица“ (Скраћени редован годишњи извештај, 2016: 107). Ипак, чини се да ови поступци нису привукли пажњу јавности у довољној мери, што је основни предуслов за остваривање ширих друштвених циљева.

У светлу процесних правила, треба поменути и преклудираниост странке да покрене одређени парнични поступак. Иако постављање рока у коме је странка дужна да покрене поступак пре представља изузетак него правило српског процесног законодавства, покретање појединих парница које могу бити интересног типа јесте омеђено роком. То је, на пример, случај са парницама из радних односа које запослени може да покрене у року од 60 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права (чл. 195. ст. 2. Закона о раду<sup>20</sup>).

---

18 Закон о заштити потрошача. *Сл. гласник РС*. 62/2014, 6/2016 - др. закон и 44/2018 - др. закон.

19 <http://efektiva.rs/aktuelnosti-efektiva/aktuelnosti-kredit/obrada-kredita-uputstvo-za-tuzbe/>, приступљено 10.10.2018.

20 Закон о раду. *Сл. гласник РС*. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС и 113/2017.

Чињеница да се пред истим судом већ води поступак поводом исте правне ствари од значаја је јер се, о тој правној ствари може изјаснити Врховни касациони суд у форми решавања спорног правног питања (чл. 180 - 185. ЗПП). Одлука о спорном правном питању доставља се суду који је поступак покренуо, али се и објављује на интернет страници Врховног касационог суда, и тако постаје „путоказ“ судијама нижестепених судова приликом доношења одлуке.<sup>21</sup>

Важност победе извојеване пред Европским судом за људска права или Уставним судом огромна је, јер, осим што донета одлука представља водиљу судијама нижестепених судова и Врховног касационог суда, она, истовремено, представља и разлог за изјављивање предлога за понављање поступка, као ванредног правног лека у парничном поступку. Према чл. 426. ст. 1. т. 11. и 12. ЗПП, поступак се може поновити ако странка стекне могућност да употреби одлуку Европског суда за људска права којом је утврђена повреда људског права, а то је могло да буде од утицаја на доношење повољније одлуке, или је Уставни суд, у поступку по уставној жалби, утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом у парничном поступку, а то је могло да буде од утицаја за доношење повољније одлуке.<sup>22</sup> Занимљиво је да је одредба из чл. 426. ст. 1. т. 11. заменила одредбу претходног Закона о парничном поступку, по којој се поступак могао поновити ако је, по правноснажно окончаном поступку пред домаћим судом, Европски суд за људска права донео одлуку о истом или сличном правном односу против Републике Србије.<sup>23</sup>

Успех странке у парници зависи од чињеница које ће изнети и доказа којима ће своје тврдње поткрепити. Друштвено осетљиви случајеви, попут случајева дискриминације или злостављања на раду, често немају изгледа на успех јер је противправну радњу тешко доказати. Из тог разлога

21 Решавање спорног правног питања, уједно, представља један од инструмената за уједначавање судске праксе. Опширније: Тасић, 2013: 93 - 105).

22 Одлуком Уставног суда број ИУЗ-147/2012 од 21.2.2013. године утврђено је да прописивање објективног рока за подношење предлога за понављање поступка из разлога наведених у чл. 426. ст. 1. т. 11. доводи у питање остваривање права зајемчених Уставом, и то конкретно остваривање права на правично суђење и права на правно средство из чл. 32. и 36. Устава. Такав закључак Уставног суда довео је до измена Закона о парничном поступку и брисања спорне законске одредбе.

23 Чл. 422. ст. 1. Закона о парничном поступку. *Сл. гласник РС*. 125/2004 и 111/2009. У литератури се скреће пажња да не представља свака одлука Европског суда за људска права разлог за понављање поступка. Ако је, на пример, Суд нашао да је повређено право странке на суђење у разумном року, то неће бити разлог за понављање поступка јер се понављањем поступка овај разлог не може отклонити (Петрушић, Симоновић, 2012: 796).

су правила о прерасподели терета доказивања од немерљивог значаја. Она су уведена ради заштите слабије стране, која често нема приступ информацијама од значаја за поступак доказивања. Она неће моћи да предложи или дође у посед одговарајућих доказних средстава, што знатно отежава њену позицију у поступку. Правила по којима, уколико тужилац учини вероватним<sup>24</sup> да је тужени извршио акт дискриминације, терет доказивања да услед тог акта није дошло до повреде начела једнакости, односно начела једнаких права и обавеза сноси тужени, садржана су у чл. 45. ст. 2 ЗЗД<sup>25</sup>. Према чл. 31. Закона о спречавању дискриминације на раду, ако је у току поступка тужилац учинио вероватним да је извршено злостављање, терет доказивања да није било понашања које представља злостављање је не послодавцу.

Одабир најбољег начина да се представе правно релевантне чињенице може се, заправо, преформулисати у одабир најбољег клијента за представљање случаја. Ипак, до клијената није лако доћи, а велику улогу у њиховом проналажењу имају пуномоћници.

Да од умешности адвоката каткад зависи не само исход поступка, већ и његово покретање, пример је случај *Defrenne v. Sabena (No 2)*<sup>26</sup>, где је адвокатица дуго тражила подобну клијенткињу чији ће случај донети жељене промене. Овај случај се у литератури користи и као потврда премисе да стратешке парнице представљају вид лобирања пред Европским судом правде (Poljanec, 2014: 8). Владе Ирске и Велике Британије указале су на могуће економске последице ширег тумачења спорног члана Римског уговора, сматрајући да може да резултује великим бројем поступака који

---

24 У литератури се наводи да се појам „учинити вероватним“ треба тумачити у „смислу *prima facie* доказа, који се односи на формирање суда о постојању дискриминације на основу постојања неког типичног развоја догађаја који, према правилима искуства, упућује на каузалну везу с дискриминацијским поступањем или на одговорност за такво понашање. Ова врста доказа се од индиција разликује по томе што код индиција судија примарно примењује своје животно искуство, а код утврђивања чињеница *prima facie* примењује и правила искуства правне заједнице“ (Dika, 2011: 86).

25 О терету доказивања у антидискриминационим парницама опширније у: Тасић, 2018: 325 - 336.

26 *Defrenne v. Sabena (No 2) (1976) Case 43/75*. Eliana Vogel Polsky, адвокатица, дуго је тражила одговарајућу жртву дискриминације и са тим циљем је присуствоавала седницама синдиката и нудила женама да их заступа (Olivert Amado, Peetermans, Ripani, 2012: 7). Госпођа Defrenne је, према одредбама националног (белгијског) права морала да се пензионише са 40 година као стјуардеса, за разлику од својих мушких колега. Вођење стратешке парнице исходovalo је ставом Европског суда правде да чланови оснивачких уговора имају непосредно хоризонтално дејство - чињеница да су уперени према државама чланицама, не спречава и друге субјекте да се користе правима која су њима прописана (<https://eur-lex.europa.eu>, приступљено 10.9.2018).

могу да доведу до банкрота појединих правних субјеката. Из реакције влада држава чланица види се како појединачан случај може имати шири правни, економски и друштвени значај, што је управо предност стратешких парница. (Olivert Amado, Peetermans, Ripani, 2012: 12).

Ипак, проактивност адвоката, попут оне из случаја *Defrenne v. Sabena* јесте, према одредбама Кодекса професионалне етике адвоката<sup>27</sup>, забрањена. Према чл. 13 Кодекса (рубрум „Одмереност“, одељак „Начела“), адвоката треба да препоручује стручност, способност, успех, углед и поверење које је стекао својим радом и понашањем. Адвокат не сме да нуди своје професионалне услуге, нити да стиче клијенте рекламом, нелојалном конкуренцијом, на нечестан или на други недопуштен начин. Ово начело конкретизовано је одредбама из одељка „Недопуштено стицање клијената“: забрана рекламирања (чл. 17), забрана нелојалне конкуренције (чл. 18) и забрана нечасног или другог недопуштеног придобијања клијената (чл. 19). И пружање правне помоћи *pro bono* представља „клизав терен“, јер може прерасти у злоупотребу противну правилима Кодекса. Сматраће се да адвокат прибегава нелојалној конкуренцији, нарочито када генерално или мимо услова предвиђених Кодексом нуди бесплатно заступање или заступање за награду нижу од оне прописане адвокатском тарифом<sup>28</sup> (чл. 18. ст. 2. т. 2. Кодекса).

Дали ће парница имати очекивани исход зависи и одличних карактеристика тужиоца - његове способности да разуме ток и циљ поступка, истрајности, али и личних прилика, попут оне да ли има породицу којој медијска експонираност или само воеђење поступка могу да нашkode. Чињеница да је за покретање појединих поступака, попут поступка пред Европским судом за људска права, предвиђен релативно кратак рок по окончању поступака пред домаћим судовима, намеће обавезу појединцима и организацијама да брзо делују.

### 3. Закључне напомене

Стратешке парнице, као вид организоване борбе за заштиту основних права и слобода, представљају комплексан институт. Иако се од „обичних“ парница разликују само по ефекту који желе да произведу, ипак су предуслови за њихово отпочињање, развијање и успешно окончање бројни. Домаћи законодавац прописао је низ процесних правила, која имају за циљ олакшавање положаја лица чија су основна права угрожена. Уз добро

---

27 Кодекс професионалне етике адвоката, „Сл. гласник РС, бр. 27/2012“, у даљем тексту и Кодекс.

28 Тарифа адвоката прописана је Адвокатском тарифом - табеларним приказом награда са започетим сатом која важи од 6. марта 2014. године.



познавање правила цивилне процедуре, али, пре свега, након што пронађу лице које је спремно и способно да изнесе терет једне стратешке парнице, организације, органи и појединци заиста могу покушати да појединачне случајеве усмере ка остваривању ширих друштвених циљева. Ипак, и поред пар спорадичних случајева, нису доступне информације о парничним предметима који су завредили пажњу шире јавности, нити произвели системске друштвене промене.

### Литература/References

Vehabović, F. Izmirlija, M. Kadribašić, A. (2010). *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu*. Sarajevo.

Dika, M. (2011). *Sudska zaštita u diskriminacijskim stvarima. Primjena anti-diskriminacijskog zakonodavstva u praksi*. Zagreb.

*Латинске изреке, правила и изрази из области цивилне процедуре*. (2012). Ур. Петрушић, Н. Адамовић, А. Ниш.

Њагуловић, Ј. (2012). *Насиље у породици - три сегмента правне заштите у домаћем законодавству. Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*. LXII. 593 - 603.

Olivert Amado, A. Peetermans, E. Ripani T. (2012). *Lobbying at the European Court of Justice? Yes, we can!*, Paper for Professor Guéguen's lecture "Interest groups and Lobbies in the European Union" (POLI-0505). Institute for European Studies. 2012. p. 7.

Петрушић, Н. Симоновић, Д. (2012). *Коментар Закона о парничном поступку*. Београд.

Petrušić, N. Konstantinović - Vilić, S. (2011). *Instrumenti правне заштите од насилја у породици у Србији: функционисање, ефикасност и недостаци. Права жртava и ЕУ (изазови пружања помоћи жртava)*. Beograd. 69 - 86.

Poljanec, K. (2014). *Freedom to provide lobbying services in the internal market – a regulatory challenge for eu member states*. *Intereulaweast*. Vol. I (2). 2014.

Robennolt, J. Studebaker, C. (2003). *News Media Reporting on Civil Litigation and Its Influence on Civil Justice Decision Making*. *Law and Human Behavior*. Volume 27, Issue 1, pp 5–27.

Повереник за заштиту равноправности (2018). *Скраћени редован годишњи извештај за 2017. годину*. Београд.

Повереник за заштиту равноправности (2017). *Скраћени редован годишњи извештај за 2016. годину*. Београд.

Станковић, Г. (2010). *Грађанско процесно право - парнично процесно право*. Ниш.

An Equinet Handbook. *Strategic litigation*. 2017.

*Strategic litigation of a race discrimination in Europe: from principle to practice*. (2004).

Тасић, А. (2018). Терет доказивања у антидискриминационим парницама на примеру одлуке Врховног касационог суда. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Број 78. 325 - 336.

Тасић, А. (2016). *Поступак у парницама за заштиту од дискриминације (докторска дисертација)*. Ниш.

Tasić, A. Instrumenti za ujednačavanje sudske prakse. *Pravni život*. 12 (2013). 93-105.

Coomber, A. (2012). Strategically litigating equality - reflection on a changing jurisprudence. *European Anti-discrimination Law Review*. Vol. 15. November 2012. p. 11 - 22.

Anguelova v. Bulgaria (Application No. 38361/97)

Brown v. the Board of education of Topeca (1954) 347 US 483

Velikova v. Bulgaria (Application No. 41488/98).

Gideon v. Wainwright 372 U.S. 335 (1963)

D.H. and others v. Czech Republic (Application No. 57325/00)

Defrenne v. Sabena (No 2) (1976) Case 43/75

EBR Attridge Law LLP v Coleman (Employment Tribunal, UK; CJEU C-303/06)

ИУЗ-147/2012 од 21.2.2013. године

London Borough of Lewisham v Malcolm (UK Supreme Court, [2008] UKHL 43)

Nachova and Others v. Bulgaria (Application No. 43577/98, 43579/98)

Paulley v First Group Plc. (UK Supreme Court, [2017] UKSC 4

Закон о забрани дискриминације. *Службени гласник*. Бр. 22. 2009.

Закон о заштити потрошача. *Сл. гласник РС*. 62/2014, 6/2016 - др. закон и 44/2018 - др. закон.

Закон о парничном поступку. *Службени гласник РС*. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС и 55/2014.

Закон о парничном поступку. *Службени гласник РС*. 125/2004 и 111/2009.

Закон о равноправности полова. *Службени гласник*. 104/2009.

Закон о раду. *Службени гласник*. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС и 113/2017.

Закон о спречавању злостављања на раду. *Службени гласник*. Бр. 36. 2010.

Устав Републике Србије. *Службени гласник*. Бр. 98. 2006.

***Anđelija Tasić, LL.D.***

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **THE ROLE OF STRATEGIC LITIGATION IN THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS**

### **Summary**

*In the past fifteen years, strategic litigation, as a type of “public interest” lawsuits, has had a significant breakthrough and considerable impact in the field of protection of human rights. Its objective is to deploy law as an instrument for effecting wider social changes. By focusing on the specific case at issue, it tends to create a long-term benefit for the society beyond the individual case. Even though they are not a new kind of litigation in terms of the applicable rules of procedure, strategic litigations are specific kind of lawsuits for many reasons. Some of the questions raised by this new type of litigation are how to choose an appropriate party and a case with potential to draw wider public attention, how to estimate whether the case is worth litigating, and how to assess the effects of the final judicial decision. In this paper, the author discusses the potential that litigation as a dispute resolution method has on broader social changes in Serbia, particularly having in mind recent case law and media interest in the outcome of civil proceedings.*

**Keywords:** *strategic litigation, human rights, social change, civil proceedings.*



**Др Иван Илић,\***  
Доцент Правног факултета  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni18803631

UDK: 343.131.8  
Раd примљен: 30.09.2018.  
Раd прихваћен: 23.10.2018.

## **УТИЦАЈ КОНСЕНСУАЛНИХ ПРОЦЕСНИХ ФОРМИ НА УТВРЂИВАЊЕ И ДОКАЗИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ\*\***

**Апстракт:** *Кривични поступак у државама у транзицији се, попут целокупног друштва, последњих деценија нашао пред изазовима савременог доба. То је проузроковало бројне реформске захвате, који су традиционални континентални тип поступка помакли ка адверзијалном кривичном поступку. Један од значајних смерова реформе је увођење консенсуалних и диверзионих форми у кривични поступак. За кривична дела, са запређеном новчаном казном, или казном затвора до пет година, могуће је применом условљеног опортунитета, одложити кривично гоњење. То је једна од диверзионих форми, која има за циљ избегавања вођења кривичног поступка. Још једна симплификована процесна форма, која је предвиђена процесним законом, јесте рочиште за изрицање кривичне санкције. Реч је о могућности да се за кривична дела са запређеном новчаном казном и казном затвора до пет година одржи ово рочиште, уместо главног претреса. Споразумевање јавног тужиоца и окривљеног о признању кривичног дела је, такође, једна од консенсуалних форми. Аутор се у раду бави утицајем условљеног опортунитета, рочишта за изрицање кривичне санкције и споразума о признању кривичног дела на утврђивање и доказивање чињеница у кривичном поступку.*

**Кључне речи:** *кривични поступак, условни опортунитет, споразум о признању кривичног дела, рочиште за изрицање кривичне санкције.*

---

\* ivan@prafak.ni.ac.rs

\*\* Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

## 1. Увод

Свака људска делатност има свој циљ, под којим се сматра *a priori* постављен и фиксиран жељени резултат, до кога се жели доћи свесном активношћу (Врачар, 1965: 73). Кривични поступак је правно уређена људска делатност, па сходно томе, има свој(е) циљ(еве). Циљ вођења кривичног поступка се остварује провером основаности захтева јавног тужиоца из оптужног акта. Користећи право државе на кажњавање (*ius puniendi*), јавни тужилац, у случају постојања одређеног степена сумње да је извршено кривично дело, истиче захтев, у форми оптужног акта, којим тражи од суда да утврди да ли је учињено кривично дело, ко га је учинио, као и да ли су испуњени услови за примену кривичне санкције (Грубач, 2009: 13). Општи, непосредни циљ кривичног поступка је дефинисан у члану 1 Законика о кривичном поступку Србије (у даљем тексту: ЗКП),<sup>1</sup> који носи наслов „предмет законика“. Циљ закоником утврђених правила је да нико не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција, под условима, прописаним кривичним законом, у законитом и правичном кривичном поступку.<sup>2</sup> Да би се остварио непосредни и општи (коначни) циљ кривичног поступка, потребно је пронаћи одговоре на питања, која су постављена у казном захтеву. Потребно је донети одлуку о постојању кривичног дела, о учиниоцу, и о испуњености услова за примену кривичне санкције. Осим тога, каткада је потребно донети одлуку о испуњености услова за вођење кривичног поступка. О томе се може одлучити након што се утврде све релевантне околности кривичне ствари. Те околности заправо представљају појаве у стварности (Бајер, 1980:3) које се у логици и науци кривичног процесног права називају *чињеницама*<sup>3</sup>.

## 2. Шта представља утврђивање чињеница?

Утврђивање чињеница у кривичном поступку представља делатност којом се реконструише догађај из прошлости. Сагледавајући ток кривичног поступка, чињенична основа има квантитативну, али и квалитативну динамику. Чињенична основа кривичне ствари има динамику од основа

---

1 Законик о кривичном поступку, „Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

2 Циљ кривичног поступка први пут је истакнут у Закоником о поступку судском у кривичним делима за Краљевину Србију, из 1865. године. Сви органи вођења поступка дужни су да се старају да невини не вуду гоњени, а вини да не избегну заслужену казну (члан 5, став 1). Законик о кривичном поступку Краљевине Југославије није садржао ову одредбу, али је поново уведена у ЗКП-у из 1953. године.

3 О важности чињеница у судском поступку говори стара латинска сентенца *da mihi factum, dabo tibi ius*.

сумње, што је степен извесности потребан за почетак истраге, преко оправдане сумње, за подизање оптужнице, све до извесности, што је степен сумње потребан за доношење пресуде. Чињенична подлога кривичне пресуде се формира делатношћу странака и суда. Странке предлажу и изводе доказе, а суд учествује у тим делатностима странака, тако што обезбеђује законитост извођења доказа, или сам изводи доказе. Да би се чињеница сматрала утврђеном, потребно је да о њеном постојању уверење стекне суд. Суд је надлежан за доношење одлуке о кривичној ствари, па је једини овлашћен да утврђује чињенице у кривичном поступку. У тој делатности му помажу странке и други учесници поступка, али став учесника поступка о постојању чињеница не везује суд. Само их суд може утврдити доношењем одлуке о кривичној ствари. Полазећи од епистемолошко-логичке дефиниције, утврдити чињеницу значи уверити се у њено постојање (Ђурђић, 2014: 242), односно установити да ли она постоји, или не (да ли је, или није постојала). У процесној теорији постоје и кривичнопроцесне дефиниције утврђивања чињеница. Једно од схватања је да утврђивање чињеница представља логичку операцију која се састоји у закључивању суда о постојању одлучних чињеница из прибављених основа сазнања (Грубиша, 1963: 31). Према истом аутору, утврђивање чињеница представља установљење, у прописаној форми, и ауторитативно проглашење од стране суда у његовој одлуци постојања, или непостојања скупа чињеница, на којима се заснива одлучивање у кривичном поступку (Грубиша, 1963: 31). У доктрини постоји и гледиште да у процесноправном смислу утврдити чињеницу значи уверити се у њено постојање, из правно допуштених извора, као и ауторитативно проглашење у одлуци суда, или другог органа вођења поступка (Ђурђић, 2014: 244). У новијим радовима је присутно посредно одређење утврђивања чињеница, преко одговора на питање, ко у кривичном поступку утврђује чињенице (Узелац, 1997: 149–153, Давидов, 2014: 47–53), односно преко прављења дистинкције између утврђивања и доказивања чињеница (Бајовић, 2014: 95). У другом случају је дато одређење, да утврђивање представља испитивање да ли нешто постоји.

Епистемолошка дефиниција се у кривичном поступку може и мора применити, као полазна основа. Спознајни процес утврђивања чињеница у кривичном поступку је исти као у свакодневном животу. Ипак се не сме губити из вида да утврђивање чињеница у кривичном поступку, да би производило правне последице, мора бити проглашено у судској одлуци. Спознаја учесника у поступку о постојању чињеница нема правних последица ако такав закључак не изведе суд. Једини изузетак је утврђивање чињеница од којих зависи постојање стварних и правних



претпоставки за кривично гоњење. Те чињенице утврђује државни орган, коме је поверено вођење истраге, односно јавни тужилац. У делатности утврђивања чињеница, од којих зависи основаност казненог захтева, јавни тужилац учествује, али се оне тада утврђују са нижим степеном извесности. Довољно је да се увери да о чињеницама постоје само основи сумње, или највише оправдана сумња. Јавни тужилац, према томе, има само квалификовану сумњу да чињенице постоје, па зато отвара истрагу, или подиже оптужницу. Чињенице се не утврђују ни у поступку примене диверзионих форми, већ јавни тужилац има само основе сумње у постојање чињеница. Према томе, чињеница у кривичном поступку, од које зависи основаност казненог захтева, може бити утврђена, само ако се суд са извесношћу уверио у њено постојање.

Суд може утврђивати чињенице на основу доказних предлога странака, или по службеној дужности, у зависности од модела кривичног поступка, који је прихваћен. Преимућство странака у иницирању утврђивања чињеница је одлика адверзијалног поступка. Равноправност у иницијативи за утврђивање чињеница је донедавно била једна од одлика континенталног типа кривичног поступка. Независно од прихваћеног модела и иницијативе за утврђивање чињеница, само их суд утврђује и то на основу оцене изведених доказа. Суд утврђене чињенице ауторитативно проглашава у диспозитиву и образложењу судске одлуке. Стога најпре сматрамо да је чињеница утврђена у кривичном поступку, ако је стечено уверење о њеном постојању, са степеном извесности. Према томе, чињеница у кривичном поступку је утврђена ако је суд (или други орган вођења поступка) стекао уверење у извесност њеног постојања, и ако је проглашена у судској одлуци (или одлуци другог органа вођења поступка). Други органи вођења поступка, прецизније јавни тужилац, такође утврђује чињенице, али са нижим степенима извесности (основи сумње, или оправдана сумња). У тим случајевима чињеница није утврђена, иако је ауторитативно проглашена, јер нема извесности о њеном постојању, већ постоји нижи, или виши степен сумње. Једини изузетак су чињенице, од којих зависи покретање, или вођење кривичног поступка. Те чињенице јавни тужилац утврђује са извесношћу, док чињенице од којих зависи постојање кривичног дела, или услови за примену кривичне санкције, са извесношћу утврђује једино суд.

### **3. Субјекти утврђивања чињеница**

Од типа кривичног поступка зависи који ће процесни субјекти бити овлашћени за утврђивање чињеница. У чистом типу адверзијалног кривичног поступка, утврђивање чињеница је у власти пороте. Иако је,

формалноправно посматрано, реч о судском органу, не може се апстраховати да је порота састављена од грађана, који не поседују правничко образовање. Најпре, о опсегу чињеница које ће се утврђивати одлучују странке. Тачније, чињенични скуп детерминише тужилац у оптужном акту. На окривљеном је шта ће од тога оспоравати, а шта не. Чињенице, које су неспорне међу странкама, не утврђују се у овом типу поступка. Судија професионалац, у начелу, не интервенише у погледу утврђивања чињеница. У супротном, сматра се, губи позицију непристрасног арбитра у спору странака. Пасивност судије се проширује чак и на основе, који искључују противправност, или кривицу (неурачунљивост, нужна одбрана...). У већини америчких држава и даље је недопуштено да суд по службеној дужности утврђује неурачунљивост. Позивање окривљеног на тај приговор потпада под аутономију воље окривљеног (Дамашка, М, 2008: 119).

У погледу круга кривичнопроцесних субјеката, који у кривичном поступку утврђују чињенице, у континенталној теорији постоје два схватања. Уже схватање полази од тврдње да чињенично стање обухвата само оне чињенице за које је суд у својој одлуци закључио да постоје. Из тога следи да у кривичном поступку чињенице утврђује једино суд (Грубиша, 1982: 96). Шире схватање, полазећи од тога да утврдити чињеницу значи уверити се у њено постојање, у субјекте утврђивања чињеница убраја судске и друге државне органе, странке, па чак и вештаке (Крапац, 1982: 107). Да би утврђене чињенице постале основа судске одлуке, потребно је да уверење о њиховом постојању стекне суд. Чињенице, о чијем би постојању учесници у поступку стекли уверење, а нису констатоване у одлуци суда, немају правни значај, нити производе правне последице. Према томе, сматрамо да је утврђивање чињеница у кривичном поступку у искључивој надлежности суда. Само оне чињенице које је суд ауторитативно прогласио у судској одлуци могу се сматрати утврђеним. Суд се мора са извесношћу уверити у постојање чињеница да би их утврдио. Ако уверење органа вођења кривичног поступка о постојању чињеница остане са нижим степеном извесности (оправдана сумња), оне се не могу сматрати утврђенима. У том случају ће се применити принцип *in dubio pro reo*. Уколико је одлучна чињеница, у чије је постојање остала сумња, на штету окривљеног, сматраће се да не постоји а, ако иде у корист окривљеном, да постоји. На тај начин се не потиरे правило које смо поставили с обзиром на то да се у случају примене правила *in dubio pro reo* чињеница која иде у корист окривљеног сматра постојећом. Она није утврђена са извесношћу, већ се примењује правна фикција о извесности њеног постојања.

Суд може имати овлашћење да изводи доказе искључиво на предлог странака, или и по службеној дужности. Међутим, закључак о постојању правно релевантних (одлучних) чињеница, мора бити на суду, који има власт над доношењем одлуке у кривичном поступку. Нелогично би било да одлуку о утврђености чињеница доносе странке, или неки други учесници у поступку, а да иза одлуке стане суд. Стога је правило да у континенталном типу кривичног поступка чињенице утврђује кривични суд, изузетно други државни орган (јавни тужилац у фази истраге), који је на то законом овлашћен (Ђурђић, 2013: 485). И у случају постојања тужилачке истраге, одлуку о кривичној ствари доноси кривични суд након суђења схваћеног у ужем смислу. Разлог за поимање суда као субјекта који утврђује чињенице у континенталном кривичног поступку јесте непостојање праве пороте. У већини европских земаља постоји тзв. мешовито веће, састављено од судије професионалаца и судија поротника. Судаће веће заједнички одлучује о чињеничним и правним питањима. Фактички, превагу приликом доношења одлуке имају судије професионалци, док поротници следе одлуку судије, често без удубљивања у мериторно решавање кривичне ствари. Мешовито веће стога показује низ слабости у пракси судова, те се учешће грађана у суђењу своди на пуку форму.

#### **4. Начин утврђивања чињеница**

Наука кривичног процесног права је развила инструментаријум утврђивања чињеница у кривичном поступку. Правно релевантне и друге важне чињенице се утврђују помоћу доказа. То значи да су докази средство утврђивања чињеница. У теорији кривичног процесног права се наводе различите класификације доказа. Оне немају велики практични значај, с обзиром на важећу слободну оцену доказа, која постоји у савременом кривичном поступку. За разлику од тога, класификације доказа су имале значаја у раније важећој законској оцени доказа, карактеристичној за инквизициони поступак.

Према критеријуму односа доказа и предмета доказивања, докази се деле на непосредне и посредне. Непосредним доказом се на директан начин утврђују чињенице од значаја за доношење судске одлуке. Другим речима, на основу непосредног доказа се непосредно закључује о истинитости правно релевантних и других важних чињеница. Најчешће се као пример наводи исказ сведока очевица, исказ вештака, исказ окривљеног, као и увиђај. Путем посредног доказа се, најпре, утврђују неке чињенице које указују на постојање правно релевантних чињеница. Реч је о својеврсним међучињеницама, на основу којих се, посредно, утврђују одлучне чињенице.

Посредни докази су, заправо, чињенице индиције. Формирањем, најчешће, ланца индиција утврђује се постојање правно релевантних чињеница.

Поделу на непосредне и посредне доказе афирмише и наш процесни закон. У члану 2 Законика о кривичном поступку из 2011. године, у коме су дефинисани основни појмови, стоји и одређење основа сумње.<sup>4</sup> Најнижи степен извесности је скуп чињеница које *посредно* указују да је извршено кривично дело, *или* да је неко лице учинилац тог дела. На тај начин су индиције и основи сумње изједначени у значењу.<sup>5</sup> За разлику од тога, основана сумња представља скуп чињеница које *непосредно* указују на кривично дело и учиниоца (члан 2, став 1, тачка 17 и 18 ЗКП). Наведене одредбе су спорне, јер реafirмишу давно напуштену законску вредност доказа. Ако се током предистражног поступка дође искључиво до чињеница које посредно указују на кривично дело, евентуално и на учиниоца, постојаће основи сумње. Са друге стране, за постојање основане сумње неопходне су чињенице које непосредно указују да је неко лице извршило кривично дело. На тај начин је, у потпуности искључена могућност утврђивања чињеница индиција у кривичном поступку, јер се, на основу њих, према слову закона, не може формирати основана сумња, а самим тим ни оправдана сумња и извесност о кривичној ствари. Најнижи степен сумње се не мора састојати искључиво од индиција, те ова два појма нису идентична. Неопходан степен извесности за покретање истраге се формира од свих расположивих чињеница до којих су дошли субјекти вођења предистражног поступка без обзира на врсту. У покушају да се дефинише најнижи степен извесности који је промовисан у услов за покретање истраге, законодавац је, чини се, помешао криминалистичке и кривичнопроцесне индиције. Осим тога, будући да су докази такође чињенице, у наведеној одредби закона се диференцирају управо непосредни од посредних доказа.

4 Према члану 295, став 1 ЗКП, истрага се покреће када постоје *основи сумње* да је учињено кривично дело од стране познатог или непознатог учиниоца. Јавни тужилац ће донети решење о одбацивању кривичне пријаве, такође, ако не постоје *основи сумње* да је учињено официјелно кривично дело. Из тога следи да је исти степен уверења потребан за покретање предистражног поступка и истраге, па није јасно у чему се огледа хеуристичка делатност органа предистражног поступка ако исходује једнаком степену извесности о учињеном кривичном делу.

5 Термин индиције и основи сумње се често користе као синоними. То потиче из инквизиционог поступка, у коме је постојала законска вредност доказа. На основу постојања основа сумње покретала се тзв. посебна истрага. Индицијама су се сматрале чињенице које су омогућавале покретање кривичног поступка, али и примену тортуре према окривљеном. У савременом кривичном поступку основи сумње (подозрења) представљају најнижи степен уверења о извршеном кривичном делу који је неопходан за покретање преткривичног (предистражног) поступка, или(и) кривичног поступка.

Подела доказа на непосредне и посредне се може прихватити, с тим што је треба разграничити од непосредног и посредног утврђивања чињеница. Једно од основних начела кривичног процесног права, начело непосредности, као правило одређује непосредно утврђивање чињеница. Правно релевантне и друге чињенице се утврђују непосредним чулним опажањем кривичног суда директно из извора доказа. То значи да суд, по правилу, не сазнаје за чињенице које је утврдио неки други орган вођења поступка на основу записника, тј. не суди на основу списка. Суд, такође, не може заменити утврђивање чињенице из исказа сведока очевица исказом сведока по чувењу. Од принципа непосредности постоје законом установљена одступања мотивисана економичношћу поступка и његовим разумним трајањем. У члану 406 Законика о кривичном поступку су предвиђене ситуације у којима је могуће читање записника о испитивању сведока, налаза и мишљења вештака, као и записника о саслушању саоптуженог, или осуђеног саучесника. То је могуће ако су испитана лица умрла, душевно оболела, не могу се пронаћи, или је њихов доказак пред суд знатно отежан услед болести, старости, или из других разлога. Исказ сведока, или вештака који није присутан може бити прочитан ако се странке сагласе. Читање раније датог исказа ових процесних субјеката је могуће ако су присутни на главном претресу, али одбијају да дају исказ без постојања законских разлога. Исказ саоптуженог може бити прочитан ако је дошло до раздвајања кривичног поступка, или је већ осуђен правноснажном пресудом. Најзад, ако је сведок или вештак испитан пред председником судећег већа, или је испитан ван главног претреса од стране члана већа, исказ такође може бити прочитан на главном претресу (члан 404 ЗКП). С обзиром на то да је новим Закоником о кривичном поступку уведена тужилачка истрага, широко постављено одступање од начела непосредности може довести у питање правичност поступка ако се судска одлука заснива на посредно утврђеним чињеницама. Нарочито је спорно неограничено коришћење резултата спроведених доказних радњи од стране полиције у предистражном поступку. Ако су доказне радње спроведене на законит начин, докази које је прикупила полиција могу бити коришћени у кривичном поступку, тј. на тим доказима може бити заснована судска одлука (члан 287, став 2 ЗКП).<sup>6</sup>

На претходно наведену, логички се наслања класификација доказа на оригинарне и изведене. Критеријум за ову поделу је однос извора

---

6 Законодавац *explicite* не предвиђа да резултати доказних радњи из предистражног поступка, предузетих од стране јавног тужиоца, могу бити коришћени у кривичном поступку. С обзиром на то да је нелогично давати предност полицији, над јавним тужиоцем, који руководи предистражним поступком, треба тумачити да резултати доказних радњи јавног тужиоца такође могу бити коришћени у поступку.

информације и чињенице, коју је потребно утврдити. Оригинарни су докази чији су извор лица која су чињенице опажали непосредно, својим чулима. Изведени докази су чињенице, утврђене на посредан начин од лица које их је сазнало на посредан начин (Стевановић, Ђурђић, 2006: 230). Ова подела је, чини се, недовољно разграничена од поделе доказа на непосредне и посредне. Приликом разграничења доказа, на овај начин, узети су у обзир само лични докази, док су материјални (исправе, тј. предмети, трагови) остали ван класификације. Неки аутори, додуше у оригинарне доказе сврставају предмете и ствари које су извор материјалних доказа, али тек приликом експликације набрајањем (Стевановић, Ђурђић, 2006: 230). Већи проблем је што се оригинарни докази у потпуности преклапају са непосредним, а изведени са посредним доказима.

У делу процесне теорије се као критеријум за поделу на оригинарне и изведене доказе узима однос доказа према извору доказа. Докази које орган поступка сазнаје из извора доказа у коме се налазе су оригинарни. То су чињенице које суд сазнаје из исказа очевица, исказа окривљеног, или из предмета посматрањем. Ако орган поступка не сазнаје чињенице из извора доказа, већ из другог доказног средства, то су изведени докази. То може бити исказ сведока по чувењу, као и кривични спис (Строгович, 1948: 132).

Прихватајући теоријску заснованост претходне класификације, сматрамо да се као критеријум за ову класификацију доказа треба узети начин на који суд сазнаје чињенице, Према том критеријуму, оригинарни су докази из којих суд сазнаје чињенице директно од носиоца информације, из исказа окривљеног, сведока, вештака, из оригинала исправа, као и путем расправног увиђаја. Деривативни (изведени) докази постоје ако суд сазнаје чињенице из преносиоца информације, из записника о саслушању окривљеног, о испитивању сведока, или вештака, те записника о истражном увиђају.<sup>7</sup> Овде је реч о утврђивању чињеница на основу фиксираних резултата спроведених процесних радњи, у ранијим фазама поступка, или чак у предистражном поступку, у којима није учествовало судеће веће. Према овој подели, чињенице из исказа сведока по чувењу спадају у деривативне доказе, будући да их кривични суд сазнаје од преносиоца информације. Чињенице сазнате из увиђаја спроведеног од стране судећег већа, тзв. расправног увиђаја, спадају у оригинарне доказе. Насупрот томе, чињенице добијене као резултат тзв. истражног увиђаја спадају у деривативне доказе, јер суд о чињеницама сазнаје из записника о увиђају (од преносиоца информација), у коме није учествовао.

---

7 Они се називају „докази из друге руке“.

## 5. Споразум о признању кривичног дела

Споразум о признању кривичног дела представља нагодбу између јавног тужиоца, са једне стране, и окривљеног и његовог браниоца, са друге стране, којим окривљени добровољно, у потпуности признаје извршење кривичног дела, а јавни тужилац се обавезује да учини окривљеном извесне уступке. Реч је о уговору *sui generis*, чије је дејство на кривичнопроцесни однос индиректно, јер на основу закљученог споразума суд доноси кондемпнаторну пресуду, што доводи до гашења тог односа. Дакле, за разлику од уговора грађанског права, споразум се разликује по томе, што не производи директно, већ индиректно правно дејство, уколико је закључен у одговарајућој форми. Споразум о признању кривичног дела је један од инструмената консенсуалне правде, али и ресторативне правде, будући да се његовим закључењем настоји истовремено извршити реституција оштећеног. У процесном смислу, пресуђење на основу закљученог споразума о признању кривице представља упрошћену процесну форму (Бркић, 2004: 430).<sup>8</sup> То произилази из самог циља његовог закључивања – изостанак главног претреса (или доказног поступка у САД).

Доказивање чињеница од стране суда је у директној контрадикцији са применом споразума о признању кривичног дела. У самој бити споразума је сагласност странака о доказима које презентују суду у закљученом консензусу. На суду је да прихвати споразум, који има подлогу у чињеницама, које су наведене у доказној подлози, или да га не прихвати. Уз споразум који се подноси суду, уколико још увек није била подигнута оптужница, обавезно се доставља и овај оптужни акт. То значи да је у оптужници садржан и предлог доказа којима се поткрепљују одлучне чињенице. У случају да је споразум поднет пре отпочињања главног претреса, чињеничну основицу за доношење одлуке о споразуму којим се мериторно окончава кривични поступак чини предлог доказа из оптужнице. Према томе, у овом случају суд прихвата чињенице из оптужног акта „здрово за готово“, а да уопште није ни било доказног поступка, на главном претресу, сходно начелу јавности, непосредности, усмености и контрадикторности. Једино у случају да је споразум о признању кривичног дела закључен непосредно пре окончања главног претреса, суд би имао чињеничну подлогу као у редовном кривичном поступку након доказног поступка. Приликом одлучивања о прихватању споразума суд, између осталог, утврђује да ли постоје и други докази који нису у контрадикцији

<sup>8</sup> Да би нека форма била упрошћена, потребно је да поседује посебан основ, обележја, циљ и посебне услове. Основ ове форме је признање окривљеног, циљ је изостанак доказног поступка. Пресуђење на основу Споразума има посебна обележја и захтева испуњење одређених услова.



са признањем окривљеног (члан 317, став 1, тачка 3 ЗКП). То значи да ће ценити предложене доказе у оптужници и став јавног тужиоца о одлучним чињеницама у односу на признање окривљеног. Према томе, у случају закључења споразума о признању кривичног дела долази до потпуне лимитираности доказивања чињеница, јер је суд везан доказним предлозима јавног тужиоца које окривљени не оспорава, будући да признаје извршење кривичног дела. Стога се може рећи да суд, у овом случају, утврђује чињенице искључиво из доказа који нису непосредно изведени, односно да суд утврђује чињенице на основу страначке сагласности воља, искључиво из деривативних доказа.

## **6. Рочиште за изрицање кривичне санкције**

Још једна симплификована процесна форма која је предвиђена процесним законом јесте рочиште за изрицање кривичне санкције. Реч је о могућности да се за кривична дела са запређеном новчаном казном и казном затвора до пет година одржи ово рочиште уместо главног претреса. Пре доношења одлуке да ли ће прихватити предлог тужиоца, судија ће између осталог ценити предложене доказе и сложеност предмета, те ће одредити одржавање рочишта за изрицање кривичне санкције или главног претреса (члан 514, став 1, тачка 4 ЗКП). У случају одређивања рочишта, оно почиње изгагањем тужиоца о доказима које је прикупио. Осуђујућа пресуда се доноси ако се окривљени сагласио са предложеним доказима и врстом и мером кривичне санкције. У случају споразума странака, дакле, не постоји могућност извођења доказа, већ суд за чињеничну подлогу узима оно о чему постоји сагласност странака. Штавише, ни чињенице од значаја за одмеравање врсте и мере кривичне санкције се не доказују стога што и око тога постији слога странака. Стога и ова процесна форма наликује парници. Услов за доношење осуђујуће пресуде је прихватање предлога јавног тужиоца. Доношењем осуђујуће пресуде суд заправо потврђује да се уверио у постојање одлучних чињеница на основу предложених доказа који нису непосредно изведени. Суд, према томе, и у овом случају утврђује чињенице на основу споразума странака из деривативних доказа.

## **7. Диверзиони модели**

Етимолошки, диверзија води порекло од латинске речи *diversio*, што значи одвраћање, скретање, промена правца (Вујаклија, 2006: 212). Слично је са појмом диверзије у контексту кривичног поступка. Џон Фримен је на XIII Међународном конгресу за кривично право, приликом излагања о одустајању од гоњења и мирењу, упоредио кривични поступак са реком

која тече устаљеним током а диверзију са скретањем од тока у правцу миреша и поравнања жртве и учиниоца (Хорватић, 1984: 517). Ово, наизглед, једноставно одређење касније је у литератури више пута цитирано, чини се, са правом, јер на најбољи начин објашњава предметни појам. Устаљени ток кривичног поступка пролази кроз етапе истрага–оптужење–суђење. Диверзиони модел представља нарушавање, односно потпуни изостанак хронолошког низа етапа кривичне процедуре.

У одговору на питање шта се сматра диверзијом кривичног поступка, искристалисала су се два приступа – шири и ужи. Шири концепт у диверзионе моделе убраја ванправне одговоре на криминалитет (самоорганизовање грађана и самопомоћ), затим институционалне, у виду примене разних алтернативних кривичних санкција (условна осуда, пробација, друштвенкорисни рад...) и транслацију примене кривичних санкција ка управним и грађанскоправним санкцијама (Мрвић, 1994: 100). Овај приступ веома је близак радикалном аболиционистичком правцу, чија је основна идеја замене примене кривичних санкција другим облицима разрешења конфликта између учиниоца и жртве од стране друштвених, вансудских структура (универзитети, школе, јединице локалне самоуправе), што у крајњем води ка укидању кривичног права.

Ужи концепт диверзионим моделима сматра само оне који имају за циљ да не дође до покретања кривичног поступка, односно да се избегне оптужење и изрицање осуде према учиниоцу. Према том схватању, у диверзионе моделе спадају само форме разрешења конфликта уз учешће државног органа. Тиме је искључена примена алтернативних кривичних санкција, јер до њихове примене долази након спроведеног кривичног поступка, где учинилац стиче својство осуђеног. Замена кривичних, санкцијама других грана права такође се не сматра диверзијом, већ декриминализацијом. Ужи концепт, дакле, диверзионим моделима сматра оне форме код којих кривично гоњење изостаје, или се обуставља пре покретања или у раној фази кривичног поступка од стране полиције или јавног тужиоца (уз сагласност, или без сагласности суда). Циљ је гашење кривичне тужбе у раној фази кривичног поступка (Бркић, 2004: 148). Уколико сагледамо ток кривичног поступка, гашење кривичне тужбе могуће је све до окончања главног претреса, у ком случају је неизоставна сагласност суда након одустајања јавног тужиоца од гоњења. Неопходно је да не дође до оглашавања оптуженог кривим.<sup>9</sup> Овај концепт кореспондира са либералним теоријским концептом, чија је суштина хуманизација и рационализација

---

9 С циљем адекватног објашњења диверзије, на већ поменутиом конгресу у Каиру се за ове моделе користила реч *дејуредицијација*, која донекле одговара суштини диверзије (избегавање судског поступка).

кривичног правосуђа увођењем упрошћених и алтернативних процесних форми.

Поставља се питање да ли диверзију представља одустанак приватног тужиоца од даљег гоњења, будући да се он руководи начелом диспозитивности? Приклањамо се гледишту оних који дају потврдан одговор на питање (Хорватић, 1982: 517). Иако се приватни тужилац у располагању кривичном тужбом креће ван опсега примене начела легалитета, односно опортунитета руководећи се приватним интересом, ипак су ефекти по осумњиченог исти као код примене диверзије од стране јавног тужиоца. У том случају такође изостаје кривично гоњење, тј. не долази до пресуђења.

Најчешћа подела диверзионих модела која се може срести у литератури је на једноставну и сложу диверзију. Једноставна диверзија се изједначава са поступањем јавног тужиоца по начелу опортунитета кривичног гоњења, када јавни тужилац проценом објективних и субјективних околности извршења кривичног дела одлучује да не предузме кривично гоњење, без наметања било каквих обавеза осумњиченом. Епилог је, дакле, безусловно одбацивање кривичне пријаве против осумњиченог. Реч је, заправо, о селекцији кривичних пријава у сфери багателног криминалитета проценом да ли је опортуно предузимати кривично гоњење, имајући у виду малу друштвену опасност кривичног дела, одсутност или незнатност насталих штетних последица, околности на страни учиниоца (признање извршеног дела, стварно кајање, личне прилике, држање након извршеног дела, надокнађена штета жртви...) и економичности самог вођења поступка (уколико би трошкови вођења поступка били у несразмери са штетним последицама извршеног кривичног дела). Значајну улогу код једноставне диверзије неретко има и полиција, која самосталном „нелегалном“ селекцијом кривичних пријава, односно једноставним недостављањем неких од пријава јавном тужиоцу фактички доводи до истог исхода (Так, 2008). Полиција представља такође субјект примене диверзионих модела у оним правним системима где има овлашћење изрицања неке врсте опомене, односно неке кривичне санкције налик новчаној казни која се не може заменити казном затвора (Јосимовић, 2011: 14).

Диверзија са интервенцијама (сложена диверзија) разликује се од претходне по томе што осумњичени добровољно пристаје на примену одређеног ванпеналног програма (обављање друштвенкорисног рада или рада у корист жртве, похађање различитих курсева, намирења штете жртви, исплата обавеза издржавања...). Одлука о гашењу кривичне тужбе, у овом случају, доноси се након извршења обавеза од стране осумњиченог.

Епилог је, дакле, исти као код једноставне диверзије (одбацивање кривичне пријаве или обустава поступка), али се разликују по мерама које осумњичени добровољно извршава у одређеном законском року. Према неким ауторима (Бркић, 2004: 152), постоји још једна подврста интервенирајуће диверзије – „прикривена диверзија“. Реч је о ситуацији када тужилаштво оклева са иницирањем покретања поступка чекајући да осумњичени надокнади штету жртви, након чега долази до одбацивања кривичне пријаве.

Иако постоји схватање да једноставна диверзија заправо није диверзија (Бркић, 2004: 152), сматрамо да обе врсте представљају посебне диверзионе моделе, будући да се заснивају на истоветној идејној матрици, као и да им се услови, циљеви и епилог умногоме поклапају. Поред наведене поделе, од значаја је и дивизија диверзионих модела, с обзиром на фазу кривичног поступка. Према овом критеријуму диверзија се може поделити на предсудећу и судећу, где би предсудећа могла бити даље подељена за предистражну и истражну диверзију, будући да се примењује најчешће пре оптужења. Крајњи тренутак када би могло доћи до примене диверзије треба везати за окончање главног претреса, мада има и схватања да до ње може доћи и касније – све до момента почетка извршења изречене санкције. Према субјектима који имају одлучујућу улогу у примени диверзионих модела, подела се врши на полицијску, тужилачку и судску диверзију. Треба, међутим нагласти да диверзионе моделе најчешће примењује субјект у чијим рукама се налази овлашћење кривичног гоњења (јавни тужилац или полиција), док се улога суда најчешће своди на давање претходног или накнадног одобрења.

За кривична дела са запређеном новчаном казном, или казном затвора до пет година могуће је применом условљеног опортунитета одложити кривично гоњење. У том случају се осумњиченом у предистражном поступку изриче једна, или више мера, из члана 283 ЗКП ако јавни тужилац сматра да нема места кривичном гоњењу. Ипак, у овом случају се осумњиченом изриче једна врста парасанкција које по многим карактеристикама одговарају кривичним санкцијама, а да је претходно утврђено само постојање основа сумње и то од стране несудског државног органа (Илић, 2010: 405–434). Иако је последица успешно примењеног условљеног опортунитета одбацивање кривичне пријаве, те се осумњичени сматра неосуђиваним, поставља се питање: да ли је чињенично стање *de facto* утврђено? С обзиром на то да заступамо гледиште да чињенице може утврдити само суд, сматрамо да у овом случају нису утврђене. Осим тога, чињенице се не могу утврђивати ван кривичног поступка. Најзад, решење о одбацивању кривичне пријаве не стиче својство *res iudicata*. У случају условног одлагања кривичног

гоњења чињенице се не утврђују, већ је реч о једној врсти нагодбе између јавног тужиоца и осумњиченог, која има за циљ да не дође до кривичног поступка. Осумњичени прихватањем условљеног опортунитета пристаје да утврђивање чињеница у кривичном поступку у потпуности изостане.

## 8. Закључак

Увођење консенсуалних форми у кривични поступак свакако доприноси ефикасности и растерећењу судова. Са друге стране, погрешно поимање и примена ових процесних института представља претњу правилном и потпуном утврђивању чињеница у кривичном поступку. У случају склапања споразума о признању кривичног дела, као и приликом рочишта за изрицање кривичне санкције суд утврђује чињенице, као и у редовном кривичном поступку. Једина разлика је што то чини искључиво на основу деривативних доказа. Суд заснива одлуку на основу оцене доказа, око којих су се странке сагласиле и понудиле их суду. Према томе, код ових консенсуалних форми не сме да изостане утврђивање чињеница, као и оцена доказа. У супротном ће судска одлука бити наснована на погрешном чињеничном стању. Примена диверзионог опортунитета се дешава пре отпочињања кривичног поступка. У том случају нема говора о утврђивању чињеница. Осумњичени пристаје на понуђену обавезу, а епилог је одбацивање кривичне пријаве, те неосуђиваност, као концесија. У овом случају, утврђивање чињеница у потпуности изостаје. Из тог разлога треба бити опрезан, приликом примене условног опортунитета, како се овај институт не би претворио у формуларно поступање, без казуистичког приступа сваком појединачном случају.

## Литература/References

Tak, P, (2012). *Methods of diversion used by the prosecution services in the Netherlands and other western European countries*, приступ 5. 7. 2012: [http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF\\_rms\\_all/no74.pdf](http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms_all/no74.pdf);

Бајер, В. (1980). *Југославенско кривично процесно право (право о чињеницама и њиховом утврђивању у кривичном поступку)*. Загреб.

Бајовић, В. (2014). *Процесноправни значај општепознатих чињеница и чињеница утврђених у правноснажним судским одлукама, докторска дисертација*. Београд.

Бркић, С. (2004). *Поједностављење кривичног поступка и упрошћене процесне форме*. Нови Сад.

- Бркић, С. (2004). *Поједностављење кривичног поступка и упрошћене процесне форме*. Нови Сад.
- Врачар, С. (1965). *Социјална садржина функције државноправног поретка*. Београд.
- Вујаклија, М. (2006). *Лексикон страних речи и израза*. Београд.
- Грубиша, М. (1963). *Чињенично стање у кривичном поступку*. Загреб.
- Грубиша, М. (1982)- *Чињенично стање у кривичном поступку*. Загреб.
- Давидов, С. (2014). *Утврђивање чињеница у кривичном поступку – има ли правде без истине, докторска дисертација*. Ниш.
- Дамашка, М. (2008). *Лица правосуђа и државна власт*. Загреб.
- Ђурђић, В. (2013). *Утврђивање чињеница у кривичном поступку*. Правна ријеч, бр. 37.
- Ђурђић, В. (2014). *Кривично процесно право – општи део*. Ниш.
- Илић, И. (2010). *Условно одлагање кривичног гоњења, Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије: тематски зборник радова. Књ. 5, Ниш*.
- Јосимовић, М. (2011). *Диверзиони модел као алтернатива кривичном поступку, необјављена магистарска теза*. Нови Сад.
- Крапац, Д. (1982). *Утврдити чињенице значи уверити се у њихово постојање – властитим опажањем или доказивањем*. Наша законитост, бр. 11–12.
- Мрвић, Н. (1994). *Диверзиони концепт кривичноправног система – реалност или утопија, Социолошки преглед, 1*.
- Строгович, М. (1948)- *Кривични судски поступак*. Београд, 1948.
- Узелац, А. (1997). *Истина у судском поступку*. Загреб.
- Хорватић, Ж. (1982). *Посебни случајеви одустајања од гоњења и мирење у кривичним стварима*. ЈРКК 1–2.
- Хорватић, Ж. (1984). *XIII Међународни конгрес за кривично право (Каиро, 1–7. октобра 1984. године), Одустајање од гоњења и мирење (diversion mediation)*. ЈРКК 3–4.

**Ivan Ilić, LL.D.**

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

## **THE INFLUENCE OF CONSENSUAL PROCEDURAL FORMS ON ESTABLISHING AND PROVING FACTS IN CRIMINAL PROCEDURE**

### **Summary**

*In recent decades, criminal proceedings in transition countries have faced the challenges of modern times, very much like the entire society. This has prompted a number of reform activities, which have resulted in shifting the traditional continental type of proceedings to the adversarial criminal procedure. One of the important directions in the reform is the introduction of consensual and diversionary forms into criminal proceedings. Thus, the prosecution of criminal offenses which are punishable by a fine or a sentence of imprisonment of up to five years may be postponed through the application of conditional opportunity. It is one of the diversionary forms aimed at avoiding the instigation of criminal proceedings. Another simplified procedural form, which is envisaged in the criminal procedure legislation, is the hearing for imposing a criminal sanction. This hearing may be held instead of the main trial proceeding in cases involving criminal offenses punishable by a fine and a sentence of imprisonment not exceeding five years. One of the consensual forms is plea bargaining between the public prosecutor and the defendant. In this paper, the author deals with the influence of these consensual and diversionary forms (conditional opportunity, the hearing for imposing a criminal sanction, and plea bargaining) on establishing and proving facts in criminal proceedings.*

**Keywords:** *criminal proceedings, conditional opportunity, plea bargaining, hearing for imposing a criminal sanction.*





**Др Свјетлана Ивановић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Источном Сарајеву

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880381I

UDK: 004.738.5:347.78  
Раđ примљен: 30.09.2018.  
Раđ прихваћен: 23.11.2018.

## **НОВИНЕ У КОНЦЕПТУ ОДГОВОРНОСТИ ПОСРЕДНИКА ЗА ПОВРЕДУ АУТОРСКОГ И СРОДНИХ ПРАВА НА ИНТЕРНЕТУ\*\***

**Апстракт:** У ери доминације дигиталне технологије и савремених комуникационих мрежа, најчешћи облици размјене и коришћења садржаја заштићеног ауторским и сродним правима дешавају се на интернету. Самим тим, повреде ауторског права су најучесталије у дигиталном окружењу, те је неопходно прилагођавање концепта заштите ауторског и сродних права новим околностима. Приступ садржају и његова размјена могући су захваљујући трећим лицима, посредницима, чија улога може бити од суштинског значаја за откривање и санкционисање повреда ауторског и сродних права на интернету. Осим тога, намеће се питање њиховог доприноса и учешћа у повреди, односно, одговорности за извршену повреду права. У оквиру предстојеће реформе ауторског права у Европској унији, предложена је, између осталог, измјена режима одговорности посредника за повреду ауторског права. Новија пракса Европског суда правде иде у прилог предложеним измјенама, прецизирајући услове и критеријуме под којима интернет-посредници врше повреду ауторског права, тачније, повреду овлашћења на саопштавање дјела јавности. У раду се анализирају новине у режиму одговорности интернет посредника за повреду ауторског и сродних права.

**Кључне ријечи:** ауторско право и сродна права, повреда права, интернет, саопштавање јавности, одговорност, посредник.

---

\* svjetlanaivanovic@yahoo.com

\*\* Раđ је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

## 1. Увод

Један од изазова савременог доба је адекватна заштита ауторског и сродних права на интернету. Појава интернета омогућила је брзу размјену информација и њихову доступност широм планете, а самим тим и размјену ауторских дјела и предмета сродноправне заштите. Некада је било неопходно имати издавача или дистрибутера у другој држави, албуми великих музичких звијезда чекали су се у редовима, филмови гледали у биоскопима, а данас је довољан један „клик“ да би омиљена пјесма, филм, књига или други садржај постао доступан свима који су заинтересовани, без обзира на то гдје се налазе. Осим тога, корисници интернета могу и сами да постављају и размјењују садржај на посебним интернет-сајтовима, популарним друштвеним мрежама, као и путем платформи за директну размјену података (*peer-to-peer* мреже).

Постављање и размјена заштићеног садржаја представља радњу умножавања и/или саопштавања јавности, тачније интерактивног чињења доступним јавности предмета заштите ауторског или сродног права. Уколико се врши без овлашћења аутора или другог носиоца права, што је најчешће случај, таква радња представља повреду права. С обзиром на сложену архитектуру интернета, јасно је да неко мора обезбједити барем техничке предуслове за приступ интернету, а затим и за постављање и размјену садржаја. Ту улогу имају интернет-сервис провајдери који корисницима првенствено пружају услугу приступа, омогућавају пренос података у мрежи, али и она лица која омогућавају чување и размјену података које корисници постављају на мрежу. Дакле, у питању су посредници који пружају одређене услуге корисницима и, између осталог, омогућавају повреду ауторског или сродних права. Упркос начелном искључењу одговорности посредника за повреду права коју врше друга лица, све чешће се поставља питање каква је њихова улога и евентуални допринос повреди права.

С обзиром на то да посредници омогућавају или олакшавају повреду права на интернету, могуће је да, под одређеним условима, врше посредну повреду ауторског или сродних права. Међутим, новија пракса Европског суда правде иде корак даље и одређује под којим условима посредници могу да врше непосредну повреду права, тачније повреду овлашћења на саопштавање дјела јавности. Иако таква одлука представља својеврстан преседан, она је на трагу реформе ауторског права на јединственом дигиталном тржишту, којом се, између осталог, поштрава режим одговорности посредника.

## 2. Овлашћење на саопштавање јавности

Језгро субјективног ауторског права чине овлашћења личноправне и имовинскоправне природе. Док се личноправним овлашћењима штите лични интереси аутора и интегритет дјела, имовинскоправним овлашћењима штите се економски интереси у вези са дјелом. Имовинскоправна овлашћења овлашћују аутора на умножавање примјерака дјела и стављање примјерака дјела у промет, као и на различите облике саопштавања дјела јавности. У најширем смислу, под саопштавањем јавности подразумејева се извођење, представљање, преношење извођења или представљања, емитовање, чињење доступним и друге радње којима се дјело саопштава публици. Чињење доступним јавности (енгл. *making available*) подразумејева саопштавање дјела жичним или бежичним путем, на начин који појединцу омогућава приступ са мјеста и у вријеме које сам одабере. Управо ово овлашћење је кључно за коришћење дјела на интерактиван начин, дакле посредством интернета. Оно је први пут као посебно овлашћење предвиђено *WIPO* уговорима из 1996. године.<sup>1</sup> У праву Европске уније, Директивом о информационом друштву предвиђено је искључиво овлашћење аутора и носилаца сродних права на саопштавање јавности (енгл. *communication to the public*) предмета заштите жичним или бежичним путем, укључујући и чињење доступним јавности, на начин који појединцу омогућава приступ са мјеста и у вријеме које сам одабере.<sup>2</sup> С обзиром на то да се наведена Директива односи на електронске облике комуникације, јасно је да је појам саопштавања јавности употребљен у ширем значењу, које обухвата све могуће облике саопштавања јавности путем интернета, укључујући чињење доступним јавности.<sup>3</sup> За потребе овог рада користићемо се термином саопштавање јавности у значењу које има у Директиви.<sup>4</sup>

---

1 Чл. 8 Уговора о ауторском праву (*WIPO Copyright Treaty*) и чл. 10 и 14 Уговора о интерпретацијама и фонограмима (*WIPO Performances and Phonograms Treaty*). Текстови уговора у: (Бесаровић, Жарковић, 1999: 374–379, 399–407).

2 Чл. 3, ст. 1 Директиве бр. 2001/29 о хармонизацији одређених аспеката ауторског и сродних права у информационом друштву (у даљем тексту: Директива о информационом друштву). *Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167 of 22. June 2001.*

3 Чињење доступним односи се на интерактивну комуникацију путем интернета, као и све облике приступа садржају на захтјев (видео или ТВ на захтјев), док се саопштавање јавности односи на емитовање, *streaming* и сл.

4 Ова терминолошка напомена битна је због различитог значења појма јавног саопштавања у законима земаља у нашем окружењу. Наиме, чланом 30 Закона о ауторском и сродним правима Србије, *Сл. гласник РС*, 104/2009, 99/2011, 119/2012

Појам саопштавања јавности није довољно одређен у Директиви о информационом друштву, тако да оставља простор за различита тумачења. Кључну улогу у тумачењу овог овлашћења имао је Европски суд правде. У пракси Европског суда правде искристалисало се неколико критеријума битних за тумачење саопштавања јавности.

Први критеријум односи се на саму радњу саопштавања дјела јавности. Додатне смјернице могу се пронаћи у преамбули Директиве, којом је, између осталог, предвиђено да овлашћење треба тумачити у ширем смислу тако да обухвата свако саопштавање јавности која није присутна на мјесту на коме се саопштавање врши.<sup>5</sup> Ту се прије свега мисли на радње емитовања и реемитовања садржаја жичним или бежичним путем. Саопштавање обухвата и чињење доступним јавности којим се предмет заштите ставља на располагање јавности, без обзира да ли су појединци уопште приступили том садржају. Дакле, за радњу саопштавања није битно да ли је садржај дошао до крајњих прималаца, битно је да је постојала могућност да се садржају приступи. Осим тога, Директивом је предвиђено да обезбјеђивање техничких уређаја који омогућавају или олакшавају саопштавање не представља радњу саопштавања јавности.<sup>6</sup>

Други критеријум односи се на јавност којој је саопштавање упућено. Јавност подразумијева неодређени број потенцијалних корисника и то мора бити већи број лица. У одређеним случајевима, када се саопштава садржај који је већ изворно саопштен јавности, као што је случај са постављањем хиперлинкова, Европски суд правде уводи критеријум нове јавности, а

---

и 29/2016, предвиђено је право на јавно саопштавање, укључујући интерактивно чињење дјела доступним јавности. Неспретном формулацијом законодавац је предвидио опште овлашћење на јавно саопштавање иако се оно заправо односи само на саопштавање јавности жичним или бежичним путем, тј. путем електронских видова комуникације (Марковић, 2017: 86). Законодавац у Босни и Херцеговини под појмом јавног саопштавања подразумијева право да се дјело учини доступним у нематеријалном облику, а као један од облика јавног саопштавања предвиђа право чињења доступним јавности. Вид. чл. 32 Закона о ауторском и сродним правима, *Сл. гласник БиХ*, бр. 63/2010. Скоро идентично рјешење предвиђено је у члану 30 Закона о ауторском праву и сродним правима Хрватске, *Народне новине*, бр. 167/03, 79/07, 80/11, 125/11, 141/13, 127/14, 62/17. У Закону о ауторском и сродним правима Црне Горе, *Сл. лист ЦГ*, бр. 37/2011 и 53/2016, чланом 30а предвиђено је право на друго јавно саопштавање, под којим се подразумијева право аутора да поред емитовања, реемитовања и јавног саопштавања дјела које се емитује, дозволи или забрани друго јавно саопштавање жичним или бежичним средствима, а чланом 31 предвиђено је право стављања дјела на располагање јавности, које се заправо односи на интерактивно чињење доступним јавности.

5 Рецитал 23 Директиве о информационом друштву.

6 Рецитал 27 Директиве о информационом друштву.

то је она јавност коју титулар права који је изворно саопштио дјело, тј. учинио доступним на интернету, није имао у виду у том тренутку.<sup>7</sup> Наиме, уколико неко лице, користећи иста техничка средства, саопштава садржај који је већ претходно учињен доступним на интернету од стране титулара права, без икаквих ограничења, другим ријечима, ако поставља линк ка другој страници на којој је дјело слободно доступно, оно не чини радњу саопштавања јер сви корисници интернета већ могу слободно да приступе том садржају и нема нове јавности. У теорији се истиче да је критеријум нове јавности субјективан, будући да није увијек једноставно установити који круг лица је титулар права имао у виду приликом саопштавања дјела јавности (Поповић, 2015: 66). Осим тога, уколико је овлашћење на саопштавање јавности искључиво и апсолутно, онда би требало да постоје објективни и прецизни услови за повреду тог овлашћења који не смију зависити од субјективног критеријума као што је намјера носиоца права да се обрати одређеној публици (Hugenholtz, van Velze, 2016: 10).<sup>8</sup>

Наведена два критеријума морају бити испуњена кумулативно и сваки критеријум се цијени понаособ. Осим њих, постоје и додатни критеријуми које суд узима у обзир приликом процјене да ли је у конкретном случају извршена повреда права. На првом мјесту, цијени се неопходност интервенције корисника, као и питање да ли је постојала намјера да се изврши повреда права. Корисник врши радњу саопштавања када, потпуно свјестан посљедица свог понашања, интервенише да би омогућио приступ заштићеном дјелу, нарочито када би без његове интервенције било немогуће приступити заштићеном садржају.<sup>9</sup> То ће нарочито бити случај ако на страници на којој је садржај изворно постављен постоји неки облик или мјера заштите, а корисник, тј. најчешће лице које поставља хиперлинк, омогући заобилажење те мјере.

На крају, лукративни карактер саопштавања јавности може да указује на радњу повреду права. Наиме, уколико је саопштавање дјела извршено с циљем стицања добити, онда то може бити једна од индикација да се врши повреда права. Европски суд правде је у случају *GS Media* рјешавао питање

---

7 Case C-466/12 *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB* (2014).

8 Аутори истичу три разлога због којих је концепт нове јавности неодржив у ауторском праву. Први, историјски односи се на погрешно тумачење одредаба Бернске конвенције. Други, концептуални односи се на уношење субјективног елемента у искључиво право и трећи, економске природе односи се на правила о исцрпљењу овлашћења на саопштавање јавности на интернету.

9 Case C-160/15 *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker* (2016), 35 (у даљем тексту: Case C-160/15 *GS Media*).

да ли се постављање хиперлинка који упућује на незаконито постављен садржај може сматрати радњом саопштавања јавности. У претходним пресудама које су се односиле на постављање хиперлинкова, као што је *Svensson*, Суд је установио да нема повреде права, тј. да не постоји радња саопштавања дјела уколико хиперлинк упућује на садржај који је слободно доступан и уз то постављен уз сагласност носиоца права. У случају да хиперлинк упућује на нелегално постављен садржај, примјена критеријума нове јавности би значила да увијек постоји повреда права. Међутим, имајући у виду колико се таквих линкова дневно постави на интернету, јасно је да је такво рјешење неодрживо. Стога, Суд је узео у обзир додатне критеријуме, између осталог и лукративни карактер радње. Наиме, уколико се постављање хиперлинка врши с циљем стицања добити, очекује се да ће особа који поставља такав линк извршити све потребне провјере о томе да ли је садржај на који упућује легално постављен на интернет. Управо због тога, уводи се претпоставка да свако лице које поставља линк, а при томе дјелује с циљем стицања добити, зна да је дјело заштићено и да је постављено на интернет без сагласности носиоца права. Уколико таква претпоставка није оборена, постављање хиперлинка ка незаконито постављеном садржају представља радњу саопштавања јавности.<sup>10</sup>

Дакле, овом пресудом су поред критеријума који су установљени ранијом судском праксом, предвиђена још два додатна критеријума на основу којих се утврђује да ли је извршена радња саопштавања дјела, а то је постављање хиперлинка са циљем стицања добити, и знање лица које врши постављање да је садржај изворно постављен незаконито. У вези са наведеним критеријумима, може бити спорно како тумачити стицање добити, да ли се то односи само на постављање конкретног садржаја, односно линка или на цјелокупну активност на тој страници. Осим тога, посебан проблем је увођење субјективног елемента у концепт непосредне повреде права. Наиме, уколико је знање потенцијалног извршиоца повреде о одређеним околностима пресудно за постојање повреде, онда се поставља питање да ли има разлике између непосредне и посредне повреде права. Кључна одлика непосредне повреде је да она постоји без обзира на свијест и знање учиниоца (Rosati, 2017: 12).

Увођење претпоставке да је лукративна дјелатност увијек праћена знањем о нелегално постављеном садржају, доводи до тога да лице које поставља хиперлинк мора да доказује да није знало да упућује на нелегално постављен садржај, односно да доказује негативну чињеницу, што је врло тешко или скоро немогуће доказати. Титулар права ће евентуално

---

10 Case C-160/15 *GS Media*, 51.



упозорити лице које је без овлашћења изворно поставило садржај, али не и остала лица која би могла да поставе линк, тако да се таква лица не могу у своју одбрану позивати на чињеницу да нису била обавијештена. Корисници ће бити доведени у незавидан положај јер се на овај начин доводи у питање функционисање интернета, а сигурно је да пресуда може негативно утицати на слободу размјене информација путем интернета (Rendas, 2017: 15).

### **3. Саопштавање јавности од стране посредника**

Европски суд правде је временом изградио критеријуме за тумачење појма саопштавања јавности у случајевима који се односе на различите технологије и облике саопштавања заштићеног садржаја. У новијим пресудама, преиспитивана је улога посредника на интернету и његова могућа одговорност за повреду права. Посредник је лице чије услуге користи трећа страна за повреду ауторског и сродних права на интернету, односно лице које практично омогућава повреду права. По правилу, његова одговорност је искључена ако сам не доприноси повреди права,<sup>11</sup> у супротном, посредник може бити одговоран за посредну повреду права. Међутим, Европски суд правде је мишљења да олакшавање или омогућавање повреде права може представљати радњу саопштавања јавности.

#### ***3.1. Кратки приказ пресуде Европског суда правде у случају *Filmspeler****

У случају *Filmspeler*<sup>12</sup> тужени је путем више интернет-сајтова продавао мултимедијални уређај који је омогућавао да се путем телевизијског екрана приступа садржају на интернету. При томе, на уређају је претходно инсталиран програм који је садржао хиперлинкове који упућују на садржај постављен на интернет без сагласности носиоца права. Суду правде је упућено питање да ли се продаја оваквих уређаја може сматрати радњом саопштавања јавности. Приликом анализе, Суд је пошао од већустановљених критеријума. Први критеријум односи се на радњу саопштавања јавности, која би могла бити спорна с обзиром на то да је ријеч о продаји уређаја. Међутим, намјена тог уређаја је управо обезбјеђивање приступа интернет-

---

11 У праву Европске уније, искључење одговорности посредника уређено је по тзв. хоризонталном приступу, на идентичан начин за све могуће повреде права. Вид. чл. 12–15 Директиве о електронској трговини. Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ L 178, 17. June 2000.

12 Case C-527/15 *Stichting Brein v Jack Frederik Wullems, Filmspeler* (2017).

страницама које без дозволе носиоца права емитују или на други начин саопштавају заштићена дјела.<sup>13</sup> С обзиром на то да продаја уређаја купцима омогућава директан приступ заштићеним дјелима, таква радња може се окарактерисати као саопштавање јавности. Други критеријум је јавност, дакле саопштавање мора бити упућено јавности, коју чини унапријед неодређени круг лица и, по правилу, велики број лица. Да би се утврдио тај број, узима се у обзир кумулативни учинак, што значи да није битно колико је лица истовремено имало приступ дјелу, већ и узастопно.

Оно што је посебно наглашено је улога коју има корисник и значај његове интервенције. Уколико корисник, потпун свјестан посљедица свог понашања, омогућава приступ заштићеном садржају, и ако би без његове интервенције крајњи корисници остали ускраћени за приступ том садржају, онда врши радњу саопштавања јавности. Управо тај критеријум је од суштинског значаја за саопштавање јавности које врши посредник и то је оно што га разликује од лица које обезбјеђује само техничке предуслове за приступ дјелу. При томе, није нужно да је то једини начин да се приступи садржају, довољно је да приступ буде олакшан (Ginsburg, Budiardjo, 2018: 169).

У пресуди се изричито истиче да у конкретном случају не може бити ријечи о пуком обезбјеђивању техничких предуслова, тј. уређаја који ће омогућити саопштавање. Тужени је инсталирао на уређај програм који омогућава свима који га купе приступ заштићеном садржају који је објављен без дозволе носиоца права, другим ријечима, сви који купе уређај имају прилику да путем телевизијских екрана гледају тај садржај. Та радња омогућава успостављање директне везе између интернет-страница које саопштавају дјела без дозволе носиоца права и купаца поменутог уређаја, који би без таквог уређаја тешко могли приступити заштићеном садржају, те се таква активност не може изједначити са пуким обезбјеђивањем техничких услова.<sup>14</sup>

Што се тиче свијести продавца уређаја о посљедицама његове активности, она не може бити доведена у питање јер је продавац знао да је инсталиран програм који садржи линкове ка неовлашћено постављеним предметима заштите. Томе у прилог говори и чињеница да се приликом рекламирања спорног уређаја нарочито истицала могућност да се помоћу њега бесплатно на телевизијском екрану гледа садржај доступан на интернету који је

---

13 Управо намјена уређаја може да буде кључни аргумент у прилог тези да лице које продаје такав уређај има улогу посредника, иако се свакако не може сматрати интернет-посредником у класичном значењу тог појма.

14 Case C-527/15 *Filmspeler*, 41.

постављен без дозволе носиоца права. С обзиром на то да је уређај био предмет продаје, дјеловање у циљу стицања добити такође није упитно. На основу наведених критеријума, Суд је извео закључак да продаја уређаја који омогућава директно повезивање са неовлашћено постављеним садржајем представља радњу саопштавања јавности.

### **3.2. Пресуда Европског суда правде у случају *The Pirate Bay***

Одлука Европског суда правде која представља својеврсну прекретницу у погледу режима одговорности посредника донесена је у случају који је широј јавности познат као *The Pirate Bay*.<sup>15</sup> Тужилац у спору је удружење које се бави заштитом ауторског и сродних права, а тужени су два највећа и најзначајнија интернет-провајдера у Холандији. Велики дио корисника услуга интернет-провајдера, тј. њихових претплатника, користи платформу за размјену садржаја *The Pirate Bay*. Посредством ове платформе омогућава се размјена торент датотека између корисника, при чему су то углавном дјела заштићена ауторским правом која се дијеле, односно, стављају на располагање без овлашћења носиоца права. Тужилац је затражио од тужених да блокирају приступ платформи за размјену датотека, путем које су вршене повреде ауторског и сродних права. Након различитих одлука првостепеног и другостепеног суда, Врховни суд Холандије упутио је Европском суду правде сљедећа претходна питања:

1. Да ли администратор вебсајта врши радњу саопштавања јавности ако на његовој страници нема заштићених дјела, али постоји систем помоћу којег се за кориснике индексирају и класификују метаподаци који се односе на заштићена дјела која се налазе на рачунарима других корисника, на начин да омогућавају њихово проналажење и преузимање?
2. Уколико је одговор на прво питање негативан, да ли је могуће издати судски налог против посредника када тај посредник омогућава трећим лицима да изврше повреду права?

Заправо, поставља се питање одговорности оператора платформи, односно страница за индексирање на *peer-to-peer* мрежама, за повреде ауторског права учињене употребом тих мрежа. Питање је могу ли се оператори сматрати директно тј. непосредно одговорним за повреду права, или ако нису непосредно довели до повреде, да ли се против њих може изрећи забрана приступа њиховим страницама, што подразумеива облик посредне одговорности.

---

15 Case 610/15 *Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV* (2017).

Општи правозаступник у свом мишљењу износи став да оператор интернет странице у конкретном случају има само улогу посредника који корисницима омогућава дијељење садржаја на мрежи. Стога му се не може приписати кључна улога у саопштавању јавности одређеног дјела све док не зна да је оно незаконито учињено доступним јавности или све док, након што је обавијештен о томе, дјелује поштено како би то исправио. Међутим, од тренутка кад оператор сазна за чињеницу да је дошло до повреде ауторског права и не дјелује како би онемогућио приступ том дјелу, може се сматрати да омогућава наставак повреде права. Општи правозаступник истиче да оператор странице мора имати стварно сазнање о чињеницама, те да се у конкретном случају не може примјенити претпоставка о познавању незаконитог поступања у случају лукративног дјеловања, коју је Суд изнио у ранијој пресуди *GS Media*, јер би таква претпоставка довела до тога да се операторима страница као што је *The Pirate Bay* наметне општа обавеза надзора над садржајем.<sup>16</sup> Иако се правозаступник не позива изричито на одредбе Директиве о електронској трговини, јасно је да управо има у виду правила о искључењу одговорности посредника.

У складу са наведеним, правозаступник у свом мишљењу износи став да оператор платформе која врши индексирање података и омогућава размјену датотека, односно садржаја заштићеног ауторским правом, путем *peer-to-peer* мрежа, врши радњу саопштавања јавности ако је свјестан чињенице да је дјело учињено доступним на мрежи без сагласности носиоца права и ако није ништа учинио како би онемогућио приступ том дјелу. Суд је у пресуди ипак отишао корак даље у односу на мишљење.

Европски суд правде је и у овом случају пошао од критеријума утврђених ранијом судском праксом. Радња саопштавања може бити свака радња корисника која, уз потпуно познавање чињеница, омогућује његовим клијентима приступ заштићеним дјелима. Дјела која су стављена на располагање корисницима платформе за размјену датотека нису поставили администратори платформе, већ његови корисници. Суд ипак наглашава да администратори платформе, стављајући на располагање и управљајући платформом за размјену датотека, дјелују с пуним познавањем посљедица свог понашања, у циљу давања приступа заштићеним дјелима, индексирањем и навођењем података који омогућују њиховим корисницима да пронађу дјела и да их дијеле. Када администратори не би стављали на располагање такве платформе и управљали њима, корисници не би могли размјењивати наведена дјела или би њихова размјена била сложенија. Стога, администратори платформе, стављањем на располагање

---

16 Opinion of Advocate General Szpunar, case C-610/15 *Stichting Brein v Ziggo* (2017), 51–52.

и управљањем платформом за размјену датотека, својим корисницима нуде приступ дјелима, због чега се може сматрати да имају незаобилазну улогу у чињењу тих дјела доступним јавности.<sup>17</sup> Суд такође наглашава да платформа врши разврставање дјела према различитим категоријама, а администратори платформе врше одговарајуће провјере, бришу погрешне или застарјеле торент датотеке и на активан начин филтрирају садржај. Због тога, њихова улога није само техничке природе.

Поред саме радње саопштавања, неопходно је да саопштавање буде упућено јавности, а код одређивања јавности мора се водити рачуна о броју корисника који имају приступ не само истовремено него и узастопно. Битно је да је у питању неограничен број адресата и да се ради о великом броју лица. Суд је такође примјенио критеријум нове јавности који је испуњен кад год су предмети заштите објављени без овлашћења носиоца права. У конкретном случају, оператори платформе за размјену датотека су били обавијештени да та платформа, коју они стављају на располагање корисницима и управљају њоме, омогућује приступ дјелима објављеним без овлашћења носиоца права и, с друге стране, исти оператори изричито наводе да је њихов циљ ставити на располагање корисницима заштићена дјела. Дакле, оператори платформе за размјену датотека нису могли да не знају да та платформа омогућује приступ дјелима објављеним без овлашћења носиоца права, с обзиром на околност, коју је изричито истакао Суд, да велики број торент датотека које се налазе на платформи за размјену датотека упућује на дјела објављена без овлашћења носиоца права.<sup>18</sup> С обзиром на то да платформа остварује значајне приходе од оглашавања, не може се оспорити да се стављање на располагање платформе за размјену датотека и управљање њоме врши с циљем стицања добити.

На основу наведеног, Суд је закључио да саопштавање јавности у смислу Директиве о информационом друштву треба тумачити на начин да обухвата, у околностима као што су у главном поступку, чињење доступним и управљање на интернету, платформом за размјену датотека, која, индексирањем метаподатака који се односе на заштићена дјела, и омогућавањем претраживања, омогућује корисницима те платформе да пронађу таква дјела и да их дијеле у оквиру *peer-to-peer* мреже. Пресуда се темељи на мишљењу општег правозаступника али, за разлику од мишљења у коме се тражи да је оператор стварно знао за незаконито

---

17 Judgment of the Court of Justice of European Union, case 610/15 *Stichting Brein v Ziggo* (2017), 36–37.

18 Judgment of the Court of Justice of European Union, case 610/15 *Stichting Brein v Ziggo* (2017), 45.

постављени садржај, Суд сматра да оператор, у конкретном случају, није могао да не зна за ту околност.

С обзиром на то да је одговор на прво питање био позитиван, односно оператор интернет платформе сматраће се у конкретним околностима одговорним за повреду овлашћења на саопштавање јавности, није било потребе да Суд разматра друго питање. Наиме, уколико посредник није одговоран за непосредну повреду права, њему се ипак могу изрећи мјере за заштиту повријеђеног права (Ивановић, 2017: 294).

Пресуда Европског суда правде у случају *The Pirate Bay* није само значајна због даљег прецизирања критеријума и одређивања шта се сматра и шта се може подвести под радњу саопштавања јавности, већ и ко је одговоран за то. Као прво, Суд је установио да радње попут индексирања, категорисања, брисања и слично не могу бити сматране радњама које само физички олакшавају приступ заштићеним дјелима. Друго, ослањајући се на критеријум неопходности интервенције, оператори онлајн платформи који знају, тј. свјесни су посљедица свог понашања, могу бити сматрани одговорним за непосредну повреду овлашћења на саопштавање јавности. Дистанцирајући се од мишљења правозаступника који сматра да је за радњу повреде неопходно стварно знање, Суд иде даље и сматра да је довољно такозвано конструктивно знање, тј. ако је могао да зна (Rosati, 2017: 15–16).

Увођење субјективног елемента, као што је свијест потенцијалног извршиоца о посљедицама понашања, приликом процјене непосредне повреде права, оправдано је на мети критика. Оператор платформе је одговоран за саопштавање јавности због тога што је знао или није могао да не зна да друга лица врше повреду права. То значи да би сваки интернет-посредник који омогућава трећим лицима да изврше повреду права могао бити одговоран за непосредну повреду. На тај начин, замагљује се разлика између непосредне и посредне повреде права (Angelopoulos, 2017). Непосредна повреда права постоји када је противправно извршена радња која се односи на предмет заштите, која се поклапа са садржином овлашћења из субјективног права и учињена је за вријеме и на територији важења права (Марковић, Поповић, 2013: 241). Непосредна повреда ауторског и сродних права не зависи од тога да ли је извршилац повреде знао или не за одређене околности. Од његовог знања, односно, намјере или непажње зависиће евентуална одговорност за повреду права. Са друге стране, посредна повреда права постоји када су извршене поједине радње које имају обиљежје прикривања, олакшавања, омогућавања, помагања или припреме непосредне повреде права. То значи да лице које врши

посредну повреду права мора знати за непосредну повреду. С обзиром на то да посредна повреда ауторског права није регулисана на нивоу Уније, већ је препуштена законодавствима земаља чланица, сматра се да проширивање концепта непосредне повреде представља својеврстан покушај хармонизовања ових правила (Ginsburg, 2017: 3).

Директива о електронској трговини предвиђа режим тзв. сигурних лука, односно искључење одговорности интернет-посредника. Између осталог, предвиђено је искључење одговорности хостинг провајдера који пружају услугу чувања података на мрежи, под условом да нису знали за незакониту активност или садржај. Са друге стране, Суд проширује одговорност посредника, будући да олакшавање и омогућавање приступа незаконитом садржају, ако је посредник знао или је могао да зна да је садржај незаконит, квалификује као непосредну повреду овлашћења на саопштавање јавности. Поређењем услова за повреду овлашћења на саопштавање јавности и услова за искључење одговорности посредника, могуће је уочити сличност. У оба случаја, недостатак знања о незаконитој активности искључује одговорност. Директива предвиђа само правила о искључењу одговорности, те је препуштено државама чланицама да одлуче да ли ће знање оних који омогућавају незакониту активност значити и њихову одговорност за повреду права. Поједини аутори истичу да је Европски суд правде употпунио постојећу празнину, проширујући дејство одговорности на све интернет-посреднике, а не само хостинг провајдере и оне случајеве који су регулисани Директивом о електронској трговини (Ginsburg, Budiardjo, 2018: 173).

Најзначајнија посљедица пресуде односи се на измјену режима одговорности интернет-посредника. У том смислу, пресуду треба тумачити у вези са Приједлогом Директиве о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту.<sup>19</sup>

#### **4. Одговорност посредника у Приједлогу директиве о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту и пресуда *The Pirate Bay***

Европска Комисија је 2016. године објавила Приједлог директиве о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту, с циљем унапређења заштите ауторског права у Европској унији и успостављања

---

<sup>19</sup> European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright on the Digital Single Market*, COM (2016) 593 final. Преузето 20. 2. 2017. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016PC0593>.



јединственог дигиталног тржишта. Приједлогом директиве предвиђена је измјена режима одговорности посредника. Чланом 13 Приједлога предвиђено је да хостинг провајдери који похрањују велике количине ауторских дјела или других предмета заштите и омогућавају приступ истима, у сарадњи са носиоцима права, предузимају мјере како би осигурали функционисање уговора закључених са носиоцима права поводом коришћења њихових дјела или других предмета заштите или како би спријечили доступност тих предмета заштите на њиховим страницама. Другим ријечима, предвиђена је активна улога посредника који складиште и омогућавају приступ великој количини предмета заштите, односно, увођење мјере филтрирања садржаја и општег надзора.

Додатно појашњење наведене одредбе, које је од значаја за тему којом се бавимо, можемо пронаћи у рециталу 38 преамбуле Приједлога. Ако хостинг провајдери похрањују и омогућавају приступ јавности ауторским дјелима или другим предметима заштите које су поставили њихови корисници, и ако на тај начин превазилазе пуко обезбјеђење техничких услова и врше саопштавање јавности, дужни су да закључе уговоре са носиоцима права, осим ако се на њих може примјенити одредба члана 14 Директиве о електронској трговини о искључењу одговорности. Из наведене одредбе није у потпуности јасно да ли је за радњу саопштавања јавности, а тиме и повреде права, довољно да посредник врши радње чувања и обезбјеђивања приступа заштићеном садржају који су поставили њихови корисници, и то на такав начин да превазилази пуко обезбјеђивање техничких услова.

До доношења пресуде у случају *The Pirate Bay*, наведена одредба о одговорности посредника за радњу саопштавања јавности није имала упориште у пракси Европског суда правде. Постоје мишљења да ни ова пресуда није на трагу Приједлога директиве. Наиме, поменуте одредбе, члан 13 и рецитал 38, усмјерене су на редефинисање режима искључења одговорности посредника, односно режима тзв. сигурних лука, предвиђених Директивом о електронској трговини, док се у пресуди та директива уопште не спомиње. Није у потпуности јасно да ли се случај *The Pirate Bay* уопште може довести у везу са поменутом директивом, нарочито ако се узме у обзир да се њоме регулише само питање посредне, индиректне одговорности за повреду права. У теорији је изражена бојазан да Комисија покушава да искористи Директиву о електронској трговини да би санкционисала случајеве у којима постоји непосредна повреда права (Colangelo, Maggolino, 2018: 12).

Постоје и другачија схватања, која истичу да, иако је можда ранија пракса Европског суда правде пружала основ за овакав приједлог, тек је одлука у

случају *The Pirate Bay* то дефинитивно потврдила, утемељила и можда чак отишла и корак даље. Смисао предложеног рјешења је у томе да хостинг провајдер неће имати обавезу да закључи уговор са носиоцем права ако су испуњени услови да се примјени чл. 14 Директиве о електронској трговини о искључењу одговорности провајдера. Ако се узме у обзир одлука Европског суда правде, могуће је да уопште неће бити потребе за овим ограничењем. У ситуацијама у којима је оператор платформе директно одговоран за неовлашћено саопштавање јавности, режим сигурне луке вјероватно неће бити могуће примјенити јер се односи само на посредну одговорност. У том смислу, одлука Суда превазилази Приједлог директиве на начин да ће хостинг провајдер који врши радњу саопштавања јавности увијек бити дужан да закључи уговор о лиценцирању са носиоцима права (Rosati, 2017: 15).

Наведена пресуда проширује концепт саопштавања јавности на посреднике и предвиђа њихову одговорност за непосредну повреду права. Проширење концепта саопштавања јавности, а тиме и одговорности за повреду права, не може бити замјена нити ријешити проблем недостатка хармонизованих правила о одговорности посредника. Покушај да се одговорност посредника регулише правилима која се односе на непосредну повреду права је недосљедан и отвара питање усклађености са основним правима и слободама (Senftleben, Angelopoulos, Frosio, Moscon, Peguera, Rognstad, 2018: 22).

## 5. Закључак

Стални развој и напредак технологије условио је промјене концепта посредника у дигиталном окружењу, како појмовно, тако и појавно. Традиционално, посредник је лице које омогућава трећим лицима приступ, размјену и чување података, а у контексту ауторскоправне заштите, и повреду ауторског и сродних права. Нови облици посредовања намећу и нова правила о одговорности, али и нова тумачења постојећих правила. Посредници све мање врше услуге техничког карактера, а све више имају активну улогу и доприносе лакшем, бржем, једноставнијем приступу садржају и размјени заштићеног садржаја. Лице које први пут поставља садржај врши радњу саопштавања јавности, али све чешће се такав садржај размјењује или се на њега упућује, па се оправдано поставља питање да ли се такве радње могу сматрати повредом права и ко у том случају може сносити одговорност за повреду. Најчешћи облик коришћења предмета заштите, а самим тим и повреде права, јесте саопштавање јавности.

Овлашћење на саопштавање јавности, у смислу Директиве о информационом друштву, није довољно прецизирано, те је подесно за различита тумачења. Кључну улогу у обликовању садржине овог овлашћења имао је Европски суд правде, који је установио неколико критеријума. Прво, мора бити извршена радња саопштавања ауторског дјела или другог предмета заштите и то тако што ће потенцијални корисници имати могућност да приступе садржају, без обзира да ли су то заиста и учинили. Радња саопштавања мора бити упућена јавности, а под јавношћу се подразумева унапријед неодређени и велики број лица. Неопходно је да то буде нова јавност, односно она јавност коју носилац права није имао у виду приликом давања сагласности за саопштавање дјела. Да би се посредник сматрао одговорним за саопштавање садржаја јавности, мора се испитати неопходност интервенције и свијест, односно, знање о незаконито постављеном садржају. Посредник ће се сматрати одговорним за саопштавање јавности ако би без његове интервенције било немогуће или барем знатно теже приступити садржају. За радњу саопштавања јавности битно је да потенцијални повредилац зна или да је могао да зна да омогућава приступ заштићеном садржају који је незаконито саопштен. Осим тога, за процјену повреде права, од значаја је да ли је дјело саопштено јавности с циљем стицања добити. У новијој пракси Суда уводи се претпоставка да лице које дјелује с циљем стицања добити зна за незаконитост садржаја чије саопштавање омогућава.

Пресуда у случају *The Pirate Bay* дефинише услове под којима се може сматрати да посредник врши радњу саопштавања јавности, дакле непосредну повреду права. На тај начин проширује се садржај овлашћења на саопштавање јавности и уводи знање, тј. свијест посредника о посљедицама понашања као битан елемент непосредне повреде права. Тиме се нарушава разлика између непосредне и посредне повреде права, јер за извршење непосредне повреде права није битно да ли је извршилац знао да врши повреду или не. Недопустиво је сматрати да дјело није саопштено јавности само зато што повредилац није знао нити је могао да зна за одређене чињенице, то мора бити објективна околност. Друго је питање да ли ће посредник одговарати за то или не. Тумачење Европског суда правде ће свакако утицати на режим одговорности посредника за повреде права на интернету. Циљ који се жели постићи је адекватна заштита ауторског и сродних права на интернету и он је легитиман, али средства за постизање тог циља у овом случају нису одговарајућа.

## Литература/References

Angelopoulos, C. (2017). *CJEU Decision on Ziggo: The Pirate Bay Communicates Works to the Public*. Kluwer Copyright Blog. [Electronic version] Преузето: 22. 6. 2018.

<http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2017/06/30/cjeu-decision-ziggo-pirate-bay-communicates-works-public/>

Бесаровић, В. Жарковић, Б. (1999). *Интелектуална својина: Међународни уговори*. Београд: Досије.

Ginsburg, J, Budiardjo, L. (2018). Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content: International and Comparative Law Perspectives. *Columbia Journal of Law & the Arts*. 41. 153–225.

Ginsburg, J. (2017). *The Court of Justice of the European Union Creates an EU Law of Liability for Facilitation of Copyright Infringement: Observations on Brein v. Filmspeler [C-527/15] (2017) and Brein v. Ziggo [C-610/15] (2017)*. Forthcoming (in French) in 2016/5-6 Auteurs et Médias 401 (Belgium). Columbia Law and Economics Working Paper No. 572. [Electronic version] Преузето 26. 6. 2018. <https://ssrn.com/abstract=3024302>

Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167 of 22. June 2001.

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, OJ L 178, 17. June 2000.

European Commission. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright on the Digital Single Market*, COM (2016) 593 final. Преузето 20.02.2017.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52016PC0593>

Закон о ауторском и сродним правима. *Службени гласник РС*. Бр. 104 (2009), 99 (2011), 119 (2012), 29 (2016) – одлука УС.

Закон о ауторском и сродним правима. *Службени гласник БиХ*. Бр. 63 (2010).

Закон о ауторском праву и сродним правима, *Народне новине Р. Хрватске*. Бр. 167 (2003), 79 (07), 80 (11), 125 (11), 141 (13), 127 (14), 62 (17).

Закон о ауторском и сродним правима. *Службени гласник ЦГ*. Бр. 37 (2011), 53 (2016).

Ивановић, С. (2017). Улога посредника у заштити субјективних права интелектуалне својине у дигиталном окружењу. *Право и привреда*. 7-9(LV). 290–305.

Judgment of the Court of Justice of European Union. Case 610/15 *Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV* (2017). ECLI: EU: C: 2017: 456.

Марковић, С. (2017). Онлајн емитовање и реемитовање радио и ТВ програма у Европској унији. У Поповић, Д. (Ур.). *Интелектуална својина и Интернет*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 79–93.

Марковић, С. Поповић, Д. (2013). *Право интелектуалне својине*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Opinion of Advocate General Szpunar. Case 610/15 *Stichting Brein v Ziggo BV, XS4ALL Internet BV* (2017). ECLI: EU: C: 2017: 99.

Поповић, Д. (2015). Повреда ауторског и сродних права на Интернету: Осврт на новију праксу Европског суда правде. У Поповић, Д. (Ур.) *Интелектуална својина и Интернет*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 59–81.

Rendas, T. (2017). How Playboy Photos Compromised EU Copyright Law: The GS Media Judgment. *Journal of Internet Law*. 11. 11–16.

Rosati, E. (2017). *GS Media* and its implications for the construction of the right of communication to the public within the EU copyright architecture. *Common Market Law Review*. 54(4). 1221-1242. [Electronic version] Преузето 15. 6. 2018.

<https://ssrn.com/abstract=2943040>

Rosati, E. (2017). The CJEU Pirate Bay Judgment and Its Impact on the Liability of Online Platforms. *European Intellectual Property Review*, Forthcoming. [Electronic version] Преузето 22. 6. 2018.

<https://ssrn.com/abstract=3006591>

Senftleben, M. Angelopoulos, C. Frosio, G. Moscon, V. Peguera, M. Rognstad, O. A. (2018). The Recommendation on Measures to Safeguard Fundamental Rights and the Open Internet in the Framework of the EU Copyright Reform. *European Intellectual Property Review*. 3(40). 149–163.

Hugenholtz, P, van Velze, S. (2016). *Communication to a New Public Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a 'New Public'*. [Electronic version] Преузето 18. 6. 2018.

<https://ssrn.com/abstract=2811777>

Case C-527/15 *Stichting Brein v Jack Frederik Wullems, Filmspeler* (2017). ECLI: EU: C: 2017: 300.

Case C-160/15 *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Enterprises International Inc., Britt Geertruida Dekker* (2016). ECLI: EU: C: 2016: 644.

Case C-466/12 *Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd v Retriever Sverige AB* (2014). ECLI: EU: C: 2014: 76.

Colangelo, G. Maggiolino, M. (2018). ISPs' Copyright Liability in the EU Digital Single Market Strategy. *International Journal of Law and Information Technology*, Forthcoming. [Electronic version] Презето 22.06.2018.

<https://ssrn.com/abstract=3087812>

WIPO Copyright Treaty. (1996).

WIPO Performances and Phonograms Treaty. (1996).

***Svjetlana Ivanović, LL.D.***

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of East Sarajevo*

**NOVELTIES IN CONCEPT OF LIABILITY OF INTERMEDIARIES FOR  
COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS INFRINGEMENTS ON THE INTERNET**

***Summary***

*In the era of domination of digital technology and modern communication networks, the Internet is the most common place for sharing and using content protected by copyright and related rights. Consequently, copyright infringements are most common in the digital environment, for which reason it is necessary to adjust the concept of protection of copyright and related rights to new circumstances. Access to content and its sharing are possible thanks to third parties, intermediaries, whose role can be essential in detecting and sanctioning copyright and related rights infringements on the Internet. The questions of contribution to the infringement and responsibility of internet intermediaries for the infringement may also be raised. Within the framework of the forthcoming reform of copyright in the European Union, a new regime has been proposed on the liability of Internet intermediaries for copyright infringement. The recent case law of the European Court of Justice is in favor of the proposed amendments, specifying the conditions and criteria under which Internet intermediaries infringe the copyright or, to be more specific, infringe the authorization of communication to the public. The paper analyzes the novelties in the regime of liability of Internet intermediaries for copyright and related rights infringements.*

***Keywords:*** *copyright and related rights, infringement, Internet, communication to the public, liability, intermediary.*



**Dr. Ana Đanić Čeko,\***

*Poslijedoktorandica na Katedri upravnog prava,  
Pravni fakultet Osijek, Sveučilište J. J. Strossmayera u Osijeku,  
Hrvatska*

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880401D

UDK: 347.9

UDK: 502

Раđ примљен: 30.09.2018.

Раđ прихваћен: 23.11.2018.

## **PRISTUP INFORMACIJAMA U PODRUČJU ZAŠTITE OKOLIŠA S POSEBNIM OSVRTOM NA ANALIZU ODABRANOG SLUČAJA\*\***

**Apstrakt:** *U radu će se ukratko prikazati i analizirati pravni okvir ostvarivanja prava na pristup informacijama temeljem gramatičke, logičke te teleološke metode tumačenja odredbi Zakona o pravu na pristup informacijama. Naglasak će se staviti na nadležna tijela, tijekom vođenja posebnog upravnog postupka te njegove specifičnosti. Autorica će izvršiti usporedbu sa Zakonom o općem upravnom postupku (lex generalis), te će se u radu referirati na relevantne zakonske odredbe u pogledu predmeta istraživanja. Pažnja će se posvetiti analizi Zakona o zaštiti okoliša (lex specialis) u odnosu na upravni postupak donošenja rješenja o objedinjenim uvjetima zaštite okoliša (okolišne dozvole) od strane središnjeg tijela državne uprave nadležnog za pitanja okoliša – Ministarstva zaštite okoliša i energetike. Nadalje, autorica će se ukratko osvrnuti na odredbe Zakona o zaštiti okoliša vezano za osiguravanje informiranja javnosti o okolišu i provedbi inspeksijskog nadzora u ovom posebnom upravnom području. Posebnosti upravnih postupaka primjenom navedenih triju zakona, osobito će se istaknuti putem analize odabranog slučaja, od podnošenja zahtjeva za pristup informacijama do donošenja rješenja višeg inspektora zaštite okoliša nakon provedenog inspeksijskog nadzora.*

**Ključne riječi:** *upravni postupak, pravo na pristup informacijama, Povjerenica za informiranje, zaštita okoliša, Ministarstvo zaštite okoliša i energetike, inspeksijski nadzor.*

---

\* adjanic@pravos.hr

\*\* Rad je saopšten na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo pred izazovima savremenog doba“, koja je održana 13. i 14. aprila 2018. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu.

## 1. Uvod

Sve veći zahtjevi za transparentnošću, dostupnošću, odgovornošću i participiranjem javne vlasti predstavljaju standarde široko prepoznate kao temeljne karakteristike moderne demokratske vlasti. Kao osnovna načela i vrijednosti europskog upravnog prostora, doveli su do oblikovanja prava na upravljanje informacijama iz javnog sektora. Objava pravodobnih informacija i pružanje obavijesti od strane tijela javne vlasti na primjeren i dostupan način, pravo je temeljem kojeg se pridonosi poboljšanju odnosa s građanima, njihovom međusobnom povezivanju i jačanju povjerenja u funkcioniranje, odgovornost i pristupačnost rada javne vlasti (Đanić, Halak, 2013: 379). Na taj se način građanima omogućuje zadovoljavajuća razina informiranosti i načelna jednakost između javne vlasti i građana u raspolaganju informacijama. Utječe se na legitimitet i odgovornost djelovanja javne vlasti, borbu protiv korupcije te mogućnost nadzora nad njom prvenstveno radi podizanja kvalitete rada. Poticanje svijesti o potrebi i praksi proaktivne objave i uključivanje javnosti u kreiranje javnih politika i propisa, povećalo je interes javnosti za pristup informacijama.<sup>1</sup> To predstavlja uvjet za ukorjenjivanje i afirmaciju upravne demokracije (Gjidara: 2015: 22). Sužavanjem prostora za zlouporabu od strane tijela javne vlasti poticajno se djeluje na zakonitost i pravilnost u postupanju.<sup>2</sup>

Pravo na pristup informacijama te dostupnost informacija potpada pod jedno od temeljnih ljudskih prava osigurano unutar brojnih pravnih izvora izvan domene nacionalnog prava.<sup>3</sup> Valja napomenuti kako je pravo na pristup informacijama generacijski relativno novo pravo. Ono je uzdignuto na rang ustavnog prava

---

1 V. *Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama zakona o pravu na pristup informacijama*, P. Z. E. br. 832, Klasa: 022-03/15-01/39, Ur. broj: 50301-09/06-15-7, 2. srpnja 2015, <http://www.sabor.hr/konacni-prijedlog-zakona-o-izmjenama-i-dopunam0021>, pristupljeno: 30. kolovoza 2018.

2 V. *Izvješće o provedbi Zakona o pravu na pristup informacijama za 2013. godinu*, Zagreb, 31. ožujka 2014, str. 2. (u daljnjem tekstu: *Izvješće za 2013.*), <http://www.pristupinfo.hr/dokumenti-i-publikacije/>, pristupljeno: 30. kolovoza 2018.

3 Te je izvore moguće pronaći i u čl. 10.1, st. 1 (Europska) Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Konvenciji Vijeća Europe o pravu na pristup službenim dokumentima iz 2008, Konvenciji o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti u odlučivanju i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša (tzv. Arhuška konvencija), čl. 11 i čl. 42 Povelje o temeljnim pravima Europske unije, čl. 19, Opće deklaracije o pravima čovjeka iz 1948. te brojnim drugim međunarodnim ugovorima i dokumentima. Više v. i Ofak, L. (2016) Pravo na pristup informacijama kao pravo zaštićeno Europskom konvencijom i drugim međunarodnim ugovorima za zaštitu ljudskih prava. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 37 (2). 927–942.

kao jedno od (naj)važnijih osobnih prava građana.<sup>4</sup> No, to nije uvijek bilo tako. Ustavnim promjenama 2010.<sup>5</sup> u katalog ustavnih prava izriječkom se uvrštava jamstvo prava na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti. Spomenuto ustavno normiranje bitno je izmijenilo „regulacijsku perspektivu“ na području prava na pristup informacijama javnog sektora (Rajko, 2010: 629, 638).

U prvom dijelu rada autorica analizira normativno uređenje posebnog upravnog postupka radi ostvarivanja ustavnog, konvencijskog i zakonskog prava na pristup informacijama prema trenutno važećem Zakonu o pravu na pristup informacijama. Autorica nadalje ukratko iznosi koji je mehanizam pravne zaštite osiguran unutar upravnog postupanja i ističe nadležna tijela u provedbi upravnog i žalbenog postupka. Autorica se, obzirom na opseg rada, nije detaljnije referirala na pravnu zaštitu u okviru upravno-sudske zaštite u jednostupanjskom upravnom sporu pred Visokim upravnim sudom Republike Hrvatske (Đanić Čeko, 2016: 289–294). Zatim je prikazala zakonsku regulaciju osiguravanja pristupa informacijama u području okoliša. U s vezi s time ujedno je prikazan odabrani slučaj iz upravne prakse, od podnošenja zahtjeva za pristup informacijama do donošenja rješenja višeg inspektora zaštite okoliša nakon provedenog inspeksijskog nadzora. Ukratko se analizira posebni upravni postupak izdavanja okolišne dozvole od strane Ministarstva zaštite okoliša i energetike temeljem Zakona o zaštiti okoliša. Autorica se poziva na dvije presude Upravnog suda u Osijeku, a u odnosu na upravne sporove u kojima je navedeni sud odlučivao primjenom Zakona o okolišu po tužbama za ocjenu zakonitosti rješenja nadležnog ministarstva o ishođenju okolišne dozvole. U završnom dijelu rada autorica iznosi zaključna razmatranja i stavove sukladno analiziranoj znanstvenoj tematici.

## **2. Posebni upravni postupak radi ostvarivanja prava građana na pristup informacijama na temelju Zakona o pravu na pristup informacijama**

Pravo na pristup informacijama razlikuje se od ostalih prava vezanih za slobodu informiranja, jer štiti aktivno sudjelovanje vlasnika toga prava (Tropina Godec, 2009: 324). Obuhvaća pravo zatražiti i dobiti informaciju, kao i obvezu nadležnog tijela za pružanje i pristup traženoj informaciji pod jednakim uvjetima odnosno pravodobnoj, točnoj, potpunoj i javnoj objavi informacija koje se lako mogu pretraživati i iščitati. Ovo područje zahtijeva odgovarajuću legislativu

---

4 V. glavu II. „Zaštita ljudskih prava i temeljnih sloboda“ čl. 38, st. 4 Ustava Republike Hrvatske, *Narodne novine*, 55/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14. (u daljnjem tekstu: Ustav RH).

5 *Prijedlog promjene Ustava Republike Hrvatske*, Odbor za Ustav, Poslovnik i politički sustav, Klasa: 012-02/10-01/01, Ur. broj: 6521-1-10-06, 15. lipnja 2010, str. 14–15 V. i <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=33199>, pristupljeno: 30. kolovoza 2018. Promjena Ustava Republike Hrvatske, *Narodne novine*, 76/10.

(Đerđa, Popovski, 2011: 25) institucionalne mehanizme i neovisnost nadzornih institucija za njihovu provedbu.

Svakome se jamči pravo na pristup informacijama koje posjeduju tijela javne vlasti. No, dakako da to pravo nije apsolutno zajamčeno bez ikakvih ograničenja. Ustavom Republike Hrvatske (u daljnjem tekstu: Ustav RH) propisane su granice korištenja sloboda i prava, dok je ograničavanje istih moguće samo zakonom iz ustavom određenih razloga. Temeljna ljudska prava i slobode mogu se ograničiti samo u cilju: a) zaštite sloboda i prava drugih ljudi, b) zaštite pravnog poretka, c) zaštite javnog morala te d) zaštite zdravlja.<sup>6</sup> Pored osnovnih uvjeta za ograničavanje svih ustavnih prava i sloboda, u čl. 38, st. 4 Ustava RH propisani su i posebni uvjeti za ograničenje prava na pristup informacijama. Oni se odnose na sljedeće tri komponente čije je kumulativno ispunjenje nužno:

- a) ograničenje mora biti propisano *zakonom*,
- b) ograničenje mora biti *razmjerno* naravni potrebe za ograničenjem, u svakom pojedinom slučaju,
- c) ograničenje mora biti *nužno* (u slobodnom i demokratskom društvu).<sup>7</sup>

Osim ograničenja prava postavljenih ustavnim zasadama, ona su kao oblatorna i fakultativna propisana i *Zakonom o pravu na pristup informacijama* (u daljnjem tekstu: ZPPI).<sup>8</sup> Tim su zakonskim propisom, prije svega, postavljeni osnovni uvjeti pod kojima se građanima omogućava ustavno pravo na pristup informacijama, između ostaloga njihovu ponovnu uporabu, kao i postupak i način ostvarivanja, te olakšavanja pristupa informacijama putem otvorenosti i javnosti djelovanja tijela javne vlasti (u daljnjem tekstu: TJV).<sup>9</sup>

6 V. čl. 16 Ustava RH.

7 Ustav RH sadržava dodatni kriterij ograničenja koji se ne primjenjuje na dopustivost ograničenja drugih temeljnih ljudskih sloboda i prava iz ustavnog kataloga, a tiče se nužnosti u slobodnome i demokratskom društvu. O načelu razmjernosti prilikom ograničavanja sloboda i prava v. čl. 16, o opsegu ograničenja v. čl. 17, st. 2 Ustava RH.

8 *Narodne novine*, 25/13, 85/15 (u daljnjem tekstu: ZPPI). Osim ZPPI-a, pravo na pristup informacijama obuhvaćeno je i drugim izvorima koji čine normativni okvir za postupanje u ovom području, poput Zakona o tajnosti podataka, *Narodne novine*, 79/07, 86/12, Zakona o zaštiti tajnosti podataka, *Narodne novine*, 108/96, Zakona o zaštiti osobnih podataka, *Narodne novine*, 103/03, 118/06, 41/08, 130/11, 106/12 i druge zakonske i podzakonske propise.

9 Koja se sve tijela smatraju tijelima javne vlasti određeno je u čl. 5, st. 2 ZPPI-a. Prva verzija popisa tijela javne vlasti izrađena je i objavljena u rujnu 2014. Više v. i <https://data.gov.hr/dataset/azurirani-popis-tijela-javne-vlasti>, <http://tjv.pristupinfo.hr/>, pristupljeno: 1. rujna 2018.

U postupovnim odredbama<sup>10</sup> ZPPI-a propisani su postupak i načini ostvarivanja prava na pristup informacijama (Đerđa, Popovski, 2011: 25–30). Osnovna procesna načela sadržana su u glavi II ZPPI-a.<sup>11</sup> TJV obvezna su omogućiti pristup informacijama na dva zakonski predviđena (prikladna) načina: 1) pravodobnim objavljivanjem na primjeren i dostupan način (čl. 17, st. 1, t. 1 ZPPI-a) ili 2) na jedan od pet načina prema čl. 17, st. 1, t. 2 ZPPI-a ako je korisnik podnio zahtjev. Upravni se postupak pokreće podnošenjem usmenog ili pisanog *zahtjeva*<sup>12</sup> nadležnom tijelu.<sup>13</sup> Podnositelj zahtjeva nije obvezan navesti razloge podnošenja zahtjeva i pristupa određenoj informaciji niti pozvati se na primjenu odredi ZPPI-a. U slučaju nepotpunog, neurednog ili nerazumljivog zahtjeva, TJV će bez odgode pozvati podnositelja zahtjeva da ga ispravi u roku od pet dana od zaprimanja poziva za ispravak. Ukoliko podnositelj ne ispravi potrebno sukladno uputama TJV te se ne može utvrditi o kojoj se traženoj informaciji radi, TJV će zahtjev odbaciti rješenjem. Do odbacivanja zahtjeva rješenjem doći će i u slučajevima kada TJV ne posjede informaciju niti ima saznanja gdje se ona nalazi. No, ako TJV ne posjeduje informaciju te ima saznanja o tijelu koje ga posjeduje, tada je dužno bez odgode, a najkasnije u roku od osam dana od dana zaprimanja zahtjeva, ustupiti zahtjev tome tijelu te o tome obavijestiti podnositelja.<sup>14</sup>

Važno je napomenuti da se u postupku pristupa informacijama ne zahtijeva plaćanje upravnih niti sudskih pristojbi.<sup>15</sup> No, isto tako propisuje se kako TJV ima pravo tražiti naknadnu stvarnih materijalnih troškova od korisnika koji bi nastali pruženjem informacija na jedan od zakonom predviđenih načina, kao i naknadu dostave tražene informacije.

Prema ZPPI-u, svako TJV obavezno je odlukom odrediti posebnu službenu osobu (*službenika za informiranje*) koja će biti mjerodavna za rješavanje pojedinačnih zahtjeva.<sup>16</sup> U postupku pružanja informacija na temelju zahtjeva korisnika

---

10 Čl. 17–26 ZPPI-a (glava V.) od podnošenja zahtjeva korisnika za pristup informacijama do pružanja pravne zaštite povodom žalbe i upravnog spora.

11 Čl. 6–9.a ZPPI-a.

12 O načinu podnošenja zahtjeva usmeno, putem telefona ili putem elektroničke komunikacije i sadržaju pisanog zahtjeva detaljnije v. čl. 18 ZPPI-a. U čl. 18, st. 5 ZPPI-a određuje se što se ne smatra zahtjevom. Ukupan broj zaprimljenih zahtjeva od 2004. do 2015. dostupan je na <http://www.pristupinfo.hr/o-povjereniku-za-informiranje/>, pristupljeno: 1. rujna 2018.

13 O načinima pokretanja upravnog postupka v. čl. 40–43 Zakona o općem upravnom postupku, *Narodne novine*, 47/09 (u daljnjem tekstu: ZUP).

14 O ostalim slučajevima ustupanja zahtjeva te postupanja tijela javne vlasti v. čl. 21 ZPPI-a.

15 V. 19. čl. ZPPI-a.

16 Prema čl. 13, st. 1 i 3 ZPPI-a. V. i čl. 22, st. 1 i 3 ZPPI-a iz 2003.

TJV odlučuje *rješenjem*.<sup>17</sup> Stoga, najkasnije u roku od petnaest dana od dana podnošenja urednog zahtjeva potrebno je odlučiti (pružiti informaciju ili ograničiti pristup u cijelosti ili djelomično, odnosno provesti test razmjernosti i javnog interesa<sup>18</sup>). Navedeni rok od petnaest dana može biti produžen iz zakonom (opravdanih) propisanih razloga za još petnaest dana (računajući od dana kada je TJV trebalo odlučiti o zahtjevu).<sup>19</sup> TJV dužno je o produženju obavijestiti podnositelja bez odgode, a najkasnije u roku od osam dana od dana zaprimanja zahtjeva te navesti razloge produženja. Kada TJV omogući pristup informacijama ne donosi rješenje. Završno valja istaknuti kako se ZPPI-om propisuje pravo korisnika na dopunu (nepotpuna informacija) i ispravak (netočna informacija) informacije koja je pružena na temelju zahtjeva. TJV obvezno je odlučiti o zahtjevu za dopunu ili ispravak informacije u roku od petnaest dana od dana zaprimanja zahtjeva.

### **2.1. Pravna zaštita kroz žalbeni postupak pred Povjerenikom za informiranje**

Povodom negativnog rješenja, dakle odbijanja<sup>20</sup>, odnosno odbacivanja zahtjeva ili neomogućavanja pristupa informaciji (tzv. šutnja uprave), odnosno ponovnoj uporabi u propisanom roku od petnaest ili trideset dana, ZPPI-om se uređuje pitanje pravne zaštite korisnika (ovlaštenika) prava na informacije. Sukladno tome proizlazi da se protiv rješenja TJV korisniku omogućava izjavljivanje žalbe u roku od petnaest dana od dana dostave rješenja. Žalba se može izjaviti povodom sljedećih slučajeva: a) *rješenja* o pristupu informacijama, b) *šutnje uprave* povodom pristupa informacijama (kada TJV ne odluči o zahtjevu podnositelja<sup>21</sup> u propisanom roku), c) *rješenja* o ponovnoj uporabi informacija, d) *šutnje uprave* povodom ponovne uporabe informacija.

---

17 V. čl. 23 ZPPI-a. U st. 1 pobrojani su slučajevi kada tijelo javne vlasti ne donosi rješenje na temelju podnesenog zahtjeva, odnosno u st. 3, 4 i 5 kada se donosi rješenje.

18 Navedeni test je procjena razmjernosti između razloga za omogućavanje pristupa informaciji i razloga za ograničenje, te omogućavanje pristupa informaciji u korist javnog interesa. V. čl. 5, t. 7 i čl. 16 ZPPI-a.

19 V. čl. 22 ZPPI-a.

20 U čl. 23, st. 5 ZPPI-a propisuju se slučajevi kada tijelo javne vlasti odbija rješenjem zahtjev korisnika za pristupom informacijama.

21 Može se uočiti da se u ZPPI-u upotrebljava više pojmova poput „korisnik“, „podnositelj“, „stranka“. Definicija „korisnika prava na pristup informacijama i ponovnu uporabu informacija“ određena je u čl. 5, st. 1. ZPPI-a.

U skladu s načelom dvostupnjevitosti ovlast za odlučivanje po žalbama dana je *Povjereniku za informiranje* (Rajko: 2014: 423)<sup>22</sup> (u daljnjem tekstu: Povjerenik).<sup>23</sup> Kako su TJV propisane razne obveze, sukladno tome njihova postupanja nadzire Povjerenik. Ovdje bismo željeli istaknuti kako je institucija Povjerenika kao jedinog, zasebnog i neovisnog državnog tijela zaduženog za zaštitu prava na pristup informacijama i provođenje instancijskog nadzora, uvedena kao ključna novost ZPPI-a iz 2013. (Bevandić, 2016: 13). Između ostalih dodijeljenih ovlasti i poslova, prije svega, ima ulogu drugostupanjskog tijela u rješavanju žalbi o ostvarivanju prava na pristup informacijama i ponovne uporabe informacija.<sup>24</sup> Povjerenik je dužan donijeti i putem prvostupanjskog tijela dostaviti rješenje o žalbi, najkasnije u roku od trideset dana od dana predaje uredne žalbe. Osim roka od trideset dana, propisani su i rokovi za posebne slučajeve postupanja u trajanju od šezdeset (ispitivanje pravilnosti provedenog testa razmjernosti i javnog interesa ili provesti navedeni test prema čl. 16) i devedeset dana (kada se traži mišljenje Ureda vijeća za nacionalnu sigurnost).

Kada utvrdi da je žalba osnovana. Povjerenik će po pravomoćnosti rješenja naložiti TJV da korisniku omogući pristup informaciji ili da odluči o zahtjevu u primjerenom roku. Na osnovu ove zakonske odredbe može se zaključiti o važnosti uloge Povjerenika i njegovih ovlasti prema TJV u obvezi ispunjavanja zajamčenog prava na pristup informacijama. No, imajući u vidu odredbu čl. 25, st. 8 ZPPI-a može se zaključiti suprotno, uzimajući u obzir situacije u kojima TJV nije omogućilo ili nije odlučio u roku koji je odredio Povjerenik. Obje navedene zakonske odredbe unesene su u izmjenama i dopunama ZPPI-a iz 2015, no detaljnije pojašnjenje razloga dopune čl. 25, st. 7 i 8 izostaje.

Na žalbeni se postupak primjenjuju odredbe Zakona o općem upravnom postupku (u daljnjem tekstu: ZUP) za sva pitanja koja nisu uređena ZPPI-om.<sup>25</sup> Stari ZPPI iz 2003.<sup>26</sup> sadržavao je posebnu postupovnu odredbu kojom se izričito pro-

---

22 Povjerenik štiti, prati i promiče pravo na pristup informacijama i pravo na ponovnu uporabu informacija. Do tada je poslove i ovlasti u zaštiti prava na pristup informacijama pružala Agencija za zaštitu osobnih podataka (određena izmjenama i dopunama ZPPI-a iz 2011.). V. i *Konačni prijedlog Zakona o pravu na pristup informacijama*, P. Z. E. br. 198, Klasa: 008-02/12-01/04, Ur. broj: 50301-09/06-13-8, 6. veljače 2013, str. 26, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=52753&sec=5550>, pristupljeno: 3. rujna 2018. O izboru i uvjetima za izbor, ovlastima, razrješenju Povjerenika, kao i o ustroju Ureda Povjerenika v. čl. 35–40 ZPPI-a.

23 Povjerenik za informiranje djeluje od 25. listopada 2013. V. Odluka o izboru povjerenika za informiranje, *Narodne novine*, 131/13.

24 Čl. 35, st. 3 ZPPI-a.

25 O preporukama tijelima javne vlasti, a vezano za postupanje i rješavanje zahtjeva građana i poštivanje odredbi ZUP-a v. Izvješće za 2013, str. 5–6.

26 V. čl. 9 ZPPI-a iz 2003.



pisivala primjena odredbi ZUP-a : „...ako ovim Zakonom nije drukčije određeno, u postupku radi ostvarivanja prava na pristup informacijama na odgovarajući način primjenjuju se odredbe Zakona o općem upravnom postupku...“ Mišljenja smo kako postupovne odredbe ZPPI-a ne odstupaju od odredbi ZUP-a, pa stoga možemo govoriti o njihovoj usklađenosti, što je svakako pohvalno, imajući u vidu mnoštvo posebnih zakona kojima se normiraju razna upravna područja, a koji uvelike duplaju odredbe ili znatno odstupaju od općeg upravnog postupka. Drugačije je stajalište izneseno u odnosu na usklađenost starog ZPPI-a i ZUP-a (Đerđa, Popovski, 2011: 30), što je promijenjeno nakon donošenja novog ZPPI-a 2013. te izmjena i dopuna ZPPI-a iz 2015. Valja istaknuti kako se prema čl. 110, st. 1 ZUP-a žalba predaje prvostupanjskom tijelu koji ima određene ovlasti povodom žalbe, dok se prema dostupnim podacima iz prakse Povjerenika ukazuje kako se u 83% slučajeva<sup>27</sup> žalba izjavljuje izravno Povjereniku, što utječe na duljinu upravnog postupka.

U promatranom razdoblju od 2011. do 2017. broj ukupno izjavljenih žalbi najveći je u 2017. te iznosi 1.172. Njih 1.161 odnosilo se na rješavanje zahtjeva za pristup informacijama. Prema dostupnim podacima<sup>28</sup> vidljiv je značajan porast broja žalbi u odnosu na prethodne godine.

Protiv rješenja Povjerenika daljnje aktiviranje postupka putem žalbe nije dopušteno. Njegovim rješenjem o žalbi okončava se postupak vezan za ostvarivanje prava na pristup informacijama od javnog značaja u redovnoj proceduri. No, procesno-pravna mogućnost daljnje pravne zaštite nezadovoljnim strankama (negativno rješenje Povjerenika ili nedonošenje rješenja (tzv. šutnja uprave)) osigurana je pokretanjem jednostupanjskog upravnog spora tužbom pred VUS-om (Đanić Čeko, 2018: 455–459).<sup>29</sup> Navedeni mehanizam upravno-sudske zaštite predstavlja iznimku u upravnom sudovanju, jer je VUS-u prvenstveno povjerena uloga drugostupanjskog žalbenog suda. Analizirajući podatke o načinu rješavanja upravnih sporova po tužbama kroz razdoblje 2012–2017. putem dostupnih Izvješća o provedbi ZPPI-a,<sup>30</sup> ističe se kako je VUS u većini upravnih sporova odbijao tužbeni zahtjev kao neosnovan. Navedeno govori u prilog povjerenja u rad i zakonitost odlučivanja Povjerenika bez obzira na brojne poteškoće, prije svega, u pogledu podkapacitiranosti samog ureda Povjerenika. No, isto tako

---

27 V. *Izvješće o provedbi Zakona o pravu na pristup informacijama za 2017. godinu*, Zagreb, ožujak 2018, str. 27. (u daljnjem tekstu: *Izvješće za 2017.*), <http://www.pristupinfo.hr/dokumenti-i-publikacije/>, pristupljeno: 6. rujna 2018.

28 V. *Izvješće za 2017.*, str. 27–45.

29 Čl. 26, st. 1 ZPPI-a. Odredbama o osiguravanju sudske zaštite pokretanjem upravnog spora u području zaštite prava na pristup informacijama posvećen je svega jedan članak.

30 Dostupno na službenoj internetskoj stranici Povjerenika za informiranje: <http://www.pristupinfo.hr/dokumenti-i-publikacije/>.

uočava se trend značajnog porasta broja upravnih sporova u 2017, a koji je pet puta veći nego prosječan broj upravnih sporova u petogodišnjem razdoblju.

### **3. Osiguravanje prava na pristup informacijama prema posebnom zakonu – informacije o okolišu sukladno Zakonu o zaštiti okoliša**

Pravo javnosti na pristup okolišnim informacijama, jasnoća, dostupnost i potpunost informacija o okolišu, mogućnost sudjelovanja zainteresirane javnosti u odlučivanju o pitanjima koja se tiču zaštite okoliša, od iznimne je važnosti za javni interes te predstavlja osobito značajno posebno upravno područje. Pridonosi se odgovornosti i transparentnosti odlučivanja, jačanju podrške javnosti, kvalitetnijim odlukama o okolišu kroz razmjenu mišljenja i stavova, promicanju građana u što češćoj ulozi aktivnih sudionika u oblikovanju javnih politika, većoj svjesnosti javnosti o pitanjima zaštite okoliša. Valja istaknuti kako očuvanje čovjekova okoliša čini jednu od najviših vrednota ustavnog poretka Republike Hrvatske, te ujedno predstavlja temelj za tumačenje Ustava RH.<sup>31</sup> Nadalje, ustavno je pravo svakoga na zdrav život, ali i dužnost svakog građanina da osobitu skrb posvećuje zaštiti zdravlja ljudi, prirode i ljudskog okoliša. U svezi ostvarivanja toga prava, država treba osigurati uvjete za zdrav život.<sup>32</sup> Okoliš je dobro od općeg interesa te uživa osobitu zaštitu države. Svaka osoba ima pravo živjeti u čistom i po zdravlje pogodnom okolišu vodeći računa o zaštiti i unapređenju okoliša. Pri tome odgovarajuća zaštita okoliša nužna je za dobrobit čovjeka i uživanje osnovnih ljudskih prava.

U odnosu na informacije o okolišu pravno uređenje sadržano je u *Zakonu o zaštiti okoliša* (u daljnjem tekstu: ZZO),<sup>33</sup> no na pitanja koja nisu uređena navedenim zakonskim propisom primjenjuju se odredbe ZPPI-a. Zatim je osobito značajna *Konvencija o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti u odlučivanju i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša* (Aarhuška konvencija),<sup>34</sup> kojom je na međunarodnoj razini<sup>35</sup> zajamčeno pravo na pristup informacijama (Ofak, 2015: 200–204). ZZO-om preuzeta je *Direktiva 2003/4/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 28. siječnja 2003. o javnom pristupu informacijama o okolišu i stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 90/313/EEZ* (u daljnjem tekstu: Direktiva), usklađena s Aarhuškom

---

31 Čl. 3 Ustava RH. V. i čl. 52, st. 1 Ustava RH.

32 Čl. 70 Ustava RH (glava III Zaštita ljudskih prava i sloboda, odsjek 3 Gospodarska, socijalna i kulturna prava).

33 *Narodne novine*, 80/13, 153/13, 78/15, 12/18 (u daljnjem tekstu: ZZO).

34 *Narodne novine-Međunarodni ugovori*, 1/07. Stupila je na snagu u odnosu na Republiku Hrvatsku 25. lipnja 2007.

35 Propise i međunarodne ugovore iz područja zaštite okoliša v. <https://www.mzoip.hr/hr/okolis/propisi-i-medunarodni-ugovorixxxx.html>, pristupljeno: 10. rujna 2018.

konvencijom.<sup>36</sup> Isto tako, treba spomenuti *Uredbu o informiranju i sudjelovanju javnosti i zainteresirane javnosti u pitanjima zaštite okoliša*.<sup>37</sup> Na sva opća pitanja upravnog postupanja koja nisu uređena posebnim propisima u ovome području, dakako, upućuje se na primjenu ZUP-a.

Navest ćemo ukratko najvažnije odredbe ZZO-a koje se odnose na postupanje u s vezi pružanja informacija o okolišu i istaknuti posebnosti, jer smo ranije detaljnije analizirali posebni upravni postupak prema ZPPI-u (v. naslov 2). Definicija pojma „informacija o okolišu“ dana je u čl. 4, st. 1, t. 10, te u čl. 155 ZZO-a. Uspoređujući ih s definicijom sukladno čl. 2, t. 3 Aarhuške konvencije i onom izraženom u čl. 2, t. 1 Direktive, može se zaključiti kako postoje određene neusklađenosti. Definicija iz čl. 4, st. 1, t. 10 relativno je uska, dok se u čl. 155 ZZO-a pojam podrobnije razrađuje (Ofak, 2015: 219–223). Pravo javnosti na pristup informacijama o okolišu sadržano je već i u dijelu ZZO-a pod nazivom „Načela zaštite okoliša“ (čl. 8–19), te regulirano čl. 17 ZZO-a u okviru „Načela pristupa informacijama i sudjelovanja javnosti“.

Posebni upravni postupak temeljem kojega je TJV dužno osigurati pristup informacijama o okolišu normiran je od čl. 154 do čl. 161 ZZO-a. Postupak započinje podnošenjem zahtjeva bilo kojem TJV koje posjede informaciju o okolišu ili na koje se ta informacija odnosi, a ono bi trebalo omogućiti pristup u najkraćem mogućem roku,<sup>38</sup> uz primjenu odredbi ZPPI-a u odlučivanju. TJV propisuje se dužnost osiguravanja točnih pravovremenih i usporedivih informacija koje prikupljaju i podataka koje daju.<sup>39</sup>

U postupanju na osnovi zahtjeva izričito je propisano kada TJV može rješenjem odbiti zahtjev. Dakle, propisana su zakonska ograničenja u pogledu dopustivosti i dostupnosti informacija u određenim slučajevima, te ukoliko bi objava imala negativan učinak ili nepovoljno utjecalo na pitanja kao što su tajnost postupka,

36 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=celex%3A32003L0004>, pristupljeno: 10. rujna 2018. Kako su države potpisnice dužne svake tri godine podnijeti nacionalno izvješće o provedbi Aarhuške konvencije, tijekom 2016. pripremljeno je IV Nacionalno izvješće o provedbi Aarhuške konvencije za razdoblje od 2014. do 2016. [https://www.mzoip.hr/doc/iv\\_nacionalno\\_izvjesce\\_o\\_provedbi\\_aarhuske\\_konvencije.pdf](https://www.mzoip.hr/doc/iv_nacionalno_izvjesce_o_provedbi_aarhuske_konvencije.pdf), pristupljeno: 10. rujna 2018. Uz službeno izvješće, izrađeno je i paralelno *Izvješće organizacija civilnog društva o provedbi Aarhuške konvencije u Hrvatskoj za razdoblje 2014–2016*, u koordinaciji udruge Zelena Istra. <http://aarhus.zelena-istra.hr/sites/aarhus.zelena-istra.hr/files/Izvjesce%20o%20provedbi%20Aarhuske%20konvencije.pdf>, pristupljeno: 10. rujna 2018.

37 *Narodne novine*, 64/08.

38 Mogućnost produženja roka je propisan u čl. 157, st. 3 ZZO-a. TJV treba obavijestiti podnositelja zahtjeva u najkraćem mogućem roku, a najkasnije do isteka roka od mjesec dana od dana podnošenja zahtjeva o potrebi i razlozima produženja roka.

39 V. preambulu Direktive t. 20.

javnu sigurnost, međunarodne odnose, nacionalnu obranu, zaštitu prava i sloboda itd. Razloge za odbijanje treba tumačiti restriktivno, te pri tome uzimajući u obzir zaštitu javnog interesa, odnosno u svakom pojedinačnom slučaju javni interes za objavljivanje informacija treba usporediti s interesom za njegovo odbijanje (test razmjernosti). Zahtjev treba odbiti u pisanom obliku, ako je u tom obliku i podnesen ili ako to podnositelj zahtijeva, navesti razloge odbijanja te donijeti odluku što je prije moguće.

Sukladno čl. 19, st. 1 ZZO-a prema „Načelu prava na pristup pravosuđu“ normira se pravo svake osobe na zaštitu svojih prava kada smatra da je njezin zahtjev zanemaren, neosnovano odbijen (djelomično ili u cijelosti) ili na njega nije odgovoreno na odgovarajući način. Povodom negativnog rješenja TJV, podnositelj ima pravo na žalbu Povjereniku, koji ima ulogu žalbenog tijela u slučaju uskraćivanja informacija o okolišu (v. naslov 2.1). Korisnici informacija u pravilu se, u žalbama, pozivaju na odredbe ZPPI-a iz razloga što je navedeno pravno uređenje povoljnije od režima iz ZZO-a.

Završno ćemo ukratko iznijeti dostupne podatke vezane za žalbene predmete u razdoblju od 2014. do 2017.<sup>40</sup> U promatranom razdoblju najveći je broj žalbi u vezi pristupa informacijama o okolišu izjavljen 2014., njih 114, dok se u odnosu na ostale godine može uočiti relativno manji broj žalbi: 2015. (29), 2016. (18) i 2017. (17). U pogledu podnositelja žalbi pretežito se pojavljuju udruge koje se bave zaštitom okoliša, dok su razlozi podnošenja žalbe u najvećem broju usmjereni na šutnju uprave TJV. Podatak alarmira kako TJV ne primjenjuju obaveze koje proizlaze iz Aarhuške konvencije, nastojeći ignoriranjem ili krivom interpretacijom njenih načela ograničiti dostupnost informacija upravo putem šutnje uprave. Nadalje, uočavaju se nepravilnosti u postupanju sa zahtjevima građana, osobito u pogledu poštivanja rokova i načina odlučivanja o zahtjevima. TJV u znatnoj mjeri odbijaju ili odbacuju zahtjeve iz pogrešnih ili na zakonu neutemeljenih razloga odnosno na temelju nepravilno provedenog postupka.<sup>41</sup>

---

40 Dostupni su podaci na službenoj stranici Povjerenika za informiranje sukladno objavljenim *Izvešćima o provedbi Zakona o pravu na pristup informacijama od 2014. do 2017.* <http://www.pristupinfo.hr/dokumenti-i-publikacije/>.

41 Opširnije v. *Izvešće organizacija civilnog društva o provedbi Aarhuške konvencije u Hrvatskoj za razdoblje 2014–2016*, Udruga Zelena Istra, Pula, prosinac 2016, str. 3. <http://aarhus.zelena-istra.hr/sites/aarhus.zelena-istra.hr/files/Izvjescje%20o%20provedbi%20Aarhuske%20konvencije.pdf>, pristupljeno: 12. rujna 2018.

### ***3.1. Prikaz posebnog upravnog postupka na temelju odabranog slučaja iz upravne prakse – od zahtjeva za pristup informacijama do rješenja višeg inspektora zaštite okoliša u provedbi inspekcijskog nadzora zaštite okoliša***

Odabrani slučaj iz upravne prakse odnosi se na podnošenje zahtjeva za pristupom informacijama Udruge za zaštitu prirode i okoliša Zeleni Osijek (u daljnjem tekstu: UZPO)<sup>42</sup> upućen tadašnjem Ministarstvu zaštite okoliša i prirode (u daljnjem tekstu: MZOP) 1. srpnja 2015. UZPO podnosi zahtjev u pisanom obliku zbog nekoliko poziva zabrinutih građana Našica vezano za pogon za proizvodnju Nexe grupe iz Našica, koja je prema navodima pozivatelja u proizvodnji započela koristiti petrol-koks. Razlog alarmiranja građana putem UZPO bila je zabrinutost za vlastito zdravlje obzirom da se pogon nalazi u blizini stambenih kuća. Iz zahtjeva se može zaključiti kako su obaviještene nadležne inspekcijske službe, no građani nisu zaprimili nikakav nalaz nadležnog inspektora o obavljenom inspekcijskom nadzoru (prema navodima jedne podnositeljice). U zahtjevu se UZPO poziva na odredbe ZPPI-a iz 2013. te zahtijeva da joj se omogući pristup informacijama i uvid u naznačenu dokumentaciju.<sup>43</sup> Isto tako, da se zatražene informacije i preslike dokumentacije dostave u što je moguće kraćem roku na adresu UZPO ili službenu e-mail adresu podnositeljice zahtjeva u ime UZPO.

Iz ovog je predmeta vidljivo da je UZPO podnijela pisani zahtjev nadležnom ministarstvu. Informacijama koje posjede, raspolaže ili nadzire nadležno Ministarstvo zaštite okoliša i energetike (u daljnjem tekstu: MZOE) građani mogu pristupiti na osnovi zahtjeva<sup>44</sup> (ako se podnosi u pisanom obliku) u obliku obrasca dostupnog na web stranicama Ministarstva.<sup>45</sup> Osim MZOE, treba napomenuti kako su Fond za zaštitu okoliša i energetska učinkovitost<sup>46</sup> te Hrvatska agencija

42 <http://www.zeleni-osijek.hr/>.

43 Informacije vezane za rad proizvodnog pogona, kada su zaprimljene prve prijave građana i što se poduzimalo vezano za iste. Informacije jesu li utvrđeni objedinjeni uvjeti zaštite okoliša za planirano postrojenje te uvid u tehničko-tehnološko rješenje i naposljetku rješenje provedenog inspekcijskog nadzora.

44 2015. zaprimljeno je 130, 2016. 175, te 2017. 209 zahtjeva. U 2015. usvojeno je 74 zahtjeva, 2016. 130, te 2017. 115, dok je odbijeno 13 (2015), 4 (2016), 15 (2017), a odbačeno 6 (2015), 6 (2016), 13 (2017). U promatranom razdoblju samo je jedan postupak obustavljen u 2015. Iz navedenih dostupnih podataka možemo zaključiti kako se od ukupnog broja zaprimljenih zahtjeva veći postotak odnosi na zahtjeve riješene u roku, te da je broj usvojenih zahtjeva veći od broja odbijenih i odbačenih. Time se može zauzeti stav kako praksa MZOE u osiguravanju pristupa informacijama o okolišu, postupajući po podnesenim zahtjevima, pokazuje pozitivan trend poštivanja zakonskih i konvencijskih obveza.

45 <https://www.mzoip.hr/hr/pravo-na-pristup-informacijama.html>, pristupljeno: 15. rujna 2018.

46 Čl. 39 ZZO-a, <http://www.fzoeu.hr/>, [http://www.fzoeu.hr/hr/o\\_fondu/pristup\\_informacijama/](http://www.fzoeu.hr/hr/o_fondu/pristup_informacijama/).

za okoliš i prirodu<sup>47</sup> druga dva temeljna TJV kojima se građani najčešće obraćaju prilikom zahtijevanja za pristupom okolišnim informacijama.

Nadalje, nadležno je MZOP u zakonskom roku odgovorilo na podneseni zahtjev, te je 14. srpnja 2015. dostavilo tražene informacije (Klasa: 008-01/15-01/49, Ur. br.: 517-01-15-6) o radu proizvodnog pogona Nexe grupe iz Našica. Imenovani službenik za informiranje u predmetu navodi kako je Slavonija IGM d.o.o., Našice, obzirom na svoju djelatnost i instalirani proizvodni kapacitet, obveznik ishođenja rješenja o objedinjenim uvjetima zaštite okoliša odnosno okolišne dozvole. Rješenje o objedinjenim uvjetima zaštite okoliša izdalo je nadležno MZOP 17. siječnja 2013. na rok od pet godina.<sup>48</sup> Sastavni dio toga rješenja čini i tehničko-tehnološko rješenje postrojenja. Protiv rješenja MZOP-a može se pokrenuti upravni spor podnošenjem tužbe<sup>49</sup> pred nadležnim upravnim sudom, jer žalba nije dopuštena.

Okolišna dozvola (u daljnjem tekstu: OD) je dozvola za rad koja se izdaje za postrojenja u kojima se obavljaju i na postrojenja u kojima će se nakon izgradnje odnosno rekonstrukcije i puštanja u redoviti rad postrojenja obavljati djelatnosti kojima se mogu prouzročiti emisije kojima se onečišćuje tlo, zrak, vode i more. Operater ju se dužan ishoditi prije puštanja u rad postrojenja (uključujući probni rad), za rad postojećih postrojenja, te prije značajne promjene u radu postrojenja kojom se mogu prouzročiti industrijske emisije. O zahtjevu<sup>50</sup> za ishođenje OD za postrojenje odlučuje MZOE. Uz njega se prilaže i stručna podloga koja je

---

47 Čl. 38 ZZO-a, <http://www.haop.hr/hr/pocetna-stranica>, <http://www.haop.hr/hr/pristup-informacijama>.

48 Rješenje o objedinjenim uvjetima zaštite okoliša, Ministarstvo zaštite okoliša i prirode, Klasa: UP/I-351-03/12-02/112, Ur. br.: 517-06-2-1-2-13-18, od 17. siječnja 2013. Dostupno na web stranici MZOE putem poveznice: [https://www.mzoip.hr/doc/rjesenje\\_ministarstva\\_od\\_17\\_sijecnja\\_2013\\_godine.pdf](https://www.mzoip.hr/doc/rjesenje_ministarstva_od_17_sijecnja_2013_godine.pdf), pristupljeno: 17. rujna 2018.

49 U upravnom sporu protiv tuženika MZOP-a radi okolišne dozvole, Upravni sud u Osijeku donio je presudu kojom se tužbeni zahtjev usvaja i poništava rješenje MZOP-a, te se predmet vraća tuženiku na ponovni postupak. Tužitelj je prvotno podnio tužbu Upravnom sudu u Splitu jer mu je odbijen zahtjev za izdavanje okolišne dozvole za postojeće odlagalište otpada „Lovornik“ Ploče. Predmet je rješenjem Visokog upravnog suda RH ustupljen Upravnom sudu u Osijeku. Presuda Upravnog suda u Osijeku, Poslovni broj: Usl-812/16-7, od 27. listopada 2016. U drugom predmetu protiv tuženika MZOP-a radi ishođenja okolišne dozvole, Upravni sud u Osijeku donio je presudu kojom se odbija tužbeni zahtjev tužitelja kojim traži poništavanje rješenja o okolišnoj dozvoli MZOP-a za postrojenje – Odlagalište otpada „Lončarica velika“. Tužitelj osporava zakonitost rješenja zbog nepotpuno i pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja, povrede odredaba ZUP-a i pogrešne primjene materijalnog ZZO-a. Presuda Upravnog suda u Osijeku, Poslovni broj: 2Usl-1046/16-12, od 12. siječnja 2017.

50 O sadržaju i posebnostima načina podnošenja zahtjeva za ishođenje okolišne dozvole v. čl. 98.-99. ZZO-a. V. i. čl. 95, st. 5 ZZO-a.

obavezna. Izdaje se nakon donošenja rješenja o prihvatljivosti zahvata na okoliš, koje predstavlja okvir da bi se donijela OD. Postupak izdavanje OD reguliran je odredbama ZZO-a<sup>51</sup> i Uredbe o okolišnoj dozvoli.<sup>52</sup> Važno je istaknuti upravo važnost javnosti i njezina sudjelovanja u postupku ishođenja OD, jer bi se u njemu trebalo razmatrati o primjedbama, prijedlozima i mišljenjima javnosti i zainteresirane javnosti.<sup>53</sup> Podnositelj zahtjeva može zahtijevati zaštitu podataka koji se odnose na pojedine dijelove zahtjeva, te ih navesti i naznačiti, obrazložiti razlozima i dokazima. O tome će zahtjevu MZOE odlučiti posebnim zaključkom. U slučaju neosnovanosti zahtjeva MZOE će ga rješenjem odbiti a podnositelj ima pravo prigovora. Ukoliko MZOE utvrdi da je zahtjev za ishođenje OD uredan, informirat će javnost i zainteresiranu javnost te, ako su ispunjeni svi zakonski uvjeti, MZOE je dužno izdati OD u roku od šest mjeseci od dana primitka uredno podnesenog zahtjeva. OD<sup>54</sup> se dostavlja operateru i objavljuje na web stranici MZOE. Ako nisu ispunjeni uvjeti, zaključkom će operateru odrediti primjeren rok za ispunjenje nužnih zakonskih uvjeta (ne smije biti dulji od tri mjeseca). MZOE će odbiti rješenjem zahtjev ako operater u zaključku određenom roku ne ispuni uvjete. Protiv rješenja o odbijanju izdavanja OD može se pokrenuti upravni spor.

O izdanim uporabnim dozvolama kojima su utvrđeni objedinjeni uvjeti zaštite okoliša i rješenjima o objedinjenim uvjetima zaštite okoliša za postojeća postrojenja te izdanim okolišnim dozvolama postoji Očevidnik<sup>55</sup> sukladno Pravilniku o očevidniku izdanih okolišnih dozvola.<sup>56</sup>

U završnom dijelu analiziranog predmeta ukratko ćemo navesti je li podnositelju zahtjeva omogućen pristup informaciji o tome je li uopće proveden inspekcijski nadzor zaštite okoliša<sup>57</sup> u pogonu Slavonija IGM d.o.o. po prijavama građana ili službenoj dužnosti i, ako jest, kada, te je li mu ustupljeno rješenje inspektora? MZOP u odgovoru na zahtjev za pristup informacijama navodi kako inspekcija zaštite okoliša MZOP-a kontrolira poštuje li tvrtka odredbe i mjere<sup>58</sup> propisane

51 V. 95–119. ZZO-a.

52 *Narodne novine*, 8/14, 5/18.

53 V. čl. 16. Uredbe o okolišnoj dozvoli, *Narodne novine*, 8/14, 5/18.

54 MZOE je dužno trajno čuvati okolišnu dozvolu.

55 Očevidnik uporabnih dozvola kojima su utvrđeni objedinjeni uvjeti zaštite okoliša i rješenja o objedinjenim uvjetima zaštite okoliša za postojeća postrojenja. <http://www.haop.hr/hr/tematska-podrucja/otpad-i-registri-oneciscavanja/postrojenja-i-registri-oneciscavanja/ocevidnik>, <http://boudr.azo.hr/>, pristupljeno: 18. rujna 2018. V. i čl. 119 ZZO-a.

56 *Narodne novine*, 51/16.

57 Odredbe o obavljanju poslova inspekcijskog nadzora, predmetu inspekcijskog nadzora, ovlastima inspektora u postupku inspekcijskog nadzora, inspekcijske mjere i drugo sadržane su od čl. 224 do čl. 258.a ZZO-a.

58 V. čl. 228 ZZO-a.



rješenjem o objedinjenim uvjetima zaštite okoliša (obzirom da je obveznik ishoda toga rješenja sukladno djelatnosti i instaliranom proizvodnom kapacitetu). Na temelju pristiglih prijava u 2013. i 2014. iste podnositeljice, inspekcija zaštite okoliša MZOP obavljala je nadzore u pogonu. Temeljem čl. 253 ZZO-a propisano je kako će inspektor pisano obavijestiti podnositelja prijave o utvrđenom činjeničnom stanju u inspekcijskom nadzoru najkasnije trideset dana od dana utvrđenja činjeničnog stanja.

Prema provedenom inspekcijskom nadzoru od 19. kolovoza 2014. i sastavljenom zapisniku,<sup>59</sup> utvrđeno je da tvrtka nije obavila mjerenja emisija iz vrećastog filtra na silosu naftnog silosa, a što je bila u obvezi temeljem rješenja o objedinjenim uvjetima zaštite okoliša MZOP od 17. siječnja 2013. Slijedom navedenoga, viši inspektor zaštite okoliša MZOP-a (Uprave za inspekcijske poslove, Sektora inspekcijskog nadzora zaštite okoliša, Službe inspekcijskog nadzora zaštite okoliša, Područna jedinica-Sisak) je, postupajući po službenoj dužnosti<sup>60</sup>, izdao rješenje<sup>61</sup> kojim je Slavoniji IGM d.o.o. naređeno da obavi mjerenje emisija onečišćujućih tvari u zrak putem ovlaštene osobe. Naređeno mjerenje predstavlja provedbu mjere<sup>62</sup> zaštite okoliša i praćenja stanja okoliša utvrđenoj OD. Rok za izvršenje rješenja iznosio je trideset dana od dana primitka rješenja. Nadalje, utvrđeno je kako je rješenje izvršeno te da su, prema rezultatima mjerenja, vrijednosti koncentracije praškaste tvari u okviru vrijednosti propisanih rješenjem o objedinjenim uvjetima zaštite okoliša.

#### 4. Zaključak

Pravo na pristup informacijama temeljno je ljudsko pravo. Objava pravodobnih, potpunih, točnih, jasnih informacija i pružanje obavijesti od strane TJV na primjeren i dostupan način, osobito je važno radi osiguravanja upravne i okolišne demokracije. Neki od poteškoća u području prava na pristup informacijama općenito, a osobito informacija o okolišu odnose se na još uvijek nedovoljnu uključenost javnosti i zainteresirane javnosti u postupke donošenja odluka, provedbu savjetovanja s javnosti, slabo poznavanje obveza vezanih uz omogućavanje informacija radi provedbe dijela ZZO-a kojim je preuzeta europska pravna stečevina. Stoga se naponi moraju usmjeriti na nastavak jačanja kapaciteta TJV na svim razinama, posebice lokalnoj. Transparentnost i otvorenost

---

59 Klasa:351-02/14-03/765, Ur. br.: 517-06-1-2-14-2, od 19. kolovoza 2014.

60 Čl. 231, st. 1 ZZO-a.

61 Rješenje, Klasa: UP/I-351-02/14-09/21, Ur. br.: 517-06-1-2-14-1, od 20. kolovoza 2014.

62 Čl. 238, st. 1 ZZO-a.

TJV moraju biti primarne vrijednosti u njihovu radu, postupanju i odlučivanju povodom zahtjeva za pristup informacijama.

Korisnicima informacija prema ZPPI-u omogućena su brojna prava vezano za pristup informacijama. Mišljenja smo kako su rokovi odlučivanja i postupanja po zahtjevima relativno kratki, što upućuje kako su odgovarajuća stručna znanja i iskustvo službenika te efikasna suradnja između službenika za informiranje i ustrojstvenih jedinica prijedno potrebni. Osobito uzimajući u obzir da su najčešće uočene nepravilnosti u postupanju po zahtjevima nepoštivanje rokova, sporost, nezakonitosti i odugovlačenje u odlučivanju. Ne treba zanemariti i probleme poput čestih izmjena službenika te nedovoljne kapacitete TJV. U omogućavanju prava na pristup informacijama o okolišu ističe se kako su najčešći oblici kršenja navednog prava slučajevi kada TJV ne odgovaraju na podnesen zahtjev (šutnja uprave).

Treba istaknuti napore ureda Povjerenika u osiguravanju brojnih edukacija, radionica, webinara, savjetovanja, projekata, izradu priručnika i studija kako bi se što više stjecala potrebna znanja i vještine te time poboljšalo postupanje službenika za informiranje. Svakako treba istaknuti izradu smjernica za primjenu ZPPI-a, u cilju standardizacije pojedinih odredbi, zakonitog i pravilnog postupanja te otklanjanja uočenih nedoumica u primjeni ZPPI-a od strane TJV. No, isto tako ne treba zaboraviti niti ulogu korisnika informacija (aktivni građani) koje isto treba upoznati s pravom na informaciju, kako ga ostvariti, kako pravno zaštititi. Primjenjujući osnovna načela, poput načela jednakosti, javnosti i slobodnog pristupa, međusobnog poštovanja i suradnje, pravodobnosti, potpunosti i točnosti informacija temeljem kojih se ostvaruje pravo na pristup informacijama, pravo je korisnika tražiti i dobiti informaciju te obveza TJV omogućiti pristup traženoj informaciji. Usprkos većem intenzitetu objavljenih informacija na internetu, i dalje ostaje značajan prostor za unapređenje i poboljšanja kako bi se povećala razina objave i iskoristivost otvorenih podataka.

Primjere dobre prakse odlučivanja Povjerenika u žalbenim predmetima istaknuli smo putem dostupnih statističkih podataka u promatranom razdoblju. Stoga završno ističemo važnost suradnje između TJV i Povjerenika, izvršenja odluka Povjerenika, pravovremene dostave potrebne dokumentacije u žalbenim postupcima radi izbjegavanja odugovlačenja postupka, poštivanja upravnih odluka i odluka VUS-a.

## Literatura/References

Bevandić, D. (2016). Osvrt na prvu novelu hrvatskog Zakona o pravu na pristup informacijama, *Fondacija Centar za javno pravo*, 25. 13–25.

Đanić Čeko, A. (2018.) *Legal Framework for Exercising the Right to Access Information*. Zbornik radova 7. međunarodnog znanstvenog simpozija „Gospodarstvo istočne Hrvatske – vizija i razvoj“. Mašek Tonković, Anka (ur.). **Osijek**: Sveučilište J. J. Strossmyera u Osijeku, Ekonomski fakultet u Osijek. 451–461.

Đanić Čeko, A. (2016). *Žalba u upravnom sporu u hrvatskom i poredbenom pravu*. Doktorska disertacija. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu. (nije objavljena)

Đanić, A., Vajda Halak, Ž. (2013). *Dostupnost i uvjeti ostvarivanja zaštite prava građana na pristup informacijama u javnoj upravi*, Zbornik radova III Međunarodne konferencije „Razvoj javne uprave“, Smoljić, Mirko (ur.). Vukovar. 379–391.

Đerđa, D., Popovski, A. (2011). Postupak prava na pristup informacijama kao posebni upravni postupak. *Hrvatska pravna revija*. 11 (1). 25–30.

Gjidara, M. (2015.) Pristup informacijama kao uvjet upravne demokracije. *Zbornik radova: Pravo na pristup informacijama i zaštita osobnih podataka*. Britvić Vetma, B., Boban, M. (ur.). Split: Sveučilište u Splitu. 9–23.

Ofak, L. (2016.) Pravo na pristup informacijama kao pravo zaštićeno Europskom konvencijom i drugim međunarodnim ugovorima za zaštitu ljudskih prava. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 37 (2). 921–951.

Ofak, L. (2015.) Pravo na pristup informacijama o okolišu-mjerodavni propisi za rješavanje zahtjeva i definicije. *Zbornik radova: Pravo na pristup informacijama i zaštita osobnih podataka*. Britvić Vetma, B., Boban, M. (ur.). Split: Sveučilište u Splitu. 199–227.

Rajko, A. (2014). Novi zakon o pravu na pristup informacijama–geneza i otvorena pitanja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 51 (2). 415–427.

Rajko, A. (2010). Implikacije uvrštavanja prava na pristup informacijama javnog sektora. *Hrvatska javna uprava*. 10 (3). 629–649.

Tropina Godec, Ž. (2009). Informiranost građana i slobodan pristup informacijama javnog sektora. *Hrvatska javna uprava*. 9 (2). 323–340.

Direktiva 2003/4/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 28. siječnja 2003. o javnom pristupu informacijama o okolišu i stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 90/313/EEZ, Službeni list Europske unije L 041/26, 14. 2. 2003, 26–32.

*Izvješće o provedbi Zakona o pravu na pristup informacijama za 2013. godinu*, Zagreb, 31. ožujka 2014, <http://www.pristupinfo.hr/dokumenti-i-publikacije/>, pristupljeno: 30. kolovoza 2018.

*Izvješće o provedbi Zakona o pravu na pristup informacijama za 2017. godinu*, Zagreb, ožujak 2018., <http://www.pristupinfo.hr/dokumenti-i-publikacije/>, pristupljeno: 6. rujna 2018.

*Izvješće organizacija civilnog društva o provedbi Aarhuške konvencije u Hrvatskoj za razdoblje 2014–2016.*, Udruga Zelena Istra, Pula, prosinac 2016, 1–23.

<http://aarhus.zelena-istra.hr/sites/aarhus.zelena-istra.hr/files/Izvjesce%20o%20provedbi%20Aarhuske%20konvencije.pdf>, pristupljeno: 12. rujna 2018.

*Konačni prijedlog Zakona o pravu na pristup informacijama*, P. Z. E. br. 198, Klasa: 008-02/12-01/04, Ur. broj: 50301-09/06-13-8, 6. veljače 2013, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=52753&sec=5550>, pristupljeno: 3. rujna 2018.

*Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama zakona o pravu na pristup informacijama*, P. Z. E. br. 832, Klasa: 022-03/15-01/39, Ur. broj: 50301-09/06-15-7, 2. srpnja 2015, <http://www.sabor.hr/konacni-prijedlog-zakona-o-izmjenama-i-dopunam0021>, pristupljeno: 30. kolovoza 2018.

Konvencija o pristupu informacijama, sudjelovanju javnosti u odlučivanju i pristupu pravosuđu u pitanjima okoliša, *Narodne novine – Međunarodni ugovori*, Br. 1 (2007).

*Nacionalno izvješće o provedbi Aarhuške konvencije za razdoblje od 2014. do 2016.* [https://www.mzoip.hr/doc/iv\\_nacionalno\\_izvjesce\\_o\\_provedbi\\_aarhuske\\_konvencije.pdf](https://www.mzoip.hr/doc/iv_nacionalno_izvjesce_o_provedbi_aarhuske_konvencije.pdf), pristupljeno: 10. rujna 2018.

Očevidnik uporabnih dozvola kojima su utvrđeni objedinjeni uvjeti zaštite okoliša i rješenja o objedinjenim uvjetima zaštite okoliša za postojeća postrojenja, <http://www.haop.hr/hr/tematska-podrucja/otpad-i-registri-oneciscavanja/postrojenja-i-registri-oneciscavanja/ocevidnik>, <http://boudr.azo.hr/>, pristupljeno: 18. rujna 2018.

Odluka o izboru povjerenika za informiranje, *Narodne novine*, Br. 131 (2013).

Pravilnik o očevidniku izdanih okolišnih dozvola, *Narodne novine*, Br. 51 (2016).

Presuda Upravnog suda u Osijeku, Poslovni broj: UsI-812/16-7, od 27. listopada 2016.

Presuda Upravnog suda u Osijeku, Poslovni broj: 2UsI-1046/16-12, od 12. siječnja 2017.

Prijedlog promjene Ustava Republike Hrvatske, Odbor za Ustav, Poslovník i politički sustav, Klasa: 012-02/10-01/01, Ur. broj: 6521-1-10-06, 15. lipnja 2010, <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=33199>, pristupljeno: 30. kolovoza 2018.

Promjena Ustava Republike Hrvatske, *Narodne novine*, Br. 76 (2010).

Rješenje o objedinjenim uvjetima zaštite okoliša, Ministarstvo zaštite okoliša i prirode, Klasa: UP/I-351-03/12-02/112, Ur. broj: 517-06-2-1-2-13-18, od 17. siječnja 2013, [https://www.mzoip.hr/doc/rjesenje\\_ministarstva\\_od\\_17\\_sijecnja\\_2013\\_godine.pdf](https://www.mzoip.hr/doc/rjesenje_ministarstva_od_17_sijecnja_2013_godine.pdf), pristupljeno: 17. rujna 2018.

Rješenje Ministarstva zaštite okoliša i prirode, Klasa: UP/I-351-02/14-09/21, Ur. br: 517-06-1-2-14-1, od 20. kolovoza 2014.

Uredba o informiranju i sudjelovanju javnosti i zainteresirane javnosti u pitanjima zaštite okoliša, *Narodne novine*, Br. 64 (2008).

Uredba o okolišnoj dozvoli, *Narodne novine*, Br. 8 (2014), 5 (2018).

Ustav Republike Hrvatske, *Narodne novine*, Br. 55 (1990), 135 (1997), 8 (1998), 113 (2000), 124 (2000), 28 (2001), 41 (2001), 55 (2001), 76 (2010), 85 (2010), 05 (2014).

Zakon o općem upravnom postupku, *Narodne novine*, Br. 47 (2009).

Zakon o pravu na pristup informacijama, *Narodne novine*, Br. 172 (2003).

Zakon o pravu na pristup informacijama, *Narodne novine*, Br. 25 (2013), 85 (2015).

Zakon o zaštiti okoliša, *Narodne novine*, Br. 80 (2013), 153 (2013), 78 (2015), 12 (2018).

**Ana Đanić Čeko, LL.D.**

*Post-doctoral Researcher,*

*Faculty of Law, University "J. J. Strossmayer", Osijek (Croatia)*

**ACCESS TO INFORMATION IN THE AREA OF ENVIRONMENT  
PROTECTION, WITH REFERENCE TO SELECTED CASE LAW**

**Summary**

*The first part of the paper briefly presents and analyzes the legal framework of the right of access to information by using the grammatical, logical and teleological method of interpreting the Act on the Right of Access to Information. In this context, the analysis focuses on the competent authorities and the distinctive features of the special administrative procedure. Referring to relevant legislative provisions within the given research area, the author explores the General Administrative Procedure Act (lex generalis), comparing the provisions pertaining to the general and special administrative procedure.*

*In the second part of the paper, the author analyzes the Environment Protection Act (lex specialis), particularly focusing on the provisions concerning the administrative procedure for adopting decisions on uniform environment protection terms and conditions, which are prescribed by the Ministry of Environment Protection and Energy as the central state administrative body in charge of all environmental issues. The author provides an overview of relevant provisions of the Environment Protection Act concerning the procedure of ensuring the general public access to information and the inspection procedure in this area of special administrative law. The specific features of the administrative proceedings envisaged in the three aforementioned legislative acts will be underscored in the selected case analysis, which covers the entire administrative procedure in cases involving access to information: the initial stage of submitting a request for access to information, the inspection procedure of the competent administrative authority, and the final report by the senior inspector in charge of environment protection.*

**Keywords:** *administrative procedure, right to access information, Information Commissioner, environment protection, Ministry of Environment Protection and Energy, inspection supervision.*

**Марија Драгићевић,\***  
Асистент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880421D

UDK: 342.726-057.16

Раđ примљен: 30.09.2018.

Раđ прихваћен: 14.11.2018.

## **САВРЕМЕНЕ ТЕХНОЛОГИЈЕ И ПРАВО ЗАПОСЛЕНОГ НА ПОШТОВАЊЕ ПРИВАТНОГ ЖИВОТА\*\***

**Апстракт:** Развој нових информационих технологија довео је до стварања различитих система и алата који омогућавају прислушкивање комуникација, електронски надзор, контролу кретања и одређивање позиција особа, сакупљање података, њихово груписање, претраживање, враћање и реконструкцију, као и коришћење од широког круга корисника. То је омогућило делотворније остваривање послодавчевих овлашћења, али је истовремено створило неслућене могућности за насртаје на приватни живот запосленог. С обзиром на речено, аутор у раду анализира питање допуштености употребе савремених технологија на раду у светлу заштите људских права и основних слобода запослених. Као централни проблем, аутор разматра питање тешкоће довођења у равнотежу интереса послодавца да обезбеди правилно извршавање престације рада и безбедне и здраве услове рада и интереса запослених за поштовањем приватног живота и достојанства на раду. Посебан део рада посвећен је специфичним мерама надзора – контроли употребе службених средстава за комуникацију и видео-надзору.

**Кључне речи:** приватни живот, приватност, савремене технологије, видео-надзор.

---

\* marijad@prafak.ni.ac.rs

\*\* Раđ је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

Раđ је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Републике Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.



## 1. Увод

Савремене технологије су последица значајног развоја људске мисли и проналазаштва. Појединци, правна лица и државе зависе од њихове употребе јер путем њих обављају или нуде највећи број услуга. Употреба информационаих технологија се последњих година брзо ширила, те није заобишла ни радна места. Поред неспорног доприноса делотворном вршењу послодавчевих овлашћења, развој информационаих технологија је отворио и низ питања која се тичу могућности обезбеђења потребних претпоставки како би легитимни интереси и права субјеката радног односа били адекватно заштићени. Потенцијална опасност од неовлашћеног откривања и злоупотребе података постоји за оба субјекта радноправног односа. Тако, на страни послодавца, постоји бојазан да одређени подаци (нпр. који се односе на поверљиве активности предузећа, финансијске трансакције, управљање кадровима и лични подаци запослених) буду употребљени од стране неовлашћених субјеката, што ствара потребу за инсталирањем уређаја за заштиту и праћење приступа таквим подацима. Поред тога, послодаваци оправдано страхују да ће запослени у току радног времена користити службена средства за комуникацију у приватне сврхе. С друге стране, на страни запослених, главна опасност од употребе савремених технологија лежи у могућности праћења и надзора над извршавањем престације рада, али и одређених аспеката приватног живота, што отвара питање права запосленог на поштовање приватног живота. Полазећи од чињенице да запослени не губе своју приватност тиме што ступају у радни однос, као основно питање у анализи заштите приватног живота запослених намеће се питање обима ограничења права на поштовање приватног живота на раду.

У условима велике несигурности запослења, масовне и дуготрајне незапослености, те ниске стопе синдикализованости, питање остваривања права запослених на поштовање приватног живота у Републици Србији није једно од горућих. Нова и недоречена законска регулатива, те пракса надлежних органа која је тек у повоју условљава потребу ближег и прецизнијег регулисања овог питања аутономним изворима права. У том смислу, рад има за циљ не само да систематизује и критички размотри постојећа решења битна за разумевање права запослених на поштовање приватног живота, већ и да изнесе могуће смернице за његово уређење.

## 2. Различите концепције „приватног живота“ и „приватности“

Као један од незаменљивих елемената човековог достојанства, право на поштовање приватног живота представља елементарно људско право

загарантовано актима међународноправне природе, уставима већине демократских држава, те инструментима грађанског права. Упркос томе, прецизне дефиниције приватног живота недостају не само правној науци, већ и домаћим изворима права, као и судској пракси. Теорија, законодавство и судска пракса дају различита виђења суштине појма приватног живота и у складу са тим дају и његова различита одређења. Осим несагласности око садржаја самог права, разлике постоје и у погледу терминологије. У упоредном праву се користе различити термини за означавање овог аспекта људског живота: за француско право карактеристична је употреба синтагме „приватни живот“ (*vie privée*), за немачко право израз „приватна сфера“ (*Die Privatsphäre*), у праву држава са англосаксонском правном традицијом најчешће се говори о „приватности“ (*privacy*), док се у праву скандинавских држава, посебно у Шведској, користи реч „интегритет“ (*integritet*) (Hendrickx, 2004: 359).

Тешкоће и разлике у дефинисању приватног живота произилазе, најпре, од тешкоћа у изоловању термина који би био чисто правни, ослобођен од психолошких или социолошких конотација. Други разлог за бројне и различите концепције права на поштовање приватног живота произилазе из чињенице да „приватни живот“ представља један бланкетан појам који се испуњава садржајем тек стављањем у одређени друштвено-историјски контекст (Даниловић, 2017: 163). Међутим, упркос бројним размимоилажењима у виђењу суштине и значења овог појма, међу теоретичарима нема спора да приватни живот означава ограничени простор који није јаван и у којем појединац може независно од спољних утицаја остваривати своје право на слободно обликовање властите личности (Тратар, 2017: 12). У фокусу највећег броја дефиниција приватног живота налази се појам аутономије. Приватни живот се најчешће дефинише као подручје у којем појединац успоставља круг интимног деловања и у којем сме сам одлучивати о томе које ће задирање у њега допустити. У тај простор улазе личне (интимне) ствари које појединац жели задржати заштићене и које према природи ствари или према моралним и другим устаљеним правилима понашања у друштву вреде као такве (здравствено стање, записи, тајни разговори блиских људи итд.) (Тратар, 2017: 12).

Откривању значења гаранције права на поштовање приватног живота у значајној мери су допринела правна схватања Европског суда за људска права у Стразбуру (у наставку Суд), настала у примени чл. 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, према којем „свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке“.<sup>1</sup> Суд није прецизно дефинисао садржај појма „приватни

1 Европска конвенција дефинише право на приватни живот одвојено од права на поштовање дома и преписке, док се у теорији та права сматрају само делом права на

живот“, имајући у виду његову ширину и често преклапање са другим интересима који уживају заштиту по чл. 8 Конвенције. Уместо нуђења јасне дефиниције, Суд је од случаја до случаја препознавао различите животне аспекте који спадају у оквир приватног живота. Резултат тога је доста магловит појам који суд разуме и тумачи прилично широко (Roagna, 2012: 14). Тако, сходно пракси Суда, концепција приватног живота, између осталог, обухвата следеће области човековог живота: право на успостављање и одржавање односа са другим људима, заштиту физичког и моралног интегритета личности, заштиту личних података, промену личног имена, одређена питања у вези са сексуалном оријентацијом и променом пола (Roagna, 2012: 14–28).

Стављање аутономије у средиште дефиниције приватног живота блиско је значењу који се приписује појму „приватност“ у праву држава са англосаксонском правном традицијом. Иако већина теоретичара не прави разлику између права на поштовање приватног живота и права на приватност, чини се да нема основа за стављање знака једнакости између њих (Упореди: Ковачевић, 2010: 169). Уместо тога, примереније је сматрати их сродним појмовима, будући да, за разлику од (права на) приватни живот које у фокусу има суверену сферу живота појединца (коју чини скуп приватних обележја човека, његових поступака и података о њему) (Ђукић, 2017: 50), (право на) приватност у својој сржи има слободу од контроле или доминације других лица (Ковачевић, 2010: 169). Приватност подразумева право појединца да одлучи које информације о њему могу да се открију другима, као и да одлучи на који начин ће се информације о његовој личности прикупљати и у коју сврху ће се оне користити (Westin, 2003: 433).<sup>2</sup>

---

поштовање приватног живота.

2 Везујући се за форму (нарав) државе када је настала, најранија правна анализа концепта приватности, дата у раду «Право на приватност» америчких судија Семјуела Ворена и Луиса Брандајса крајем XIX века, «право приватности» одређује као «право појединца да буде остављен на миру» (Warren, Brandeis: 1890: 195). Ова тзв. класична концепција приватности, иако представља камен темељац теоријском изучавању права на приватност, временом је постала превазиђена. Промењеној нарави државе није више пристајала класична концепција приватности, јер приватни живот појединца у поретку такве државе не може остати сасвим ван захвата државне власти (Прица, 2012: 447, 448). Осим тога, с краја XIX века могући упад у сферу приватности могао је бити учињен само на пасивном субјекту, који је жртва злоупотребе одређених техничких изума, чије примене често није свестан или их није желео (Даниловић, 2017: 164). Временом је то престало бити случај. Развој и употреба информационо-комуникационе технологије и електронске комуникације је створила неограничене могућности за концентracију података, њихово груписање и претраживање по разним обележјима, као и могућност коришћења од стране широког круга корисника. Зато се појављују

У теорији (нарочито англосаксонској) разликују се три врсте приватности: просторна, комуникациона и информациона. **Просторном приватношћу** појединац се штити од упада у интимну сферу тамо где очекује да ће бити сам. Његов дом (стан) је прво, али не и једино такво место. Заштићен је и на сваком другом месту где може основано и тиме очигледно за друге очекивати да неће бити изложен очима јавности, макар да се ради само о столу на радном месту (Тратар, 2017: 12; Бобан: 2012: 584, 585). Код *комуникационе приватности*, пак, предмет заштите је слободна и ненадзирана комуникација. Овим аспектом приватности штити се интерес појединца да се држава или непозване треће особе не упознају са садржајем поруке коју то лице посредује преко било којег средства комуникације, као и интерес појединца да има надзор над тиме коме, у каквом опсегу, на какав начин и под каквим ће условима посредовати одређену поруку. Комуникациона приватност се не може сузити на садржај извештавања, већ обухвата податке о томе на који се начин одвијала, ко је успоставио, с ким је била успостављена, одакле је успостављена и да ли се уопште одвијала (Тратар, 2017: 13). *Информациона приватност* подразумева да појединац одлучује коме ће, када и колико саопштити личне податке, водећи рачуна о својим правима и потребама заједнице. У америчкој правној литератури могуће је уочити неколико концепција информационе приватности. *Прву концепцију* чини информациона приватност као ненаметање. Према овој концепцији „информациона приватност подразумева немешање у личне ствари“ (Miller, Weckert, 2000: 256). Другим речима, појединци имају право да не буду предмет уплитања других лица у односу на одређене информације. Ова дефиниција веома зависи од културолошког окружења и скреће фокус са процеса приватности, јер би одређене форме информација требало третирати као приватне, нпр. личне односе, чињенице о личним изборима (као што је гласање), као и податке о томе шта појединац има у свом власништву (Miller, Weckert, 2000: 255–265). *Другу концепцију* представља информациона приватност као процес одвајања и избегавања. Тако, на пример, Jourard сматра да је приватност стање које се постиже задржавањем информација о понашању појединца у прошлости, као и о намерама које појединац има везано за будућност (Jourard, 1966: 307–318). Pedersen, пак, сматра

---

нове, савремене, концепције приватности које посматрају приватност као активну, а не пасивну вредност - као право на контролу информација о свом животу, а не само као забрану од упада других у приватни живот. Приватност појединца се сада посматра као право појединца да сам одреди када, како и у којој мери ће информације о себи саопштавати другим лицима. Он има право да контролише ко користи информације о њему, када, у које сврхе, да ли има овлашћења за то, да ли је дошло до промена тих информација, зашто итд. (Димитријевић, 2011: 203, 204).

да се приватност информација састоји од шест димензија: (а) изолација, (б) самоћа, (ц) блискост са пријатељима, (д) присност са породицом, (е) резервисаност, и (ф) анонимност. Све ове димензије указују на то да се приватност постиже сепарацијом и повлачењем из спољног света (Pedersen, 1997: 147–156).<sup>3</sup> Најзад, *према трећој концепцији*, информациона приватност се одређују као „жеља појединаца, група или институција да одреде себе у смислу када, како и до ког степена се информације о њима преносе другим лицима“ (Westin, 1967: 166–170). По овим концептима, приватност је процес који подразумева контролу граница приватности, при чему појединац контролише ко има, а ко нема приступ њему самом (Snyder, 2010: 271).<sup>4</sup>

### 3. Право запослених на поштовање приватног живота

Концепција права на поштовање приватног живота се мења не само у времену, већ и у простору. Тако, док се у САД полази од права власништва над средствима за рад које послодавцима даје право да контролишу

3 Дефиниције које су базиране на концептима „ненаметања“ и „сепарације и избегавања“ су сличне у том смислу да подржавају теорију да се приватност постиже на тај начин што се друга лица удаљавају од себе. По овим дефиницијама, приватност је стање које се може постићи када појединац може да спречи друге да се мешају у његов живот, када се може да сакрије информације од других, или када може бити изолован од других. Такође, ове дефиниције указују на то да појединац може достићи идеално стање приватности, те да су неке информације приватне без обзира на њихов садржај. Једно од ограничења ових дефиниција је да не успевају да покрију динамичну природу приватности, већ само њен оквир који је веома статичан (Snyder, 2010, 270).

4 У литератури се у прилог треће концепције информационе приватности наводе емпиријски подаци. Примера ради, *Fusilier* и *Hoyer* су разматрали да ли студенти дозвољавају приступ информацијама које се налазе у њиховом личном досијеу (ово се односи на личне информације и на информације које се односе на пословни учинак) и откривање таквих информација трећим лицима која су повезана са послом који траже. Само они појединци којима је дата контрола над начином на који су њихове информације коришћене изјавили су да осећају да је приватност њихових информација испоштована (Fusilier, Hoyer, 1980: 623–626). *Tolchinsky* је са групом истраживача открио да, уколико запослени не могу да контролишу начин на који компанија користи њихове личне информације, они аутоматски осећају да је њихова приватност угрожена (Tolchinsky, McCuddy, Adams, Ganster, Woodman, Fromkin, 1981: 308–313). Преиспитивање приватности из угла контроле превазилази ограничења које имају дефиниције базиране на концепту „ненаметања“ и „сепарације и избегавања“. Важно је нагласити да је концепт контроле укључен у све претходне дефиниције. На пример, гледајући из перспективе контроле, појединац може остварити приватност у интимној вези тако што задржава одређене информације за себе или тражи самоћу. Међутим, дефиниција је знатно шира јер појединац може изабрати да подели личне информације са другим лицима и опет осећати да му приватност није угрожена (Snyder, 2010: 271).

њихову употребу и понашање запослених (Miller, Wells: 2007: 323)<sup>5</sup>, у европској пракси се полази од дијаметрално супротног приступа – од идеје приватности као основног људског права, гарантованог и заштићеног међународним конвенцијама<sup>6</sup> и националним законодавствима<sup>7</sup> (Даниловић, 2017: 173). Оваквом разумевању гаранције права на поштовање приватног живота, значајно је допринела јуриспруденција Европског суда за људска права у којој је изграђен став да се поштовање приватног живота протеже и на “професионалне или пословне активности”. Према ставу Суда не постоји начелан разлог зашто би појам “приватног живота” требало да искључи стручне и пословне активности, будући да се односи са

5 Тако, на пример, у предмету Smyth (1996) Суд је сматрао да не постоји разумно очекивање приватности у електронској комуникацији коју запослени вољно чини преко електронске поште послодавца, без обзира на то да ли се врши пресретање комуникације од стране послодавца. Према ставу Суда, иако запослени имају валидан интерес у смислу приватности своје електронске комуникације, интерес послодавца у смислу спречавања неодговарајућих и непрофесионалних коментара и нелегалних активности преко електронске поште компаније има већи значај (Friedman, Reed, 2007: 79). Штавише, у погледу права послодавца да контролише компјутерску опрему коју је дао на располагање запосленима, Седми Апелациони суд сматра „да је злоупотреба приступа компјутерима на радном месту толико уобичајена (имајући у виду да их запослени врло често користе као медијум за оговарање и забаву, чиме се омета процес рада), да се недостатак контроле истих може сматрати и неодговорношћу послодавца“ (Friedman, Reed, 2007: 79).

6 Одговарајуће гаранције права на поштовање приватног живота садржане су у: чл. 12 Универзалне декларације о људским правима; чл. 17 Међународног пакта о грађанским и политичким правима; чл. 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода; чл. 7 Повеље Европске уније о основним правима. Лични подаци, као део права на поштовање приватног живота, заштићени су и: Смерницама ОЕЦД за заштиту приватности и прекогранични ток личних података; Кодексом праксе МОР о заштити личних података радника; Конвенцијом СЕ о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података из 1981. године; Директивом бр. 95/46 о заштити лица у погледу коришћења њихових личних података и о слободном кретању таквих података – која је престала да важи 25. маја 2018. године, даном почетком примене Опште уредбе о заштити података о личности (ЕУ 2016/679); Директивом бр. 2002/58 о коришћењу личних података и заштити приватности у сектору електронских комуникација и бројним другим актима (Јашаревић, 2016: 71–92).

7 Правна форма признавања овог права разликује се, те поједине државе изричитим уставним одредбама установљавају право на приватност (пример Белгије, Шпаније, Португалије), док друге право на приватност изводе из националне судске праксе или прихваћених међународних обавеза (Аустрија, Данска, Француска, Италија) (Hendriks, 2002). У Републици Србији се уставним одредбама признаје заштита података о личности (чл. 42), док се Законом о раду из 2005. године у радно законодавство први пут уводи институт заштите личних података, али се то право уређује само у два члана (чл. 83 и индиректно чл. 26). Остала питања у овој области регулише Закон о заштити података о личности из 2008. године.



другим људима управо најчешће успостављају и развијају током обављања професионалних активности. Поступајући у случају Нимиц против Немачке, Суд је заузео став да би било сувише рестриктивно ограничити појам приватног живота на “унутрашњи круг” у коме појединац можда проводи свој лични живот по сопственој жељи, а из њега потпуно искључити спољашњи свет који се налази унутар тог круга. Ускраћивање заштите чл. 8 Конвенције из разлога што се оспорена мера односи само на пословну активност би могло да доведе до неједнакости у поступању према људима, због тога што би таква заштита остала да постоји за оне код којих није могуће разликовати пословне од непословних активности. Суд је своје мишљење поткрепио и чињеницом да је у одређеним државама уговорницама за реч “дом” прихваћено да обухвата и пословне просторије, које тумачење је у складу са француским текстом чл. 8 Конвенције (“*domicile*”).<sup>8</sup>

Концепт права на поштовање приватног живота нејасан је и дискутабилан сам по себи. Уколико га посматрамо у оквирима радног односа он постаје још неухватљивији, имајући у виду да радни однос установљава субординацију запосленог, због чега и идеја приватности трпи одређене модификације (Даниловић, 2017: 178, 163). Разматрање субординације у радном односу рађа питање утврђивања граница послодавчеве (управљачке, нормативне и дисциплинске) власти, те разграничења приватног и професионалног живота запосленог. У анализи наведеног питања Љубинка Ковачевић полази од месног и временског критеријума<sup>9</sup> наводећи да је подручје послодавчеве власти (и правне субординације у радном односу) ограничено на радно време и место рада. Изван радног времена и места рада послодавчева власт, у начелу, не допире до запосленог и сфере његове аутономије, која се означава термином „приватни живот“. Приватни живот, стога, представља простор у којем запослени има потпуну слободу да одлучује о својим активностима и из којег може да искључи друга лица (Ковачевић, 2010: 168, 169). Концентрисање дефиниције приватног живота око појма аутономије, међутим, никако не подразумева да се професионални живот и аутономија међусобно искључују, већ значи да радни однос нужно подразумева умањење (не и укидање) аутономије

8 Пресуда Европског суда за људска права у случају *Niemietz v. Germany* од 16. децембра 1992 (представка 13710/88).

9 Ковачевић наглашава да, упркос томе што радно време и место рада *a priori* представљају објективне и једноставне критеријуме, исти не омогућавају повлачење јасне границе између подручја професионалног и приватног живота, те их треба користити опрезно. Када је у питању месни критеријум, на опрез највише позивају случајеви у којима запослени обављају послове ван просторија послодавца, док на непоузданост временског критеријума указују случајеви као што је приправност за рад. Видети више: (Ковачевић, 2013: 491; Ковачевић, 2010: 168).



запосленог на месту рада у мери у којој је то неопходно за конкретно извршење престације рада (Ковачевић, 2013: 489). У том смислу, могуће је приметити да се аутономија запосленог на радном месту ограничава, преваходно, због потребе правилног извршења престације рада. Зато и није могуће сачинити неки исцрпан списак допуштених ограничења аутономије запосленог на раду будући да различите ситуације, различите врсте послова и радних места повлаче са собом другачија очекивања у смислу приватности, као и другачије начине заштите.

#### **4. Допуштеност ограничења права запослених на поштовање приватног живота**

Интересу послодавца да спречи ненаменско коришћење средстава и обезбеди сигурност радног места, тј. да користи своја управљачка, нормативна и дисциплинска овлашћења супротставља се интерес запослених да заштите своју приватну сферу. Ову супротстављеност додатно појачава брз и интензиван технолошки развој, који је послодавцима омогућио да у вршењу својих овлашћења користе технологије за пренос и обраду података, укључујући електронски и видео-надзор. Регулисање употребе савремене информационе технологије на радном месту у циљу контролисања правилног извршавања престације рада је велики изазов за законодавце. Упркос утицају судске праксе, научних посленика, органа за заштиту личних података и других државних органа, још увек нема убедљивих, прецизних и заједничких правних одговора. Аналогича са другим институтима може помоћи, али може бити и погрешна када се ради о технолошки иновативним феноменима, посебно када је у питању регулисање понашања везаних за интернет. Правни прописи би, стога, као приоритет, требало да утврде опште принципе, инспирисане рационалношћу и праведношћу, а не да утврђују детаљна правила која услед интензивног технолошког развоја брзо застаревају. Овакав поступак захтева претходну идентификацију интереса обе стране (послодаваца и запослених) и узимање у обзир њихова међусобна права, обавезе и одговорности, како би се правилно уравнило супротна очекивања (Lugaresi, 2010: 163).

##### **4.1. Контрола употребе службених средстава за комуникацију**

Обезбеђивање од стране послодавца средстава за рад, укључујући и компјутерске системе који имају приступ интернету, носи са собом проблематику регулисања права послодавца да прати и контролише учинак запосленог и начин на који их запослени употребљава. Посматрано

из угла запосленог, основна средства за рад која послодавац обезбеди се морају користити за извршавање задатака и обављање пословних дужности (Georghe, 2017: 62). Будући да је намена службених средстава за комуникацију у потпуности везана за извршавање престације рада, послодавац, као њихов власник, има право да контролише и ограничи употребу ових средстава. Та врста контроле отвара низ спорних питања, од којих су посебно деликатна два: прво је да ли запослени имају право на коришћење службених средстава за комуникацију у личне сврхе а, ако имају, у којој мери; а друго је могу ли послодавци легитимно пратити (контролисати) понашање запослених коришћењем савремених технологија и, ако могу, у којој мери, под којим условима и у које сврхе.

#### *4.1.1. Употреба службених средстава за комуникацију у приватне сврхе*

Иако је употреба службених средстава за комуникацију везана за извршавање престације рада, у литератури постоји готово опште схватање да коришћење службених средстава у приватне сврхе треба дозволити или бар толерисати, посебно када је реч о приступу интернету и слању и пријему електронске поште преко службеног рачунара. Забрана употребе интернета у личне сврхе од стране запослених се у литератури сматра непрактичном и помало нереалном, јер не уважава степен до којег интернет може помоћи запосленима не само у њиховом свакодневном информисању и изражавању, већ и у сарадњи са другима и пословању (Lugaresi, 2010: 163). Поред тога, ваља указати и на тешкоће надзора у случају употребе службених средстава за комуникацију у личне сврхе, што је више правна (тешко је дефинисати сва понашања и поставити границе између законите и незаконите активности) од техничке непрактичности (праћење интернета на радном месту технички може бити прилично лако). Парадоксално, али ако би се забрана личне употребе средстава за комуникацију сматрала немогућом, постојале би две алтернативе: 1) забранити надзор, индиректно потврђујући право на личну употребу, или 2) омогућити надзор послодаваца, како би се смањиле злоупотребе. Прихватањем прве опције запослени би могли имати приступ интернету онако како (и у обиму у којем) желе, спречавајући послодавце да ефикасно воде своје пословање. У случају прихватања друге опције, пак, послодавци би имали право да контролишу употребу средстава за комуникацију од стране сваког запосленог. Проблем који се у овом случају јавља јесте постављање границе приступа овим средствима. Тако, на пример, ограничен приступ интернету, даје право послодавцу да проверава којим веб страницама је запослени приступио (како би утврдио да ли су у питању „легитимне“ веб странице), те колико времена је проведено на њима (да

би утврдио да ли је прекомерно). „Зонирање“ веб страница на „радно-везане“, „дозвољене“, „толерисане“ и „забрањене“, међутим, није нимало лак задатак (Lugaresi, 2010: 165). Због тога, препорука већине аутора који се баве овом проблематиком јесте доношење од стране послодавца интерне регулативе којом се јасно регулише питање коришћења од стране запослених средстава рада и опреме у приватне сврхе, те им се наглашава да (ли) могу бити предмет контроле (привремене или трајне) која се односи на начин коришћења средстава за рад (Halcrow, 2002: 46–48).

Уколико је употреба службених средстава за комуникацију за личне потребе регулисана, политика заштите података послодавца би требало да понуди разјашњења у смислу метода, услова и ограничења. Регулисање наведених питања појединачним уговором о раду, у којем се дефинише да запослени може бити предмет контроле, није само по себи довољно, већ је потребно сачинити засебан писани документ у којем ће се јасно дефинисати начин контроле (уколико се прати ток разговора или његов садржај), њено трајање и сврха, као и могуће последице. У правилнику о приватности је, најпре, неопходно регулисати да ли је коришћење интернета за личне потребе дозвољено или не, јер степен надзора зависи искључиво од ове ставке. Уколико употреба интернета за личне потребе није дозвољена, одређена правила (нпр. забрана скидања музичких фајлова или коришћење веб-мејла) могу бити сувишна. Уколико је дозвољено коришћење интернета за личне потребе, степен контроле би требало да дефинише питање деликатних и поверљивих информација.

У недостатку регулативе и изричите забране сматра се да је употреба службених средстава за комуникацију у приватне сврхе допуштена. Претпостављена дозвола подразумева и разумну употребу рачунара за личне потребе, која значајније не омета запосленог у извршавању послова и није усмерена на остваривање лукративног циља“ (Ковачевић, 2013: 517).

#### *4.1.2. Право послодавца да контролише употребу службених средстава за комуникацију*

Друго значајно питање у вези са службеним средствима за комуникацију је да ли послодавац може легално контролисати њихово коришћење и, уколико може, до ког степена то може чинити, под којим условима и са каквим последицама. Суштина овог питања тиче се, заправо, решавања сукоба одговарајућих послодавчевих овлашћења са правом запослених на поштовање приватног живота.

У складу са чл. 8 Конвенције, саставни део права на поштовање приватног живота чини право на поштовање преписке. Циљ права на поштовање

преписке је заштита тајности приватних комуникација грађана, и оно је у пракси Европског суда за људска права тумачено тако да гарантује право на непрекидну и нецензурисану комуникацију с другим лицима. „Праг заштите је висок, будући да не постоји никакво *de minimis* начело да би дошло до ометања: отварање једног писма је довољно“ (Roagna, 2012: 33). Суд је редовно узимао у обзир технолошки непредак у области комуникација, и усвојио развојно тумачење речи „преписка“. Поред класичне преписке на хартији, за сврху чл. 8 Конвенције, „преписком“ се сматрају и: старији облици електронске комуникације, као што су телекси; телефонски разговори, укључујући информације које се односе на њих, као што су датум, трајање и бројеви који су бирани; поруке на хартији; електронске поруке (и-мејлови), као и подаци који потичу из праћења личног коришћења интернета; приватне радијске комуникације, али не када су обављене на јавним таласним дужинама па друга лица могу да им приступају; преписка пресретнута током пословних активности или из пословних просторија; електронски подаци одузети током претраге адвокатске канцеларије; пакети одузети од стране царинске претраге. Према ставу Суда, садржај преписке није од значаја за питање ометања: оно што штити чл. 8 је средство или метод, а не предмет комуникације (Roagna, 2012: 33).

Право на поштовање преписке остварује се и на раду, и то, у погледу различитих облика комуникације запосленог са трећим лицима. У погледу приступа интернету и слања/пријема електронске поште, питање права на поштовање приватног живота се, у првом реду, поставља у вези са условима коришћења компјутерских алата од стране запослених, као и правом послодавца да врши надзор над онлајн активностима запослених. Реч је, прецизније, о могућности контролисања од стране послодавца односа веб страница – време, те садржаја страница којима запослени у току радног времена приступају. У вези са наведеним, у јуриспруденцији Европског суда за људска права заузет је став да је послодавчев надзор над употребом службених средстава за комуникацију допуштен само ако је претходно испуњено неколико услова.<sup>10</sup>

---

10 Недавно је Европски суд за људска права у предмету Барбулеску против Румуније пресудио да национални судови нису осигурали поштовање права на приватност у ситуацији када је запослени дисциплински кажњен отказом од стране послодавца због коришћења интернета и електронске апликације у приватне сврхе током радног времена. Иако постоје одређене контроверзе у вези пресуде, она је временом постала одличан, чак визионарски, пример права на поштовање приватног живота на раду и начина контролисања активности запослених од стране послодавца. У овом случају запослени је, на захтев послодавца, користио апликацију *Yahoo Messenger* за комуникацију са клијентима. Послодавац је, без знања запосленог, вршио надзор над

Први услов допуштености послодавчеве контроле јесте његова обавеза да запослене *упозна* са могућношћу контроле. Одлука о контроли се мора донети пре почетка процедуре праћења активности запослених, а запослени (без обзира на то што је одлука о контроли донета једнострано) мора бити обавештен о почетку контроле пре њеног отпочињања. У одлуци о увођењу контроле послодавац мора навести начин на који ће

коришћењем те апликације и утврдио да је запослени исту користио и за приватну комуникацију, због чега је добио отказ. Национални судови су сматрали да је одлука о отказу донета у складу са законом, након спроведеног дисциплинског (истражног) поступка у којем се показало да је запослени прекршио одредбе унутрашњег прописа за које је знао и којим је била предвиђена забрана коришћења ресурса послодавца у приватне сврхе. Национални судови су сматрали да је мера коју је послодавац предузео била легитимна и пропорционална циљу, те да је у овом случају постигнут потребан баланс између права послодавца да надгледа рад запослених и права запослених на поштовање приватног живота. У првом степену, Европски суд за људска права је подржао одлуку националних судова и утврдио да овде нема кршења приватности, наводећи да је у конкретном случају истрага послодавца била ограничена у обиму – искључиво се односила на апликацију и пропорционална – узимајући у обзир интерес послодавца да потврди да запослени обавља послове свог радног места у радно време. Према томе, Суд је потврдио да је држава Румунија предузела неопходне мере како би осигурала поштовање права на приватни живот и тајност кореспонденције, те да није било кршења чл. 8 Конвенције. Међутим, дана 6. јуна 2016. године, на захтев подносиоца жалбе, предмет је упућен Великом већу Суда, које је, анализирајући случај, дана 5. септембра 2017. године, пресудило да национални судови нису осигурали поштовање права на приватност запосленог који је дисциплински кажњен отказом због коришћења интернета и ИТ апликације у личном интересу током радног времена, при чему је послодавац своју одлуку заснивао на доказима добијеним надгледањем електронске комуникације запосленог, без његовог знања. Суд је закључио да национални судови нису успели успоставити потребан баланс између права запосленог на поштовање приватног живота и права послодавца да надгледа и контролише рад својих запослених. Стога је Суд утврдио кршење чл. 8 Европске конвенције о људским правима. У својој одлуци, Суд је одредио критеријуме које ће националне власти применити у циљу постизања равнотеже између права двеју странака (послодавца и запослених): да ли је запослени обавештен о томе да послодавац има могућност праћења електронске поште и других средстава комуникације (обавештење мора јасно означавати природу мониторинга); степен контроле и степен мешања у приватни живот запосленог (у том случају је потребно направити јасну разлику између контролисања тока разговора и садржаја разговора); да ли послодавац има адекватне разлоге да оправда контролу и да ли има приступ садржају разговора; да ли послодавац може користити мере и методе који се мање мешају у приватне ствари запослених лица; да ли је контролисање запослених неопходно за остваривање циља који је поставио послодавац; да ли је запослени заштићен адекватним мерама, посебно уколико се послодавац контролом меша у приватни живот запосленог. Суд сматра да се радни однос мора заснивати на међусобном поверењу послодавца и запосленог лица. Видети: Пресуда Европског суда за људска права у случају *Bărbulescu v. România* од 5. септембра 2017. године (представка 61496/08).

контрола бити реализована и разлоге због којих је неопходна. Запослени се не мора сложити са начином обављања контроле, али сакупљање и чување личних података који су прикупљени у поступку контроле захтева његову сагласност. Уколико послодавац није изричито навео да је праћење активности на интернету и кореспонденције електронском поштом могуће, запослени претпостављају да до контроле неће доћи. Њихова очекивања заснована су на концепту „разумно очекиване приватности“.<sup>11</sup> Примена овог концепта значи да је послодавцу забрањено да врши надзор и да се меша у комуникацију запосленог, ако запослени, имајући у виду све околности конкретног случаја, није могао да очекује да послодавац надзире његову преписку или разговор.<sup>12</sup>

Поред тога што послодавчева контрола мора бити транспарентна, да би била допуштена, она мора бити и *оправдана*. Она се, у том смислу, мора заснивати на законитим интересима. Тако, сасвим је оправдано да послодавац контролише трошкове које праве запослени, као што је оправдано да контролише запослене ради спречавања незаконитих поступања. Као легитимни интерес увођења контроле може се јавити и идентификација компјутерских вируса, елиминисање преоптерећености мреже, контролисање начина обављања задатака, идентификација кршења обавезе поштовања клаузуле забране конкурентности, као и провера поштовања репутације послодавца.<sup>13</sup>

11 Концепт разумно очекиване приватности је развијен у америчкој судској пракси, тумачењем IV амандмана Устава САД, којим се штити неповредивост дома, докумената и имовине америчких грађана. Бавећи се питањем неовлашћеног прислушкивања грађана у контексту тог амандмана, судови САД су средином XX века формулисали правило да се приватност појединца може заштити ако је појединац испољио стварно очекивање приватности и ако је његово очекивање такво да је друштво спремно да га призна као „разумно“. Примена овог правног стандарда је временом проширена и на односе запослених и послодавца, без већих измена (Даниловић, 2017: 172).

12 Концепција разумно очекиване приватности је у пракси Европског суда за људска права први пут поменута у случају Халфорд против Велике Британије од 25. јуна 1997. године. У овом случају послодавац је, без знања запослене, прислушкивао њене телефонске разговоре на радном месту. Одбрана је тврдила да запослена није могла имати разумно очекивање приватности у погледу коришћења телефона на радном месту и да је послодавац принципијелно слободан да без знања запосленог надзире телефонске разговоре у случају када запослени користи службене телефоне. Међутим, Суд је пресудом утврдио да „упад“ послодавца у разговоре представља повреду гаранције права на поштовање приватног живота, зато што запослена није била упозорена на послодавчеву могућност мешања у телефонске разговоре који се воде из послодавчевих просторија. Видети: Пресуда Европског суда за људска права у случају *Halford v. the United Kingdom* од 25. јуна 1997. године (представка 20605/92).

13 Имајући у виду да право послодавца да контролише приступ интернету и електронску пошту запосленог у свим горе наведеним ситуацијама може нарушити

Последња група услова везана за допуштеност послодавчеве контроле тиче се њене *примерености и нужности*, због чега је, у начелу, забрањена константна и систематска контрола употребе службених средстава за комуникацију, а иста може бити примењена само у случају када послодавац закониту сврху надзора није могао остварити мерама и методама које представљају мањи упад у приватне ствари запослених. Осим тога, послодавац треба да надгледа комуникацију запослених на начин који је, у техничком смислу, примерен, те да приликом надзора прикупља само одређене врсте података, и то оне који су непосредно везани за извршавање обавезе рада. (Ковачевић, 2013:520-521). Податке прикупљене током контроле послодавци могу користити само у складу са легитимним интересима, те их, стога, морају уништити у тренутку када више нису неопходни. У том смислу, заштити послодавчевих интереса више доприноси спречавање, него откривање, ненаменске употребе интернета, а тај вид контроле уједно представља и мањи упад у интимну сферу запосленог. У такве мере се, на пример, могу сврстати подешавање рачунара тако да запослени не могу визуелно сакрити своје електронске активности (мања је вероватноћа да ће запослени користити интернет знајући да њихове колеге, клијенти и остали могу видети оно што имају на монитору рачунара), технолошке мере, као што су филтери који забрањују одређене операције или приступ одређеним сајтовима и сл.<sup>14</sup>

#### *4.1.3. Надзор електронске поште запосленог*

Најделикатније питање у вези са контролом употребе службених средстава за комуникацију јесте праћење електронске поште, имајући у виду могућност сазнавања садржаја преписке што представља најдубље задирање у интимну сферу. У циљу утврђивања постојања права послодавца да врши надзор електронске поште, у теорији (пре свега америчкој) пошло се од права власништва. Према једној групи теоретичара, уколико запослени користе компјутере и мрежу за електронску пошту у власништву послодавца, не могу очекивати потпуну приватност, јер послодавац може проверити сваки компјутер, мрежу и прочитати садржај сваке примљене

---

баланс између права запослених на поштовање приватног живота и његових одговарајућих овлашћења, легитимни интереси (оправдани разлози) увођења надзора се не могу дефинисати генерално, већ само од случаја до случаја.

14 Поузданост белих и црних листа веб-сајтова је, међутим, веома мала, имајући у виду да се нови веб-сајтови и странице креирају на дневном нивоу. Активност ажурирања филтера уопште није лака, а црне листе забрањених веб-сајтова се стално умножавају и генеришу нове веб-сајтове који нису предмет филтрирања, док беле листе дозвољених сајтова константно блокирају нове сајтове који могу бити корисни (Lugaresi, 2010: 172).



и послате електронске поруке. Запослени не могу имати иста очекивања везана за приватност на радном месту у поређењу са очекивањима везаним за приватност коју имају код куће. Према присталицама другог схватања, пак, власништво над мрежом која покрива електронску пошту не подразумева власништво над електронском поштом. Електронска пошта је „затворена“ кореспонденција и мора законски бити третирана као таква. Чињеница да послодавци поседују адресе електронске поште не значи да поседују њихову електронску пошту, још мање да имају право да је читају. Ово не значи да послодавац не може вршити надзор електронске поште запослених. Интерна политика заштите податка може навести да није дозвољено слање и примање личне електронске поште на радном месту, те да је електронска пошта „изједначена“ са факсом (и да се може читати и архивирати од стране послодавца). Очекивања од приватности се у том случају знатно мењају, штавише нестају. У свим другим случајевима, контрола садржаја електронске поште не би се могла сматрати допуштеном.<sup>15</sup>

#### **4.2. Видео-надзор у радном простору**

Употреба различитих техничких средстава за контролу кретања и одређивања присуства запослених у просторијама послодавца, попут идентификационих картица, инсталације камера и увођења биометријских система, који омогућавају препознавање запослених на основу неког непроменљивог физичког својства (нпр. узимањем отиска палца или снимањем зенице), може допринети ефикаснијем вршењу послодавчевих овлашћења (Ковачевић, 2013: 524). Инсталација система видео-надзора, тако, може представљати вид заштите од разних прекршајних и криминалних радњи запослених и других лица, меру заштите запослених и имовине, средство унапређења продуктивности (контрола обављања посла и техничких средстава), а може се користити и као доказ у случају спора између послодавца и запосленог (Жарковић, 2015: 171). Међутим, коришћење система оптичке контроле и надзирања запослених путем камера, изазвала је жучне научне и стручне расправе, које су, потпуно оправдано, биле усмерене на питање допуштености примене ове надзорне мере, посебно ако се има у виду да иста укључује снимање радњи и гестова запослених (Ковачевић, 2013: 525). Као препреке у примени система видео-надзора пословног простора наводе се психолошки притисак на запослене,

---

15 За разлику од службених мејлова чији надзор послодавци могу спроводити, уз поштовање правила дефинисаних интерним актима, отварање приватних мејлова (који су као такви означени) је апсолутно забрањено, и то независно од тога да ли је послодавац претходно забранио употребу службених рачунара у приватне сврхе.

могућност злоупотребе снимљеног материјала, задирање у приватност запослених и нарушавање њиховог достојанства.

У државама чланицама Европске уније урађена је студија под називом „Заштита личних података запослених: случај надзора и праћења“, финансирана од стране Европске комисије и Генералног директората за запошљавање и социјална питања. У Извештају студије, по питању надзора и праћења запослених, наведено је да употребу камера у радном окружењу треба сматрати законитом уколико се надзор примењује ради заштите здравља и безбедности, заштите имовине послодавца, праћење процеса производње и праћења радног учинка. Праћење не би требало да буде трајно, не би се смело вршити у приватним областима, а тајни надзор је дозвољен у веома ограниченим случајевима (нпр. уколико постоје основи сумње да је узвршено кривично дело).<sup>16</sup>

У литератури, националним законодавствима<sup>17</sup>, али и пракси Европског суда за људска права<sup>18</sup> искристализована су основна начела допуштености

---

16 Наведено према: Жарковић, 2015: 172.

17 У већини држава чланица Европске уније, али и државама региона, коришћење видео-надзора на радном месту, по правилу, није непосредно регулисано законом, већ се заштита запослених од недопуштене употребе видео-надзора обезбеђује на основу норми (уставног, управног, кривичног, радног права) које гарантују заштиту достојанства и поштовање приватног живота (Ковачевић, 2013: 528). Има држава, попут Белгије, у којима се ово питање регулише колективним уговорима и једностраним актима послодавца (De Hert, Loncke, 2005: 167–205). Најчешће се, међутим, контрола понашања запослених од стране послодавца регулише законима о заштити личних података, имајући у виду да видео-надзор заправо представља сакупљање података о личности.

18 Тако, на пример, у случају Копке против Немачке од 5. октобра 2010. године подносилац представке била је радница, благајник у супермаркету, која је отпуштена због наводне крађе, при чему је као доказ послодавац приложио снимак са видео-надзора који је прибављен уз помоћ детективске агенције. Видео-надзор подносиоца представке је спроведен без претходног упозорења од стране послодавца. Снимци који су на тај начин добијени прегледани су од стране неколико запослених и коришћени су касније у судским поступцима у земљи. На овај начин снимци су постали доступни јавности, а подносилац представке позвала се на повреду чл. 8 Конвенције. С друге стране, послодавац је истицао да су предузете мере биле временски ограничене на две недеље, да је снимано само подручје где је запослена радила, а да су добијени подаци коришћени само од стране ограниченог броја лица која су запослена код истог послодавца и све искључиво ради доказивања незаконитог понашања запослене. Суд је закључио да у овом случају не постоји ништа што би указивало на то да су домаћи органи пропустили да заштите правичну равнотежу између права запослене на поштовање приватног живота и интереса послодавца у заштити имовинских интереса. Образлажући пресуду, Суд је навео да је у конкретном случају тајни надзор спроведен тек након што је послодавац приметити неправилности на рачунима, да

примене система видео-надзора у просторијама послодавца: 1) *Начело законитости* подразумева да се свака обрада личних података мора обављати на законит начин, уз поштовање достојанства и приватности запослених; 2) *Начело оправданости* подразумева да послодавац може користити камере и надзор у радним просторијама само онда када је снимање места рада нужно за заштиту његових легитимних интереса, пре свега његове потребе да обезбеди личну сигурност запослених и других лица у просторијама, да заштити имовину или надзире исправност производних процеса, као и ради спречавања (или истраге) ситуација којима се угрожавају безбедност имовине или производни процеси, ако је то једини могући начин контроле; 3) *Начело транспарентности* подразумева да запослени морају унапред бити обавештени о примени ове мере, о њеним циљевима, о броју инсталираних камера, о месту њиховог постављања, трајању снимања, евентуалном (привременом) чувању података, као и о контакт особи која рукује прикупљеним подацима. То, даље, значи да је забрањен тајни видео-надзор, осим у изузетним случајевима када постоји основана сумња о криминалној активности или другом озбиљном незаконитом поступању.<sup>19</sup> 3) *Начело сразмерности* подразумева да лични подаци који се обрађују морају бити релевантни с обзиром на сврху обраде. Примена видео-надзора мора бити ограничена на радно време и место рада. У свакој просторији која се снима мора постојати слика камере, а видео-надзор се не сме уводити у тоалетима, свлачионицама, соларијумима, ресторанима односно свуда где се драстично задира у приватност особа. Постављање камера у наведеним тзв. полуприватним просторијама се сматра неоправданим и, последично, недопуштеним, чак и ако постоје озбиљни разлози за њихово инсталирање. Уз то, камера не сме бити постављена тако да снима само једног запосленог. Са друге стране, временско ограничење видео-

---

је био ограничен временски и просторно, те да је послужило и као средство да се са осталих запослених скине сумња. На крају, Суд је констатовао да није био ниједног другог једнако ефикасног средства за заштиту имовинских интереса послодавца којим би се у мањој мери задирало у приватну сферу подносиоца представке. Видети: Пресуда Европског суда за људска права у случају *Köpke v. Germany* од 5. октобра 2010. године (представка 420/07).

19 Према мишљењу Савезног радног суда Немачке, тајни видео-надзор запосленог дозвољен је: уколико се сумња на кривично дело или друго масовно кршење прописа од стране запосленог на штету послодавца, уколико све блаже методе истраживања нису дале резултате, уколико је тајни видео-надзор једино решење да се проблем реши и уколико примена није несразмерна. У таквим случајевима, надзор мора да се концентрише на запосленог за кога се претпоставља да крши прописе или чини кривично дело и на места где се очекује да се кривично дело или друго кршење прописа дешава (на пример каса) (Нав. према: Жарковић, 2015: 171).

надзора подразумева забрану континуираног надгледања активности запослених. Ово не само због тога што континуирани надзор угрожава приватност запослених, већ и зато што представља озбиљан ризик за њихово психичко здравље и достојанство, због непријатног сазнања да су под сталном „присмотром“. 4) *Начело нужности* подразумева претходну процену могућности остваривања конкретних циљева применом мање инвазивних метода, односно утврђивање да те методе надзора нису могуће, односно довољне.

## 5. Закључак

На основу напред наведеног, могуће је закључити да широка употреба информационих технологија на раду отвара читав низ правних питања, а пре свега питање заштите права запослених на поштовање приватног живота. Теоријска, упоредноправна и судска решења указују да та питања, у највећем броју случајева, могу бити решена на основу постојећих правила која гарантују заштиту достојанства, поштовање приватног живота и заштиту података. Међутим, заштити запослених од прекомерне употребе разних техника и технологија на месту рада може допринети прецизније и строже уређивање актима аутономнога права. Својим интерним актима послодавац може потпуно забранити употребу службених средстава за комуникацију у приватне сврхе или је може ограничити. Без обзира за коју се опцију одлучи, послодавац мора поставити јасан и прецизан оквир приватности запослених на раду, јер паушално одређена ограничења по принципу „немогуће је да нисте знали“ не могу уживати заштиту. Право на поштовање приватног живота је елементарно људско право које се на раду може ускратити само у изузетним случајевима у којима је увођење мера надзора неопходно за заштиту законитих интереса послодавца, пре свега његове потребе да осигура безбедност и здравље на раду, заштити своју имовину и обезбеди правилно извршење престације рада. Одговарајућа контролна овлашћења послодавца, притом, морају бити ограниченог обима, тако да послодавац не би смео да надзире запослене на сваком месту и у сваком тренутку.

## Литература/References

Бобан, М. (2012). Право на приватност и право на приступ информацијама у савременом информацијском друштву. Зборник радова Правног факултета у Сплиту. 3(2012). 575–598.

Georghe, M. (2017). Considerations of the conditions which the employer may monitor their employees at the workplace. *Juridical Tribune*. 2(2017). 62–69.

Даниловић, Ј. (2017). Право на приватност запослених. *Анали Правног факултета у Београду*. 2(2017). 162–182.

Димитријевић, П. (2011). Правна регулатива електронске комуникације и право на приватност. *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву*. 2011. 199–2011.

De Hert, P. Loncke, M. Camera surveillance and workplace privacy in Belgium. Преузето 20. 6. 2018 <http://www.vub.ac.be/LSTS/pub/Dehert/017.pdf>

Ђукић, Д. (2017). Заштита података о личности са освртом на ново законодавство Европске уније у овој области. *Правни записи*. Правни факултет Универзитета Унион. 1(2017). 49–60.

Жарковић, И. (2015). Мере електронског надзора запослених и право на приватност на радном месту. *Наука, безбедност, полиција*. 3(2015). 165–182.

Јашаревић, С. (2016). Нове тенденције у области заштите личних података на раду у међународном праву. *Радно и социјално право*. 1(2016). 71–92.

Jourard, S. M. (1966). Some psychological aspects of privacy. *Law and Contemporary Problems*. 31(1996). 307–318.

Ковачевић, Љ. (2010). Радни однос и право на поштовање приватног живота. У Шундерић, Б, Лубарда, Б. и Јовановић, П. (Прир). *Остваривање и заштита социјалних права*, зборник радова са Саветовања правника. Београд. 166–184.

Ковачевић, Љ. (2013). Правна субординација у радном односу и њене границе. Београд.

Lugaresi, N. (2010). Electronic privacy in the workplace: Transparency and responsibility. *International Review of Law, Computers & Tecnology*. 163–173.

Miller, S. Weckert, J. (2000). Privacy, the workplace and the internet. *Journal of Business Ethics*. 28 (2000). 255–265.

Miller, C. Wells, S. Balancing Security and Privacy in the Digital Workplace. *Journal of Change Management*. 3–4(2007). 315–328.

Pedersen, D. M. (1997). Psychological functions of privacy. *Journal of Environmental Psychology*, 17(1997). 147–156.

Прица, М. (2012). Ограничавање приватности државном интервенцијом заснованој на примени информационих технологија. Зборник радова Правног факултета у Нишу. LXII.2012. 445–462.

Roagna, I. (2012). Zaštita prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, u skladu sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Vijeće Evrope. Strasbourg.

Snyder L, J. (2010). E-mail Privacy in the Workplace – A Boundary Regulation Perspective. *Journal of Business Communication*. 3(2010). 266–294.

Tolchinsky, P. D., McCuddy, M. K., Adams, J., Ganster, D. C., Woodman, R. W., & Fromkin, H. L. (1981). Employee perceptions of invasion of privacy: A field simulation experiment. *Journal of Applied Psychology*. 66 (1981). 308–313.

Tratar, B. (2017). Pravna osoba (persona ficta) kao titular ljudskog prava na privatnost – u Sloveniji i komparativno. *Pravni vjesnik: časopis za pravne i društvene znanosti Pravnog fakulteta Sveučilišta J.J. Strpssmayera u Osijeku*. 2(2017). 9–26.

Friedman A, B. Reed J, L. (2007). Workplace Privacy: Employee Realties and Legal Relations and Legal Implications of Monitoring Employee E-mail Use. *Empoy Respons Rights*. J(2007). 75–83.

Fusilier, M. R. Hoyer, W. (1980). Variables affecting perceptions of invasion of privacy in a personnel selection situation. *Journal of Applied Psychology*. 65(1980). 623–626.

Hendrickx, F. (2004). Employment privacy. U Blanpain, R. (Prir.). *Comparative labour law and industrial relations in industrialized market economies*. Kluwer Law International.

Halcrow, A. (2002). Navigating the New Landscape of Workplace Privacy Rights. *Employment Relations*. 1(2002). 45–53.

Hendrickx, F. (2002). Protection of Workers' Personal Data in the European Union. Leuven. Преузето 15.07.2018 file:///C:/Users/Milan/Downloads/1\_data-protection-hendickx-combinedstudies\_en%20(1).pdf

Warren D, S. Brandeis D, Louis. (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review* IV. 5(1890). 193–220.

Westin F, A. (1967). Privacy and freedom. New York, NY: Atheneum. *Washington and Lee Law Review*. 1(1967). 166–170.

Westin F, A. (2003) Social and Political Dimensions of Privacy. *Journal of Social Issues*. 59(2)/2003. 431–453.

Пресуда Европског суда за људска права у случају *Niemietz v. Germany* од 16. децембра 1992 (представка 13710/88).

Пресуда Европског суда за људска права у случају *Halford v. the United Kingdom* од 25. јуна 1997. године (представка 20605/92).

Пресуда Европског суда за људска права у случају *Köpke v. Germany* од 5. октобра 2010. године (представка 420/07).

Пресуда Европског суда за људска права у случају *Bărbulescu v. România* од 5. септембра 2017. године (представка 61496/08).

Закон о раду (Сл. гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС и 113/2017).

Закон о заштити података (Сл. гласник РС, бр. 97/2008, 104/2009 – др. закон 68/2012 – одлука УС и 107/2012).



**Marija Dragičević, LL.M.**

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

## **MODERN TECHNOLOGIES AND EMPLOYEES' RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE**

### **Summary**

*Modern technologies are a consequence of the significant development of human thought and inventiveness. Individuals, legal entities and countries depend on using modern technologies which enable them to perform different tasks, do business or offer a large number of services. In recent years, the use of information technology has spread rapidly in different areas, including the workplace. Apart from the undisputable contribution to the effective exercise of the employer's authorities, the development of information technologies has opened up a number of issues concerning the possibility of providing the necessary presumptions to ensure the adequate protection of the legitimate interests and rights of parties involved in labour relations. Both the employer and the employees may be exposed to potential danger of unauthorized disclosure and abuse of confidential data or private information. Thus, on the employer's part, there is a concern that certain data (e.g. relating to confidential activities of a company, financial transactions, personnel management, and employees' personal data) may be misused by unauthorized entities, which creates the need for installing devices for data protection and monitoring access to such data. In addition, employers justifiably fear that employees may use modern technology for private purposes during working hours. On the other hand, employees are mainly concerned about the danger of misusing modern technologies for the purpose of monitoring and supervising the performance, as well as certain aspects of private life, which opens the issue of the employees' right to privacy and right to respect for private life.*

*In this context, the author discusses the question of permissible use of modern technologies, particularly in light of the protection of human rights and fundamental freedoms of employees. As the central problem, the author analyzes the issue of the difficulty of striking a balance between the employer's interest to ensure the workplace safety and the healthy working conditions and, on the other hand, the employees' interest to ensure respect for their privacy rights and dignity at work. In particular, the author focuses on specific control measures aimed at monitoring the use of official means of communication and video surveillance.*

**Keywords:** *right to privacy, employees, right to respect for private life, modern technologies.*



**Др Александар С. Мојашевић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

**Бојана Арсенијевић,**  
Докторанд Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880445M

UDK: 343.54-055.5./7(497.11 Niš)

Раđ примљен: 30.09.2018.

Раđ прихваћен: 23.10.2018.

## **АНАЛИЗА ПРИМЕНЕ ЗАКОНА О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА У ПОРОДИЦИ ПРЕД ОСНОВНИМ СУДОМ У НИШУ \*\***

**Апстракт:** У овом раду анализирају се ефекти примене Закона о спречавању насиља у породици пред Основним судом у Нишу. Будући да је један од основних циљева овог Закона превенција било ког облика насиља у породици, основно питање је да ли је Закон остварио овај циљ у првим месецима након почетка његове примене 1. јуна 2017. године. Ради одговора на ово питање, акценат је стављен на ефикасност поступања државних органа у превенцији насиља, као и новоуведених института (процена ризика од насиља, изрицање хитних мера и других). У ту сврху прикупљени су и анализирани подаци из службених евиденција надлежних државних органа (суда, тужилаштва и полиције), који се односе на предмет истраживања. Најважнији налази су да је Закон у првих шест месеци примене остварио следеће резултате: успешно је реализована сарадња полиције, тужилаштва и суда; повећан је број пријава случајева насиља; и повећан је број процесуираних случајева насиља. Генерално гледано, примена Закона има одређене позитивне ефекте, у виду веће активности државних субјеката и охрабрења грађана да пријављују насиље у породици, али је за процену његових стварних (нарочито превентивних) ефеката у пракси потребно дужи време.

**Кључне речи:** Закон о спречавању насиља у породици, Основни суд у Нишу, примена, хитне мере, превенција, насиље у породици.

\* mojasevic@prafak.ni.ac.rs  
a.bojana@prafak.ni.ac.rs

\*\* Раđ је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу

Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, финансираног од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046).

## 1. Увод

Последњих деценија приметан је тренд појачане легислативне активности на пољу спречавања и кажњавања насиља у породици, а нарочито насиља над женама и децом, на међународном и домаћем нивоу. Савет Европе усвојио је 2011. године Конвенцију о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, познату и као Истанбулска конвенција, коју је и наша држава ратификовала<sup>1</sup>. Најновије активности Републике Србије у овој области огледају се у усвајању Закона о спречавању насиља у породици<sup>2</sup> и Закона о изменама и допунама Кривичног законика,<sup>3</sup> оба од 23. новембра 2016. године. Почетак примене Закона о спречавању насиља у породици (у даљем тексту: Закон), као и ступање на снагу Закона о изменама и допунама Кривичног законика, било је одложено до 1. јуна 2017. године, како би институционални субјекти, којих се примена Закона тиче, имали довољно времена за специјалну едукацију и организовање спровођења законских норми у пракси.

Пре доношења Закона, постојеће кривичноправне и грађанскоправне норме, које су се тикале насиља у породици, биле су усмерене на санкционисање већ извршеног акта насиља. Међутим, није постојао законски основ за спровођење превентивних активности државних органа како у конкретним ситуацијама акт насиља не би био извршен. Наравно, треба имати у виду генерално и специјално превентивно дејство које остварују запрећена правна санкција и изречена санкција у одговарајућем судском поступку. Но, празнина у домаћем праву је постојала у оним ситуацијама када насиље предстоји, али жртви није могла бити пружена заштита и само насиље спречено. Другим речима, у пракси су препознате ситуације када је очито да ће до насиља доћи, али државни органи нису имали законску могућност да потенцијалну жртву заштите од предстојећег догађаја.

Одговарајући на овако препознату потребу за превентивном активношћу државних органа, законодавац је домаћу легислативу употпунио законом чија је основна сврха да служи превенцији насиља у породици,<sup>4</sup> као друштвено штетног и криминогеног понашања. Појам насиља у породици у смислу овог закона не исцрпљује се у кривичноправном одређењу бића

---

1 Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 12/13.

2 Закон о спречавању насиља у породици, Сл. гласник РС, бр. 94/2016.

3 Закон о изменама и допунама Кривичног законика, Сл. гласник РС, бр. 94/2016.

4 Видети: чл. 2 Закона о спречавању насиља у породици.

кривичног дела насиље у породици из чл. 194. Кривичног законика.<sup>5</sup> Напротив, Закон се односи на спречавање насиља у породици схваћеног као акт физичког, сексуалног, психичког или економског насиља, и то према лицима које овај закон одређује као чланове породице.<sup>6</sup> Истовремено, сврха Закона обухвата и пружање заштите и подршке жртвама насиља у породици.<sup>7</sup> Закон се примењује и на сарадњу у спречавању насиља у породици у кривичним поступцима за одређена кривична дела и пружање заштите и подршке жртвама тих кривичних дела.<sup>8</sup>

Спречавање насиља у породици остварује се откривањем постојања непосредне опасности да лице учини или понови насиље, као и предузимањем превентивних активности према потенцијалном учиниоцу.<sup>9</sup> Другим речима, превентивна сврха Закона огледа се у активностима државних органа када акт насиља није извршен, али постоји непосредни ризик да буде извршен, те се потенцијалном учиниоцу ставља у изглед ефикасност државног репресивног органа који такво понашање не толерише и санкционише.

Уколико се, пак, акт насиља догодио и постоји непосредна опасност од његовог понављања, превентивна активност државних органа усмерена је на спречавање понављања акта насиља, због чега се учинилац удаљава од жртве одмах, без одлуке која ће бити донета у редовном судском поступку. На тај начин су отклоњени недостаци у постојећем кривичноправном и грађанскоправном поступку пружања заштите жртви. Сада државни органи имају законом регулисане могућности да учиниоца удаље из заједничког стана, као и да му забране контакт и приближавање жртви, иако редовни поступак, било кривични било грађански, није окончан или још није ни отпочео.

Ову сврху законодавац настоји да оствари регулисањем процедуре предузимања одговарајућих хитних мера према учиниоцу кривичних дела са елементом насиља према члановима породичне заједнице.<sup>10</sup> Закон

---

5 Кривични законик, Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005 – испр, 107/2005 – испр, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016. У даљем тексту биће коришћена и скраћеница КЗ.

6 Видети: чл. 3 Закона о спречавању насиља у породици.

7 Видети: чл. 2 Закона о спречавању насиља у породици.

8 Видети: чл. 4 Закона о спречавању насиља у породици.

9 Видети: чл. 3 Закона о спречавању насиља у породици.

10 У наставку рада уместо формулација „потенцијални учинилац“ и „потенцијална жртва“ користимо изразе „учинилац“ и „жртва“ због једноставности изражавања, обухватајући тиме и ситуацију када лице није извршило акт насиља, али је процењена

регулише две хитне мере и то: меру привременог удаљења учиниоца из стана и меру привремене забране учиниоцу да контактира жртву и да јој прилази.<sup>11</sup> Хитне мере изриче надлежни полицијски службеник на основу сопствене процене постојања непосредног ризика од извршења или понављања акта насиља у породици, у свакој конкретној ситуацији,<sup>12</sup> при чему хитне мере могу трајати највише четрдесет и осам сати.<sup>13</sup> Наредбе полиције контролише јавно тужилаштво, путем свог овлашћења да поднесе предлог суду за продужење трајања изречене хитне мере.<sup>14</sup> Суд доноси одлуку да ли се изреченој хитној мери продужава трајање и за који временски период,<sup>15</sup> а који не може бити дужи од тридесет дана.<sup>16</sup> Уколико учинилац прекрши изречену или продужену меру, казниће се за прекршај казном затвора до 60 дана.<sup>17</sup> Током целокупног поступка наведени државни органи сарађују са центром за социјални рад и старају се о заштити и пружању подршке жртви.<sup>18</sup>

## 2. Методолошки оквир истраживања

Полазећи управо од истакнуте намере законодавца приликом доношења Закона, у овом раду се испитује да ли је у почетном периоду примене Закона заиста остварена сврха, односно да ли је Закон допринео превенцији извршења кривичних дела која представљају или имају за последицу насиље у породици.<sup>19</sup> Имајући у виду то да је прошло више од шест месеци

---

непосредна опасност да ће га учинити, као и ситуацију када лице јесте извршило акт насиља и процењена је непосредна опасност да ће га поновити.

11 Кривични законик, Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005 – испр, 107/2005 – испр, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016. У даљем тексту биће коришћена и скраћеница КЗ.

12 Видети: чл. 14–17 Закона о спречавању насиља у породици

13 Видети: чл. 21 Закона о спречавању насиља у породици.

14 Видети: чл. 18 Закона о спречавању насиља у породици.

15 Видети: чл. 19 Закона о спречавању насиља у породици.

16 Видети: чл. 21 Закона о спречавању насиља у породици.

17 Видети: чл. 36 Закона о спречавању насиља у породици.

18 Видети: чл. 2, 7 и 31 Закона о спречавању насиља у породици.

19 Успешно остварена сврха превенције, кроз примену хитних мера, очекује се да допринесе смањењу броја кривичних поступака због наведених кривичних дела. Хитне мере се изричу када постоји непосредна опасност од насиља. Вођење судског поступка подразумева постојање оправдане сумње да је извршен акт насиља, у виду одговарајућег кривичног дела. Уколико изрицање хитних мера није било довољно да спречи кулминацију насиља, што се има одразити и у броју кривичних пријава и у броју покренутих судских поступака, онда сврха превенције није остварена.

од почетка примене Закона, одређене прелиминарне оцене његових ефеката свакако се могу дати.<sup>20</sup>

Полази се од тога да је у периоду примене Закона мања учесталост покренутих кривичних поступака пред Основним судом у Нишу, због извршења кривичних дела са елементима насиља у породици, у односу на компаративни период пре почетка примене Закона. Реч је о кривичним делима наведеним у Закону и то: прогањање, силовање, обљуба над немоћним лицем, обљуба злоупотребом положаја, недозвољене полне радње, полно узнемиравање, подвођење и омогућавање вршења полног односа, посредовање у вршењу проституције, приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетника за порнографију, навођење детета на присуствовање полним радњама, запуштање и злостављање малолетног лица, насиље у породици, недавање издржавања, кршење породичних обавеза, родоскрвнуће и трговина људима.<sup>21</sup> Ради провере ове основне хипотезе, упоређена је учесталост кривичних поступака због наведених кривичних дела покренутих у периоду од 1. јуна 2017. године до 15. јануара 2018. године (као периода примене Закона) и у периоду од 1. јуна 2016. године до 15. јануара 2017. године (као компаративног периода пре примене Закона).<sup>22</sup>

Но, осим фреквенције кривичних поступака, циљ је испитати и фреквенцију пријава насиља и изрицања хитних мера (забране приласка и контакта и удаљење из стана), затим учесталост изречених хитних мера према полу учиниоца и месту његовог/њеног пребивалишта, као и према полу жртве. С тим у вези, очекује се интензивније пријављивање насиља, као и значајно више изречених хитних мера према мушкарцима у односу на жене. Такође, очекивање је да је више хитних мера изречено према учиниоцима са пребивалиштем у граду, као и да је међу жртвама насиља више припадница женског пола.

---

20 Предмет интересовања аутора била је примена Закона и остваривање превенције насиља у породици. Ништа мање није значајно питање примене Закона и пружање заштите и подршке жртвама насиља у породици, али то остаје тема неког будућег истраживања.

21 Видети: чл. 4 Закона о спречавању насиља у породици. Истраживањем није обухваћено кривично дело обљуба над дететом из чл. 180 Кривичног законика, иако је наведено у чл. 4 Закона о спречавању насиља у породици, из разлога што је за вођење кривичног поступка због извршења овог кривичног дела стварно надлежан виши суд. Такође, истраживањем нису обухваћени квалификовани облици набројаних кривичних дела за које је стварно надлежан виши суд.

22 Овај компаративни период пре примене Закона изабран је тако да буде подударан периоду након примене Закона према дужини, али и неким другим карактеристикама (рецимо, намерно је биран период летњих месеци).



Ради остварења овог другог циља, спроведено је истраживање случајева насиља у породици у јурисдикцији Основног суда у Нишу, у периоду од 1. јуна 2017. године до 15. јануара 2018. године.<sup>23</sup> Истраживањем су обухваћени подаци о броју пријављених случајева насиља у породици Полицијској управи у Нишу, о броју случајева у којима је Полицијска управа у Нишу изрекла хитну меру сходно Закону, о броју случајева у којима је Основно јавно тужилаштво у Нишу предложило продужење трајања изречене хитне мере, као и о броју случајева у којима је Основни суд у Нишу одлучио о продужењу трајања изречене хитне мере. Такође, обухваћени су подаци и о другостепеном поступку по жалби против одлука Основног суда у Нишу, као и подаци о покренутим прекршајним поступцима пред Прекршајним судом у Нишу. Прикупљени су и подаци о полу и старости учинилаца, о полу и старости жртава, о њиховом међусобном сродничком односу, као и о њиховом месту пребивалишта. Узорак истраживања је обухватио случајеве насиља у породици процесуираних пред Основним судом у Нишу током следећих месеци: јун, август и децембар 2017. године.<sup>24</sup>

У сврху обраде прикупљених података коришћен је СПСС програм. Но, поред статистичког метода, коришћен је и нормативни метод научног истраживања, и то у мери неопходној ради остваривања основног циља истраживања (анализе ефеката примене Закона). Резултати истраживања омогућили су увид у полну и старосну структуру учинилаца насиља и жртава насиља и дали одговарајућу слику о учесталости насиља и врсти породичних односа у којима је оно најзаступљеније.

---

23 Ради прикупљања потребних података, аутори су се обратили одговарајућим захтевима Полицијској управи у Нишу, Основном јавном тужилаштву у Нишу и Основном суду у Нишу, на које (захтеве) су наведени субјекти позитивно одговорили. Захтев за спровођење истраживања поднет је Основном суду у Нишу 15. јануара 2018. године, те је, логично, овај датум наведен као последњи дан временског периода обухваћеног истраживањем. По пристиглом одобрењу, истраживање у Основном суду у Нишу спроведено је током фебруара и марта 2018. године.

24 Месец јун је изабран као први месец примене Закона, месец август због годишњих одмора када су чланови породице најчешће заједно, а месец децембар као последњи цео месец примене Закона који је обухваћен спроведеним истраживањем.

### 3. Резултати истраживања са дискусијом

Табела 1. Кривични предмети Основног суда у Нишу за кривична дела из чл. 4 Закона о спречавању насиља у породици, у посматраним периодима<sup>25</sup>

Кривично дело	Период 1. 6. 2016–15. 1. 2017.	Период 1. 6. 2017–15. 1. 2018.
Члан 138а КЗ	Х	0
Члан 178 КЗ	0	0
Члан 179 КЗ	0	0
Члан 181 КЗ	0	0
Члан 182 КЗ	2	3
Члан 182а КЗ	Х	0
Члан 18 КЗ	1	0
Члан 184 КЗ	0	0
Члан 185 КЗ	0	0
Члан 185а КЗ	0	0
Члан 193 КЗ	1	0
Члан 194 КЗ	20	64
Члан 195 КЗ	5	37
Члан 196 КЗ	0	0
Члан 197 КЗ	0	0
Члан 388 КЗ	0	0
Укупно:	29	104

Ако се сагледа укупан број кривичних предмета, Табела 1 показује да је у периоду примене Закона било покренуто више кривичних поступака (104) пред Основним судом у Нишу, због свих кривичних дела чијој превенцији Закон треба да служи, него у компаративном периоду пре почетка примене Закона (29). Статистичка анализа указује на постојање значајне разлике у броју кривичних поступака (предмета) у два периода.<sup>26</sup>

<sup>25</sup> Ознака „х“ у табели, код кривичних дела из чл. 138а и 182а КЗ, подразумева да за ова кривична дела нема података за први посматрани период. Ова два кривична дела уведена су у кривично законодавство изменама и допунама Кривичног законика из 2016. године, које су ступиле на снагу 1. јуна 2017. године, у исто време када је почела примена Закона, те за њих не постоје подаци за период пре примене Закона.

<sup>26</sup> Непараметарски z-тест за пропорцију (биномни тест) указује на статистичку значајност  $p = 0,000$ .

Интересантно је то да је број кривичних предмета у периоду примене Закона за кривично дело насиље у породици из чл. 194 Кривичног законика порастао више од три пута, а за кривично дело недавање издржавања из чл. 195 Кривичног законика више од седам пута, у односу на посматрани период пре доношења и примене Закона. С тим у вези, неколико чињеница треба истаћи.

Наиме, пре примене Закона, до завршетка судског поступка учинилац насиља је остајао у заједничком стану и даље је имао непосредан контакт са жртвом насиља. Треба имати у виду то да жртве нису биле нарочито охрабрене да пријављују насиље јер су се плашиле реакције учиниоца, или нису виделе излаз из настале ситуације. Штавише, и када су пријављивале насиље, с обзиром на блиске породичне односе у којима се ова лица налазе, као и у условима наставка непосредног контакта, неретка ситуација била је да жртва свој исказ дат полицији промени. Услед тога је јавно тужилаштво остајало без чињеничне основе предмета, упркос томе што се радило о кривичним делима која се гоне по службеној дужности, те није ни вођен судски поступак.

Хитне мере које је Закон увео у домаћи правни систем управо треба да омогуће да учинилац насиља буде одмах удаљен из заједничког стана, пружајући жртви осећај сигурности и заштите, што представља посебно охрабрење и подстицај жртви да пријави насиље.<sup>27</sup> Поред тога, хитне мере треба да омогуће и дистанцирање жртве од учиниоца, који у таквим условима не може директно да утиче на жртву да промени свој исказ.<sup>28</sup>

Изречене хитне мере истовремено представљају озбиљно и последње упозорење учиниоцу да се акти насиља неће толерисати, те се очекује да ће се тиме утицати на промену његових ставова и одлуку да не изврши насиље.<sup>29</sup> Дакле, новим решењима Закон пружа другачије подстицаје у погледу понашања жртве (да пријави непосредну опасност од насиља) и учиниоца (да се уздржи од аката насиља и да не врши притисак на жртву). Да ли су та решења заиста уродила плодом, може се видети у даљој дискусији, нарочито на основу анализе података из Табеле 3. Но, пре тога приказујемо евиденцију Основног јавног тужилаштва у Нишу за кривично дело насиље у породици.

---

27 Да ли ће жртва заиста то и учинити зависи, између осталог, и од њене личности, прилика у којима живи, економске ситуације и других фактора.

28 Овај ефекат ће се остварити под условом да учинилац поштује изречену меру. Уколико поступи супротно, биће кажњен за прекршај казном затвора до 60 дана.

29 Да ли ће до тога заиста и доћи, зависи од његове структуре личности, прилика у којима живи и других фактора.

Табела 2. Евиденција Основног јавног тужилаштва у Нишу за кривично дело насиље у породици из чл. 194 Кривичног законика.

Период	Кривичне пријаве	Оптужни акти	Осуђујуће пресуде
1. 6. 2016–15. 1. 2017.	280	55	39
1. 6. 2017–15. 1. 2018.	468	41	21

У евиденцији Основног јавног тужилаштва у Нишу (ОЈТ) за кривично дело насиље у породици из чл. 194 Кривичног законика (Табела 2) откривена је неподударност са подацима из евиденције Основног суда у Нишу. На пример, Табела 1 показује да је у другом периоду било 64 кривичних предмета због кривичног дела насиље у породици, а према евиденцији ОЈТ, у другом периоду је поднет 41 оптужни акт за исто кривично дело. Ово, али и друга непоклапања у подацима, указују на могућу нетранспарентност и/или некоординисаност у раду одговарајућих служби у суду и јавном тужилаштву, што отежава извођење одговарајућих закључака у вези са предметом истраживања.

Без обзира на речено, оно што је очигледно на основу Табеле 2 јесте значајан пораст броја кривичних пријава за кривично дело насиље у породици: у првом периоду 280, у другом периоду 468.

Табела 3. Случајеви насиља у породици у којима су поступали надлежни органи у складу са Законом о спречавању насиља у породици.

Поступање надлежног органа	Број случајева
Полицијска управа у Нишу	
Примљене пријаве насиља од стране члана породице	839
Утврђена непосредна опасност од насиља	729
а) Изречена хитна мера забране контакта и приласка	729
б) Изречена хитна мера удаљења из стана	343
Поднете кривичне пријаве за кривично дело насиље у породици	222
Основно јавно тужилаштво у Нишу	
Примљене наредбе о изреченим хитним мерама	823
Предложено продужење изречене хитне мере	552
Основни суд у Нишу	
Усвојени предлози за продужење изречене хитне мере	537

Одбијени предлози за продужење изречене хитне мере	15
Жалба на одлуку Основног суда у Нишу	8
Потврђене одлуке Основног суда у Нишу од стране другостепеног суда	7+1/21*
Прекршајни суд у Нишу	
Поднете прекршајне пријаве због кршења изречене хитне мере	60
Изречене казне затвора због кршења изречене хитне мере	60

\* Податак „7+1/2“ означава да је у другостепеном поступку било седам потврђених првостепених одлука, а да је једна првостепена одлука била делимично потврђена, а делимично преиначена.

Подаци представљени у Табели 3 указују на то да је у посматраном периоду од 1. јуна 2017. године до 15. јануара 2018. године Полицијска управа у Нишу примила 839 пријава насиља у породици. Сходно извршеној појединачној процени ризика у сваком од пријављених случајева, у 110 случајева било је процењено да нема непосредне опасности од насиља у породици, док је у 729 случајева процена била да непосредна опасност постоји. У свих 729 случајева, у којима је утврђено постојање непосредне опасности, била је изречена хитна мера забране контакта и приласка, а у 343 случаја, поред хитне мере забране контакта и приласка, била је изречена и хитна мера удаљења из стана (у 47% случајева од свих случајева у којима је утврђена непосредна опасност). Другим речима, хитна мера удаљења из стана није била самостално изрицана и изречена је у скоро половини случајева где је утврђена непосредна опасност. Полицијски службеници су у наведеном периоду поднели 222 кривичне пријаве за кривично дело насиља у породици (у 30% случајева од укупног броја пријава).<sup>30</sup>

У истом периоду, у Основно јавно тужилаштво у Нишу пристигле су 823 наредбе о изреченим хитним мерама, и то 729 наредби од Полицијске управе у Нишу, а остале наредбе од полицијских управи у Сврљигу, Дољевцу и Гаџином Хану.<sup>31</sup> Основно јавно тужилаштво у Нишу предложило је продужење изречених хитних мера у 552 случаја, што чини 67% од укупног броја пристиглих наредби.

30 Према евиденцији ОЈТ, било је поднето 468 кривичних пријава у истом периоду, што говори о претходно истакнутој неподударности у подацима суда и ОЈТ.

31 У складу са подручјем Основног јавног тужилаштва у Нишу. Видети: чл. 9 у вези чл. 3 Закона о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва, Сл. гласник РС, бр. 101/2013.

Основни суд у Нишу је предлог за продужење изречене хитне мере усвојио у 537 случајева (дакле, у огромној већини случајева, тј. 97,3%), а одбио у 15 случајева. Против осам решења о одбијању предлога за продужење Основно јавно тужилаштво у Нишу је изјавило жалбу. Виши суд у Нишу је, као другостепени суд, у седам случајева одбио жалбу, односно потврдио првостепено решење о одбијању предлога за продужење изречене хитне мере. Само у једном случају Виши суд у Нишу је жалбу делимично усвојио и у том делу преиначио првостепено решење.

Од 823 примљених наредби полицијских управа о изреченим хитним мерама, јавно тужилаштво дало је предлог за продужење трајања изречених хитних мера у 552 случајева (67%). То значи да је у одређеном броју случајева (271, односно 33%) било закључено да су хитне мере у свом основном трајању од 48 часова допринеле превенцији насиља и да више није постојала непосредна опасност да ће се акт насиља догодити, те да је остварена сврха превенције. У случајевима где је било предложено продужење трајања хитне мере (552, односно 67%), јавно тужилаштво је проценило да с обзиром на виши степен интензитета опасности од насиља, као и других релевантних индикатора, трајање хитне мере треба продужити. Одлука суда о продужењу трајања хитне мере (у 537 случајева, односно 97%) потврдила је процену јавног тужилаштва, што указује да су тужилаштво и суд озбиљно приступили питању непосредне опасности, уважавајући значај превенције. Анализа превентивног дејства продужених хитних мера нужно зависи од постојања (евентуалне) накнадне процене постојања ризика од насиља, након протекла периода за који је хитна мера продужена. Ипак, таква могућност није предвиђена Законом.

У 60 случајева су учиниоци насиља којима је била изречена хитна мера (9% од броја укупно изречених хитних мера од стране Полицијске управе у Нишу) прекршили наредбу полиције, те су против њих поднете прекршајне пријаве и Прекршајни суд у Нишу им је изрекао казне затвора у распону до 60 дана (у свих 60 случајева). Следи да је скоро сваки десети учинилац из посматраног узорка прекршио наредбу у посматраном периоду, те се може закључити да су наредбе у огромној већини случајева поштоване.

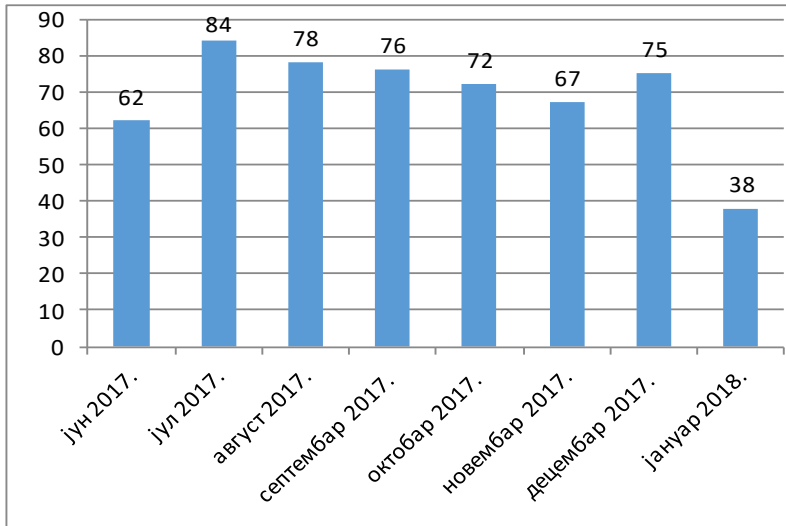
*Summa summarum*, из података из Табеле 3 евидентно је интензивније пријављивање насиља,<sup>32</sup> као и значајно повећање изрицања хитних мера (забране контакта и приласка и удаљење и стана), што је и статистички потврђено.<sup>33</sup>

---

32 Недостаје податак о броју пријава насиља пре примене Закона, ради упоредне анализе, али је и без тога евидентно да су жртве и други чланови породице подстакнути да пријављују насиље. Број од 839 пријава у шестомесечном периоду говори у прилог томе.

33 У погледу забране контакта и приласка  $p = 0,000$ , а у погледу удаљења из стана  $p = 0,011$ , када је реч о броју случајева са изреченим хитним мерама у односу на број

Табела 4. Број предмета Основног суда у Нишу у случајевима насиља у породици, по месецима.<sup>34</sup>



Табела 4 омогућава увид у учесталост изрицања хитних мера по месецима, по којима је касније поступао Основни суд у Нишу. Током јула 2017. године изречено је највише хитних мера (84), док је најмање хитних мера изречено јуна 2017. године (62). По месецима, просечно је било изречено 73,4 хитних мера, а укупно за цео посматрани период (без јануара) 514 хитних мера. Приметан је приближно једнак број случајева изречених хитних мера током посматраних месеци.

Табела 5. Структура учинилаца насиља и жртава насиља на узорку случајева насиља у породици пред Основним судом у Нишу током јуна, августа и децембра 2017. године.

Својства	Учиницац насиља		Жртва насиља	
Пол				
Мушки пол	182	90,5%	31+182*	16,9%
Женски пол	19	9,5%	143+183**	78,2%
Непознато	0		9	4,9%

случајева у којима то није учињено.

34 Истраживање је обухватило период до 15. јануара 2018. године, што значи да је до краја месеца јануара укупно било више од 38 предмета.



Старост		
Најмлађи узраст	19	13
Најстарији узраст	88	80
Просечни узраст	43,26	40,28
Пребивалиште		
Град	141	
Село	60	
Укупно случајева: 201		

\* Овако приказан податак указује на следеће: у 31 случају једина жртва насиља била је особа мушког пола, а у 18 случајева где је постојало више жртава насиља, једна од њих је била особа мушког пола.

\*\* Овако приказан податак указује на следеће: у 143 случаја једина жртва насиља је била особа женског пола, а у 18 случајева где је било више жртава насиља, једна од њих је била особа женског пола.

Табела 5 показује да је на узорку случајева насиља у породици пред Основним судом у Нишу током јуна, августа и децембра 2017. године, полна структура учинилаца насиља таква да је у 90,5% случајева учинилац било лице мушког пола, док је у 9,5% случајева учинилац било лице женског пола. Следи да постоји значајна разлика у учесталости случајева насиља у породици према полу учиниоца, односно да су у огромном броју случајева насиља учиниоци били лица мушког пола, а што је и статистички потврђено.<sup>35</sup>

Полна структура жртава насиља показује да је у 78,2% случаја жртва било лице женског пола, у 16,9% случајева лице мушког пола, а за 4,9% случајева не постоје подаци о полу жртве у евиденцији Основног суда у Нишу. Следи да су у огромном броју случајева насиља жртве биле особе женског пола.<sup>36</sup> Ови налази очекивано потврђују да међу учиниоцима насиља преовлађују мушкарци, док међу жртвама насиља преовлађују особе женског пола.

Старосна структура учинилаца насиља, приказана у Табели 5, показује да је најмлађи учинилац имао 19 година, а најстарији 88 година.<sup>37</sup> Старосна структура жртава насиља показује да је најмлађа жртва имала 13 година,

35 Статистичка значајност износи  $p = 0,000$ .

36 Због 18 случајева у којима је било више жртава насиља, од којих једно или више лица женског пола и једно или више лица мушког пола, није било могуће дати вредности хи-квадрат теста и одредити статистичку значајност.

37 Закон се примењује само према учиниоцима пунолетним лицима, те отуда нема података о малолетним лицима као учиниоцима насиља у породици.

а најстарија 80 година.<sup>38</sup> Занимљив је податак о блиским вредностима просечне старости учинилаца насиља (43,26) и просечне старости жртава насиља (40,28). У просеку, то су људи средње животне доби.

Коначно, Табела 5 показује да је у 141 случају учинилац имао пребивалиште у граду, док је у 60 случајева учинилац имао пребивалиште у селу. Очекивано следи да је број случајева у којима је учинилац из града значајно већи од броја случајева у којима је учинилац из села.<sup>39</sup>

Табела 6. Сроднички односи између учинилаца насиља и жртава насиља на узорку случајева насиља у породици пред Основним судом у Нишу током јуна, августа и децембра 2017. године.

Међусобни сроднички однос	Број случајева
Брачна веза	59
Бивша брачна веза	10
Ванбрачна веза	19
Бивша ванбрачна веза	2
Партнерски однос (емотивна веза, вереници)	8
Бивши партнерски однос	2
Жртва је потомак учиниоца	35
Жртва је предак учиниоца	40
Жртва је сродник по крви у побочној линији учиниоцу	8
Жртва је тазбински сродник учиниоцу	7
Непознато сродство	11
Укупно случајева: 201	

На основу података представљених у Табели 6 изводимо закључке и о структури сродничких односа између учинилаца насиља и жртава насиља на датом узорку. Дâ се приметити то да је у највећем броју случајева реч о насиљу једног од супружника према другом супружнику (59), према свом претку (40) и према свом потомку (35). Потом следе случајеви насиља према ванбрачном супружнику (19) и према партнеру (8). Насиље

38 У евиденцији Основног суда у Нишу о жртвама малолетним лицима, у одређеном броју случајева нема података о годинама старости, већ само стоји ознака „малолетник“, те је могуће да је било и жртва млађих од 13 година.

39 Статистичка значајност износи  $p = 0,000$ .

је најзаступљеније у наведеним породичним односима.<sup>40</sup> Када томе додамо случајеве насиља према бившем супружнику (10), према бившем ванбрачном супружнику (2) и према бившем партнеру (2), следи да су најбројнији случајеви насиља према лицу са којим се учинилац налази, или се налазио, у емотивној и интимној вези.<sup>41</sup> Подаци показују и одређени број случајева насиља према сроднику по крви у побочној линији, тј. према сестрама и браћи (8), као и према тазбинским сродницима (7). У евиденцији Основног суда у Нишу постоји и одређени број случајева насиља за које не постоји податак о међусобном сродничком односу учиниоца и жртве (11). Приметно је да су случајеви насиља присутни, мање или више, у свим областима породичног живота – према партнеру, према сродницима по крви и према тазбинским сродницима.

#### 4. Закључак

Спроведено истраживање примене Закона о спречавању насиља у породици донело је интересантне налазе. Пре свега, очито је да је у периоду од почетка примене Закона повећана активност полиције, тужилаштва и судова у области спречавања и кажњавања случајева насиља у породици. Изрицањем хитних мера учинилац се упозорава да се насиље неће толерисати и истовремено се жртви пружа моментална заштита од сваког предстојећег насиља. На тај начин регулисан је механизам превенције насиља у породици, који допуњује постојећи механизам кажњавања насиља у породици и заштите жртава насиља.

Но, остваривање превенције путем хитних мера треба да има јасан показатељ у виду смањеног броја кривичних поступака због кривичних дела са елементом насиља у породици, у односу на период пре почетка примене Закона. Истраживање показује значајан пораст броја кривичних поступака пред Основним судом у Нишу, због кривичних дела са елементима насиља према члановима породичне заједнице у периоду од почетка примене Закона. Велики је и пораст броја покренутих кривичних поступака за кривично дело насиља у породици из чл. 194 Кривичног законика. Но, ради процене стварних превентивних ефеката Закона, потребно је даље пратити тренд кретања броја кривичних поступака, у периоду дужем

---

40 Случајеви насиља према супружнику, ванбрачном супружнику или партнеру, као и насиља према прецима и потомцима чине чак 80% случајева насиља у породици на посматраном узорку.

41 Према подацима у табели, 59 случајева насиља према супружнику, 10 према бившем супружнику, 19 према ванбрачном супружнику, 2 према бившем ванбрачном супружнику, 8 према партнеру и 2 према бившем партнеру, што укупно износи 100 случајева, односно половину од укупног броја случајева.

од шест месеци, и то не само у Основном суду у Нишу, него и у другим основним судовима у Србији.

Провера ефикасности механизма превенције у пракси зависи и од праћења случајева да ли је лице, којем је била изречена једна или обе хитне мере и њихов период трајања истекао, поново покушао или извршио акт насиља у породици.<sup>42</sup> Само повезивањем података на овај начин било би јасно видљиво да ли су изречене мере заиста имале превентивно дејство. Уколико је лице извршило или поновило насиље у породици након истека изречене (и евентуално продужене) хитне мере, јасно је да хитна мера није остварила своју превентивну сврху.

Затим, истраживање очекивано потврђује да је интензивније пријављивање насиља, као и да је значајно повећање изрицања хитних мера (забране контакта и приласка и удаљење и стана) према мушкарцима него према женама. Потврђена су и очекивања већег броја изречених хитних мера према учиниоцима са пребивалиштем у граду него онима са пребивалиштем у селу, као и да међу жртвама насиља преовлађују припаднице женског пола.

На основу свега наведеног, може се рећи да је Закон у првих шест месеци примене остварио следеће резултате: 1) успешно је реализована међусобна сарадња полиције, тужилаштва и суда, 2) повећан је број пријава случајева насиља, и 3) повећан је број процесуираних случајева насиља, чији је предуслов управо пријављивање насиља. Закључујемо да примена Закона има одређене позитивне ефекте, у виду веће активности државних субјеката и охрабрења грађана да пријављују насиље у породици. Свакако треба имати у виду и то да је реч о првих шест месеци примене Закона, те да се његови дугорочни ефекти тек имају испољити.

Мешање државе у сферу најинтимнијих друштвених односа – породичних односа – нужно је оправдано насиљем од кога се жртва није могла одбрани. Случајеви насиља у породици представљају акте разарања међусобних веза унутар основне јединице сваког друштва. Улога државе да спречава и кажњава насиље у породици стога је неопходна, али само у одговарајућој мери, не заборављајући значај едукације да насиље није друштвено прихватљиво.

---

42 Подаци о раније одређеним мерама заштите од насиља у породици део су евиденција које полицијска управа, суд и јавно тужилаштво треба у воде у случајевима насиља у породици, сходно чл. 32 Закона. Међутим, ови подаци нису били доступни за потребе овог истраживања. Указујемо на то да је сходно чл. 32, ст. 10 Закона прописано формирање Централне евиденције о случајевима насиља у породици, коју треба да води Републичко јавно тужилаштво, али која (Централна евиденција) није била формирана у време спровођења истраживања.

Но, потребно је водити рачуна и о томе да се пружање заштите потенцијалној жртви не претвори у своју супротност. Када лице незадовољно међусобним односом са чланом своје породице, пријављује насиље и излаже наводног учиниоца непријатним проверама од стране полицијских службеника. То се такође може подвести под одговарајући облик насиља. Стога ће успостављање равнотеже између потребе за државном интервенцијом у сферу интимних односа и очувања приватног карактера тих односа и њиховог ненарушавања, представљати прави изазов за нашу државу и убудуће. Да ли је таква равнотежа остварена и последице евентуалног неуспеха биће предмет неког будућег истраживања.

### **Литература/References**

Закон о изменама и допунама Кривичног законика. Службени гласник РС. Бр. 94/2016.

Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици. Службени гласник РС – Међународни уговори. Бр. 12/13.

Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава. Службени гласник РС. Бр. 101/2013.

Закон о спречавању насиља у породици. Службени гласник РС. Бр. 94/2016.

Кривични законик. Службени гласник РС. Бр. 85/2005, 88/2005 – испр, 107/2005 – испр, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

**Aleksandar Mojašević, LL.D.**

Associate Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

**Bojana Arsenijević, LL.M.**

PhD Student,  
Faculty of Law, University of Niš

## **ANALYSIS OF THE APPLICATION OF THE ACT ON PREVENTION OF DOMESTIC VIOLENCE AT THE MUNICIPAL COURT IN NIŠ**

### **Summary**

*This paper analyzes the results of the application of the Act on Prevention of Domestic Violence (hereinafter: the PDV Act) in cases filed with the Basic/Municipal Court in Niš. Considering that one of the primary aims of this Act is to prevent any form of domestic violence (as a criminal offense), the key issue is whether the PDV Act has achieved this goal in the first several months since entering into force on 1st June 2017. In order to answer this question, the authors examine the effects of applying the provisions of this Act and, in particular, the procedural efficiency of competent state authorities, organizations and institutions in the prevention of domestic violence, as well as the effectiveness of the newly introduced institutes (risk assessment of violence, imposing urgent measures, etc.). The starting hypothesis is that the PDV Act has significantly contributed to the prevention of the criminal offense of domestic violence. To prove this hypothesis, the authors have collected and analyzed data from official records of competent state authorities (courts, prosecution offices and the police) on the subject matter of this research, which will provide the first comprehensive overview of domestic violence cases within the specific territorial jurisdiction and time frame. Upon identifying and comparing the distinctive features of individual domestic violence cases, the authors provide expert observations on the regular practices and exceptions that may be observed in the application of the new PDV Act.*

**Keywords:** Act on the Prevention of Domestic Violence, application, Basic Court in Niš.

**Др Станка Стјепановић,\***  
Редовни професор Правног факултета Пале  
Универзитета у Источном Сарајеву  
**Богдана Стјепановић,**  
Мастер правник, адвокатски приправник  
Београд

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880463S

UDK: 618  
Раd примљен: 30.09.2018.  
Раd прихваћен: 23.11.2018.

## **НАУЧНА САЗНАЊА ПЕРИНАТОЛОГИЈЕ КАО РАЗЛОГ ЗА ЗАШТИТУ ПРАВА ФЕТУСА\*\***

**Апстракт:** Перинатологија је једна од новијих грана медицине. Ова грана медицине се бави проблемима здравствене заштите трудница, фетуса и новорођенчади. Најновија научна истраживања и хируршке интервенције на фетусу које се успешно обављају пре рођења детета показују врло добре резултате у лечењу оболелог фетуса. Ако је фетус засебни субјект у медицини онда би требао бити и засебни субјект у праву. У овом раду аутори се баве питањем заштите права фетуса као посебног правног субјекта. Досадашња сазнања медицинске науке указују на то да је фетус личност, што значи да би требао бити правом заштићен. Овај рад покушава дати и предлоге за решавање сукоба интереса фетуса као засебног субјекта у праву и права жена на слободно одлучивање о планирању породице.

**Кључне речи:** перинатологија, фетус, фетална терапија, правни субјект, сукоб интереса.

---

\* zakonopravilo@yandex.com  
bogdanastjepanovic@gmail.com

\*\* Раd је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.



## 1. Увод

Пренатална медицина је од краја двадесетог и почетка двадесет и првог века, захваљујући пре свега технолошким достигнућима развила не само могућности хируршке интервенције на фетусу већ и остале облике лечења детета пре његовог рођења. Светски конгрес о перинатологији и пренаталној медицини одржан од 26-29. октобра 2017. године у Београду омогућио је да лекари из свих крајева света изнесу своје искуство у лечењу фетуса. Пре тога одржан је Европски конгрес перинаталне медицине у Шпанији где су се исто тако разматрале нове могућности пренаталне дијагностике и терапије. Пажњу привлачи чињеница да се са тих конгреса упућују поруке да би требало заштитити права фетуса. Право, односно законодавство као да не чује поруке медицинске науке. Медицина ставља пред право једну дилему и кад је у питању генска терапија матичним ћелијама оних који су оболели од, за сада, неизлечивих болести.

Постоје две врсте феталне терапије: прва- генска помоћу којом се лечи фетус уз помоћ матичних ћелија из властите јетре или пупчаника и друга- када родитељи односно мајка, користећи своје право на слободно планирање породице одлучују о томе да ли ће родити дете или прекинути живот фетусу уз помоћ медицинског прекида трудноће и у неким случајевима ткиво абортваног фетуса користи ради лечења разних болести и козметичког подмлађивања. Друга врста феталне терапије је спорна јер се код ње јавља сукоб три права: право мајке на слободно планирање породице, право фетуса на живот и право трећег лица као корисника уз или без накнаде лечења своје болести.

Матичне ћелије на које ми у овом раду указујемо долазе из ткива фетуса чији живот је престао медицинским прекидом трудноће по захтеву мајке (абортусом).<sup>1</sup> На једној страни су оболели и њихова права а на другој страни је фетус и његова права. У овом сукобу права поставља се питање право ког живог бића је „јаче“ и да ли је уопште могуће поредити та два права?

У овом раду излажићемо често дијаметрално супротне ставове медицинске науке и права о фетусу као самосталном субјекту права и фетусу као објекту права мајке. Анализираћемо и судске одлуке које различито оцењују чак и право на накнаду нематеријалне штете услед смрти фетуса, а и питање кривичне одговорности за смрт фетуса. Може ли се заштити право живорођеног фетуса у случају касног побачаја?

---

1 Детаљније на: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/15582543>, 14.08.2018.

## 2. Перинатологија, појам и развој

Шездесетих година двадесетог века, као резултат свеобухватних анализа нарочито проф. Ериха Салинга<sup>2</sup>, у Европи настаје појам перинаталне медицине. Перинатална медицина је дисциплина која се састоји од две дисциплине: неонатологије и опстетике. Неонатологија и опстетика су међусобно повезане јер се брину како о мајци и плоду, тако и о новорођенчету. Континуитет у сарадњи између неонатолога који се брине о новорођенчету и гинеколога који прати трудноћу и порођај од изузетног је значаја како за неонатологе тако и за гинекологе.

Перинатално раздобље се дефинише као раздобље од 22. недеље трудноће до 7 дана (168 сати) по порођају.<sup>3</sup> Године 2009. било је 2,6 милиона мртворођених у свету са више од 8.200 смртних случајева дневно. Најмање половина свих мртворођених догодила се у овом периоду. Међу 133 милиона беба рођених сваке године, 2,8 милиона људи умире у првој недељи живота. Квалитетна обука за време трудноће и порођаја кључна је за здравље бебе и мајке.<sup>4</sup>

Перинатологија у последње време доживљава велику експанзију захваљујући новим биохемијским, генетским и фармаколошким достигнућима, али и технолошким иновацијама у области дијагностике. Фетус, до сад скривен у метерици постао је доступан прегледу и лечењу.

Перинатална дијагностика представља откривање поремећаја у развоју и обољења која су присутна пре рођења детета. Циљ перинаталне дијагностике јесте да се помогне фетусу, а ако то није могуће, да се размоти прекид трудноће. С обзиром на постављени циљ јасно је да пренаталну дијагностику треба поставити што је могуће раније.

Методе које се примењују могу бити неинванзивне и инванзивне. Неинванзивне методе подразумевају примену ултразвука и одређене анализе мајчине крви. Инванзивне методе подразумевају добијање феталног материјала пункцијом кроз предњи трбушни зид труднице, под контролом ултразвука.<sup>5</sup>

---

2 Ерих Салинц, "отац перинаталне медицине", оснивач је првог националног и интернационалног Удружења перинатолога, детаљније види на <http://www.saling-institut.de/eng/02saling/01einfuerung.html>, 11.08.2018.

3 [http://www.who.int/maternal\\_child\\_adolescent/topics/maternal/maternal\\_perinatal/en/](http://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/maternal/maternal_perinatal/en/), 11.08.2018.

4 Ibid.

5 Детаљније на: [http://www.medf.kg.ac.rs/studije/integrisane\\_akademske/dm/informator/2017/IASDM\\_G12.pdf](http://www.medf.kg.ac.rs/studije/integrisane_akademske/dm/informator/2017/IASDM_G12.pdf), 11.08.2018.

У Београду је од 26. до 29. октобра 2017. године одржан тринаести светски конгрес перинаталне медицине на коме су представљена најновија достигнућа из ове области.<sup>6</sup> Конгрес је окупио стручна лица из повезаних области: перинатологије, неонатологије, опстетике, педијатрије, перинаталне патологије, педијатријске хирургије, педијатријске кардиологије, као и генетичаре из целог света. Ни један правник није био на конгресу, иако би право морало бити укључено у ово питање.

Још 1976. године на дечијој клиници у Тиршовој у Београду започето је пренатално дијагностификовање и исправљање аномалија плода. Без обзира на ову чињеницу раније а и сада се у случају аномалија фетуса<sup>7</sup> саветује родитељима да се изврши абортус (Цвијетић, 2016). Велики број парова у оваквим ситуацијама доноси одлуку да прекине трудноћу, при чему је проценат абортуса у појединим истраживањима и до 90% (Natoli et al., 2012). Прекид жељене трудноће у случају дијагностикованих аномалија фетуса је важан животни догађај који може имати дугорочне психолошке последице за жену и њену породицу (Korenkomp et al., 2007). Постоје докази да је осећање туге код жена које се одлуче на тај чин слично оном које доживљавају жене након спонтаног губитка нерођене бебе (Salvesen et al., 1997).

Управо из пренаталне неге коју врши перинатологија на фетусу произилази да се као пацијенти у току трудноће могу јавити трудница али и фетус.

Право и даље, после скоро пола века од првих интервенција на фетусу није на одговарајући начин регулисало правни статус фетуса. Није ли то преседан и чудан изузетак?

### 3. Почетак права на живот у међународним документима

*Америчка конвенција о људским правима* (позната као Пакт Сан Хозе)<sup>8</sup>, донета је 22.11.1969. на Костарици. Циљ доношења Конвенције је да у оквиру демократских институција, консолидује систем личне слободе и социјалне правде заснован на поштовању основних права човека. Конвенцију су ратификовале скоро све државе Јужне и Средње Америке. Оно што ову

---

6 <http://www.obvs.rs/2017/04/27/13-svetski-kongres-perinatalne-medicine/>, 11.08.2018.

7 Више о овом у раду Марије Цвијетић, Дилеме родитеља и доношење одлуке о исходу трудноће након пренатално дијагностикованих аномалија фетуса, *Психолошка истраживања*, Vol XIX (1), 2016, стр. 83-105

8 [http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm), 11.08.2018.

Конвенцију чини значајном на међународном плану јесте дефиниција момента од ког се право на живот штити.

У другом поглављу, у члану 4. право на живот дефинисано је на следећи начин: „Свака особа има право на поштовање сопственог живота. Ово право треба бити заштићено законом, уопште, од тренутка зачећа. Нико не може бити произвољно лишен живота.“ Специфичност ове Конвенције је што је дефинишућу право на живот, пружила заштиту људском бићу од момента зачећа. Овакав поглед на почетак заштите људског бића условљен је претежном католичком религиозним фактором пристуном на овој земљиној хемисфери.

*Закон о нерођеној жртви насиља (Unborn Victims of Violence Act, 2004)* је закон Сједињених Држава који препознаје ембрион или фетус у мајчиној утроби као правну жртву, ако су повређени или убијени током извршења било којег од преко 60 наведених федералних злочина. Закон дефинише «дете у утроби» као «припадника врсте *Homo sapiens*», у било којој фази развоја, који се носи у материци.

Закон су поздравили различити правни посматрачи који су тумачили меру као корак ка давању статуса правног лица људским фетусима, иако је изричито садржана одредба „изузев абортуса“. Овакво дефинисање сматрамо контрадикторним из више разлога. У Закону се све нерођене бебе дефинишу као «чланови врсте *Homo sapiens*». Ако се нерођено дете сврстава у ред људског рода како је могуће у другом делу Закона говорити о праву мајке на вршење абортуса.

*Универзална декларација о људским правима УН*<sup>9</sup> проглашена 10. децембра 1948. године у члану 3. каже да свако има право на живот, слободу и личну безбедност. Из овакве дефиниције могло би се закључити да свако, па и још нерођено људско биће- фетус има право на живот. Ипак, у последњих десетак година ни једна судска одлука то није изричито потврдила. То ће у овом раду бити приказано кроз анализу одлука Европског суда за људска права.

*Међународни пакт о грађанским и политичким правима*<sup>10</sup> је мултилатерални уговор усвојен Резолуцијом 2200А Генералне скупштине Уједињених Народа 16. децембра 1966. године, а ступио на снагу 23. марта 1976. године.<sup>11</sup> У члану 6. наводи се да свако људско биће има природно право

---

9 <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=src5>, 15.08.2018.

10 Закон о ратификацији међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71

11 <http://www.ljudskaprava.gov.rs/sr/node/141>, 15.08.2018.

на живот и да нико не сме бити самовољно лишен живота. То право треба заштитити законом и нико не сме бити самовољно лишен живота. Ако би се то повезало са дефиницијом из Конвенције о правима детета да је дете свако људско биће које није навршио 18. година живота, закључило би се да се обема конвенцијама штити и право фетуса јер представља живот. И државе потписнице ове Конвенције већ су приликом потписивања различито тумачиле када је у питању заштита живота пре рођења.

Право на живот фетуса се на међународном плану посматра у оквиру права жена. У већини случајева одлучивање о не/рађању зачете деце тумачи се као још један од облика заштите жена од дискриминација. За решавање дилеме чији живот има предност од значаја су и одредбе *Конвенције о укидању свих облика дискриминације жена (CEDAW)*<sup>12</sup>. У члану 12. наводи се да: „Државе чланице предузеће све одговарајуће мере за уклањање дискриминације жена у подручју здравствене заштите, како би се на темељу равноправности мушкараца и жена осигурала доступност здравствених услуга укључујући оне које се односе на планирање породице.“ У члану 16 наводи се да: „Државе чланице предузеће све одговарајуће мере за уклањање дискриминације жена у свим питањима која се односе на брак и породичне односе...“ Проблемима у примени ове међународне конвенције, када је у питању прекид трудноће, бави се Комитет за људска права (UNHCR) и Комитет за укидање свих облика дискриминације жена (CEDAW). Комитет је 2010. године у Закључним примедбама у односу на четврти периодични извештај за Малту (CEDAW/C/MLT/CO/4)<sup>13</sup> изразио забринутост, између осталог, због потпуне забране прекида трудноће, због недовољног приступа жена службама репродуктивне здравствене заштите, те због тога што сексуално васпитање није обухваћено школским програмима.

Светска здравствена организација (WHO)<sup>14</sup> објавила је доста радова када је у питању прекид трудноће: *Сигуран прекид трудноће: техничке и стратешке смернице за здравствене установе (Safe abortion: technical and policy guidance for health systems)* (2012), *Улога здравствених радника у пружању услуге сигурног прекида трудноће и контрацепције након прекида трудноће (Health worker roles in providing safe abortion care and post-abortion contraception)* (2015), *Проширена улога здравствених радника у односу на сигуран прекид трудноће током првог триместра (Expanding health worker roles for safe abortion in the first trimester of pregnancy)* (2016).

12 <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm>, 15.08.2018

13 <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-MLT-CO-4.pdf>, 15.08.2018.

14 <http://www.who.int/>, 11.08.2018.

*Конвенција Уједињених нација о правима детета*<sup>15</sup> је уговор о људским правима који садржи грађанска, политичка, економска, социјална, здравствена и културна права дјеце. У члану 1. Конвенције дете се дефинише као свако људско биће које није навршило осамнаест година, ако се, на основу закона који се односи на дете, пунолетство не стиче раније. Усклађеност законодавства земаља потписница ове Конвенције надгледа Комитет УН за права детета, који се састоји од чланова из земаља широм свијета.

*Конвенција о правима лица са инвалидитетом*<sup>16</sup> (CRPD) усвојена је у Њујорку 13.12.2006., као и Факултативни протокол уз Конвенцију о правима лица са инвалидитетом (Optional Protocol (A/RES/61/106))<sup>17</sup>. У члану 23. Конвенције признаје се право лицима са инвалидитетом да слободно и одговорно одлучују о броју деце и о томе када ће их имати као и право на приступ о информацијама везаним за репродукцију и планирање породице. Ово решење је из више разлога интересантно за анализу. Свакако да је потребно сва лица изједначити у одлучивању и свима пружити равноправан положај, али да ли из тога произилази да лице са инвалидитетом може одлучити о нераћању свог детета које је потенцијално инвалидно? Да ли ту имамо дискриминаторно понашање од стране лица које има све те особине због којих одлучује да на свет не донесе лице које је подобно њему, човеку кога међународно право нарочито штити због свог, по природи тежег и угроженијег, положаја.

*Конвенција за заштиту људских права и основних слобода*<sup>18</sup> донета је 1950. године у Риму, а ступила је на снагу 1953. године. Стране Конвенције су свих 47 чланица Савета Европе.

У члану 2. регулише питање права на живот тако да каже да: „Право свакога на живот заштићено је законом. Нико не сме бити намерно лишен живота, осим у извршењу судске пресуде на смртну казну за кривична дела за која је та казна предвиђена законом.“

У Сједињеним Америчким државама смртна казна се не може извршити на трудној жени. Када су Сједињене Америчке државе приступиле Међународном пакту о политичким и грађанским правима, јасно је

---

15 <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>, 16.08.2018.

16 <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>, 11.08.2018.

17 <http://www.un-documents.net/a61r106.htm>, 15.08.2018.

18 <https://rm.coe.int/1680063765>, 11.08.2018.

објављено да труднице треба искључити из смртне казне.<sup>19</sup> Искључење трудних жена осуђених на смртну казну из смртне казне води закључку да се том одредбом штити зачетак у мајчиној утроби.

У члану 8. говори о праву на поштовање приватног и породичног живота, а у члану 14. говори о забрани дискриминације.

*Конвенција о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине: Конвенција о људским правима и биомедицини*<sup>20</sup> донета је 1997. године под окриљем Савета Европе. У члану 2. се наводи да интереси и добробит људског бића имају предност над самим интересом друштва или науке. У члану 18. говори о истраживањима на зачецима in vitro: „Када закон допушта истраживање на зачецима in vitro, он мора обезбедити и адекватну заштиту зачетка.“ На основу формулације члана 18. јасно је да се зачетку пружа правна заштита у случајевима in vitro репродукције. Да ли је онда могуће ускратити заштиту фетусу у случају природне трудноће?

Генерална конференција Унеска је 19.10.2005. године донела *Општу декларацију о биоетици и људским правима*.<sup>21</sup> У Преамбули је истакнуто да је одлучујуће и нужно да међународна заједница утврди опште принципе који ће послужити као основ за пружање одговора човечанству на стално растуће дилеме и противречности које доноси наука и технологија за људски род и околину. У преамбули се такође позива на међународне уговоре и конвенције УН, па између осталих и на Конвенцију УН о правима деце од 20.11.1989. године, као и Конвенцију УН о елиминацији свих облика дискриминације жена од 18.12.1979. године. Како Општа Декларација о Биоетици и људским правима упућује на науку и технолошки развој, те на потребу усклађивања међународних докумената са тренутним достигнућима, нужно је да се то учини на пољу права фетуса.

Општа декларација у чл. 3 говорећи о људском достојанству и људским правима: „Људско достојанство, људска права и темељне слободе морају се поштовати у целости. Интереси и добробит појединаца требају имати приоритет над самим интересом науке или друштва.“ Из наведеног следи да интерес детета као људског бића у пренаталном периоду треба имати приоритет и да право на живот као неприкосновено право мора имати свако дете било да је рођено или да се још налази у мајчиној утроби.

---

19 <http://www.deathpenaltyworldwide.org/country-search-post.cfm?country=United+States+of+America>, 15.08.2018.

20 <https://rm.coe.int/168007cf98>, 11.08.2018.

21 Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180E.pdf>, 15.08.2018.



Ако погледамо чл. 8 Опште декларације о биеотици и људским правима који носи наслов *Уважавање угрожености људских бића и личног интегритета*, види се да се у примени и унапређивању научних сазнања, медицинској пракси и примени пратеће технологије треба узети у обзир угроженост људских бића. Потребно је заштити појединце и групе које су посебно угрожене, а лични интегритет таквих појединаца треба се уважити. Нерођена деца представљају посебно угрожену категорију због великог броја разлога, често веома произвољног карактера, услед којих нерођеном детету може бити спречено да угледа светлост дана.

*Резолуција Парламентарне скупштине Савета Европе 1607 (2008)- Приступ сигурном и законитом побачају у Европи*<sup>22</sup> усвојена је на темељу Извештаја Одбора за једнаке могућности мушкарца и жена (Committee on Equal Opportunities for Woman and Men) број: Doc. 11537 rev. из 2008. године и мишљења Одбора за социјална, здравствена и породична питања (Social, Health and Family Affairs Committee) број: Doc. 11576 из 2008. године.

У члану 1. ове Резолуције наводи се како абортус никако не сме бити средство планирања породице и да је потребно предузети све што је могуће да до абортуса не дође. У члану 4. се наводи да је становиште Скупштине да прекид трудноће не би требао бити забрањен унутар разумног периода трудноће. Забрана прекида трудноће не резултира мањим бројем прекида трудноће, него углавном доводи до незаконитих прекида трудноће који су трауматичнији и повећавају смртност мајке и/или доводе до побачајног „туризма“ који је скуп и одгађа време прекида трудноће те доводи до друштвене неједнакости.<sup>23</sup> Законитост прекида трудноће нема учинке на потребу жена за прекидом трудноће, већ једино на приступ безбедном прекиду трудноће. У члану 7. се наводи да: „Скупштина позива државе чланице Савета Европе да: декриминализују прекид трудноће унутар разумног раздобља трудноће, уколико то већ нису учиниле; јемче женама делотворно остваривање њиховог права на сигуран и законит прекид трудноће; допусте женама право избора и омогуће услове за слободан и информисан избор без посебног промовисања прекида трудноће; укину ограничења која отежавају, *de iure* и *de facto*, приступ безбедном прекиду трудноће; посебно да предузму потребне кораке за стварање одговарајућих услова за здравствену, медицинску и психолошку бригу те понуде одговарајућу финансијку помоћ; усвоје одговарајуће стратегије и

---

22 <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17638>, 13.08.2018.

23 Пољска припада групи земаља где је абортус дозвољен у врло ограниченом броју случајева, али пољакиње крећу врло често и у друге земље са либералнијим законима о абортусу, а према писању штампе оне које су богатије иду у Белгију, Аустрију и Француску, а сиромашније у Бугарску. [bgnews.bulgar-rus.ru](http://bgnews.bulgar-rus.ru), 12.11.2017.

политике у погледу сексуалног и репродуктивног здравља, утемељене на поузданим подацима; обезбеђујући континуирана побољшања и ширење неосуђујућих информација и развој полног и партнерског образовања, као и услугу контрацепције, кроз повећана улагања из државног буџета за унапређење здравственог система и доступност информација о репродуктивним здравственим мерама; осигурају женама и мушкарцима приступ контрацепцији и савете о њој по разумним ценама, одговарајуће њиховој природи и које сами изаберу; уведу обавезан и узрасту прикладан и родно осетљив сексуални одгој за младе особе (између осталог, у школама), како би се избегле нежељене трудноће (и са тим прекиди трудноће); промовишу про-породични став у јавно информативним кампањама те да обезбеде саветовање и практичну подршку за помоћ женама када је разлог тражења прекида трудноће породични или финансијски притисак.“

#### 4. Одлука Европског суда за људска права

##### *Случај Во против Француске*

Предмет се односи на тужбу коју је поднела француска држављанка, госпођа Thi-Nho Vo. Дана 27. новембра 1991. године посетила је болницу у Лиону поводом медицинског прегледа заказаног за шести месец трудноће. Истог дана, друга жена, госпођа Thi Thanh Van Vo, требало је да уклони гинеколошку спиралу у истој болници. Доктор који је био задужен за обе жене, грешком је извршио интервенцију уклањања спирале на подносиоци представке и као последица тога дошло је до побачаја. Подносиоци представке и њен супруг поднели су тужбу против лекара у којој су лекара оптужили за наносење ненамерних повреда а накнадно и за ненамерно убиство. Дана 3. јуна 1996. Кривични суд у Лиону ослободио је лекара. Подносиоци представке се жалила и 13. марта 1997. године Апелациони суд у Лиону је поништио пресуду Кривичног суда и осудио је доктора за ненамерном убиству и изрекао шестомесечну условну казну и новчану казну од 10.000 франака. Касациони суд је 30. јуна 1999. године поништио пресуду Апелационог суда, сматрајући да се у случају не ради о кривичном делу убиства из нехата. Касациони суд није признао фетус као људско биће које има право на заштиту кривичним законом.<sup>24</sup> Ослањајући се на члан 2. Конвенције, подносиоци представке се жалила на одбијање власти да класификује ненамерно убијање нерођеног детета као убиство. У представци Суду истакла је како је Француска дужна да инкриминише акт убиства детета у мајчиној утроби.

---

24 [http://www.pravo-medicina.sk/\\_\\_\\_files/Rozne/Vo%20vs.%20France%202004.pdf](http://www.pravo-medicina.sk/___files/Rozne/Vo%20vs.%20France%202004.pdf)

Поступајући по представци госпође Во, Суд се по први пут сусрео са ситуацијом где је до абортуса дошло кривицом треће стране. Како се подносиатеља представке позивала на повреду члана 2. Конвенције, Суд је пре свега требао да се изјасни у погледу питања признавања нерођеном детету права на живот.

Суд је сматрао да питање постојања права на живот питање које треба да буде одлучено на националном нивоу: прво, јер питање није било расправљено у већини држава које су ратификовале Конвенцију, нарочито у Француској, гдје то питање није било предмет јавне расправе; и, друго, зато што није постојао европски консензус о научној и правној дефиницији почетка живота. Било је јасно, из судске праксе француских судова и недавне парламентарне расправе о инкриминализацији ненамерног прекида трудноће, да природа и правни статус ембриона и/или фетуса тренутно није дефинисан у Француској. На европском нивоу није постојао консензус о природи и статусу ембриона и/или фетуса. У најбољем случају, могло би се сматрати заједничким ставом држава да ембрион/фетус припада људској раси. *Фетусов потенцијал и способност да постане личност чини неопходном његову заштиту у име људског достојанства, без потребе да се фетус прогласи особом са правом на живот у смислу члана 2.* Имајући у виду та разматрања, Суд је био убеђен да није пожељно, нити чак могуће, да у апстрактном одговору одговори на питање да ли је нерођено дете било лице у сврху члана 2 Конвенције. Суд сматра непотребним да испита да ли је нагли прекид трудноће подносиатељке представке спадао у домен члана 2., с обзиром на то да чак и да је та одредба примењива, није било неуспеха од стране Француске да се придржава захтева који се односе на очување живота у области јавног здравства. Нерођено дете није било лишено све заштите по француском закону. Позитивна обавеза држава - која се у области јавног здравства састоји од усвајања одговарајућих мера за заштиту живота - није нужно захтевало доношење кривичног закона.

У предмету пред Судом, поред кривичног поступка који је подносиатеља представке имала на располагању, могла је покренути поступак за накнаду штете у управним судовима који би имали правичне изгледе на успех. Покретање управног поступка би омогућило подносиатељки представке да докаже лекарско немарно поступање и да добије потпуно обештећење за насталу штету. Суд је сматрао да није било потребно покретати кривични поступак.

На крају, Суд је закључио да чак и под претпоставком да је члан 2. примењив у предмету, није било кршења дате одредбе.

Један број судија издвојио је своје мишљење.

Два става изражена у представљеној пресуди сматрамо недовољно разумљивим. Први би био став да: *фетусов потенцијал и способност да постане личност чини неопходном његову заштиту у име људског достојанства, без потребе да се фетус прогласи особом са правом на живот у смислу члана 2.* Како је могуће говорити о људском достојанству онога ко се не сматра и не признаје за човека? Говорити о потреби заштите у име људског достојанства може се само за човека, људско биће. Интересантна је и формулација о фетусовом потенцијалу и способности да постане личност. Није ли све то арбитрерно у праву и тако недовољно одговорно постављено. Ако говоримо о неком развојном путу правне способности и развоју личности, јасно је да се та способност код деце континуирано развија из године у годину и да је национална законодавства таквом и признају. Коју већу способност ће имати дете старо два дана или две године у односу на оно у мајчиној утроби. Његова свест је такође у развоју и могућност да схвати значај неких догађаја и својих поступака није много различита у односу на дете које није изашло из мајчине утробе. Познато је како је питање момента рођења детета кроз време различито одређивано, али извесно је да је све то било и јесте врло арбитрерно. То што је дете заплакало или што му је пресечена пупчана врпца не значи да је оно самостална јединка јер за то је потребно много више. Оно је потпуно зависно од оних који су уз њега, то више не мора бити мајка, али свакако мора бити неко. Разлика у односу на дете у мајчиној утроби је што до пресецања пупчане врпце оно непосредно зависи само од мајке, а после тог момента чување и подизање може вршити и неко други. И на послетку, везано за овај први по нама спорни моменат, поставља се питање у коју категорију је суд имао намеру да сврста фетус да би му било признато право на заштиту достојанства, а да га притом не призна за човека. Коју је то правну конструкцију Суд имао пред собом приликом овакве формулације у пресуди? Нама се чини да је на овај начин Суд посредно признао нерођено дете за субјект у праву, али из разлога потенцирања права жене на абортус, овај став је добио овако наизглед неразумљиву формулацију.

Други спорни став у пресуди односи се на упућивање подносиоце представке на управни спор уместо на кривични поступак (у случају да се по законодавству надлежне земље не предвиђа као кривично дело убиство нерођеног детета). Из оваквог упућивања призилази да Суд опет покушава да помири два супротстављена права, права нерођеног детета на живот и права жене на абортус. Суд не искључује могућност да се кривичним законодавством предвиди као кривично дело убиство нерођеног детета, али ако тога нема упућује на управни спор, посредно сврставајући нерођено дете у ствар. У конкретном случају подносиоца представке иде за тим

да добије накнаду нематеријалне штете поводом губитка детета. Њен циљ није и не може бити треговински. Њој никад не може бити у потпуности надокнађена штета. Захтевајући кривичноправну санкцију предвиђену за нехатно убиство човека, она тим жели постићи моралну сатисфакцију. Због тога је неприхватљиво упућивање које је у пресуди сугерисао Суд.

### **5. Ставови Врховног суда Србије и Врховног суда Босне и Херцеговине у погледу накнаде нематеријалне штете настале губитком фетуса**

У пресуди Врховног суда Србије Рев. 2606/99 од 6. октобра 1999. године суд се изјашњавао у погледу права на накнаду нематеријалне штете за душевне болове које је тужиља претрпела зато што је у незгоди задобила нагњечење материце, крварење плода у деветом месецу трудноће и као последицу смрт плода. Поступајући у овом предмету Врховни суд Србије се изразио на следећи начин: Применом члана 201. Закона о облигационим односима тужиља има право на тражену новчану накнаду упркос томе што дете у време када је дошло до штетног догађаја није било живо рођено. Фетус, у деветом месецу трудноће мајке која има нормалан ток, има виталне функције које га чине способним за живот изван мајчиног тела. Због тога се има сматрати људским бићем и пре рођења. То што фетус није лице, као што се по рођењу дете постати, не значи да је обична ствар. Будући да је душевни бол тужиље у конкретном случају неизмеран основно начело правичности тражи да се да новчана сатисфакција тужиљи за претрпљени душевни бол. (Георгијевић, 275)

Да би једна особа стекла право на накнаду моралне штете коју трпи због смрти блиског лица неопходно је да буду испуњени услови из члана 200. Закона о облигационим односима. Поставља се питање да ли се члан 201. Закона о облигационим односима односи и на дете које није доживело тренутак рођења. У анализираној одлуци очигледно је да је доушћивање новчане накнаде моралне штете условљено схватањем фетуса као детета. Оваква одлука и схватање суда образлаже се у конкретном случају старошћу фетуса и способношћу за живот ван мајчине утробе. Оно што би се као спорно могло поставити јесте да ли би суд штитио нерођено дете и кад би се радило о неком ранијем узрасту фетуса и да ли се члан 201. Закон о облигационим односима може примењивати на фетус од момента зачећа?

Мишљења смо да би фетус и у току трудноће мајке требало да буде третиран као живо биће и то од момента зачећа. Чињеница да основне виталне функције нису успостављене од момента зачећа, не би требало сматрати показатељем да се не ради о живом бићу. Зачетак који нема

животну способност од самог почетка, ту способност стиче у једном тренутку. Протек времена је оно што је нужно да би он ту способност стекао и самим протеклом времена он ту способност стиче по редовном току ствари. Чињеница да основне виталне функције нису још увек образоване не значи сама по себи да је такав плод лишен особина живог бића. Оплодњом јајне ћелије настаје основна претпоставка да се, по редовном току ствари и протеклом времена, развију виталне функције, да плод постане способан за опстанак ван мајчиног тела и да се дете роди. Живот постоји, од самог почетка трудноће.

Као пример супротног становишта може се узети оно изнесено у пресуди Врховног суда Босне и Херцеговине Г 1914/74 од 5. децембра 1974. године. У разматраном случају тужени је првостепеном пресудом био је обавезан да тужиоцима (родитељима) накнади штету за претрпљене душевне болове због губитка нерођеног детета. Тужени се на ту пресуду жалио. Врховни суд је уважио приговор и преиначио је првостепену пресуду одбијајући тужбени захтев тужилаца. Овакво поступање Врховни суд је засновао на становшту да се не може досудити новчана накнада за претрпљене душевне болове за нерођено дете јер досадашња судска пракса не познаје овај вид накнаде. Надаље се наводи да је ноторно да се са дететом успоставља присан психички однос тек након његовог рођења, па само због губитка тога детета долази до интензивних душевних болова који дају право на накнаду за овај вид неимовинске штете.

## **6. Закључак**

Опште је позната чињеница да су људска права у двадесетом веку и почетком двадесет и првог века предмет којим се баве не само конвенције о људским правима и нека међународна тела већ су људска права проткана кроз све институте сваке државе. Могло би се закључити да поред толике регулативе у овој области не постоји могућност да основно право на живот буде ускраћено једном људском бићу које је према становшту медицинске науке посебно, различито од својих родитеља, а то је фетус. Перинатологија као посебна грана медицине која се бави дијагностиковањем и лечењем детета пре рођења, труднице и порођајем се, уз напредак технологије, развила у озбиљну научну дисциплину. Она успева да аномалије које настају на фетусу отклања хируршким и другим методама лечења и генском терапијом. На другој страни су права родитеља на слободно одлучивање о рађању деце, што се у пракси претвара у чињеницу да родитељи, пре свега мајка, одлучује о престанку права на живот фетуса. Планирање породице представља једно од конвенцијама и уставима заштићених

слобода родитеља, али конвенцијама се штити и право сваког људског бића на живот. Грађанско право изражено у различитим судским одлукама третира фетус или као неко имовинско добро за које даје нематеријалну накнаду штете или једноставно као ништа. Медицинска наука указује правној науци да би требало заштитити права фетуса.

Када лекари на прегледима установе да фетус има аномалије, родитељи се најчешће одлучују на прекид трудноће, а прописи им на то дају право скоро без временског ограничења. Једном људском бићу се ускраћује право на живот а право на то ћути и претвара се да не оно не постоји. Да ли би одговор на питање када треба да се заштити право фетуса могао бити да је то само онда када је то у интересу његове мајке? Неспорно је да се различито тумачи право на живот сваког људског бића када је у питању фетус.

Да би се могло остварити било које људско право и слобода треба имати основно право а то је право на живот. На основу анализе међународних прописа и судских одлука наведених у овом раду, могло би се закључити да би заштиту права фетуса требало проширити и на друга подручја права а не само на наследна права која му је давало још и римско право које није имало пред собом данашња достигнућа медицинске науке.

Питања регулисања правног статуса фетуса треба да буду у сагласности са препорукама које важе за област перинаталне медицине.

### **Литература/References**

Георгијевић, Г. (2004). Новчана накнада моралне штете порузроковане губитком нерођеног детета- коментар судских одлука. *Анали Правног факултета у Београду*, број 1-2. 275-290

Марије Цвијетић, М. (2016). Дилеме родитеља и доношење одлуке о исходу трудноће након пренатално дијагностификованих аномалија фетуса, *Психолошка истраживања*, Vol XIX (1). 83-105

Natoli, J. L., Ackerman, D. L., McDermott, S., & Edwards, J. G. (2012). Prenatal diagnosis of Down syndrome: a systematic review of termination rates (1995–2011). *Prenatal diagnosis*, 32(2). pp. 142–153.

Korenromp, M. J., Page-Christiaens, G. C. M. L., Van den Bout, J., Mulder, E. J. H., Hunfeld, J. A. M., Potters, C. M. A. A., ... & Visser. (2007). A prospective study on parental coping 4 months after termination of pregnancy for fetal anomalies, *Prenatal diagnosis*, 27(8), (2007b), 709–716.



Salvesen, K. Å., Øyen, L., Schmidt, N., Malt, U. F., & Eik-Nes. (1997) Comparison of long-term psychological responses of women after pregnancy termination due to fetal anomalies and after perinatal loss, *Ultrasound in Obstetrics & Gynecology*, 9(2). pp. 80–85.

Закон о ратификацији међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71

American Convention on Human Rights „ Pact of San Jose, Costa Rica“, [http://www.oas.org/dil/treaties\\_B-32\\_American\\_Convention\\_on\\_Human\\_Rights.htm](http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm)

Unborn victims of violence act of 2004, <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-108publ212/pdf/PLAW-108publ212.pdf>

Universal Declaration of Human Rights, <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=src5>

<http://www.saling-institut.de/eng/02saling/01einfuerung.html>

[http://www.who.int/maternal\\_child\\_adolescent/topics/maternal/maternal\\_perinatal/en/](http://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/maternal/maternal_perinatal/en/)

[http://www.medf.kg.ac.rs/studije/integrisane\\_akademske/dm/informator/2017/IASDM\\_G12.pdf](http://www.medf.kg.ac.rs/studije/integrisane_akademske/dm/informator/2017/IASDM_G12.pdf)

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-MLT-CO-4.pdf>

World Health Organization, <http://www.who.int/>

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

Convention on the Rights of Persons with Disabilities, <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>

Optional Protocol (A/RES/61/106), <http://www.un-documents.net/a61r106.htm>

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols No. 11 and No. 14, <https://rm.coe.int/1680063765>

Death Penalty Worldwide, <http://www.deathpenaltyworldwide.org/country-search-post.cfm?country=United+States+of+America>

Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, <https://rm.coe.int/168007cf98>

Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe 1607 (2008)  
- Access to Safe and Legal Abortion in Europe <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17638>

Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180E.pdf>

[http://www.pravo-medicina.sk/\\_\\_\\_files/Rozne/Vo%20vs.%20France%202004.pdf](http://www.pravo-medicina.sk/___files/Rozne/Vo%20vs.%20France%202004.pdf)

**Stanka Stjepanović, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of East Sarajevo*

**Bogdana Stjepanović, LL.M.**

*Lawyer's Junior Assistant/Trainee, Law Office Krajnović-Savić, Belgrade*

## **THE SCIENTIFIC KNOWLEDGE IN THE FIELD OF PERINATOLOGY AS A REASON FOR PROTECTING THE RIGHTS OF THE FETUS**

### **Summary**

*Perinatology is one of the most recently developed branches of medicine. It deals with the problems of health care and health protection of pregnant women, fetuses and newborns. The latest scientific research and surgical interventions which are performed on the fetus before child birth show really good results in the treatment of diseases in fetuses. If a fetus is regarded as a separate subject in medicine, it should also be regarded as a separate subject in law. In this article, the authors explore the issues concerning the protection of the rights of the fetus as a separate legal subject. The current knowledge of medical science indicates that the fetus is a personality, which means that a fetus should be legally protected. In this article, the authors also provide suggestions for resolving the conflict of interests concerning the rights of the fetus as a separate legal subject and the rights of patients who are users of fetal therapy.*

**Keywords:** *perinatology, fetus, fetal therapy, subject of law, conflict of interests.*



**Др Бојана Васиљевић Пољашевић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Бањој Луци

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880481V

UDK: 336.22(497.6)  
Раđ примљен: 30.09.2018.  
Раđ прихваћен: 23.11.2018.

## **ЗАШТИТА ПРАВА ПОРЕСКИХ ДУЖНИКА ПРЕД УПРАВНИМ ОРГАНИМА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ И У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ\*\***

***Апстракт:** Порески поступак је посебан управни поступак у коме ради рјешавања пореских ствари у интеракцију ступају управни органи – активни порески субјекти, и порески дужници – пасивни порески субјекти.*

*Првостепени порески (управни) поступак се окончава одлучивањем о пореској управној ствари, односно доношењем управног акта пореског органа којим исти на конкретан случај примјењује пореске и друге прописе како би утврдио права и обавезе пореског дужника. С обзиром на то да је порески управни акт једнострани израз воље активног пореског субјекта у пореском поступку, донесено рјешење не мора нужно бити повољно за странку, због чега се странка – пасиван порески субјекат, може послужити дозвољеним правним лијековима у сврху заштите својих права и правних интереса.*

*Иако је заштита људских права у Уставу Босне и Херцеговине, али и Уставу Републике Српске једна од основних уставних одредби, законодавци унутар БиХ су права пореских обвезника додатно уредили, али и гарантовали и Законом о управном поступку Босне и Херцеговине, односно Законом о управном поступку Републике Српске, као и Законом о поступку индиректног опорезивања, те Законом о пореском поступку Републике Српске.*

*У овом раду ће се, сходно различитим пореским јурисдикцијама унутар Босне и Херцеговине, указати на гарантована права пореских дужника,*

\* bojana.vasiljevic@pf.unibl.org

\*\* Раđ је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

*те анализирати правни лијекови који пореском дужнику стоје на располагању као институт заштите гарантованих права унутар подручја јурисдикције Пореске управе Републике Српске, односно унутар подручја јурисдикције Управе за индиректно опорезивање Босне и Херцеговине.*

**Кључне ријечи:** порески поступак, странке пореског поступка, права пореских дужника, правни лијек.

## **1. Порески поступак у Републици Српској и Босни и Херцеговини**

Порески поступак је посебан управни поступак у коме се, ради рјешавања у пореским стварима, у интеракцији налазе органи (пореске) управе, као активна странка с једне стране и порески дужници, као пасивна странка с друге стране. Другим ријечима, „права и обавезе физичких и правних лица у вези са појединим порескоправним односима и порескоправним ситуацијама регулишу се пореским материјално-правним нормама, односно пореским материјалним прописима. .... Ради правилне примјене пореских материјално-правних прописа на конкретне случајеве, доносе се правна правила којих морају да се придржавају порески органи и правна и физичка лица приликом примјене пореских закона и других пореско-материјалних прописа на конкретне случајеве. Та правила називају се пореским поступком или пореским процесним правилима“. (Милошевић, Кулић, 2015:143)

У Републици Српској, односно Босни и Херцеговини порески поступак је уређен Законом о пореском поступку Републике Српске,<sup>1</sup> односно Законом о поступку индиректног опорезивања<sup>2</sup> респективно. Но, с обзиром на то да су поменути Законима уређени „само посебни“ дијелови управног поступка, односно дијелови управног поступка који се односе на опорезивање, оба Закона се односе као *lex specialis* у односу на Закон о општем управном поступку,<sup>3</sup> односно Закона о управном поступку<sup>4</sup>. Другим ријечима, Закон о општем управном поступку и Закон о управном

1 Закон о пореском поступку Републике Српске, Службени гласник Републике Српске, бр. 102/11, 108/11, 67/13, 31/14, 44/16.

2 Закон о поступку индиректног опорезивања, Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 89/05. и 100/13.

3 Закон о општем управном поступку, Службени гласник Републике Српске, бр. 13/02, 87/07, и 50/10.

4 Закон о управном поступку, Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13. и 53/16.

поступку служе као супсидијарни закони при примјени Закона о пореском поступку Републике Српске, односно Закона о поступку индиректног опорезивања, и то само онда и уколико одређене норме нису уређене посљедње поменутих пореским законима.

## **2. Порески акти којима се одлучује о правима пореских обвезника**

Сходно одредбама претходно поменутих пореских закона порески поступак се унутар Босне и Херцеговине покреће по службеној дужности или, рјеђе, по захтјеву странке. Порески поступак се по службеној дужности покреће када је то предвиђено законским актима, односно другим правним актима који свој извор имају у пореским законима. С друге стране, порески поступак се покреће на захтјев странке, најчешће, када се ради о признавању одређених права пасивној странци у пореском поступку, као што је нпр. признавање права на умањење пореске основице.

Током трајања пореског поступка порески органи су дужни да утврде све одлучујуће чињенице и околности како би се (опште) законске одредбе могле примијенити на конкретну пореску ствар, односно како би порески орган могао издати одговарајући порески акт, и то: рјешење, закључак, налог за пореску контролу, записник о пореској контроли и/или неки други акт којим се покреће, допуњава, мијења или довршава радња у пореском поступку.

Коначно, сваки првостепени порески управни поступак се окончава одлучивањем о пореској управној ствари, односно доношењем управног акта пореског органа (најчешће рјешења), којим се на конкретном случају примјењују пореске и други прописи како би се утврдила права и обавезе пореског дужника. С обзиром на то да је порески управни акт једностранни израз воље активне странке – пореског органа у пореском поступку, донесено рјешење не мора нужно бити и повољно за странку, због чега се странка – пасиван порески субјекат, у сврху заштите својих права и правних интереса, може послужити дозвољеним правним лијековима.

## **3. Права пореских обвезника у Босни и Херцеговини и њихова заштита**

Заштита права пореских обвезника у савременим државама и друштвима, па тако и у Босни и Херцеговини има високо мјесто у хијерехији права грађана. И док су (раније) законодавац и пореска управа понајприје били усредоточени на утврђивање и реализацију обавеза пореских обвезника да у цјелости и на вријеме подмире своју законску обавезу плаћања

пореза, недовољна је пажња (била) посвећена утврђивању њихових права и заштити тих права. (Јелчић, Бо., Лончарић-Хорват, Шимовић, Арбутина, Мијатовић, 2008: 244–245)

*Која и каква права имају порески обвезници у Републици Српској и Босни и Херцеговини? Односно, која права пореских обвезника могу бити повријеђена у поступку увођења, утврђивања, наплате и контроле плаћања пореза и осталих јавних дажбина?*

Као основна права пореских обвезника у Републици Српској и Босни и Херцеговини истичу се права обвезника да буде информисан, саслушан, право на јасну, недвосмислену и унапријед одређену пореску обавезу, затим његово право на повраћај више или погрешно плаћеног пореза, право на продужење рока за подношење пореске пријаве, право на исправак пореске пријаве, право на помагање и заступање у пореском поступку, право на приговор на утврђени износ пореске обавезе, право на приговор застаре пореских обавеза, право на жалбу, право на обнову пореског поступка, право на одгоду наплате пореског дуга, право на ускраћивање давања информација, право на покретање управног спора, право на заштиту личности, право на заштиту људског достојанства и заштиту приватне сфере итд.<sup>5</sup>

*Право да буде информисан* се огледа у праву пореског обвезника да на вријеме и бесплатно од надлежног пореског органа добије све примјерке пореских образаца, али и да му се бесплатно пружи информације у вези са порезима и пореским прописима којима се регулишу поступци за плаћање и услови плаћања пореских обавеза. Такође, ово право подразумијева и да порески обвезник у сваком тренутку буде упознат са ситуацијом поступка опорезивања (у коме је обвезник странка), да буде информисан о процјени вриједности некретнине која ће бити предмет стицања или преноса, односно информисан о покретању инспекцијских радњи и о њиховом карактеру и обиму, као и о правима и дужностима за вријеме тих радњи и роковима утврђеним законом у оквиру којих ће се те радње вршити итд.

Порески обвезник има право *да буде саслушан* што подразумијева његово право да, прије него што порески орган донесе порески акт, поднесе захтјеве и документе и друге релевантне доказе које је надлежни орган дужан размотрити приликом доношења рјешења. Такође, прије доношења рјешења, порески обвезник има право и да се изјасни на саслушању, да

---

<sup>5</sup> Више о овоме вид. чл. 4, 5 и 14 Закона о пореском поступку Републике Српске, Службени гласник Републике Српске, оп. cit. и чл. 17 Закона о поступку индиректног опорезивања, оп. cit.



поставља питања свједоцима и вјештацима, као и да поднесе приједлоге и приговоре у погледу обављања послова пореског органа.

О значају *права обвезника да пореска обавеза буде унапријед, недвосмислено и јасно утврђена* најексплицитније говори чињеница да је ово право инкорпорирано у основна начела опорезивања свих савремених држава. Наиме, само онај порески систем у коме су пореске обавезе равномерно (праведно) распоређене и у коме су порески обвезници унапријед и недвосмислено упознати са својим пореским обавезама, у коме нису присутне честе измјене прописа којима се мијења пореско оптерећење обвезника се може оцијенити позитивно.

*Продужење рока за подношење пореске пријаве из оправданих разлога* (болест, одсуство из земље, несрећни случај, елементарна непогода већих размјера и слично) има обвезник у Републици Српској који, прије истека рока за подношење пореске пријаве, поднесе захтјев Пореској управи. Поменуто право „траје“ до момента престанка разлога наведених у захтјеву, а најдуже до три мјесеца од дана истека законског рока за подношење пореске пријаве.<sup>6</sup>

*Право на приговор на утврђени износ пореске обавезе.* С обзиром на то да се право на умањење пореске основице остварује подношењем захтјева за умањење исте, промјена података наведених у захтјеву се врши подношењем измијењеног захтјева Пореској управи. Измијењени захтјев се може поднијети и у прилогу приговора којим се побија порески рачун за текућу пореску годину, и то у року од 15 дана од дана достављања пореског рачуна пореском обвезнику.<sup>7</sup>

*Право на жалбу* против неправоснажног рјешења пореског органа, односно жалбу када рјешење није донесено у за то законом предвиђеном року, једно је од основних права пореских обвезника. Законом о пореском поступку Републике Српске је предвиђено да се жалба може изјавити у року од 15 дана од дана достављања рјешења.

Порески обвезник, као и његови законски заступници, имају у пореском поступку и *право на ускраћивање давања информација* у случају да дате информације могу изложити казненом гоњењу њега самог или његове најближе сроднике.

Обвезник може покренути и *управни спор* пред надлежним судом када му је пореским актом, против кога није допуштено изјавити редован правни

---

6 Чл. 31 Закона о пореском поступку Републике Српске, оп.сit

7 Чл.16, ст.1 Закона о порезу на непокретности, Службени гласник Републике Српске, бр. 91/15.

лијек, и којим му је директно повријеђено право или интерес, односно наметнута обавеза за коју обвезник сматра да му не припада или није истом задовољан. Такође, за овим својим правом ће порески обвезник посегнути и када је порески орган пропустио да у прописаном року одлучи о праву и/или обавезама, тј. правном интересу, односно када орган управе није поступио по релевантном пропису.

*Право на заштиту личности* (право на људско достојанство, тајност података о личности, неповредивост личности, угледа и части) у Републици Српској и Босни и Херцеговини јесте право гарантовано релевантним уставима. Поменуто право је додатно потврђено и релевантним пореским законима на начин да су порески органи дужни да обезбиједе сигурност и повјерљивост пореских информација, извјештаја, записа и података прикупљених од обвезника који би у случају откривања могли да причине штету пореском обвезнику.

*Право пореског обвезника на заштиту људског достојанства и заштиту приватне сфере.* Ма која савремена држава на основу свог фискалног суверенитета има право да уводи, разрезује, убире и контролише убирање пореза и осталих јавних дажбина. Но, веома је важно ограничити било коју власт у опсегу њених надлежности. У Републици Српској и Босни и Херцеговини, као демократским друштвима, права пореских власти су у извјесној мјери ограничена уставима. Тако су, примјера ради, заштита људског достојанства и заштита приватне сфере (неповредивост стана) грађана уставима гарантована права.<sup>8</sup> Примјенењено на порески поступак, ова права подразумевају да се порески орган према пореском обвезнику (у току пореског постука) мора опходити на начин да његово понашање и дјеловање не вријеђа обвезников дигнитет, личност, част, стан.... С тим у вези, одредбама пореских закона унутар БиХ је дефинисано да порески обвезник има право да: а) буде присутан током свих контрола у складу са законом, б) да се порески службеници према њему опходе с дужним поштовањем и уважавањем; в) да се сваки порески поступак (који укључује присуство пореског обвезника) врши на начин да се избјегне било какво задирање у лично достојанство обвезника, односно избјегне било каква непотребна неугодност.<sup>9</sup>

Осим тога, тј. изнад тога је Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода која представља извор права кога су се, као дијела уставних норми, сви органи власти унутар БиХ дужни придржавати у свим поступцима.<sup>10</sup> Ваља напоменути да је правна заштита права и

8 Чл.13 и чл. 24 Устава Републике Српске, *op.cit.*

9 Чл.17 Закона о поступку индиректног опорезивања, *op. cit.*

10 Чл. 49 Устава Републике Српске и чл. 2.ст.2. Устава БиХ

слобода датих поменутом конвенцијом и која су повријеђена одређеним појединачним правним актом обезбијеђена, како у редовном управном и судском поступку тако и правом субјеката (чија су права повријеђена) на покретање поступка апелационе заштите пред Судом БиХ.<sup>11</sup>

Коначно, заштита приватне сфере је регулисана одредбама пореских и релевантних босанскохерцеговачких закона о извршним поступцима којима су дефинисани предмети који морају, ради заштите егзистенцијалног минимума физичког лица или заштите дјелатности правних лица – пореских обвезника, бити изузети из извршења.<sup>12</sup>

#### **4. Разлози оспоравања пореског управног акта**

Пореској теорији и пракси су познати бројни разлози због којих се, ма који порески акт, може оспоравати. Уколико би се поменути разлози на извјестан начин покушали класификовати, могло би се издвојити неколико група разлога, и то: а) погрешна (неправилна) примјена правила управног (пореског) поступка; б) погрешан или непотпуно утврђен законски опис чињеничног стања; и в) погрешна (неравилна) примјена материјалног права.

У Босни и Херцеговини је порески поступак двоструко уређен, и то у зависности од тога да ли се тиче сфере директног или индиректног опорезивања. Управа за индиректно опорезивање Босне и Херцеговине и Пореска управа Републике Српске, односно њихови запослени, требало би да пореске акте доносе на основу својих слободних процјена у складу са законима и унутар оквира својих овлашћења. Међутим, може се десити, и у пракси се дешава, да намјерно или ненамјерно, свјесно или несвјесно, одређено лице прекорачи дозвољене границе или неправилно примјени одређени пропис, односно одлучи супротно законским актима или не поштује прописане процедуре пореског поступка. Сваки од поменутих случаја за резултат има погрешно или непотпуно утврђен законски опис чињеничног стања. Такође, до погрешно утврђеног стања може доћи и грешком пореског обвезника, односно његовог заступника, у зависности

---

11 Чл.18 Правила Уставног суда БиХ предвиђа могућност побијања појединачног правног акта само када су против истог исцрпљена сва ефективна правна средства заштите. Више: вид. чл. 18 *Правила Уставног суда БиХ*, Службени гласник БиХ, бр. 94 /14, пречишћени текст

12 Више о овоме: вид. чл. 58, чл. 79 и чл. 117. *Закона о извршном поступку*, Службени гласник Републике Српске бр. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/2012, 67/13, 98/14. и 5/17. – Одлука УС РС и чл.63–64. *Закона о извршном поступку пред Судом БиХ*, Службени гласник БиХ, бр. 18/03.

од тога о ком пореском облику, односно пореској врсти је ријеч. Примјера ради, уколико се пореска обавеза утврђује самопријављивањем, тада ће до грешке, вјероватно доћи због радњи пореског обвезника који није добро обрачунао основицу, узео у обзир олакшице и/или ослобађања од плаћања пореза, није правилно пријавио порез и сл. Но, у сваком случају и погрешно или непотпуно утврђен законски опис чињеничног стања, као и погрешна примјена правила пореског поступка ће посредно довести и до неправилне примјене материјалног права. До повреде материјалног пореског права, најчешће, долази због тога што: а) примјена материјалне пореске нормe потпуно изостане; б) на конкретан порески догађај се примијени погрешна материјална норма или се поменута норма погрешно тумачи, и у складу са тим, погрешно примијени; или коначно зато што в) материјално-правна пореска норма није у сагласности са нормама неког вишег правног акта.

## **5. Систем правних лијекова у Републици Српској и Босни и Херцеговини**

Правни лијекови представљају правна средства која странке или овлашћени државни органи користе против аката јавноправних тијела.

Правилност примјене материјалног пореског права се у Босни и Херцеговини обезбјеђује у неколико фаза пореског поступка и пред различитим органима, и то: а) у жалбеном поступку против акта првостепеног органа; б) у поступку по ванредним правним лијековима; в) у управном спору пред надлежним судом против акта другостепеног органа; г) у поступку по ванредним правним лијековима против пресуде суда у управном спору; и д) у апелационом поступку пред Уставним судом БиХ.

Правне лијекове у пореском(им) поступку(цима) Босне и Херцеговине, као и саме пореске поступке, како је то већ раније наведено, уређују Закон о пореском поступку, Закон о поступку индиректног опорезивања Босне и Херцеговине и релевантни закони којима је уређен (општи) управни поступак. С тим у вези, органи који одлучују по претходно наведеним правним лијековима су: Пореска управа Републике Српске и Управа за индиректно опорезивање БиХ (за директне, односно индиректне порезе) у првостепеном поступку; Министарство финансија и директор УИО БиХ као другостепени орган по жалби на акт првостепеног органа; Пореска управа Републике Српске и Министарство финансија, односно директор УИО БиХ и првостепени орган УИО у управним поступцима по ванредним правним лијековима; окружни судови Републике Српске у управносудском спору и по ванредном правном лијеку – приједлогу за понављање поступка окончаног пресудом или рјешењем ток окружног суда у управном спору

и аналогно овоме, у случају индиректних пореза, Управно одјељење Суд БиХ у управносудском спору по ванредном правном лијеку – приједлогу за понављање поступка окончаног пресудом или рјешењем тог Одјељења; у поступку по ванредном правном лијеку – захтјевом за ванредно преиспитивање пресуде окружног суда / првостепеног, као и захтјевом за заштиту законитости против првостепене пресуде окружног суда / Одјељења Управног одјељења Суда БиХ Врховни суд Републике Српске, односно Суд БиХ – апелационо одјељење; и коначно Уставни Суд Босне и Херцеговине у поступку по апелацији за заштиту људских права у основних слобода гарантованих уставима одлучују било да је ријеч о директним, било индиректним порезима.

Сви порески, као и закони којима је уређен управни поступак у Босни и Херцеговини, као редован правни лијек наводе жалбу,<sup>13</sup> док с друге стране као ванредне лијекове наводе обнову пореског поступка, мијењање или поништавање рјешења у вези са управним спором, захтјев за заштиту законитости, оглашавање рјешења ништавим, поништавање и укидање рјешења по праву надзора, поништавање и укидање рјешења уз пристанак или по захтјеву странке и ванредно укидање.

### ***5.1. Жалба као редован правни лијек у пореском поступку***

Жалба је у пореском поступку у Босни и Херцеговини једини редован правни лијек против пореског рјешења донесеног у првом степену. Незадовољна странка може само једном уложити жалбу на првостепено рјешење које није по њу повољно. Против рјешења донесеног у другом степену, тј. против коначног рјешења није дозвољена жалба. Из наведеног се може закључити да се рјешењем другостепеног органа завршава поступање у пореском поступку. Но, странка која није задовољна ни рјешењем другостепеног органа има могућност покретања управног спора пред управним судом.

У пореском поступку у БиХ жалба нема суспензивно дејство. Такође, она је деволутивни правни лијек, јер се изјављивањем жалбе на рјешење првостепеног органа, исто рјешење подвргава надзору другостепеног органа. Од другостепеног органа се захтијева да преиспита правилност примјене материјалног права у оспораваном акту, односно његову законитост и правилност доношења. Коначни циљ кога незадовољна

---

<sup>13</sup> Као једини редован правни лијек у пореским законима наведена је жалба. Међутим, иоле детаљнијом анализом поменутих закона, може се закључити и да је и приговор дозвољен као редован правни лијек. Примјера ради, чланом 16, став 1 Закона о порезу на непокретности је одређено да против утврђене пореске обавезе из пореског рачуна порески обвезник има право приговора у року од петнаест дана од дана предаје пореског рачуна пореском обвезнику.

странка жели постићи улагањем жалбе на рјешење јесте или измјена дијела рјешења којим странка није задовољна, или поништење првостепеног рјешења у цјелости и враћање на поновно одлучивање првостепеном органу.

Осим ових случајева, свим пореским законима је странкама у БиХ остављена могућност и да поднесу жалбу у случају када активна странка није донијела никакво рјешење у законом предвиђеним роковима, тј. у случају тзв. ћутања администрације.

На крају, али не и најмање важно, потребно је нагласити и да су првостепени порески органи овлашћени да сами измијене рјешење по жалби када се, рјешавајући по жалби, утврди да је иста основана, а да при томе, по истој није потребно проводити нови испитни поступак. Дакле, првостепени орган унутар БиХ има овлашћења да сам измијени своје раније издато рјешење на основу поступка допуњеног по жалби, те да на тај начин рјешење ријешу другачије, односно побијано рјешење замијени потпуно новим.<sup>14</sup>

## **5.2. Ванредни правни лијекови**

Када странке порескоуправног односа, због истека прекулзивних рокова за употребу редовних правних лијекова, а са циљем преиспитивања формалне и материјалне законитост коначних рјешења, и у случају када су и даље присутни разлози који су довели до незаконитих рјешења, не могу да користе редовна правна средства, истима преостаје да заштиту својих права остваре употребом ванредних правних лијекова. Стога ванредни правни лијекови обезбјеђују уклањање незаконитости у редовном управном поступку и могу се користити само у тачно прописаним околностима (Рихтер, 2015: 42).

Ванредни правни лијекови или посебни поступци оцјењивања су бројни, и као такви су, сходно босанскохерцеговачкој пореској легислативи, наведени:<sup>15</sup> понављање управног поступка; мијењање и поништавање рјешења у вези са управним спором; поништавање и укидање рјешења по праву надзора; захтјев за заштиту законитости; укидање и мијењање рјешења уз пристанак или по захтјеву странке; ванредно укидање; и оглашавање рјешења ништавим.

---

14 Чл. 223–225 Закона о управном поступку, *op.cit.* и чл. 220–222 Закона о општем управном поступку, *op.cit.*

15 Чл. 238–258а Закона о управном поступку, *op.cit.* и чл. 246–254 Закона о општем управном поступку, *op.cit.*

*Понављањем управног поступка* је омогућена обнова поступка који је већ завршен пореским актом – рјешењем или закључком и против кога нема редовног правног лијека у управном поступку. Понављање пореског поступка се може покренути по приједлогу пореског обвезника, јавног тужиоца, односно по службеној дужности органа који је донио коначно рјешење ако:

- 1) се сазна за нове чињенице или се нађе или стекне могућност да се употребе нови докази који би, сами или у вези са већ изведеним и употребљеним доказима, могли довести до другачијег рјешења да су те чињенице, односно докази били изнесени или употребљени у ранијем поступку;
- 2) је рјешење донесено на основу лажне исправе или лажног исказа свједока или вјештака, или ако је дошло као посљедица каквог дјела кажњивог по кривичном закону;
- 3) се рјешење заснива на пресуди донесеној у кривичном поступку или у поступку о привредном преступу, а та пресуда је правоснажно укинута;
- 4) је рјешење повољно за странку донесено на основу неистинитих навода странке којима је орган који је водио поступак био доведен у заблуду;
- 5) се рјешење органа који је водио поступак заснива на неком претходном питању, а надлежни орган је то питање касније ријешио битно другачије;
- 6) је у доношењу рјешења учествовало службено лице које је по закону морало бити изузето;
- 7) је рјешење донијело службено лице надлежног органа које није било овлаштено за његово доношење;
- 8) колегијални орган који је донио рјешење није рјешавао у саставу предвиђеном важећим прописима или ако за рјешење није гласала прописана већина;
- 9) лицу које је требало да учествује у својству странке није била дата могућност да учествује у поступку;
- 10) странку није заступао законски заступник, иако је законом тако предвиђено;
- 11) странци у поступку није била дата могућност служи својим језиком.

Осим тога, када је рјешење, по ком се тражи понављање управног поступка, било предмет пријашњег управног спора, понављање се може допустити



само због чињеница које је орган утврдио у ранијем управном поступку, али не и због оних које је утврдио суд у управном спору.

Приједлог за обнову поступка се, у року од 30 дана од дана кад је странка сазнала за нове околности које јој пружају могућност за обнову поступка (субјективни рок), подноси органу који је о предмету рјешавао у првом степену или органу који је донио рјешење којим је поступак окончан. Такође, понављање поступка је могуће и у року до пет година од дана достављања коначног рјешења (објективни рок). Након наведеног рока понављање поступка се може тражити једино уколико је рјешење донесено на основу лажне исправе или лажне изјаве свједока или вјештака, односно ако је донесено као посљедица дјела кажњивог по кривичном закону.

*Мијењање и поништавање рјешења у вези са управним спором* као ванредни правни лијек стоји на располагању пореском органу против чијег рјешења је благовремено покренут управни спор. Сходно релевантним босанскохерцеговачким законима, порески орган може до момента пресуде надлежног суда да сам измијени или поништи раније издато рјешење, уколико оцијени да ће суд због истих разлога рјешење или измијенити или поништити. На овај начин, порески орган избјегава судско поништење сопственог пореског рјешења. Ваља нагласити да је примјена овог правног лијека могућа само када се уважи тужбени захтјев у цијелости. Наиме, уколико би порески орган прихватио само један дио тужбеног захтјева, тада поменути орган не би могао избјећи судско поништење сопственог рјешења. Када порески орган донесе ново рјешење којим мијења или поништава претходно рјешење прије окончања управног спора, исти је дужан ново рјешење доставити тужиоцу и суду пред којим је покренут спор. Тужилац је, такође у обавези да се изјасни по новом рјешењу у року од 15 дана, односно да о свом ставу у овом року обавијести надлежни суд. Уколико странка која је покренула спор изјави да није задовољна новим рјешењем пореског органа, суд наставља с вођењем управног спора.

*Поништавање и укидање рјешења по праву надзора* као ванредно правно средство за побијање коначног рјешења се користи када је у поступку доношења рјешења дошло до очигледно неправилне примјене, тј. повреде материјалног права. Овим лијеком се на основу права надзора пореском органу омогућава поништавање и укидање коначног рјешења (не тражи се правоснажност), па је рјешење могуће поништити или укинути и када је против таквог рјешења покренут управни спор. (Мијатовић, 2005: 85)

Укидање рјешења по праву надзора оставља могућност надлежном органу или да поништи или да укине рјешење. Као органи овлашћени за покретање иницијативе за поништење рјешења по праву надзора се у БиХ наводе

органи управе (по службеној дужности), односно странка или тужилац, правобранилац БиХ или омбудсман БиХ. Исто тако, сви ови органи, осим странке, су овлашћени да покрену иницијативу и за укидање рјешења, кад год као другостепени органи утврде да је у побијаном рјешењу дошло до очигледно неправилне примјене материјалног права. Коначно, рјешење ће надлежни орган у БиХ поништити или укинути по праву надзора:<sup>16</sup>

- 1) ако је рјешење донио стварно ненадлежан орган;<sup>17</sup>
- 2) ако је у истој ствари раније донесено правоснажно рјешење којим је та управна ствар другачије ријешена;
- 3) ако је рјешење донио један орган без сагласности, потврде, одобрења или мишљења другог органа што је, иначе, предвиђено законом или неким другим на закону заснованом актом;
- 4) ако је рјешење донесено као посљедица присиле, изнуде, уцјене, притиска или друге недопуштене радње; и
- 5) ако је рјешење донио мјесно ненадлежан орган.

Поништавање рјешења по праву надзора дјелује повратно, тј. њиме се поништавају све правне посљедице које је произвело поништено рјешење од момента његовог доношења. С друге стране, укидање рјешења дјелује унапријед, тј. убудуће. Овим се онемогућавају правне посљедице укинутог рјешења, док већ настале правне посљедице укинутог рјешења и даље остају на снази. Рјешење о поништењу рјешења се може донијети у року од пет година од дана кад је рјешење постало коначно, изузев у случају када је рјешење донесено као посљедица присиле, изнуде, уцјене, притиска или друге недопуштене радње, када се ново рјешење може донијети у било ком временском року. Такође, у случају да је рјешење донио мјесно ненадлежан орган, рок за доношење новог рјешења износи једна година од дана кад је рјешење постало коначно у управном поступку.

Рјешење о укидању, када је у истој ствари раније донесено правоснажно рјешење којим је та управна ствар другачије ријешена, може се донијети у року од једне године од дана кад је рјешење постало коначно у управном поступку.

---

16 Рјешење по праву надзора за директне порезе укида Министарство финансија односно директор УИО БиХ у поступку индиректног опорезивања као другостепени органи.

17 Искључено је поништавање по праву надзора када је у пореском поступку донесено у ствари из судске надлежности или у ствари о којој се уопште не може рјешавати у управном поступку. У овом случају ријеч је о рјешењу које је као такво само по себи ништаво.

Против рјешења о праву надзора није дозвољена жалба, али се против истог може покренути управни спор.

*Захтјевом за заштиту законитости* се омогућава преиспитивање правоснажног рјешења донесеног у пореском поступку у коме је изостала могућност вођења управног спора и уз услов да није обезбијеђена нека друга судска заштита. Захтјев за заштиту законитости подноси јавни тужилац (као државни орган). Странка може иницирати, али не и покренути овај захтјев, у виду захтјева тужиоцу. Рок за подизање захтјева за заштиту законитости је мјесец дана од дана достављања рјешења тужиоцу, односно шест мјесеци уколико је рјешење достављено странци.

Одлуку о захтјеву за заштиту законитости доноси орган управе који је надлежан за рјешавање по жалби против побијаног рјешења, а уколико таквог органа нема – надлежна влада.

Поводом захтјева за заштиту законитости, орган може укинути побијано рјешење или одбити захтјев. Против рјешења донесеног по захтјеву за заштиту законитости жалба није допуштена.

Ако је правоснажним рјешењем странка стекла неко право, а орган који је донио то рјешење сматра да је неправилно примијењен материјални закон, може рјешење укинути или измијенити ради његовог усклађивања са законом само ако странка која је на основу тог рјешења стекла право, на то пристане и уколико се тиме не вријеђа право трећег лица. Такође, пристанак странке је обавезан и за измјену правоснажног рјешења на штету странке, тј. рјешења којим је странци наметнута одређена обавеза. Поменути пристанком странке се штите права пореског обвезника која је стекао ранијим рјешењем.

*Укидање и мијењање рјешења на основу захтјева или уз пристанак странке* дјелује само убудуће чиме се с једне стране онемогућавају даље правне посљедице до тад важећег рјешења, а с друге стране остају на снази све већ произведене правне посљедице ранијег, правоснажног рјешења.

Рјешење доноси првостепени орган који је раније донио правоснажно рјешење, а другостепени орган само кад је својим рјешењем одлучио о ствари. У случају да је тај орган укинут или престао бити надлежан у управној ствари о којој је ријеч, рјешење доноси орган који је за ту ствар надлежан у вријеме доношења рјешења.

Жалба против рјешења донесеног уз пристанак или по захтјеву странке допуштена је само против рјешења првостепеног органа. Против коначног рјешења првостепеног органа, односно рјешења другостепеног органа може се покренути управни спор.

*Ванредним укидањем* се омогућава укидање извршног рјешења ако је то потребно ради отклањања тешке и непосредне опасности по живот и здравље људи, јавну безбједност, јавни мир и поредак или јавни морал, или ради отклањања поремећаја у привреди, и када се то не би могло успјешно отклонити другим средствима којим би се мање дирало у стечена права. Из наведеног се може закључити да се ванредним укидањем укида рјешење које је донесено у складу са правним поретком, с тим да је исто супротно општим друштвеним интересима. Рјешење се може укинути у цјелости и дјелимично, и то у обиму који је неопходан да се опасност отклони или заштите наведени јавни интереси.

Ванредно укидање рјешења производи правне посљедице убудуће, о чему је већ било говора.

Рјешење првостепеног органа може укинути орган који га је и донио или другостепени орган,<sup>18</sup> уз напомену да је против рјешења којим се раније рјешење укида допуштена жалба само на рјешење првостепеног органа. У случају да је рјешење донио другостепени орган, против истог је могуће покренути управни спор.

*Ништавим се оглашава пореско рјешење* које садржи грубу повреду правног поретка усљед које исто, ни протоком времена, не може конвалидирати нити постати правоснажно. Као такво, сходно релевантним законима унутар БиХ, одређено је пореско рјешење које:

- 1) је донесено у ствари из судске надлежности или у ствари о којој се уопште не може рјешавати у управном поступку;
- 2) ако се његовим извршењем узрокује дјело кажњиво по кривичном закону;
- 3) чије извршење није могуће;
- 4) је донесено без захтева странке, а на које странка није накнадно изричито или прећутно пристала;
- 5) садржи неправилност која је по некој изричитој законској одредби предвиђена као разлог ништавости.

Оглашавање рјешења ништавим дјелује уназад, тј. повратно, о чему је такође било говора код укидања рјешења по праву надзора.

Протек времена не игра никакву улогу код проглашавања рјешења ништавим и оно се може у свако доба, тј. када се стекне неки од горе

---

<sup>18</sup> У случају да не постоји другостепени орган рјешење првостепеног органа ће укинути орган који је законом овлашћен да врши надзор над радом првостепеног органа.

наведених услова, огласити ништавим по службеној дужности, по приједлогу странке или јавног тужиоца.

Надлежност за оглашавање рјешења ништавим (у цјелини или дјелимично) има орган који га је донио или другостепени орган, тј. орган који је законом овлашћен да врши надзор над радом органа који је донио рјешење када нема другостепеног органа.

Жалба против рјешења којим се неко рјешење оглашава ништавим или којим се одбија приједлог странке или тужиоца за оглашавање рјешења ништавим, јесте допуштена. Као и код ванредног укидања, када не постоји орган који одлучује у жалбеном поступку, против рјешења се може непосредно покренути управни спор.

## 6. Закључна разматрања

Права пореских обвезника су кроз систем правних лијекова у пореском(им) управном(им) поступку(цима) у Републици Српској и Босни и Херцеговини *de facto* и *de iure* „прилично“ заштићена. Но, поставља се питање колико су иста и дјелотворна, колико су усклађени са правним лијековима земаља Еропске уније, те коначно, а можда и најбитније, колико су порески обвезници упознати са својим правима и средствима која им стоје на располагању при заштити својих права.

Било би пожељно увести, поред жалбе, и приговор као ново редовно правно средство. Осим тога, могла би се размотрити несуспензивност жалбе, тј. особину жалбе у пореском поступку која се „коси“ са бројним ратификованим међународним конвенцијама, које су изнад закона.

Ипак, без озбира на ове и у раду поменуте остале недостатке, постојећом легислативом унутар БиХ створен је солидан оквир за већу правну сигурност пореских обвезника и заштиту њихових права, вишу ефикасност у раду пореских органа, те је ударен темељ за даље јачање права странака у пореском поступку.

## Литература/References

Јелчић, Бо., Лончарић-Хорват, О., Шимовић, Ј., Арбутина, Х., Мијатовић, Н. (2008), *Финанцијско право и финансијска знаост*, Загреб, Народне новине  
Милошевић, Г. и Кулић, М. (2015). *Пореско право*, Нови Сад, Правни факултет  
Мијатовић, Н. (2005) Хрватска правна ревија, Загреб, бр.1.

Рихтер, А. (2015) Правни лијекови у порезном поступку [Electronic version] Retrieved 10. februar 2018, from <https://www.ijf.hr/upload/files/file/PV/2015/10/rihter.pdf>

Закон о извршном поступку, *Службени гласник Републике Српске* бр. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/2012, 67/13, 98/14. и 5/17.

Закон о извршном поступку пред Судом БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 18/03.

Закон о општем управном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 13/02, 87/07. и 50/10.

Закон о порезу на непокретности, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 91/15.

Закон о пореском поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 102/11, 108/11, 67/13, 31/14, 44/16.

Закон о поступку индиректног опорезивања, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 89/05. и 100/13.

Закон о управном поступку, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 29/02, 12/04, 88/07, 93/09, 41/13. и 53/16.

Правила Уставног суда БиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 94 /14. пречишћени текст

Устав Републике Српске

Устав БиХ

***Bojana Vasiljević Poljašević, LL.D.***

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Banja Luka*

**PROTECTION OF TAX DEBTORS' RIGHTS BEFORE ADMINISTRATIVE  
AUTHORITIES IN REPUBLIKA SRPSKA AND IN BOSNIA AND HERZEGOVINA**

**Summary**

*Tax procedure is a special administrative procedure in which administrative bodies (active tax entities) and tax debtors (passive tax entities) interact in order to resolve tax matters. The first instance tax (administrative) procedure is completed by deciding on the tax administrative matter, i.e. by passing the administrative act of the tax authority, which applies the tax and other regulations to the specific case in order to determine the rights and obligations of the tax debtor. Since the tax administration is a one-sided expression of the will of an active tax entity in a tax procedure, the adopted decision does not necessarily have to be favorable for the party (the passive tax entity). In such a case, the party can use the allowed legal remedies for the purpose of protecting his/her rights and legal interests .*

*Although the protection of human rights in the Constitution of Bosnia and Herzegovina, as well as in the Constitution of the Republic of Srpska, is one of the basic constitutional provisions, the legislators within B&H have additionally regulated and guaranteed the taxpayers' rights in the provisions of the Administrative Procedure Act of Bosnia and Herzegovina, the Administrative Procedure Act of Republika Srpska, and the as well as in the Indirect Taxation Procedure Act and the Tax Procedure Act of Republika Srpska.*

*In this paper, considering the different tax jurisdictions within Bosnia and Herzegovina, the the author elaborates on the guaranteed taxpayers' rights and the legal remedies available to the tax debtor as an institute for the protection of the guaranteed rights within the jurisdiction of the Tax Administration of Republika Srpska, and within the jurisdiction of the Administration for Indirect Taxation of Bosnia and Herzegovina.*

**Keywords:** *tax procedure, parties in tax procedure, tax debtors' rights, legal remedy.*



**Др Небојша Ранђеловић,\***  
Редовни професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880499R

UDK: 94(497)  
Раđ примљен: 27.10.2018.  
Раđ прихваћен: 05.12.2018.

## **ЕВРОПСКЕ СИЛЕ, ЈУЖНОСЛОВЕНСКИ ЕТНИЧКИ ПРОСТОР И ИСТОЧНА КРИЗА У XIX ВЕКУ\*\***

**Апстракт:** У чланку је у уводном делу дат осврт на историјско дефинисање појмова Источна криза и Источно питање, њихов настанак и значај за геостратешке, геополитичке и државно-правне процесе на Балкану. Уз њихово историјско и политичко значење дата је слика политике европских сила у XIX веку и рефлексивна слика на балканске државе (формиране и државе у настајању). Државно-правни процеси дефинисани источним питањем, са свим својим одликама наводе на закључак да ова питања нису затворена на овим просторима и да су добрим делом одредила политичку данашњицу.

**Кључне речи:** Источна криза, концерт великих сила, Србија, Хрватска, Босна и Херцеговина, Бугарска.

### **1. Увод**

Источна криза, као политички, историјски, државно-правни и геостратешки појам и процес, обележила је XIX век. Већина аутора, како савременика догађаја, тако и оних који су стварали у XX веку, па све до данас, овај појам користи за поједине догађаје и кризне моменте у XIX веку (Војислав Вучковић, Албер Сорел, Курт Керстен, Васиљ Поповић, Љиљана Алексић, Марија Тодорова и др). Овај појам, који суштински представља дуги процес, често се ставља у контекст кризе 1842-43. (Вучковић, 1957: 10) Поједини аутори га стављају у контекст грчке кризе двадесетих година XIX века, или у ранији период (наполеонови ратови, па све до XVIII века, када преписка Волтера и руске царице Катарине Велике наговештава дугу источну кризу). Овај појам се среће у револуционарној 1848-ој години, у

\* necer@prafak.ni.ac.rs

\*\* Раđ је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

време Кримског рата, босанске кризе, током шездесетих година XIX века, руско-турских ратова, па све до почетка XX века и тражења повода за почетак Великог рата. Може се закључити да је Источна криза, у ствари, дуготрајни процес, са повременим прекидима, који су били окончање једне кризне ситуације и припрема друге. Кључни појам за одређивање процеса под именом Источна криза, јесте појам Источно питање. Источно питање, као државно-правна и геополитичка одредница једног историјског процеса, најпре ствара слику комплекса политичких и државно-правних питања, геополитичких и геостратешких сучељавања, јавних и скривених разлога великих сила за стварање, отварање, затварање и поновно отварање питања политичке прошлости, садашњости и будућности простора Балкана и Блиског истока. Геостратешка и геополитичка важност Балкана и његове околине, одредила је његову политичку судбину, најчешће креирану ван домашаја балканских простора и мимо воље балканских народа. Освајачки походи са југоистока на север и северозапад и обратно, указали су да геостратешке особине Балкана нису раздвајање и географска непремостивост (мишљење доминантно у античком свету), већ спајање и прожимање које отвара стратешке путеве за доминацију над евроазијским чвором и топлим морима Средоземља и Блиског истока. Чињеница да Балкан није једина веза између Европе и Азије не умањује његову геостратешку и геополитичку важност. Напротив. Руском платформом Европа јесте широко везана за Азију, али док се руска површ наставља у Сибир и пустиње Централне Азије, тешко приступачне и сасвим изван центара старих цивилизација, Балканско полуострво је блиско везано Егејским морем (многобројним расејаним острвима и мореузима) за Малу Азију и њоме за Индију и Египат, колевке најстаријих цивилизација. Док су преко Русије прешле искључиво миграције азијских народа којима је била страна виша култура, Малом Азијом и Егејским морем прелазиле су значајне културне струје. (Цвијић, 1995: 93) Правци миграције становништва и војних кретања предосманлијског периода, правци турских освајања и аустријско-руски одговори на ове походе, операције свих каснијих ратних збивања и геостратешких прегруписавања, указују да држање балканских сувоземних и водених путева значи важан положај у Европи као и контролу најважнијих стратешких праваца и међународних токова. Поменуте одлике Балкана најчешће су биле повод и разлог за државно-правне процесе, настајање и нестајање држава на овим просторима.

## 2. Источно питање – историјско и политичко значење

Историјско и политичко значење Источног питања треба тражити у одликама геостратешког и геополитичког положаја Балкана и његовог значаја у укупној стратешкој тежњи великих сила да доминирају Средоземљем. Геостратешка целовитост Балкана и Подунавља и стратешка настојања сила, наслеђена из претходних векова, одредили су полазне тачке европских политичких и државних сукобљавања XIX века. Немачки „Продор на Исток“, руско ширење на Југ и тежња за доминацијом у борби за турско наслеђе, настојања осталих европских сила да добију део који би од државне целине Турске одвојиле, настојање Турске да реформама своју империју врати у ред релевантних сила и остане на десном брегу савско-дунавског слива, чувајући га као своју природну границу и тежње балканских народа за ослобођењем, дали су стратешке одлике свих процеса који су руководили Источном кризом.

Ово питање сеже дубоко у прошлост. Поједини писци га смештају у предисламско време, имајући у виду свете ратове, поделу Римске империје и касније јачање и опадање Византије, папске напоре да се освоје света места у Палестини, и иду чак до тражења корена овог питања у фараонском Египту. Ужи историјски смисао појма Источно питање наћићемо у судару Европе са исламским светом, који је са собом донело продирање Турске у Европу и њено запоседање важних трговачких и војних путева, најкраће везе Запада са Истоком. У време успона моћи Отоманске империје било је то питање опстанка европских сила које су биле на удару Турских освајања, а потом, опадањем моћи Отоманске империје, ово питање је прерасло у борбу за турско наслеђе.

У дипломатској комбинаторици велике силе су настојале да им намере буду до краја скривене, али су њихове тежње и геостратешки положаји откривали њихова каснија деловања и ратне и дипломатске походе. Оно што ће наћи исход у XX веку било је познато још у XVIII. У писму руској царици Катарини Великој, 1769. године, Волтер каже: „Кад бих био Венецијанац, ја бих војску упутио на Кандију, док би се Ваше величанство борило за Јаши или за неко друго место. Кад бих био римски цар припале би ми Босна и Србија ускоро, па бих Вас затим позвао на обедовање у Софију, или Филипољ, у Румелији, пошто би је на пријатељски начин поделили.“ (Sorel, 1878: 44, 45) Поседовање мореуза и Цариграда тадашња гледишта су одређивала као могућност за стварање и место где се ствара „универзална монархија“. То исто понавља и министар спољних послова царске Русије Сазонов 1913. године: „Ко влада мореузима и Цариградом осуђен је од историје да понови историју Византијског и Османлијског царства и

да одатле иде до оних граница у Месопотамији и Босни, докле су та два царства ишла”. (Екмечић, 1996: 6) Занимљиво је да и данашња стремљења великих сила имају скоро идентична стратешка опредељења. Актуелни догађаји у Средоземљу, прерасподела моћи међу силама последњих деценија и идентични геостратешки интереси као и пре неколико векова, потврђују овакве тврдње.

### **3. Политика европских сила и Источно питање у XIX веку**

За XVIII век се може рећи да је протекао у аустријско-руској доминацији у односима према Турској. XIX век је донео пуну интернационализацију Источног питања међу европским силама. И сам настанак назива Источно питање везује се за конгрес Свете алијансе у Верони 1822, када се решавало о судбини грчке револуције и ставу великих сила према њој.<sup>1</sup>

Конгреси европских сила (Бечки 1815, Париски 1856, Берлински 1878) постављали су нова правила у европским, па и светским политичким односима, постављали нове и свргавали старе протагонисте на политичкој сцени, уводили у ред великих сила нове државе и настојали да истисну или ограниче старе.

Бечки конгрес 1815. године требало је да верификује постнаполеонску рестаурацију монархије и утврди пут Светој алијанси великих европских монархија (Аустрија, Русија, Пруска). Француска је испала из реда сила које кроје судбину Европе, док су остале силе третирале сва важна питања, па и Источно питање, сходно приципима рестаурације, стајући, барем декларативно, на пут револуционарним покретима народа који су тежили ка националном ослобођењу. Иако успостављена у циљу трајног европског мира, рестаурација је са собом донела и ретроградне одлике феудалних начела монархизма. Аутохтони покрети народа, нарочито под турском, али и под аустријском и руском влашћу, и њихов револуционарни карактер, демантовали су начела рестаурације и приморали европске монархе да се понашају у складу са насталим стањем. Ако се узме у обзир да су се силе држале слова Бечког конгреса (нарочито Русија и Пруска) онолико колико то није задирало у њихове интересе, јасно се видела припрема постреволуционарних односа (након 1848.), враћање Француске и увођење Сардиније у ред креатора европске политике, припрема нових

---

1 И пре тога су коришћени слични називи који су упућивали на карактер проблема: Источна криза, Турско питање, Источна ствар, Источни сукоб итд. Те појмове пратили су и метафорични називи за Турску, као на пример “јадни човек”, који се приписује царици Катарини, или “болесник на Босфору”, који се приписује цару Николају I.

међународних односа унутар Европе и према Турској и један нови рат окончан Париским конгресом 1856.

Кримски рат, који је претходио Париском конгресу, увео је једну новину. У односима са Русијом, који су готово увек имали ратни епилог, Турској више није била довољна вербална помоћ појединих европских сила праћена дипломатским притисцима, претњом ратом и надокнадама на другој страни. Сада је била неопходна оружана интервенција и директно мешање у рат на страни Турске. Велика Британија и Француска, а потом и Сардинија ушле су у рат на страну Турске, уз навијачку неутралност Пруске и Аустрије (аустријске трупе су чак ушле у подунавске кнежевине Влашку и Молдавију). Занимљиво је да је од Србије захтевано активно учешће у рату, и то против сизеренске силе Турске, на страни протекторске силе Русије. Србија, иако јој статус вазалне државе то није дозвољавао, определила се за неутралност, што је предствљао акт суверености, прећутно прихваћен од свих сила, а активно подржан од сизеренске силе. (Ранђеловић, 2008: 35) Без обзира на тврдње новог императора Русије Александра II и његовог државног врха, Русија је овај рат изгубила. Овај пораз, који Руси нису желели да признају, верификован је на Париском конгресу 1856. године. Париски мир је истиснуо Русију из првог плана при решавању Источног питања, одуевши јој право патроната над Влашком, Молдавијом и Србијом. Ово право преузеле су силе потписнице Париског уговора. Што се тиче Србије, Влашке и Молдавије, Париски конгрес је донео међународну верификацију њихове аутономије, од огромног значаја за њихово државно и национално конституисање.

Двадесетогодишњи период између Париског и Берлинског конгреса означиле су промене које су се тичале самих сила потписница Париског уговора. Русија је променила императора не мењајући свој унутрашњи апсолутизам и спољашњи империјализам, спремајући се за рат који ће надокнадити што је на Криму пропуштено. У Француској је царизам Наполеона III, након изгубљеног рата са Пруском, доживео слом, што је условило поновно успостављање републике. Пруски канцелар Бизмарк окончао је уједињење Немачке под жезлом пруске династије Хоенцолерна. Уједињењем Италије у јединствену краљевину под сардинијском династијом Савоја затворен је пут француском утицају на поједине апенинске државице и коначно стављена тачка на аустријску доминацију над покрајинама северне Италије и владарске амбиције побочних грана Хабзбурга у државама Апенинског полуострва. Аустријско царство постало је Аустро-Угарска монархија под царско-краљевском круном Франца Јозефа и стално претећом тенденцијом ка тријализму због бројног словенског елемента ове хетерогене државе. Истиснута из Италије и у

немачким питањима коначно поражена од своје супарнице Пруске, задовољење својих територијалних претензија Аустрија је могла да види само у турском наслеђу.

Сви ови европски процеси притискају Турску која, без реалне могућности да на њих утиче, постаје све више посматрач своје пропасти. Иако су унутрашњу политику Турске деветнаестог века обележиле реформе, њихови делимични успеси нису могли да спрече пропадање империје. Рускије и аустријске претензије и однос вазалних кнежевина указивао је на скори крах вишевековне европске кампање Турске империје.

Са оваквим стањем ушло се у ратове 1876. и 1877. године, формално окончаним Берлинским конгресом и његовим исходом који је затворио једно и отворио друго поглавље Источне кризе и Источног питања. Резултати Берлинског конгреса материјализовани су у државно-правном и територијалном прекомпоновању Балкана. Уз територијална увећања, грађење фактичке независности (остварено кроз дуг и поступан процес државног конституисања), добило је формално признање, па су тако у ред држава са пуним признатим суверенитетом ушле Србија, Црна Гора и Румунија. Ревизијом Сан-Стефанског мира на геополитичкој карти Европе појавиле су се и две нове државне творевине: Кнежевина Бугарска и провинција Источна Румелија. Бугарска је добила статус вазалне кнежевине, а Источна Румелија статус провинције под непосредном политичком и војном влашћу султана, са административном аутономијом и гувернером хришћанске вероисповести.<sup>2</sup> Циљ да се стане на пут руској експанзији након победе у рату са турском, остале силе – учеснице Берлинског конгреса схватиле су тако што су као једино решење прихватиле растакање националног ткива Бугарске. Решење питања Босне и Херцеговине (према тајној руско-аустро-угарској конвенцији) нађено је у новом државно-правном статусу, са двојним суверенитетом и специфичним правним режимом. То је представљало неку врсту решења без решавања. Босна и Херцеговина је задржала врховни суверенитет султана, под аустро-угарском окупацијом.

Берлински конгрес требало је да буде решење велике источне кризе, а самим тим и Источног питања. Он је, међутим, представљао само нову страницу трајања Источног питања. У политичком смислу продужени XIX век (почео Француском револуцијом) окончан је балканским ратовима и Првим светским ратом. То је представљало само увод у бурне догађаје скраћеног XX века, који је продужено дејство Источног питања довео до данашњих дана.

---

2 Чл. 1-22 Берлинског уговора, Берлински конгрес и српско питање.

#### 4. Источно питање и државност јужнословенских народа

Јужнословенски народи, кроз сукобљавања, савезе и интересе великих сила, у Источном питању су најчешће били и средство и мета. Свој државно-правни статус градили су према могућностима, извлачећи га с муком испод или унутар интереса великих сила. Интелигенција балканских народа, негде формирана, негде тек у повоју видела је еманципацију својих народа у својим, најпре независним, а потом и грађанским државама. Обим и простор једног чланка нису довољни да се сагледају сви сегменти утицаја процеса решавања Источног питања на државно правне процесе и развој државности балканских народа. Али се освртом на поједине делове стасавања државности и кроз поједине правне акте може створити јасна слика поменутих процеса.

Хрватска је своју државност чувала кроз векове погодбама хрватског племства и угарске, а потом хабсбуршке круне. Турска освајања су условила промене у овим односима. Најпре је физички расточено некадашње хрватско државно ткиво јер су неке традиционално хрватске територије пале под отоманску власт и нужно потпале под правну и сваку другу регулативу Турске. То је условило и настанак Војне крајине са специфичним статусом и са територијалног и са персоналног гледишта. Традиционални феудални систем хабсбуршког царства добио је нове одлике признавањем слободног сељачког поседа и извлачењем крајишког становништва из система феудалних обавеза због војне обавезе и обавезе чувања граница царства. Токови решавања Источног питања временом су мењали потребе државе за Крајином са таквим статусом, али инертност бечке администрације утицала је да се Крајина развојачи тек у другој половини XIX века. Но XIX век је донео и нове процесе који су најавили корените социјалне промене и промене у државно правном статусу Хрватске. Атрибути хрватске државности, чувани погодбом феудалних елита, више нису могли да егзистирају на старим основама. Феудалне погодбе племства морале су да буду замењене широм платформом укључивања настајућих нових друштвених слојева. Без њих није могло да се оствари продужење хрватске државно-правне традиције кроз процес растакања феудализма и постепеног хода ка стварању клице грађанског друштва. Поменуте процесе препознали су и делови хрватског племства (међу првима гроф Јанко Драшковић) који су се прикључили народњацима. (Јанковић, Мирковић, 1989: 235) Хрватски препород је одиграо кључну улогу у очувању поменутих државних одлика и одупирању Хрватске германизаторском утицају и сталној угарској опасности. Али промене у државно-правном статусу, често неприродне и условљене погодбама (1867. и 1868. године), утицале су да Хрватска своју државно-правну традицију није могла да



заштити од шаренила правних система. Са таквим стањем и уз сталну, паралелну тенденцију тријалистичког устројења монархије, Хрватска је створила Народно вијеће и са њим ушла у заједничку државу након Првог светског рата. Заједничка држава је тако добила шест правних подручја, од којих су хрватске крајеве захватала три: словеначко-далматинско и хрватско-славонско са одликама аустријског законодавства и војвођанско са одликама мађарског законодавства. (Ранђеловић, 2009: 163)

Србија је своју државност и ход ка независној држави градила у самом гротлу решавања Источног питања. Након стварања војничке државе Првог српског устанка и њене пропасти 1813. године, Србија је Другим српским устанком 1815. године отворила ново поглавље у стварању државе. То поглавље одликовао је процес стварања фактичког стања и његовог превођења у формално. Након усменог споразума Милоша Обреновића и Марашли-Али паше власт је постепено прелазила у српске руке, са стварањем парадржавних и државних органа. Након Ђакове буне 1825. године створени су државни органи (зачетак војске и тајне полиције) који су у интересу одржавања реда добили благослов и од турских власти. Стварање фактичке самоуправе и аутономије добили су формално признање хатишерифима 1830. и 1833. године. Србији је сада предстојао пут од формално признате кнежевине са вазалним статусом до независне државе. Тај процес је такође одликовала изградња фактичке независности која ће неминовно постати формална након Берлинског конгреса. У овом раздобљу Србија је небројено пута вршила право суверенства, некад уз благослов сизерена, много чешће на своју руку. Примери су очигледни: доношење Сретењског устава 1835. године, насилне промене на престолу 1839, 1842. године, учешће србијанских једница у Мађарској буни, Кримски рат и Париски конгрес, Светоандрејска скупштина 1858. године, уставни закони кнеза Михаила, Устав од 1869. године. На крају, право суверенства Србија је вршила и у српско-турским ратовима вршећи *ius belli* против сизерена. На спољном плану, поступност преласка фактичког у формално пратила је решавање српског питања у склопу Источног питања. Србија је имала сизерена, али је имала и протектора – царску Русију која се и фактички и формално мешала не само у питања статуса српске кнежевине, већ и у конкретна јавно-правна решења (Устав од 1838. године), некад сама, некад заједно са суседном силом – Аустријом. Након Кримског рата, на Париском конгресу 1856. године Србија је изгубила протектора, али је добила концерт гарантних сила и пуну интернационализацију свог статуса, гарантованог потписима представника сила на Париском мировном уговору. (Ранђеловић, 2008: 53)

Све време изградње српске државности препознаје се континуирани процес друштвених промена, који је условио стварање интелигенције и зачетка грађанског друштва. Када је кренула у стварање државе, Србија није имала грађанску класу ни у зачетку, па је логичније било да се државотворна клица зачне у Војводини, где је српско грађанство већ било стасало. Али умирућа Турска била је далеко погодније тле да се на њеним рубовима зачне нова држава, што је временом условило преливање грађанских идеја и утицаја из Војводине у Кнежевину Србију. Земља у којој су обичаји постајали право, где су својински односи регулисани турским наслеђем и тапијским системом, добила је 1844. године Грађански законик са доминантим утицајем Аустријског грађанског законика и препознатљивим утицајем Француског грађанског законика. Након стицања и формалне независности 1878. године, Србија је већ била способна да у историју своје државности и уставности унесе либерални Устав од 1888. године, који је био пуни израз стварања грађанског друштва.

Босна и Херцеговина није била само предмет процеса решавања Источног питања, већ најпре његова жртва. Религијска сложеност и комплексност односа вековима грађених, али никада изграђених, утицали су на посебност државно-правних процеса. У отоманском државно-правном систему Босна и Херцеговина је имала посебан статус. Носиоци борбе за очување таквог положаја били су врхови капетанско-ајанског слоја међу босанским беговима. Та борба је са собом носила парадокс да су најтврђи чувари отоманске традиције били босански бегови, који ни етнички, ни културолошки, ни по језику нису били турског порекла. Као носиоци привилегија они су се опирали свему што је могло на било који начин да промени њихов дотадашњи начин живота. Такво неговање ретроградних тежњи ишло је дотле да се у опирању свакој врсти реформи тражио и посебни статус за Босну који се неће регулисати у Цариграду. Градашчевићева буна је окончана релативним успехом, али поход Омер-паше Латаса је сломио цвет босанског беговата и оставио Босну немоћну да задржи старо и неспособну да прихвати ново. То време је у Турској обележено реформама Махмуда II и Абдул-Меџида I. Абдул-Меџидово време добило је назив времена модерних реформи – Танзимат (танзимати-хајрије – повољна преуређења). Творац ових реформи био је Мустафа Решид-паша. Почетак реформи био је хатишериф из Гилхане (Ћилхане, Ђулхане) 1839. године, који је представљао неку врсту повеље слободе Османлијског царства. Овим хатишерифом дата је отоманским поданицима свих вера гаранција за сигурност, живот, част и имање, за правилан начин резезивања и убирања пореза, као и регрутовања војника и трајања њихове службе. Обећано је да ће се укинути монополи,

куповање чиновничких положаја, да ће се ограничити војни издаци и време војне службе свести на 4 – 5 година. Спровођењу Танзимата претио је обрачун са ретроградним покретима старе провинцијске олигархије и читав низ мера успостављања савремених државних институција. Може се рећи да је тежње носилаца Танзимата најбоље карактерисала мисао великог адмирала Халил-паше при његовом повратку из Русије: "Враћам се уверен да се морамо помирити с тим да се повучемо у Азију, ако не пожуримо да имитирамо Европу". (Поповић, 1996: 167) За овакве реформе, међутим, не само у Босни, већ и у читавом царству било је касно. Оне су, својим делимичним успехом, само успориле пропаст царства. Са таквим државно-правним вакуумом Босна и Херцеговина је дочекала Берлински конгрес и аустро-угарску окупацију. Војни заповедник и цивилни адлатус, вршиоци власти, спроводили су вољу бечког двора и двојство законодавства аустријске традиције на шеријатским темељима. Са таквим стањем и покушајем да се кроз босански мелтинг пот Бењамина Калаја створи јединствена босанска нација, ушло се у анексиону кризу, признање анексије и доношење Устава за Босну и Херцеговину 1910. године. Историја је показала да је то био добар увод у сарајевски атентат и крвави расплет свих босанских криза које је носио XX век.

## 5. Закључак

Наведени историјски и државно-правни процеси намећу закључак да многобројне источне кризе, у ствари, представљају јединствени процес који, скоро двовековну борбу сила и балканских држава, сажима у јединствени дуготрајни геостратешки, историјски и политички чвор под називом Источна криза. Овај процес прати недељиво Источно питање, које траје вековима. Његове рефлексије условљавале су државно-правни статус балканских народа и њихову судбину. Кратак осврт на свеукупност постављених питања, дат сходно простору који одређује величина једног чланка, само је сегмент слике читавог комплекса утицаја Источног питања на балканске народе.

Овај сегмент вреди илустровати и делом дипломатске преписке пред Берлински конгрес, која је под паролом решавања Источног питања астварала основу за нову геостратешку поделу територија, чија је идентичност са данашњицом забрињавајућа. Као пример може се узети Мемоар аустро-угарске владе британској влади у коме се образлажу правци аустро-угарске политике и нужност окупације Босне и Херцеговине. Прилог који је одаслан уз овај мемоар носио је геостратешку и геополитичку анализу, упућујући судбоносне поруке које ће, на жалост обележити читав наредни

век а нарочито његов крај. На почетку овог акта образлаже се опасност од постојања веће словенске државе на југу Европе по општу стабилност. Као географски чинилац нестабилности поседа монархије наводи се Далмација, која се као уски приморски појас не може одржати без стабилног залеђа. Потом се наводе разлози због којих Босна и Херцеговина не може да егзистира као засебна аутономија, односно државна творевина. Ти разлози су географске, привредне, а понајвише етничке и верске природе. “Једна велика тешкоћа – стоји у Прилогу меморандума – постоји већ у самим разликама између Босне и Херцеговине. Херцеговци су један планински народ, сиромашан и ратнички расположен, а са малим проблемима; а Босанци су земљораднички и мирољубив народ са једном изразитом поседничком класом. Дакле, ако се ова два подручја уреду по принципу самоуправе, једна иста форма не би одговарала обема, па би се морале створити две аутономије. Свако од ова два подручја је и сувише сиромашно, да би на овакав начин могло само собом да управља. Али, она су истовремено и заједно. Још веће препреке су из верских односа. Становништво се састоји од муслимана, српских православаца и католика који живе, не само подвојено по селима и срезовима, већ и заједно по истим градовима и селима, па често међусобно и непријатељски настројени. С обзиром на неизбежне спорове појединаца као и у целокупности ових елемената било би разумљиво да сваки део тражи за себе подршку извана... Из тих разлога би неко аутономно конституисање ових подручја, чак и кад би то за тренутак било изводљиво, неизбежно представљало један прелазни експеримент који би, једном речју, морао да води уједињењу са неком од сродних суседних земаља.” (Стојковић, 1999: 93-94) Потом се у Прилогу меморандума указује на српску опасност и њену погубност по стабилност монархије, односно читаве средње Европе: “Уколико би се ове две земље, неспособне за аутономију прикључиле Србији или Црној Гори, или се чак сјединиле с њима у једну државу онда би настала једна нова творевина која би доводила у питање поседовање наших граница и мир на њима. Стварањем једне овакве словенске групације између наших пограничних покрајина Далмације, Хрватске и Славоније доспели бисмо пред једну изузетно неповољну алтернативу. Или бисмо морали анектирати цео тај словенски комплекс и тако све Словене који теже уједињењу стрпати под нашу контролу или бисмо себе изложили опасности да српско-хрватске народне масе на нашем тлу стално узнемирује привлачна снага овакве нове творевине која би из традиције и интереса била усмерена ка ширењу по основу сродности порекла.” (Стојковић, 1999: 95) У склопу исте дипломатске преписке указује се на то који су разлози определили аустро-угарску владу да се противи ширењу Црне Горе на јадранској обали. У једном телеграму из Санкт Петербурга указује се на противљење грофа

Ђуле Андрашија, аустро-угарског министра спољних послова, оваквом ширењу Црне Горе. Андраши је недвосмислено изразио бојазан “да ће то погодovati шверцу, уколико се Црној Гори омогући приступ јадранској обали”. (Стојковић, 1999: 88)

Садржина преписке која је вођена у последњој четвртини XIX века сама по себи је закључак. Уз наведене анализе балканских државно-правних процеса у контексту Источног питања упућује на савремено доба и на историју државе и права као науку о садашњости и будућности, којој је прошлост само средство, а садашњост и будућност предмет. У колико се уклоне датуми и имена актера, наведене анализе се могу сместити у контекст било ког догађаја савремене Источне кризе. Због тога се може закључити и да све наведене анализе отварају много више питања од понуђених одговора.

## Литература

Вучковић, В, (1957). *Српска криза у Источном питању 1842-43*, Београд: Просвета.

Јанковић, Д, Мирковић, М (1989). *Државно правна историја Југославије*, Београд : Научна књига.

Екмечић, М, (1996). *Предговор трећем издању*. У Поповић, В (аут). *Источно питање*, Београд: Службени лист СРЈ.

Поповић, В, (1996). *Источно питање*, Београд: Службени лист СРЈ.

Ранђеловић. Н, (2008). *Протокли Париског конгреса*, Ниш: Зограф.

Ранђеловић, Н, (2009). *Историја права II – Основи српске историје права*, Ниш: Свен.

Sorel, A (1878). *La Question d' Orient au 18 - eme siecle. La partage de Pologne et le traite de Kainardii*, Paris: Librairie Plon.

Стојковић, М (1999). *Балкански уговорни односи*, Београд: Службени лист СРЈ.

Стојичић, С, Ранђеловић, Н (1998). *Берлински конгрес и српско питање*, Ниш: СКЦ.

Цвијић, Ј (1995). *Балканско полуострво (избор)*. У Матић, Б (прир). *Тајна Балкана*, Београд: СКЦ. 90-98.

**Nebojša Ranđelović, LL. D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**THE EUROPEAN POWERS, SOUTH SLAVIC ETHNIC SPACE  
AND THE EASTERN CRISIS IN THE 19TH CENTURY**

**Summary**

*The Eastern Question is a historical and political concept pertaining to specific events in the XIX century, including to a long-term process known as the Eastern Crisis. This process marked the entire XIX century and its prolonged effects are present even today. In the context of forging and dissolving great alliances, whose outlets and outcomes were agreed in congresses of the European great powers of that time, the Balkan nations were frequently subject to competing influences. Due to their diverse and often incompatible socio-historical heritage, they had difficulty in finding the right paths to constitutionalize and develop their statehood. Considering that the scope of this article does not provide sufficient space for a comprehensive coverage of this issue, the paper focuses on the important moments and influences that marked the development of statehood and legal order in the Balkans. The reflection of diverse influences on the Balkan nations may best be illustrated and observed through the distinctive features underlying the development of Croatia's statehood, the clash of conflicting interests of the East and the West (both de jure and de facto) in the development of the Serbian state of law, the specificities in establishing the Bulgarian state, and the idiosyncratic knot of ethnic and religious legacy of Bosnia and Herzegovina. All things considered, the solution to this problem is still out of sight.*

**Key words:** *The Eastern Question, the Eastern Crisis, the Concert of the great powers of Europe, Serbia, Croatia, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria.*





**Др Дарко Димовски,\***  
Ванредни професор Правног факултета  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880513D

UDK: 343.352(497:114-672EU)  
Раđ примљен: 07.07.2018.  
Раđ прихваћен: 09.11.2018.

## **МОГУЋНОСТИ ПРИМЕНЕ РЕСТОРАТИВНЕ ПРАВДЕ НА ЗЛОЧИН МРЖЊЕ\*\***

**Апстракт:** Аутор на почетку рада истиче да се феномен злочина мржње јављао још у античко доба. Државе широм света су на злочине мржње почеле да реагују тек у шездесетим и седамдесетим годинама прошлога века, при чему се та реакција огледала у примени тзв. ретрибутивне правде. У последње време поједини криминолози заговарају примену концепта ресторативне правде на случајеве злочина мржње. Полазећи од ове тенденције, аутор наглашава да постоје два модела ресторативне правде – диверзиони и терапеутски, при чему даје образложење у могућој примени и једној и другог модела у Републици Србији на основу постојеће законске регулативе.

**Кључне речи:** злочин мржње, ресторативна правда, диверзиони модел, терапеутски модел, Република Србија.

### **1. Увод**

Људска историја је препуна примера које бисмо модерним речником назвали злочин мржње. Наиме, овакви злочини не само да су остављали последице по жртве једног оваквог понашања, већ су обликовали и историју појединих држава. Довољно је споменути прогон припадника новоосноване хришћанске вере од стране Римљана, злочине према домородачком становништву приликом колонизације Америке, злочине над Јерменима од стране Турака, апартхејд у Јужноафричкој Републици, злочине према Афроамериканцима итд.

---

\* darko@prafak.ni.ac.rs

\*\* Раđ је реализован у оквиру пројекта бр. 179046, Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

Иако је историја вршења злочина мржње дуга, треба нагласити да су тек у шездесетим и седамдесетим годинама прошлога века уложени додатни напори с циљем инкриминације једног оваквог понашања. Бројне државе су током прошлога века увеле у своја законодавства инкриминацију злочина мржње као посебног кривичног дела или као обавезне отежавајуће околности прописане у општем делу кривичног закона или само код појединих кривичних дела. Другим речима, основи начин реакције на злочин мржње отелотворује се у примени ретрибутивне правде кроз наведене начине инкриминације овог облика криминалитета насиља.

Вршењем кривичних дела долази до бројних менталних и емоционалних тешкоћа код особа жртава овог друштвено неприхватљивог понашања. Уједно, последице по извршиоца огледају се у његовом кажњавању, призонизацији и тешкоћама у животу након извршења казне затвора. Такође, последице по друштво су огромне. Наиме, поред губитка живота жртава злочина мржње, извршење овог облика криминалитета насиља условљава велике економске губитке у виду рада полицијских, тужилачких и правосудних органа, пенитенцијарних установа, здравствених центара, те губитка производње добара или пружања одређених услуга жртве злочина мржње. Стога у последње време поједини криминолози заговарају примену концепта ресторативне правде како би се заједничким договором између извршиоца, жртве и локалне заједнице пронашао одговор на овај облик криминалитета насиља и како би се превазишле све његове последице. Уједно, треба нагласити да су се временом развила два облика ресторативне правде – диверзиони и терапеутски, што ће у наредном делу рада бити посебно обрађено како би се сагледала могућност њихове примене на случајеве злочина мржње. Ипак, пре него што се посебна пажња посвети од стране аутора овог чланка облицима ресторативне правде, неопходно је одредити њен појам.

## **2. Појам ресторативне правде**

Ресторативна правда је, као појам, први пут употребљена у касним седамдесетим годинама XX века. Криминолог Брајтввајт (Braithwaite) под њом подразумева процес чији је циљ поправљање штете жртви, локалној заједници и учиниоцу до које је дошло извршењем кривичног дела (Strickland, 2004: 1). Кривично право даје одговор на питање о томе који је закон прекршен, кога је прекршио и коју кривичну санкцију треба изрећи извршиоцу кривичног дела да би се постигла сврха изрицања кривичних санкција. За разлику од система кривичног права који је окренут ретрибуцији, ресторативна правда је усмерена интересима учиниоца

кривичног дела, оштећеном лицу и локалној заједници. Ресторативна правда омогућава да извршилац кривичног дела, оштећени и локална заједница заједно одлуче о конкретном друштвеном одговору на тачно одређено кривично дело (Димовски, Илић, 2012: 90).

Пенолог Маршал (Marshall) одређивао је ресторативну правду „као процес помоћу кога стране, од којих свака учествује у дотичном кривичном делу, долазе заједно да колективно реше како да савладају последице злочина и његове импликације у будућности“ (Константиновић Вилић, Костић, 2006: 101). Норвешки теоретичар Нилс Кристи (Nils Christie) сматрао је да кривично дело представља конфликт, и да је као такав својина оних који су на неки начин повезани са њим (учинилац, жртва и локална заједница), а не оних (правника) који га на неки начин краду. Као такво, кривично дело треба да представља основу на којој ће заинтересоване стране постићи договор о друштвеном одговору (компензацији) за извршено кривично дело. Кристи наводи да „ресторативна правда представља бољи одговор на криминалитет јер је карактерише непосредна комуникација оних који су у конфликту а која треба да доведе до компензације“ (Топић, 2007: 27).

Ресторативна правда захтева потпуно учешће и сагласност свих оних који су на било који начин били погођени извршењем кривичног дела – жртве, делинквента, њихових породица и пријатеља, као и особа из друштвене заједнице. Затим, ресторативна правда покушава да поправи оно што је уништено. Зато се процес усмерава на потребе жртве (шта је потребно учинити да се траума зацели; повраћај осећања сигурности), делинквента (шта је потребно урадити да се зло више никада не понови; шта предузети да се делинквент понаша у сагласности са постигнутим договором) и чланова заједнице (шта ће им помоћи да се они осећају сигурно; које кораке треба предузети за унапређење стања заједнице тако да има мање изгледа да се злочин догоди у будућности).

Следеће што је неопходно је да постоји потпуна и непосредна одговорност свих учесника. Оптужене особе суочавају се са својим жртвама и другима који трпе последице злочина и којима је дата могућност да објасне своје понашање, преузму пуну одговорност и буду део процеса који одлучује о начину како да обједини потребе свих заинтересованих. Такође, ресторативна правда тежи да врати у целину све оно што је било „раздвојено“, уништено кривичним делом. Наиме, злочин дели чланове једне друштвене заједнице на „ми-они“ начин размишљања. Ресторативне расправе налазе начин да превазиђу ту разлику, тако да „ми и они“ буду поново повезани унутар једне друштвене заједнице постављене на здравим основама. Повраћај у једну целину свих чланова заједнице онемогућава изолацију унутар заједнице. Изолација се

иначе јавља као природан пратилац злочина. То је отуђеност коју осећају како делинквент и жртва, тако и остали чланови друштвене заједнице који трпе последице. Међутим, ресторативна расправа не може да повеже жртву и делинквента у нешто што је већ постојало као нездрав, злостављајући однос. На крају, расправа у ресторативној правди стреми ка томе да оснажи заједницу, с циљем да се спречи даље повређивање тиме „што ће изградити односе и обратити пажњу на значајна социјална питања која су на првом месту узроци злочина“ (Coward, 2000: 7).

### **3. Два облика ресторативне правде**

Постоје два модела ресторативне правде – диверзиони и терапеутски. Диверзиони модел ресторативне правде је више окренут извршиоцу кривичног дела, при чему се он спроводи уместо кривичног поступка, чиме се обезбеђују алтернативне санкције. Заговорници овог модела ресторативне правде сматрају да је кривични поступак препун одређених предрасуда, као и да је према појединим извршиоцима кривичних дела боље и ефикасније да се поступа ван зидина пенитенцијарних установа. Применом диверзионог модела ресторативне правде олакшава се ресоцијализација извршиоца кривичног дела, при чему долази до помирења са жртвом и локалном заједницом (Miller, 2011: 12).

Развојем ресторативне правде умножавали су се различити типови диверзионих модела – конференција ресторативне правде за младе делинквенте (ресторативне јустичне конференције) (Elrod, Ryder, 2004: 177–179), скретање са вођења кривичног поступка (пре тријал диверсион) (Strickland, 2004: 66–67), диверзиони програм намењен за малолетнике који су вршили кривична дела под утицајем психоактивних супстанци (Chemical Awareness Program), диверзиони програм специјализован за малолетне лопове (Theft Awareness Program), диверзиони програм намењен малолетним лицима која су се бавила нелегалном трговином дуваном (Tobacco Awareness Class) и други.

За разлику од диверзионог модела ресторативне правде, терапеутски модел ресторативне правде спроводи се након осуде окривљеног, уз поклањање посебне пажње жртви с циљем њеног оснаживања и превазилажења свих недаћа извршеног кривичног дела. Бројни заговорници ресторативне правде наглашавају значај потреба жртве у укупном сагледавању реакције друштва на извршено кривично дело. Овај модел ресторативне правде највећу примену има код кривичних дела сексуалног насиља, у којима се жртва и насилник познају. У кривичним делима, у којима је учинилац мушког пола, а жртве су особе женског пола, постоји несразмера у погледу

моћи између учиниоца и жртве. Терапеутски модел ресторативне правде се може применити и код кривичних дела са смртних исходом – убиства.<sup>1</sup> Диверзиони модел ресторативне правде не даје посебне резултате у погледу превазилажења односа надмоћи починиоца у односу на жртву, уз могућност ревиктимизације жртве. Стога терапеутски модел ресторативне правде надомешћује недостатке диверзионог модела и поклања посебну пажњу потребама жртве родно заснованог насиља (Miller, 2011: 12).

#### **4. Примери добре праксе примене ресторативне правде на злочине мржње**

Бројне криминолошке студије показале су бенефите спровођења поступка ресторативне правде на сва три учесника – извршиоца кривичног дела, жртву и локалну заједницу. Ипак, до скоро није постојала ниједно криминолошко истраживање чији би предмет био могућности и бенефити примене ресторативне правде на случајеве злочина мржње. Стога су неки криминолози, попут већ поменутог Умбрејта (Umbreit), Гаврилидеса (Gavrieledes) и Коатеса (Coates), почели да спроводе анализу случајева злочина мржње код којих је примењена ресторативна правда. Ове студије су показале да се баријере, које постоје између учесника поступка ресторативне правде, могу превазићи чиме се остварују сви бенефити примене оваквог поступка (Hall, Corb, Giannasi, Grieve, 2004: 403).

Криминолог Коатес је, на пример, заједно са својим сарадницима, спровео цасе студу на неколико случајева примене ресторативне правде на извршене злочине мржње. Један од случајева, који се издваја по својим карактеристикама односи се на претње смрћу упућене припадницима тзв. Исламског културног центра у Орегону од стране једне особе након терористичких напада на Сједињене Америчке Државе 11. септембра 2001. године. Друштвени одговор на овај догађај огледао су у организовању

---

<sup>1</sup> Ретрибутивна правда, као основни начин реакције државе и друштва на почињено убиство, није давала адекватне резултате. Због тога су неки криминолози и пенолози веома смело предложили концепт ресторативне правде. То не значи потпуно искључење вишевековног начина реакције на најтеже облике криминалитета насиља, већ њихово међусобно преламање. Тако је, према професору Марку Умбрејту (Mark Umbreit), најбољи пример за концепт ресторативне правде и убиства случај Сапе (Sarah), чији је отац убијен, и његовог убице по имену Џеф (Jeff). Он је после двадесетогодишње казне затвора стекао право на условни отпуст. Чувши за такву могућност, Сара се осетила рањивом и бесном. Потражила је помоћ професора Умбрејта, који је организовао неку врсту медијације између ње и убице. Сара је једва после четири минута успела да каже како се осећа. Након тога, Џеф је испричао своју верзију догађаја и како је само убиство имало утицај на његов живот. На интервјуу у после медијације, Сара је рекла да је виђење са Џефом било као ходање кроз ватру која односи њен бол (Димовски, 2012: 3).

поступка медијације између извршиоца кривичног дела, са једне стране, и жртве и његове породице, са друге стране. Иако је на првом састанку поводом медијације извршилац кривичног дела показао одређене знаке кајања, обе стране у поступку овог облика ресторативне правде сагласили су се да је потребно уложити додатни напор како би се превазишла емоционална разлика која постоји између њих. Разлог постојања неслагања на крају првог састанка манифестовао се у томе што је један учесник са стране оштећених лица рекао да је извршилац очигледно родитељ који се на неадекватан начин бринуо о свом преминулом детету, док је истовремено извршилац избегавао да оствари контакт очима са другом страном. На другом састанку атмосфера је поправљена на тај начин што је извршилац стекао додатно поверење у супротну страну, те је испричао своје у вези губитка детета, при чему је посветио посебну пажњу својим осећањима која су допринела томе да има непријатељски став према својој околини. На крају поступка медијације извршилац је прихватио одговорност за своје понашање и извинио се жртви и његовој породици. Уједно, медијацијом је договорено да извршилац, као начин да исправи последице свог понашања, посећује предавања о исламу и да уједно одлази на курс о контролисању беса. На крају је договор обухватао обавезу извршиоца да добровољно обавља одређене послове у пенитенцијарној установи намењеној малолетницима. Бенефити спроведеног поступка медијације, како је то истакао криминолог Коатес, огледали су се у развоју хуманијег односа сваке од страна према другој страни, развоју емпатије и могућношћу да свака страна настави свој живот на један позитивнији и мирнији начин (Hall et. al., 2004: 403).

Поред навођења овог случаја који треба да послужи као пример добре праксе, могуће је навести криминолошку студију, спроведену од стране Марк Волтерса (Marc Walters) и Каролин Холи (Carolyn Hoyle), која се односи на анализу пројекта под називом Hate Crime Project којим је руководио тзв. Community Mediation Centre у јужном делу Лондона. Наиме, њих двоје су интервјуисали 23 учесника поступка медијације, при чему је 17 исказало своје задовољство поступком медијације, јер је он допринео њиховом бољем емоционалном стању. Уједно, код 15 жртава злочина мржње дошло је услед поступка медијације до смањење анксиозности, док је код четрнаесторо смањен осећај беса према извршиоцу злочина мржње. Од укупног броја интервјуисаних код њих 13 као последица медијације јавило се мањи осећај страха према злочинцу (Hall et. al., 2004: 403).

Спроведена квалитативна истраживања о примени ресторативне правде на случајеве злочина мржње указала су на постојање одређених варијабли од којих директно зависи успешност емоционалног опоравка жртве овог

облика криминалитета насиља и спречавање у будућности вршења истог или сличног кривичног дела. Наиме, као варијабле издвојили су се следеће чињенице: имање могућности учествовања у поступак медијације, давање објашњења супротној страни како је извршење злочина мржње утицао на живот дате стране, покушај разумевања емоционалног стања супротне стране у поступку медијације, добијање подршке од стране медијатора како би се превазишле све постојеће разлике између учесника у поступку медијације, тежња да се поправе последице извршеног злочина мржње, као и обећање извршиоца да се неконформистичко понашање у будућности неће поновити (Hall et. al., 2004: 403).

Поред постојања примене ресторативне правде због извршења кривичног дела услед мотива мржње у Великој Британији, могуће је истаћи да се на случајеве злочина мржње примењује ресторативна правда и у Сједињеним Америчким Државама. Тако је у оквиру Министарства правде САД основан тзв. Community Relations Service (CRS) чији је задатак да обезбеди препоруке и сервисне услуге жртвама и локалној заједници који су се суочили са извршењем злочина мржње. У оквиру услуга, које се пружају жртвама злочина мржње и локалној заједници у којој се овај облик криминалитета насиља извршио, јесте и медијација. Бенефити спроведене медијације за извршен злочин мржње огледа се у успостављању поновне безбедности у локалној заједници у којој је почињен злочин мржње. До оваквих резултата долази се непосредном укљученошћу не само жртве и извршиоца злочина мржње, већ и лидера локалне заједнице и представника удружења жртва (Perry, 2009: 208).

Како бисмо указали на значај ЦРС-а представићемо у кратким цртама злочин мржње који се догодио у мају 1999. године на Универзитету Орегон у Сједињеним Америчким Државама. Наиме, на Универзитету су се десили расистички говори који су обухватили и слање електронске поште са расистичким садржајем, што је на крају, под притиском протеста студената, условило хапшење 31 студента који су одбили да напусте зграду Универзитета током периода од осам сати. Због тога су контактирани стручњаци ЦРС-а како би спровели поступак медијације. Ангажовањем ових стручњака спречена је ескалација сукоба (Altschiller, 2005: 124).

## **5. Примена диверзионог модела ресторативне правде на злочине мржње у Републици Србији**

Применом начела опортунитета, јавни тужилац у Републици Србији може да одложи кривично гоњење према осумњиченима за кривична дела за које је предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година, ако



осумњичени прихвати да испуни једну или више обавеза: 1) да отклони штетну последицу насталу извршењем кривичног дела или да накнади причињену штету; 2) да на рачун прописан за уплату јавних прихода уплати одређени новчани износ, који се користи за хуманитарне или друге јавне сврхе; 3) да обави одређени друштвено-корисни или хуманитарни рад; 4) да испуни доспеле обавезе издржавања; 5) да се подвргне одвицавању од алкохола или опојних дрога; 6) да се подвргне психосоцијалном третману ради отклањања узрока насилничког понашања; и, 7) да изврши обавезу установљену правноснажном одлуком суда, односно поштује ограничење утврђено правноснажном судском одлуком.<sup>2</sup>

Наредбом о одлагању кривичног гоњења, јавни тужилац одређује рок у којем осумњичени мора да изврши преузету обавезу, при чему рок не може бити дужи од годину дана. Испуњавањем обавезе од стране осумњиченог, јавни тужилац ће решењем одбацити кривичну пријаву и о томе обавестити оштећеног.

Пре него што кренемо се анализом могућности примене начела опортунитета на злочине мржње неопходно је нагласити да је 2012. године извршена новелација Кривичног законика. Новелацијом Кривичног законика из 2012. године додат је члан 54а, којим је прописана посебна околност за одмеравање казне за кривично дело учињено из мржње. Наиме, у поменутом члану предвиђено је да, ако је кривично дело учињено из мржње због припадности раси и вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета другог лица, ту околност суд ће ценити као отежавајућу, осим ако она није прописана као обележје кривичног дела. На овај начин проширен је дијапазон кривичних дела код којих је мржња, поред кривичних дела изазивања националне, расне и верске мржње и нетрпељивости и расне и друге дискриминације, мотив извршења кривичних дела, чиме је појачана државна репресија против извршења злочина мржње.

Анализом еволуције начела опортунитета можемо доћи до закључка да је по решењу из Законика о кривичном поступку из 2001. године<sup>3</sup> било прописано да је била потребна претходна сагласност оштећеног како би се примениле неке од предвиђених обавеза, као што су плаћање новчаног износа у хуманитарне сврхе, каквој хуманитарној организацији, фонду

---

<sup>2</sup> Чл. 283. Законика о кривичном поступку, Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

<sup>3</sup> Законик о кривичном поступку, (Службени. лист СРЈ, бр. 70/2001 и 68/2002 и Службени гласник РС, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – други закон, 49/2007, 20/2009 – други закон, 72/2009 и 76/2010.

или јавној установи, као и да се осумњичени бави друштвено корисним или хуманитарним радом. Како ресторативна правда захтева укљученост оштећеног у стварање договора о одговору друштва на извршено кривично дело са извршиоцем кривичног дела и локалном заједницом, који се у овом случају отелотворују у јавном тужиоцу, можемо закључити да је овакво решење било добро. Међутим, каснијим изменама ЗКП-а, али и доношењем новог Законика о кривичном поступку из 2011. године више се не захтева добијање претходне сагласности оштећеног како би се применио опортунитет, чиме се остварује још већа ефикасност у процесуирању кривичних дела. Полазећи од друштвене опасности злочина мржње, као и последица његових извршења, која се отелотворују у бројним менталним и емоционалним тешкоћама код жртава, али и шире друштвене узнемирености припадника исте групе у којој је члан и сама жртва конкретног кривичног дела, може се истаћи аргумент да одлуку о одлагању кривичног гоњења треба условити претходним пристанком жртве конкретног злочина мржње. На тај начин законодавац би показао већи степен кривичноправне заштите лица из одређених друштвених група које су често угрожене кривичним делима извршеним из мотива мржње, иако је интенција законодавца да се у последњем периоду тежи већој ефикасности кривичног поступка која се огледа, између осталог, и непостојањем добијања претходне сагласности оштећеног како би се одустало од кривичног гоњења од стране јавног тужиоца.

Ипак, наглашавамо да није за очекивати да законодавац изрази вољу за враћање на старо законско решење уколико све посматрамо кроз поглавље 23 у поступку приступања Европској унији. Наиме, такозвани скрининг поглавља 23 односи се и на ефикасност кривичних поступака. Враћањем на претходно законско решење о примени опортунитета пристанком жртве конкретног злочина мржње само бисмо смањили обим утицаја института условног одлагања кривичног поступка на ефикасност решавања предмета у кривичним стварима. Уједно, као противаргумент ставу да је неопходно постојање претходног пристанка оштећеног ради примене опортунитета може се изнети схватање да, чак и да законодавац прихвати овакав став, на тај начин се неће довољно добро сагледати специфичне потребе оштећеног (жртве) услед извршења злочина мржње, као и да се неће на тај начин дати могућност оштећеном да равноправно учествује у стварању заједничког одговора на извршено кривично дело.

Посматрањем начела опортунитета кроз призму злочина мржње можемо видети да је законодавац предвидео као једну од обавеза подвргавање психосоцијалном третману ради отклањања узрока насилничког понашања. Другим речима, за кривична дела за која је прописана новчана

казна или казна затвора за пет година, а код којих је мотив извршења кривичног дела мржња, осумњичени се може упутити на психосоцијални третман ради отклањања узрока насилничког понашања, што је у конкретном случају мржња. Међутим, треба нагласити да ограничавањем примене опортунитета на кривична дела за које је предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година знатно смањен обим примене начела опортунитета на друга кривична дела за која је прописана тежа кривична санкција а извршена су из мотива мржње, као што је за кривично дело особито тешка телесна повреда за које је прописана казна затвора од једне до осам година.

Пореднормативног ограничења примене диверзионог модела ресторативне правде на случајеве злочина мржње постоје и фактичка ограничења. Наиме, до сада центри за социјални рад као установе надлежне да се баве отклањањем узрока насилничког понашања нису покренули одговарајући програм који би се бавио овим послом код извршилаца злочина мржње. До сада је Република Србија током 2012. године покренула пројекат под називом „Борба против сексуалног и родно заснованог насиља“ у центрима за социјални рад у Београду, Нишу и Крагујевцу. Овим пројектом се пружао одговарајући третман мушким извршиоцима насиља у партнерским односима. Заустављање и спречавање насиља у партнерским односима у породици и заштита жртава од насиља у породици, како је прописано у пројекту, применом начела опортунитета у виду обавезе отклањања узорка насилничког понашања, је општи циљ пројекта (Димовски, 2015: 429–430). На овај начин Република Србија је омогућила примену обавезе отклањања узорка насилничког понашања само код кривичних дела насиља у породици извршених од стране мушкараца. Иако ово кривично дело може бити у одређеним случајевима извршено услед мотива мржње, оно представља само једно од бројних других кривичних дела која бисмо могли подвести под злочин мржње.

Постојање формалних и фактичких препрека за примену диверзионог модела ресторативне правде на случајеве злочина мржње указују нам на тренутну немогућност примене овог модела за овај облик криминалитета насиља у пуном обиму. Неке препреке се могу отклонити променом законских решења и већом агилношћу органа социјалне заштите у погледу примене нових програма за отклањање узрока насилничког понашања, док се неке препреке не могу отклонити, јер мора постојати одређена граница у вези кривичних дела која могу потпасти под примену начела опортунитета – граница на кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година.

## **6. Примена терапеутског модела ресторативне правде на злочине мржње у Републици Србији**

Поред диверзионог модела ресторативне правде, како смо у претходном делу рада нагласили, постоји и терапеутски модел ресторативне правде чија се суштина огледа у томе да се жртва оснажи ради превазилажења свих проблема и последица извршеног кривичног дела, при чему је битно нагласити да се овај модел спроводи након вођења кривичног поступка и доношења одговарајуће судске одлуке. Као потенцијална могућност спровођења терапеутског модела ресторативне правде можемо навести његово спровођење након изрицања одређених кривичних санкција, при чему у зависности од изречене кривичне санкције постоји условљеност у вези начина његове имплементације. Наиме, уколико је за конкретан злочин мржње изречена казна затвора неминовно се намеће да се терапеутски модел ресторативне правде може спровести у пенитенцијарним установама. Терапеутски модел ресторативне правде се може спроводити у случају изрицања условне осуде. Стога у наредном делу рада аутор ће изнети основне поставке примене терапеутског модела ресторативне правде због извршеног кривичног дела, које се може подвести под злочин мржње, у случају изрицања казне затвора ради остваривања условног отпуста, као и модела који се примењује током постпеналног третмана или условне осуде.

Временом се у пенитенцијарним установама развило неколико варијанти терапеутског модела ресторативне правде у пенитенцијарним установама у зависности од циља којим се тежи, при чему треба нагласити да се свака варијанта не може применити у случају изрицања казна затвора због извршеног злочина мржње. Као варијанте терапеутског модела ресторативне правде у пенитенцијарним установама можемо навести: 1) ресторативна правда којом се тежи развоју свести и емпатије код осуђеника о жртвама кривичних дела; 2) ресторативна правда у којој се омогућава осуђеницима да се искупе за извршено кривично дело својим жртвама; 3) ресторативна правда која за циљ има олакшавање посредовања између осуђеника, са једне стране, и жртва кривичних дела, породица жртва, као и заједнице, са друге стране; 4) ресторативна правда, чији се циљ огледа у јачању веза пенитенцијарних установа и локалних заједница у којима се оне налазе, нарочито је развијена у Уједињеном Краљевству; 5) развитак културе у пенитенцијарним условима у којима је могуће све конфликте решити на миран начин је циљ ресторативне правде и 6) стварање атмосфере и околности у пенитенцијарним установама на основу којих се очекује самопромена осуђеника представља последњи циљ ресторативне правде (Van Ness, 2005: 2–4).

Детаљнија анализа варијанти терапеутског модела ресторативне правде указује нам да поједине варијанте, попут ресторативне правде, чији се циљ огледа у јачању веза пенитенцијарних установа и локалних заједница, стварање атмосфере и околности у пенитенцијарним установама на основу којих се очекује самопромена осуђеника представља последњи циљ ресторативне правде, као и развитак културе у пенитенцијарним условима у којима је могуће све конфликте решити на миран начин, не могу имати примену код затвореника осуђених због извршеног кривичног дела из мотива мржње (Димовски, Костић, 2015: 687–701). Ипак, поједине варијанте терапеутског модела ресторативне правде се могу користити код злочина мржње. Пре тога треба нагласити да се одређене варијанте терапетског модела, попут ресторативне правде којом се тежи развоју свести и емпатије код осуђеника о жртвама кривичних дела или ресторативне правде, у којој се омогућава осуђеницима да се искупе за извршено кривично дело својим жртвама, могу применити на осуђенике због извршеног злочина мржње не као појединачни циљеви, већ као циљеви којима се истовремено тежи. Другим речима, треба радити у поступку примене ресторативне правде у пенитенцијарним установама на осуђенике због извршеног злочина мржње на остваривању и емпатије и надокнади причињење штете услед кривичног дела. Уједно, треба искористити позитивна искуства у вези са применом ових варијанти како би се у пенитенцијарним установама разрадио терапеутски модел ресторативне правде који би дао добре резултате на случајеве злочина мржње.

Иако нису првобитно намењене примени на злочине мржње, ресторативна правда која за циљ има олакшавање посредовања између осуђеника, са једне стране, и жртва кривичних дела, породица жртва, као и заједнице, са друге стране, може имати примену у случају доношења осуђујуће пресуде на казну затвору због извршења злочина мржње. Ради илустрације овакве наше идеје узећемо за пример програм који је највише развијен у америчкој држави Тексас. Наиме, сам поступак ресторативне правде се спроводи, на иницијативу саме жртве кривичног дела, након дуготрајних припрема, при чему се тежи избегавању секундарне виктимизације. Из тога да се у ресторативна правда спроводи у Тексасу на иницијативу жртве произилази закључак да је постојеће решење добро, јер постојећа законска решења у државама широм света не омогућавају контакт са жртвом на иницијативу осуђеника (Carlson, Simon Garrett, 2005: 594).

Као питање се намеће чињеница ко би спроводио поступак ресторативне правде у пенитенцијарним установама у Републици Србији. Као једно од могућих решења намеће се служба за третман, која је предвиђена чланом

10 Закона о извршењу кривичних санкција,<sup>4</sup> што подразумева претходну обуку припадника службе за третман у вези са основама ресторативне правде, њеним облицима и циљевима. Као пример за успешну примену поступка ресторативне правде може послужити поступак медијације који се спроводи у васпитно-поправном дому у Крушевцу (Димовски, Илић, 2012: 89–116), при чему се она примењује између штићеника ове установе, те у том погледу не може да послужи као репер о примени ресторативне правде између осуђеника, који је послат на издржавање казне затвора због злочина мржње, са једне стране, и жртве, која се налази на слободи. Међутим, поступак медијације спроведен у ВПД-у у Крушевцу може да укаже на основне смернице ради развитка успешног модела ресторативне правде у пенитенцијарним установама због извршеног злочина мржње.

Успешно спроведен поступак ресторативне правде утиче на одлуку надлежних органа у вези са давањем условног отпуста (Van Ness, 2005: 3). Ово захтева промену члана 46, став 1 Кривичног законика (у даљем тексту КЗ)<sup>5</sup> у вези са условима који ће се узети у обзир приликом доношења одлуке о давању условног отпуста. Иако је могуће успешно спроведен поступак ресторативне правде подвести под друге околности које показују да је у односу на њега постигнута сврха кажњавања, било би целисходно ради номотехничког уређења законске норме увести да је могуће ценити и успешност поступка ресторативне правде у случају да је он спроведен.

Једна од замерки наведеном примеру је чињеница да се поједини осуђеници могу понашати опортуно зарад добијања условног отпуста са издржавања казне затвора. Међутим, треба напоменути да је, због наведене опасности да се осуђеник понаша опортуно, могуће размишљати да се поступак ресторативне правде примењује тек након изласка осуђеника из затвора, с циљем давања подршке условно отпуштеним осуђеницима зарад њихове пуне интеграције у друштво. На овај начин дошли смо до наредне могућности примене ресторативне правде на случајеве злочина мржње – ресторативна правда која се примењује током постпеналног третмана.

Сходно претходном наведеном, успешност процеса ресторативне правде није услов за добијање условног отпуста, већ разлог његовог евентуалног опозива. Наиме, основ за овакво размишљање већ постоји, јер је могуће да надлежни суд одреди да је осуђени дужан да испуни обавезе предвиђене кривичноправним одредбама како би био отпуштен за издржавања казне затвора (члан 46, став 3 КЗ). Уколико условно отпуштени не испуни

---

4 Члан 10 Закона о извршењу кривичних санкција, Сл. гласник РС, бр. 55/2014.

5 Члан 46, став 1 Кривичног законика, Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

обавезу коју му је суд одредио у складу са чланом 46, став 3 овог законика, суд може опозвати условни отпуст. Са разлогом се поставља питање да ли је могуће да успешан поступак ресторативне правде представља основ за евентуални опозив условног отпуста сходно нормативним решењима која постоје у садашњем Кривичном законнику. Пажљивом анализом можемо видети да основ за овакво тумачење услова из члана 46, става 3 већ постоји. Тако је у члану 73 КЗ-а прописано, између осталог, да заштитни надзор код условне осуде може обухватити отклањање или ублажавање штете причињене кривичним делом, а нарочито измирење са жртвом учињеног кривичног дела. Појам измирења може се тумачити као поступак медијације као један од облика ресторативне правде, што је могуће подвести под законски израз из члана 46, став 3 – обавезе предвиђене кривичноправним одредбама. На тај начин је могуће опозвати условни отпуст уколико се условно отпуштени не измири са жртвом учињеног кривичног дела, односно не отклони или ублажи штету причињену извршеним кривичним делом. Међутим, поставља се још једно питање: Да ли жртва извршеног злочина мржње може својим понашањем довести до тога да поступак ресторативне правде буде неуспешан, те резултирати евентуалним опозивом условног отпуста? Како је одговор да, неопходно је да медијатори буду нарочито опрезни да унапред процене мотивацију жртве извршеног злочина мржње, јер је могуће да код њега постоји мотив освете према извршиоцу злочина мржње. Ово захтева постојање искусних и посвећених медијатора.

Као последњу могућност примене ресторативне правде на злочин мржње навели смо у случају изрицања условне осуде. Наиме, као што смо већ образложили код објашњавања могућности примене ресторативне правде на злочин мржње током постпеналне помоћи, у случају изрицања условне осуде суд може одредити заштитни надзор који се, између осталог, може отелотворити и у обавези отклањања или ублажавања штете причињене кривичним делом, а нарочито измирења са жртвом учињеног кривичног дела. Како је овај начин примене ресторативне правде већ објашњен, аутор неће у детаље објашњавати начин његове примене.

## **7. Закључак**

Ретрибутна правда представљала је основни начин реакције на злочине мржње од почетка шездесетих година прошлога века. Временом се јавила мисао да је могуће применити ресторативну правду и на случајеве злочина мржње без обзира што је, због њиховог мотива извршења – мржње, очекивано да се на ову појаву реагује изрицањем и извршењем кривичних



санкција. У раду је наглашено да постоје два модела ресторативне правде: диверзиони и терапеутски. Како је сврха диверзионог модела избегавање вођења кривичног поступка, самим тим и изрицања кривичних санкција, јасно произилази да се диверзиони модел ресторативне правде спроводи уместо ретрибутивне правде. За разлику од диверзионог модела, терапеутски модел нема за циљ његово спровођење уместо ретрибутивне правде, већ је на неки начин он са њим испреплетен, јер се спроводи после завршетка кривичног поступка и изрицања кривичних санкција у чему се све огледа ретрибутивна правда.

Аутор је у раду покушао да анализира постојеће кривично законодавство у Републици Србији у погледу ова два модела како би указао на могућности њиховог спровођења у вези са злочинима мржње. Анализа диверзионог модела ресторативне правде показала је да се она отелотворује у примени начела опортунитета из члана 283 ЗКП-а. Уколико би се начело опортунитета посматрало кроз призму злочина мржње, може се закључити да постоји законом адекватно одређена обавеза – отклањање узрока насилничког понашања. Ипак, треба бити нарочито опрезан са тиме да ли се постојећа обавеза може применити у пуном обиму код злочина мржње. Наиме, аутор је у раду указао на постојање како формалних, тако и фактичких ограничења примене ове обавезе код овог облика криминалитета насиља. Примена терапеутског модела ресторативне правде на злочине мржње, према схватању аутора, може се односити на случајеве изрицања казне затвора ради остваривања условног отпуста, као модела који се примењује током постпеналног третмана или условне осуде. Код неких од могућности примене терапеутског модела ресторативне правде неопходно је преузети позитивна искуства из других земаља, а код појединих је потребно примени законске норме.

Ипак, на крају је потребно нагласити да је Република Србија скоро увела посебну законску норму у вези са злочинем мржње, те до сада је уопште није примењивала. Стога није било за очекивати да се примењивала ресторативна правда на случајеве злочина мржње. На тај начин овај рад треба да послужи као смерница примене ресторативне правде на овај облик криминалитета насиља.

### **Литература/References**

Altschiller, D. (2005). *Hate Crimes: A Reference Handbook*, Santa Barbara: ABC-CLIO.

Carlson, P., Simon Garrett, J. (2005). *Prison and Jail Administration: Practice and Theory*, USA: Jones and Bartlett Publishers.

Ђопић, С., (2007). *Појам и основни принципи ресторативне правде, Темида*, број 1, година 10, Београд: Прометеј.

Димовски, Д., Илић, И. (2012). *Могућности примене инструмената ресторативне правде у кривичном поступку према малолетницима*, Кривичноправни положај и социјалноправна заштита малолетника, Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу и Центар за социјални рад „Свети Сава“.

Димовски, Д., Костић, М. (2015). *Ресторативна правда у пенитенцијарним установама*, Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет / ЛВ редовно годишње саветовање удружења, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.

Димовски, Д. (2012). *Криминолошко одређење убиства – докторска дисертација*, Ниш: Правни факултет у Нишу.

Димовски, Д. (2015). *Ресторативна правда у функцији заштите од насиља у породици*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш: Правни факултет у Нишу.

Elrod, P., Ryder, S. (2004). *Juvenile Justice: A Social, Historical, and Legal Perspective*, Burlington: Jones & Bartlett Learning, Burlington.

Hall, N., Corb, A., Giannasi, P., Grieve, J. (2014). *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, London: Routledge, London.

Retrieved 02. November 2013, from: [http://www.ci.oakdale.mn.us/index.asp?Type=B\\_BASIC&SEC=%7BC613119C-F306-40AF-B8B2-B8090E8EA2DA%7D](http://www.ci.oakdale.mn.us/index.asp?Type=B_BASIC&SEC=%7BC613119C-F306-40AF-B8B2-B8090E8EA2DA%7D).

Константиновић Вилић, С., Костић, М. (2006). *Пенологија*, Ниш: СБЕН.

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

Miller, S. (2011). *After the crime: The power of restorative justice dialogues between victims and violent offenders*, New York: New York University Press.

Perry, B. (2009). *Hate Crime*, Westport: Greenwood Publishing Group.

Coward, S. (2000). *Restorative Justice in Cases of Domestic Violence: Healing Justice- Directed Interdisciplinary Studies*, Ottawa: Carleton University.

Strickland, A. (2004). *Restorative justice*, New York: Petera Lang Publishing.

Van Ness, D. (2005) *Restorative Justice in Prisons*. Retrieved 25, January 2014, from [http://www.restorativejustice.org/editions/2005/july05/2005-06-21.9036003387/at\\_download/file](http://www.restorativejustice.org/editions/2005/july05/2005-06-21.9036003387/at_download/file)

Закон о извршењу кривичних санкција, Сл. гласник РС, бр. 55/2014.

Законик о кривичном поступку, Службени лист СРЈ, бр. 70/2001 и 68/2002 и Службени гласник РС, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – други закон, 49/2007, 20/2009 – други закон, 72/2009 и 76/2010.

Законик о кривичном поступку, Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

***Darko Dimovski, LL.D.***

*Associate Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## ***POSSIBILITIES OF IMPLEMENTING RESTORATIVE JUSTICE IN HATE CRIMES***

### ***Summary***

*The author first points out that the phenomenon of hate crimes has roots in ancient times. In the contemporary world, the social reaction against hate crimes may be traced back to the 1960s and the 1970s, when countries around the world began to implement the so-called concept of retributive justice to cases involving hate crimes. Lately, individual criminologists have been arguing for the application of the concept of restorative justice in hate crime cases. Starting from these tendencies, the author discusses the two models of restorative justice: the diversion model and the therapeutic model, and on the basis of existing legislation, elaborates on the possible implementation of each of these models in the Republic of Serbia.*

***Keywords:*** *hate crime, restorative justice, diversion model, therapeutic model, Republic of Serbia.*



**Др Филип Мирић,\***  
Самостални стручно-технички сарадник  
Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880531М

UDK: 004.738.5:343.3/.7  
Раđ примљен: 30.09.2018.  
Раđ прихваћен: 23.10.2018.

## **ИНТЕРНЕТ ПРЕВАРА КАО ОБЛИК КОМПЈУТЕРСКОГ КРИМИНАЛИТЕТА\*\***

**Апстракт:** Развој интернета је довео до лакшег и бржег преноса информација и њихове веће доступности. Нажалост, пораст броја корисника интернета и његових сервиса створио је услове за вршење најразличитијих кривичних дела. Од свих противправних дела против имовине извршених на интернету највише пажње јавности привлаче преваре. У раду су изложене основне кривичноправне и криминолошке карактеристике интернет преваре као облика компјутерског криминалитета. Посебно су истакнуте разлике и сличности између рачунарске преваре и класичног кривичног дела преваре у кривичном законодавству Републике Србије. Дати су и начелни предлози за унапређење кривичноправне заштите корисника интернета. Анализиран је и настанак и механизам деловања такозване „нигеријске преваре“, чије су жртве биле и многи грађани Србије. Коначно, аутор је у раду указао и на значај примарне превенције за сузбијање интернет превара уз навођење практичних савета за спречавање виктимизације у овој области, а са циљем да се на тај начин утиче на смањење распрострањености компјутерског криминалитета.

**Кључне речи:** кривично законодавство, имовински криминалитет, превара, компјутерски криминалитет, превенција.

---

\* filip@prafak.ni.ac.rs

\*\* Раđ је саопштен на међународној научној конференцији „Право пред изазовима савременог доба“, која је одржана 13. и 14. априла 2018. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

## **1. Уводна разматрања**

Развој компјутера и његових компоненти, као и константан пад њихових цена, довели су до тога да су компјутери данас доступни не само владама најмоћнијих држава у свету, већ да се они налазе у скоро сваком дому. Данас није потребно посебно знање за употребу компјутера, јер је начин њиховог коришћења сведен на ниво просечног човека. На тај начин повећан је и број потенцијалних делинквената у области компјутерских технологија (Димовски, 2010: 196). Појава великих технологија у индустрији компјутера и телекомуникација довела је до развоја нових врста криминалитета и створила нове технике за вршење традиционалних кривичних дела као што су превара и проневера (Константиновић Вилић, Николић Ристановић и Костић, 2012: 178). Рачунарски криминалитет је веома комплексан облик криминалитета. То је нова, савремена форма испољавања вршења кривичних дела која поприма интернационални карактер управо захваљујући савременом техничком и технолошком развоју (Јовашевић, 2006: 213). Криминалитет који се реализује помоћу компјутера може да има облик било ког од традиционалних видова криминалитета, као што су крађе, утаје, проневере, док се подаци који се неовлашћено прибављају злоупотребом информационих система, могу на различите начине користити за стицање противправне користи. У односу на штету или противправну корист коју овај вид криминалитета може да нанесе друштву или до које може да доведе, материјални и људски ресурси који се улажу су минимални, време извршења је веома кратко што додатно отежава откривање и доказивање дела, а веома често извршилац се уопште физички не налази на месту извршења дела (Вилић, 2016: 101). На само „клик“ од нас су сада бројне информације које су пре само двадесетак година биле недоступне или тешко доступне. И поред свих предности глобалне светске рачунарске мреже (World wide web – WWW), на њој вребају и бројне опасности, које у мањој или већој мери угрожавају безбедност и сигурност њених корисника (Мирић, 2017: 56). Веома озбиљну претњу по безбедност корисника интернета представља рачунарска и интернет превара, о чему ће бити више речи у редовима који следе.

## **2. Рачунарска и интернет превара у кривичном законодавству Републике Србије и судској пракси**

Живот је далеко испред могућности законодавца да инкриминише све потенцијално опасне друштвене појаве које су у вези са савременим технологијама. Број кривичних дела која се могу подвести чак и под

најрестриктивније и најуже дефиниције сајбер криминала (cybercrime), готово се свакодневно увећава (Комлен Николић et al., 2010: 13). Рачунарска превара је само једна од њих. Да би се она сагледала у кривичноправном смислу, неопходно је најпре, у најкраћем, указати на разлике и сличности између кривичног дела преваре и кривичног дела рачунарске преваре.

Превара и рачунарска превара су инкриминисана у кривичним законодавству Републике Србије.<sup>1</sup> Кривично дело преваре (чл. 208. КЗ) врши онај ко у намери да себи или другом прибави противправну имовинску корист доведе кога лажним приказивањем или прикривањем чињеница у заблуду или га одржава у заблуди и тиме га наведе да овај на штету своје или туђе имовине нешто учини или не учини. Учиница овог кривичног дела ће се казнити затвором од шест месеци до пет година и новчаном казном. Ко ово дело учини само у намери да другог оштети, казниће се затвором до шест месеци и новчаном казном. Овде је реч о привилегованом облику кривичног дела за који је предвиђено и блаже кажњавање у односу на основни облик. Ако је делом прибављена имовинска корист или је нанета штета у износу који прелази четристо педесет хиљада динара, учинилац ће се казнити затвором од једне до осам година и новчаном казном. Ако је делом прибављена имовинска корист или је нанета штета у износу који прелази милион и петсто хиљада динара, учинилац ће се казнити затвором од две до десет година и новчаном казном. У овом случају висина противправно стечене имовинске користи представља квалификаторну околност.

Са друге стране, кривично дело рачунарске преваре (чл. 301. КЗ) врши онај ко унесе нетачан податак, пропусти уношење тачног податка или на други начин прикрије или лажно прикаже податак и тиме утиче на резултат електронске обраде и преноса података у намери да себи или другом прибави противправну имовинску корист и тиме другом проузрокује имовинску штету. За овакав преступ предвиђена је новчана казна или затвор до три године. Ово кривично дело има и један квалификован облик. Наиме, ако је извршењем овог кривичног дела прибављена имовинска корист у вишем износу од четристо педесет хиљада динара, учинилац ће се казнити затвором од једне до осам година. Ако је кривичним делом прибављена имовинска корист која прелази износ од милион и петсто хиљада динара, учинилац ће се казнити затвором од две до десет година. Ко наведено кривично дело учини само у намери да другог оштети, казниће се новчаном казном или затвором до шест месеци. И овде је реч о привилегованом облику кривичног дела у односу на основни облик кривичног дела. У односу на кривично дело рачунарске преваре, интернет

---

1 Кривични законик („Службени гласник РС“, бр. 85/2005... 94/2016, у даљем тексту: КЗ).



превара је уже одређена и представља злоупотребу софтвера са приступом интернету или мрежних сервиса, како би се остварила противправна имовинска корист или другом нанела штета.

Када је реч о сличностима кривичног дела преваре и рачунарске преваре, треба имати у виду да се и код једног и код другог кривичног дела радња извршења предузима у намери да учинилац оствари противправну имовинску корист. То је елемент бића овог кривичног дела. Последица је, дакле, иста код оба кривична дела. Извршилац може бити свако лице, а као облик, виности се захтева умишљај. Основна разлика између ова два кривична дела јесте у томе што се као средство извршења код кривичног дела рачунарске преваре јавља рачунар. Имајући то у виду, извршилац овог кривичног дела најчешће мора поседовати напредна знања и вештине из области информационих технологија. Управо ова специфичност је одлучујуће утицала на законодавца да кривично дело рачунарска превара инкриминише у глави посвећеној кривичним делима против безбедности рачунарских података, за разлику од преваре које представља типично имовинско кривично дело.

На овом месту корисно би било укратко указати на сличности разлике између рачунарске преваре и интернет преваре. Иако се за извршење и једног и другог кривичног дела користи рачунар, ипак између ових кривичних дела постоје и суштинске разлике. Превара путем интернета није увек и обавезно рачунарска превара, јер неке интернет преваре одговарају класичним преварама које за средство извршења имају интернет без неког посебног утицаја на електронску обраду података или рад рачунара (Вилић, 2016: 201). Једноставније речено, интернет преваром се обмањују људи, тј. корисници интернета, а рачунарском преваром се „обмањују“ рачунари, односно системи за обраду података. Занимљиво је да интернет превара није инкриминисана као засебно кривично дело у кривичном законодавству Републике Србије. Имајући у виду штетност ове појаве, као и утицај интернета на животе људи, било би корисно размишљати о инкриминацији интернет преваре као засебног кривичног дела. Тиме би се кривичноправна заштита корисника интернета побољшала и значајно унапредила.

За свеобухватно сагледавање кривичних дела рачунарске преваре и интернет преваре од изузетног је значаја анализирати и релевантну судску праксу.<sup>2</sup> Нажалост, судска пракса је, када је реч о овом кривичном делу, веома скромна, па ће на овом месту бити приказан случај судске одлуке у коју је аутор овог рада имао увид.

---

<sup>2</sup> У овом делу рада коришћене су сентенце релевантних судских одлука доступних у рачунарској бази правних прописа и судских одлука *Paragraf Lex*.

- Како је окривљени уношењем нетачних података на банкомату банке чији је комитент изиграо рачунарски систем и тиме себи прибавио знатну имовинску корист, одговоран је за кривично дело рачунарска превара.

Из образложења:

*„Из списка произилази да је ВЈТ у Б. поднело оптужни предлог Вишем суду у Б. против окривљеног због кривичног дела рачунарске преваре из члана 301. став 1. КЗ-а, међутим, првостепени суд је нашао да је за чињенични опис садржаног у оптужном предлогу ВЈТ-а у Б. произиласе елементи бића кривичног дела издавање чека и коришћење платне картице без покрића из члана 228, став 3 у вези са ставом 1 КЗ, будући да се окривљеном ставља на терет да је коришћењем платних картица за које није имао покриће прибавио себи имовинску корист у укупном износу од 1.282.882 динара, при чему је уношењем нетачних података утицао на резултате електронске обраде и преноса података, што је чинио како би прикрио чињеницу да у тренутку коришћења платне картице на рачуну нема покрића, те се у описима радњи не стичу објективна обележја кривичног дела рачунарске преваре из члана 301, став 1 КЗ-а већ кривичног дела издавања чека и коришћења платне картице без покрића из члана 228, став 3 у вези става 1 КЗ-а. Међутим, како из списка произилази да се у конкретном случају не ради о простом коришћењу платне картице на којој нема покрића, већ о злоупотреби и изигравању рачунарског система у намери прибављања противправне имовинске користи и наношења штете банци чији је комитент окривљени, то по налажењу овог суда, основано се жалбом јавног тужиоца указује да у конкретном случају није било места доношењу побијаног решења.“ (Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По3 15/2011 од 30. 5. 2011. године).*

Наведено решење Апелационог суда у Београду илуструје колико кривично дело рачунарске преваре у пракси може бити слично са неким другим кривичним делима када је реч о елементима бића, што све треба имати у виду приликом правне квалификације одређеног кривичног дела.

Занимљив је и случај Румуна Лаурентиу Кристиан Буска (26), који је осуђен марта 2013. године на затворску казну у трајању од 5 година због фишинг превара (облика крађе идентитета), чије су жртве клијенти америчких компанија и финансијских институција. Буска је, заједно са својим саучесницима, слао поруке путем електронске поште у име компанија PayPal, eBay, Comerica Bank, Regions Bank, LaSalle Bank, Well Fargo, Citibank, Capital One, Bank of America и JP Morgan Chase, којим је клијенте ових компанија обавештавао да постоји проблем са њиховим рачуном и да треба да посете сајт на коме треба да оставе своје личне податке, укључујући и

податке као што су бројеви платних картица, датум истека картице, ПИН-ови, имена, адресе, бројеви телефона, и бројеви социјалног осигурања. Тако прикупљене информације, преваранти су касније користили за приступ рачунима и извлачење новца и то најчешће са банкомата у Румунији. Претпоставља се да је Буска у периоду од 2004. до 2006. године на овај начин украо 10.000 бројева дебитних или кредитних картица, а поред њега још 18 држављана Румуније оптужено је за саучесништво у овом случају (Вилић, 2016: 120).<sup>3</sup> Овај случај илуструје несагледиве последице које могу изазвати различити облици интернет превара.

Један од најпознатнијих облика интернет преваре је „нигеријска превара“. О овом, али и другим облицима превара на интернету, биће више речи у наставку рада.

### **2.1. „Нигеријска превара“ и други облици интернет превара**

„Нигеријска превара“ је посебан облик интернет преваре. Извршиоци овог кривичног дела настоје да злоупотребе непажњу и наивност жртве како би стекли противправну имовинску корист. У Србији је, према подацима Тужилаштва за високотехнолошки криминал, први случај стандардног облика ове преваре у нашој земљи пријављен 2009. године, кад је један грађанин остао без 2.500 долара, а од тада је још неколико њих остало без позамашне своте новца. Принцип је углавном код свих починилаца исти. Из иностранства се пошаље „бланко“ мејл на неколико хиљада адреса и чека се жртва.

У поруци је изражена молба за помоћ у пребацавању новца из Сенегала или неке друге земље из Африке. Нигерија је била прва земља одакле су жртвама били слати захтеви, па се и по томе превара назвала „нигеријска превара“. Пошиљаоци оваквих мејлова углавном се представљају као рођаци неких од званичника или државника страних земаља, који увек желе да пребаце велике своте новца, за шта им је потребан банковни рачун из друге земље, а заузврат обећавају одређену провизију. Преваранти користе Google Translate за превођење порука на српски језик.<sup>4</sup> Много граматичких и стилских грешака се јављају у овим порукама које се путем електронске поште шаљу потенцијалним жртвама.

---

<sup>3</sup> Више о овом случају видети у тексту *Информација – сазнајте више о компјутерској безбедности*, <http://www.informacija.rs/Sajber-hronika/Pet-godina-zatvora-zbog-fising-prevara.htm>, преузето 3. 9. 2018.

<sup>4</sup> *Пажња, не шаљите податке, испразниће вам последњу пару са рачуна*, <http://www.kurir.rs/vesti/drustvo/1615127/paznja-nigerijska-prevara-ne-saljite-podatke-ispraznice-vam-poslednju-paru-sa-racuna>, преузето 20.7.2018.

Још један пример „нигеријске преваре“ представља и порука следеће садржине: *„Треба ми хитна помоћ. Добар дан. Знам да вам ова пошта може доћи као изненађење. Молим вас, немојте се љути на мене што сте примили моју пошту. Узмите ме као своју кћерку или као сестру и видјели вашу адресу е-поште путем онлине пословног именика током моје претраге. поштена особа и контактирао сам те лично, јер сам озбиљно требао вашу помоћ. Моје име је Мари Франк; Ја сам 20 година и једина дијете мојих покојних родитеља. Мој отац је дуги низ година радио са предузећем за нафту и гас, а он је депоновао збир. (2.000.000 евра) у моје име пре него што је умро 2014. године. Током овог депозита, мој отац је имао сагласност са банком да новац неће бити директно дат до мене све до 25 година или више. Молим вас, хоћете да ми помогнете да пребацам овај новац на ваш банковни рачун за инвестиције и да вам помогнем да дођем у вашу земљу да наставим са школовањем јер мој ујак жели да ме убије и сакупи мој новац за наслеђе, јер сам ја мала девојчица. Пријавио сам га у локалној полицији моје земље (Обала Слоноваче), али полиција није учинила ништа да ми помогне од тада и мој живот је у великом ризику овдје у мојој земљи. Пишем вам ову пошту из локалног хотела у коме се тренутно кријем за моју сигурност док не одем из своје земље након преноса. Ја сам вољан да вам понудим 20% укупних средстава као надокнаду за вашу помоћ након трансфера и желим да ми хитно одговорите ако прихватите да ми помогнете да вам пошаљем више детаља.“<sup>5</sup>* Ова порука представља класичан пример покушаја нигеријске преваре и садржи све њене кључне елементе (апел за помоћ, обећање финансијске надокнаде за извршену услугу, измишљено име пошиљаоца, захтев за достављање података потребних за извршење финансијске трансакције, коришћење компјутерских програма за аутоматско превођење текста итд.). Најбоље је не отворати овакве поруке јер долазе од непознатог пошиљаоца или их обрисати одмах по пријему.

Постоје и други облици превара на интернету. У најчешће вршене интернет преваре спадају и преваре путем интернет промоција, кредитних картица, пирамидалне новчане преваре путем мулти левел маркетинга, пословне понуде и поготово рад од куће, инвестиционе преварне шеме попут „како се лако обогатити“, преваре са путовањима, као и преваре коришћењем туђих бројева здравственог осигурања (Вилић, 2016: 204).<sup>6</sup>

---

5 Ову поруку је, путем електронске поште, добио аутор овог рада дана 7. августа 2018. године. Како би се очувала њена аутентичност, нису учињене никакве измене у овој поруци.

6 Видети детаљније *Computer Crime Research Center: Fraud in the Internet*, [http://www.crime-research.org/articles/Internet\\_fraud\\_0405/](http://www.crime-research.org/articles/Internet_fraud_0405/), преузето 2. 9. 2018.

Различити „бели магови“, лажни послодавци који нуде примамљиве послове у иностранству, девојке са сајтова за упознавање – само чекају своје лаковерне жртве. До преваре путем интернета може доћи и приликом „онлајн“ куповине различитих производа. Купци из незнања или неинформисаности најчешће унапред уплаћују уговорену цену, а до испоруке уговореног предмета никад не дође.<sup>7</sup> Интернет окружење омогућава извршиоцима кривичних дела преваре да делују практично несметано. Лажни профили на сервисима за продају различите робе им омогућавају да прикрију свој идентитет, што отежава откривање ових кривичних дела и њихових учинилаца. Због тога специјализована одељења за борбу против високотехнолошког криминала при Вишем јавном тужилаштву у Београду и Вишем суду у Београду имају веома значајну улогу у сузбијању овог веома софистицираног облика криминалитета. Надлежност наведених државних органа је дефинисана посебним законом.<sup>8</sup> Тужилаштво за високотехнолошки криминал гони учиниоце кривичних дела чија су мета или средство извршења рачунари (односно „сваки електронски уређај који на основу програма аутоматски обрађује и размењује податке“), рачунарски системи, рачунарске мреже, рачунарски подаци, рачунарски програми и ауторска дела која се могу употребити у електронском облику. Све кривичне пријаве које се односе на неко од тих кривичних дела, било коме да су упућене (грађани их најчешће упућују полицији), завршавају у овом органу.<sup>9</sup> Ниједан законски текст ма колико свеобухватан био не може да предвиди и пропише све случајеве који се могу појавити у свакодневном животу. Зато посебну улогу у сузбијању превара у виртуалном свету има превенција. О неким практичним питањима превенције криминалитета, а посебно превенције рачунарских превара биће више речи у редовима који следе.

### 3. Превенција превара на интернету

Превенција криминалитета је од изузетне важности како би се одржала социјална сигурност и безбедност грађана и њихове имовине. Када је реч о преварама на интернету, од нарочитог су значаја мере примарне превенције. Оне су усмерене на то да до извршења кривичног дела преваре

---

7 Један од многобројних оваквих случајева описан је и у тексту *Жртва интернет преваре*, <http://www.rts.rs/page/stories/ci/story/124/drustvo/1092730/zrtva-internet-prevare.html>, преузето 31. 7. 2018.

8 Видети одредбе Закона о организацији и надлежности државних органа у борби против високотехнолошког криминала („Слижбени гласник РС”, бр. 61/2005, 104/2009).

9 *Које да се обратите ако сте жртва интернет преваре?*, [http://www.prevara.info/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1490](http://www.prevara.info/index.php?option=com_content&task=view&id=1490), преузето 2. 8. 2018.

уопште не дође. Како би се остварио овај циљ, неопходно је креирати савремене и ефикасне мере политике сузбијања криминалитета. Политика сузбијања криминалитета се може схватити као научна и као практична делатност (Јовашевић and Костић, 2012: 18). Неколико практичних савета за кориснике интернета може значајно допринети да се смањи број жртава овог облика преваре.

Како би се смањила могућност да дође до преваре на интернету, важно је предузети следеће активности:

1. Никада не отворати електронску пошту која долази од непознатих пошиљалаца;
2. Не посећивати сајтове сумњивог садржаја;
3. Приликом интернет куповине уверити се да фирма-продавац заиста постоји и послује у складу са позитивним правним прописима (обавезна провера у АПР);
4. Плаћање вршити сопственом платном картицом, што олакшава доказивање да је плаћање извршено, ако дође до преваре;
5. Код аукцијске продаје робе проверити ко је спроводи и да ли то правно или физичко лице легално послује;<sup>10</sup>

Када је реч о тзв. „нигеријским преварама“, корисници морају да буду скептични по питању свих особа које им се обраћају као званичници из Нигерије, а траже помоћ у новцу која мора да се уплати у неку страну банку, да не верују обећањима о великим сумама новца које ће им бити исплаћене и да веома пажљиво чувају лозинку свог налога како га неко не би злоупотребио. (Вилић, 2016: 208)

Поштовање наведених правила не представља апсолутну гаранцију да неће доћи до интернет преваре или неког другог облика преварног понашања употребом рачунара и информационих технологија, али умногоме смањује могућност да до тога дође.

#### **4. Уместо закључка**

Појава интернета је довела до неслућених могућности за пренос и обраду информација. Живимо у ери информција. Готово да се не може замислити свакодневни живот без употребе различитих интернет и

---

<sup>10</sup> *Интернет преваре*, [https://sr.wikipedia.org/sr/%D0%98%D0%BD%D1%82%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B5%D1%82\\_%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%B2%D0%B0%D1%80%D0%B5](https://sr.wikipedia.org/sr/%D0%98%D0%BD%D1%82%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B5%D1%82_%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%B2%D0%B0%D1%80%D0%B5), преузето 30. 6. 2018.

других информационих сервиса који се користе у пословне образовне или информационе сврхе, и управо то виртуелно окружење са мноштвом информација ствара погодне услове за различите противправне делатности. По својој друштвеној опасности посебно се издвајају интернет преваре. Њихова погубност се огледа пре свега у наношењу велике имовинске штете жртвама, на коју се надовезују и тешкоће доказивања и откривања, што је, нажалост, карактеристично и за остале облике компјутерског криминалитета.

У спречавању преварних понашања на интернету кључне су мере примарне превенције – односно да до преваре уопште не дође. Као и код других кривичних дела, за ефикасно и брзо процесуирање њихових учинилаца од изузетне је важности обезбедити што је могуће више доказа који ће се користити у судском поступку против извршилаца преваре. Али кривичноправна репресија је последње средство за превенцију сваког облика криминалитета, па и интернет превара. На крају, уместо закључка, ваљало би истаћи да је подизање свести корисника интернета о значају безбедног коришћења интернета најбољи одговор на компјутерски криминалитет. Чини се да старо начело римског права *neminem laedere* и у виртуалном простору треба да остане главна водиља деловања и понашања корисника рачунара.

### Литература/References

Вилић, В. (2016), *Повреда права на приватност злоупотребом друштвених мрежа као облик компјутерског криминалитета*, докторска дисертација, Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Димовски, Д. (2010), *Компјутерски криминалитет*, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, год. 55, стр. 195–207.

Јовашевић, Д. (2006), *Лексикон кривичног права*, Београд: Службени гласник.

Јовашевић, Д., Костић, М. (2012), *Политика сузбијања криминалитета*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета.

Комлен Николић, Л., Гвозденовић, Р., Радуловић, С., Милосављевић, А., Јерковић, Р.,

Живковић, В., Живановић, С., Рељановић, М. и Алексић, И. (2010), *Сузбијање високотехнолошког криминала*, Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије.

Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В. и Костић, М. (2012), *Криминологија*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.



Мирић, Ф. (2017), Вршњачко насиље на Интернету кроз призму криминалне феноменологије, у: Д. Димовски, М. Костић и Ј. Станојевић (ур.), *Изазови одрастања у свету савремених технологија*, Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за социјални рад „Свети Сава“, Ниш, стр. 55–67.

Закон о организацији и надлежности државних органа у борби против високотехнолошког криминала („Слижбени гласник РС“, бр. 61/2005, 104/2009).

Кривични законик („Службени гласник РС“, бр. 85/2005..94/2016).

Решење Апелационог суда у Београду, Кж2 По3 15/2011 од 30. 5. 2011. године.

*Коришћени електронски извори*

*Computer Crime Research Center: Fraud in the Internet*, [http://www.crime-research.org/articles/Internet\\_fraud\\_0405/](http://www.crime-research.org/articles/Internet_fraud_0405/), преузето 2. 9. 2018.

*Paragraf Lex*, рачунарска база правних прописа и судских одлука.

*Жртва интернет преваре*, <http://www.rts.rs/page/stories/ci/story/124/drustvo/1092730/zrtva-internet-prevare.html>, преузето 31. 7. 2018.

*Интернет преваре*, [https://sr.wikipedia.org/sr/%D0%98%D0%BD%D1%82%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B5%D1%82\\_%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%B2%D0%B0%D1%80%D0%B5](https://sr.wikipedia.org/sr/%D0%98%D0%BD%D1%82%D0%B5%D1%80%D0%BD%D0%B5%D1%82_%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%B2%D0%B0%D1%80%D0%B5), преузето 30. 6. 2018.

*Информација – сазнајте више о компјутерској безбедности*, <http://www.informacija.rs/Sajber-hronika/Pet-godina-zatvora-zbog-fising-prevara.htm>, преузето 3. 9. 2018.

*Коме да се обратите ако сте жртва интернет преваре?*, [http://www.prevara.info/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1490](http://www.prevara.info/index.php?option=com_content&task=view&id=1490), преузето 2. 8. 2018.

*Пажња, не шаљите податке, испразниће вам последњу пару са рачуна*, <http://www.kurir.rs/vesti/drustvo/1615127/paznja-nigerijska-prevara-ne-saljite-podatke-ispraznice-vam-poslednju-paru-sa-racuna>, преузето 20. 7. 2018.

**Filip Mirić, LL.D.**

*Associate for Post Graduate Studies, Faculty of Law,  
University of Niš*

## **INTERNET FRAUD AS A FORM OF CYBERCRIME**

### **Summary**

*The development of the Internet has contributed to a faster and easier transfer and greater availability of information. Unfortunately, an increasing number of Internet users and services have also resulted in the increase of various cyber crimes. Fraud is one of the most common and prominent property-related crimes committed on the Internet. In this paper, the author presents and discusses the basic criminological and criminal law characteristics of Internet fraud as a form of cyber crime. Focusing on the criminal regulation of the Republic of Serbia, the author discusses the similarities and differences between the traditional criminal offense of fraud and the computer fraud that can be committed on the Internet. In illustration, the author elaborates on the emergence and modus operandi of the fraudulent scheme known as the "Nigerian Scam" (advance-fee fraud), considering that many Serbian citizens fell victim to this type of fraud. The author underscores the importance of primary prevention aimed at combating Internet fraud and provides advice how to preclude victimization and thus contribute to reducing the prevalence of the cyber crime.*

**Keywords:** *Serbian criminal legislation, crime against property, fraud, cyber crime, prevention.*

# II RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

---



**Јелена Јанковић,\***  
Докторанд Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880545J

UDK: 349.2  
Раđ примљен: 29.09.2018.  
Раđ прихваћен: 23.10.2018.

## **ЗАМКА БЛАГОСТАЊА ПОД МАСКОМ СТАБИЛНОСТИ ЗАПОСЛЕЊА**

**Апстракт:** *Руводећи се ставом да савремени правни промет мења физиономију радних аранжмана и ствара нове врсте односа између запослених и послодаваца, аутор анализира однос начела хуманизације рада и процеса стабилизације запослења. Наиме, ширење платформске економије и рада у виртуелном простору, где свако ради са своје стране екрана, довело је до непрепознавања људског карактера рада у платформској економији. На тај начин ствара се армија невидљивих радника чији рад је претворен у робу. Са друге стране, опште структуре регулације рада промовишу радни однос на неодређено време са пуним радним временом у реалном радном окружењу као стабилну форму радног ангажовања. С тим у вези, може се отворено и недвосмислено поставити питање да ли је стабилност традиционалног запослења довољна компензација за дехуманизацију рада у веб радном окружењу. Следствено томе, чини се да је лако упасти у замку благостања уколико се шема радних вредности и радних награда заснива само на стабилизацији традиционалног радног односа. Међутим, да ли у свету рада може да постоји благостање уколико оно није хумано?*

**Кључне речи:** *начело хуманизације рада, замка благостања, стабилност запослења, платформска економија, радни однос.*

---

\* jelenajankovicradno@gmail.com

## 1. Увод

У формалном оквиру радних односа креатори политике запошљавања улажу доста времена и напора како би обезбедили транзицију према стабилном запослењу. Међутим, чини се да су ти напори недовољни, јер су од општег важења закона изузети радници који раде ван традиционалног радног окружења.

Озбиљност кршења права радника у веб радном окружењу ствара могућност за непрепознавање људског карактера таквог рада. Практичне последице оваквог прикривања личности субјеката радног односа стварају радни амбијент у коме су права и обавезе запослених по основу рада одвојене од њихових људских особина и потреба.

С тим у вези, координирана акција креатора политике запошљавања и радничког заштитног законодавства на плану трасирања пута према стабилном запослењу у први план треба да стави решавање конфликта развоја технологије и начела хуманизације рада у савременом правном промету.

Процес измештања рада ван традиционалног радног окружења, свакако, има своје позитивне аспекте као што је смањење стварне стопе незапослености, јер рад у платформској економији обезбеђује да лица која су дуже била незапослена могу пронаћи радно ангажовање у виртуелном свету рада, затим, балансирање радних и не-радних обавеза, комбиновање рада уз студирање, остваривање прихода којима се обезбеђује задовољење социјалних, културних, образовних и других не-радних обавеза платформских радника. Међутим, да ли је овакав смер кретања промена у свету рада заиста толико повољан или ствара илузију бенефиција?

Наиме, непрепознавање људског карактера рада у платформској економији ствара армију невидљивих радника и прикрива хуману природу рада, чија је практична последица претварање људског рада у робу.

С тим у вези, уколико се из фокуса пажње креатора радничког заштитног законодавства испусти важност начела хуманизације рада, лако може доћи до упадања у замку бенефиција коју ствара овај привид стабилности запослења.

Осим тога, може се отворено и недвосмислено поставити питање да ли је, у најопштијем смислу, запослење стабилно уколико је легислативним апаратом обезбеђена стабилност само једног модела радних аранжмана.

## 2. Физиномија радних аранжмана

У препознатљивом концепту радног односа, као правог односа запосленог и послодавца по основу рада, запослени је физичко лице које је у радном односу код послодавца, док је послодавац домаће или стране, правно или физичко лице које запошљава, односно радно ангажује, једно или више лица. Оваква дефиниција улога субјеката радног односа инкомодирана је променама у актуелном свету рада. Наиме, у ситуацији када тржиште рада мигрира према веб простору, легислативна интервенција у свет радних односа усмерена је ка његовој реконцептуализацији. Свакако, треба нагласити да нормативна интервенција скамењена у традиционалним легислативним оквирима тешко може одговорити новим изазовима савременог света рада. Тако, развој тржишта рада и радних односа треба да прати жива и активна легислативна мисао.

За почетак, треба уочити да физиномија радних аранжмана, у свету рада који се одваја од традиционалног радног окружења и све више се позиционира на веб платформама, поставља егзистенцијални изазов регулаторном систему. Наиме, у виртуелном свету рада појављују се ризици који нису карактеристични за стварни свет рада. С тим у вези, делокруг и задаци законодавца треба да буду усмерени у правцу креирања средстава за спречавање заобилажења норми о правима радника по основу рада, јер радна окружења заснована на дигиталној платформи могу лишити раднике заштите основних права.

Наиме, компаније у платформској економији често послују у правном вакууму на почетку њиховог ширења у одређеној земљи. Ова правна празнина утиче и на правну класификацију пружалаца услуга. Када говоримо о регулацији виртуелног рада, многа могућа поља закона су оспорена. Виртуелни облици рада покрећу неколико забринутости, укључујући, нарочито, конкуренцију и утају пореза, као и неизвесност у вези са класификацијом односа са пружаоцем услуга. Легислативна разматрања су потребна у законодавству о конкуренцији, закону о заштити података, пореском праву, радном и социјалном праву и закону против дискриминације. Чини се да постоји скромна литература о питању колико далеко меки прописи могу на одговарајући начин управљати виртуелним радом, иако кодекси понашања и међународни оквирни споразуми могу играти значајну улогу у регулисању прекограничних облика виртуелног рада, јер би они могли превазићи ограничени географски опсег националних закона о раду (Kovacs, 2017: 3).

Чини се да, иако смо „нација запослених“, никада нисмо радили искључиво путем запошљавања. Независни извођачи пружају уговорни рад, али без



везе у форми запошљавања. Радни однос је правна конструкција која означава права и одговорности одређене врсте правних односа, а као и код већине законских категорија, њене границе могу бити местимично нејасне. Али ова нејасноћа се повећава када радници спадају негде између запошљавања и неке друге категорије. Тако, питање статуса запослености има огромне правне последице. С тим увези, дефиниција „запосленог“ временом се променила као одговор на промене политичких и економских ветрова (Bodie, 2017: 17).

У сложеном радном окружењу, какво је данашње, рад више није онакав какав је некада био. Ситуација је још сложенија уколико се томе дода да опште структуре регулације рада не подржавају реалност тржишта рада.

Наиме, традиционалне норме закона о раду и других повезаних закона, фаворизују радни однос на неодређено време са пуним радним временом у традиционалном радном окружењу. У тако успостављеној атмосфери ретрадиционализацију радних вредности отежава идеја о стабилности запослења успостављеног на неодређено време. Међутим, у пракси тржишта рада појављује се група озбиљних разлога у прилог преиспитивања овакве физиономије радних аранжмана.

Нови начини рада, укључују нове односе запошљавања као што је привремени рад запосленог у агенцији и запошљавање са непуним радним временом које пружају људи који немају другог послодавца. Они такође укључују начине рада који технички нису радни односи у складу са било којим законом: независни извођачи, хонорарци, консултанци и лица која су ван тржишта рада након смањења или друге елиминације њихових ранијих послова. Све више рад се ангажује кроз краткорочне аранжмане посредством уговора који не представљају запослење било у правном или техничком смислу те речи. Свакако, не може се претпоставити да ниједан од оваквих односа не би могао постати однос запослења. С друге стране, не може се, такође, ни претпоставити да ће то бити „прави“ радни односи (Hyde, 1998: 99–101).

Тако, главни аргумент против класификовања виртуелних радника као запослених према закону о раду је да ови радници не поседују потребну личну зависност од пружаоца услуга да их класификују као запослене. Још један разлог против класификације виртуелних радника као запослених јесте то што теоретски могу одбити задатке. Међутим, појављивање слободног одређивања радног времена од стране виртуелног радника је варљиво, а редовно одбијање рада је кажњено. Чак и ако виртуелни радници могу одбити одређене задатке, платформе користе снажне подстицаје да гурну раднике да прихвате даље налоге издавањем честих порука

и упозорења, што очигледно може ометати време одмора и продужити радно време. Виртуелни рад има још две главне карактеристике које отежавају подухват да се виртуелни рад подведе под окриље закона о раду. Ове карактеристике су конкретно, у случају виртуелног рада, могући прекогранични односи и бројност странака која обезбеђују рад који ствара вишестраначке односе и узрокује фрагментацију функције послодавца. Осим тога, правни систем континенталне Европе традиционално је непријатељски оријентисан према било ком облику посредника између послодавца и запослених (Kovacs, 2017: 5–7).

На овај начин, стварање нове групе невидљивих радника регулаторном систему поставља загонетку редефинисања радних улога. Специфичност радног амбијента у коме се обавља рад на дигиталној платформи и непостојање реалног радног окружења сепаратише виртуелне раднике од традиционалног света рада. У ситуацији када свако ради са своје стране екрана радна социјализација не само да је отежана, већ је, практично, искључена. Осим тога, у оваквој форми радних аранжмана радници бивају изузети од примене прописа о заштити запослења, док дигиталне платформе стално изналазе нове механизме за избегавање закона о правима радника по основу рада. С тим у вези, константно растући значај концепта стабилности запослења указује да је обезбеђење стабилности и других облика радних аранжмана, осим радног односа на неодређено време са пуним радним временом у реалном радном окружењу, више од реторике.

### **3. „Пакет“ бенефиција**

Током протекле деценије дошло је до врелих расправа о трошковима и користима прописа о заштити запошљавања. Ови прописи уведени су са циљем побољшања благостања радника и побољшања услова рада, али ако су превише строги они могу повећати трошкове прилагођавања рада и утицати на исход тржишта рада. Теоријски модели показују да прописи о запошљавању ограничавају и отпуштања и запошљавања, али ови модели не пружају закључне одговоре у погледу укупних ефеката на запосленост или незапосленост (Pierre, Scarpetta, 2006: 328).

Наиме, нови начини обављања рада, с једне стране, смањују број лица која су егзистенцијално и финансијски угрожена, док с друге стране стварају армију радника који су искључени из радноправне заштите. Овакав сценарио прати, суптилно и елегантно, избегавање примене прописа од стране послодавца или дигиталних платформи. Тако послодавци или дигиталне платформе, користећи непотпуну и неприлагођену легислативу,

искључују одређене раднике из система примене норми о заштити права радника по основу рада, користећи посебне шеме организовања радног времена, као и успостављањем посебних механизма за контролу успешности рада и радних перформанси радника.

С тим у вези, основни задатак који креатори политике запошљавања треба да обаве је да се идеја стабилизације запослења прошири и на флексибилне облике рада, као што је рад на дигиталној платформи.

Иако не постоји стандардна дефиниција платформског рада, уопштено говорећи платформски рад је „један пројекат или задатак за који је радник ангажован, често путем дигиталног тржишта, да ради по захтеву“. Рад се, дакле, мења. Донедавно је радни однос посредовао размени рада за плате (LeRoy, 2018: 327).

Међутим, резултати многих истраживања указују на то да је рад за човека једна од најважнијих активности. Питања попут социјалне укључености, друштвеног угледа и положаја у савременом социјалном амбијенту у великој мери су везана за радну улогу човека. С тим у вези, улазак технологије на тржиште рада обезбеђује да се бројни појединци радно ангажују и остваре у својој радној улози. Осим тога, радници у платформској економији остварују приходе по основу рада на дигиталној платформи, што им омогућава да задовоље своје егзистенцијалне, социјалне, културне, образовне и друге не-радне потребе. Такође, одређеној групи платформских радника одговара нестандартно радно време које прати платформски рад. У таквим околностима своје место у свету рада проналазе лица која су, било због објективних или субјективних разлога, ван радног ангажовања, а желе да раде без формалних везивања за послодавца у форми радног односа. Најчешће су то студенти, који комбинују рад уз образовање, као и родитељи који на овај начин доводе у баланс радни и породични живот.

На овај начин ствара се утисак да појединац може слободно да бира да ли ће радити на дигиталној платформи, колико ће радити, када ће радити, за коју компанију која послује на виртуелном тржишту ће радити, и слично. Такође, општи је утисак да рад у платформској економији обезбеђује да лица која су дуже била незапослена могу пронаћи радно ангажовање у виртуелном свету рада, што би, у крајњој линији, смањило стварну стопу незапослености. Међутим, да ли је овакав смер кретања промена у свету рада заиста толико повољан или ствара илузију бенефиција?

Јасно је да погодности или бенефиције које пружа рад на дигиталној платформи иду у пакету са низом негативних консеквенци које одвајају рад од његове људске компоненте. Наиме, многим платформама недостаје физичко радно место и физичко радно окружење, те у највећем броју

случајева послодавци и запослени никада нису ступили у непосредни међусобни контакт. Практичне последице оваквог прикривања личности субјеката радног односа стварају радни амбијент у коме су права и обавезе по основу рада одвојене од њихових људских особина и потреба. Субјекти радног односа, на тај начин, не виде једни друге као људска бића. Запослени и послодавци у платформској економији, врло често, свој пословни успех сагледавају кроз број „прегледа“, „лајкова“ или „дељења“ дигиталног садржаја. Тако виртуелни свет рада поткопава традиционални радни однос као типичан облик радног ангажовања. У таквом радном окружењу, отворено се може поставити питање да ли је ово начин настајања нове врсте радног односа или *déjà vu* нестајање радног односа какав познајемо.

Тако нестабилност посла у платформској економији своју доминацију потврђује замагљивањем личне радноправне везе између запосленог и послодавца.

Наиме, нове дигиталне технологије све претварају у користан ресурс: услуге, производе, простор, везе и знање, а што иначе, можда, не би било употребљавано. Ова нова економија драматично продужава рок трајања производа, скраћује време употребе и шири повезивање и приступ. Ови нови пословни модели стварају милијарде долара годишње и показују огромне стопе раста. Оно што је најважније, платформска економија радикално мења традиционалне равнотеже понуде и потражње, замагљује границе између власника и корисника, произвођача и потрошача, радника и независног уговарача, и превазилази просторне поделе личног и професионалног, посла и куће, пријатеља и клијента, познаника и странаца, јавног и приватног (Lobel, 2016: 89–90).

Платформска економија брише границу између слободног времена и рада. Слободно време постаје рад, рад постаје слободно време, социјализација постаје скупа, а људи цену сваке интеракције одређују према тржишној вредности. Послови постају нешто што се стално и грчевито тражи са врло мало правилности или сигурности. Можда највише од свега забрињава то што критичари успона платформе упозоравају на подривање закона који штите најугроженије (Lobel, 2017: 54–64).

Тако су се са појавом дигиталног доба појавили нови пословни модели које, поред пословног успеха, карактерише увођење флексибилности на штету сигурности запослења, анонимност субјеката радних аранжмана, губљење личне радноправне везе између запосленог и послодавца, непостојање физичког радног места и физичког радног окружења, као и ограничен сет права по основу рада радника у веб окружењу.

Овакав „пакет“ бенефиција ретрадиционализацију радних вредности ставља у први план потребе за легислативном интервенцијом у свет рада, са циљем очувања људског карактера рада и обезбеђења да радници који раде на дигиталној платформи буду једнако видљиви као и радници у традиционалном запослењу.

Овакванапетаатмосфера,узрокованафункционалномнекомпатибилношћу традиционалног радног односа са условима дигиталног тржишта рада, доводи у питање његову улогу у процесу стабилизације запослења. То се најбоље може илустровати чињеницом да је легислативни систем још увек „неприступачан“ за захтеве стабилизације других, реално постојећих, модела радних аранжмана и очување начела хуманизације рада.

#### **4. Механизам за дехуманизацију рада или за очување стабилности запослења?**

Радни однос на неодређено време са пуним радним временом, који је често одређиван као форма стабилног запослења и традиционални облик радног ангажовања, показује своју рањивост у времену тзв. платформске економије.

Виртуелне платформе и апликације за бежичне уређаје (паметне телефоне и таблете) играју улогу „невидљиве инфраструктуре“ повезивањем понуде и потражње услуга и олакшавањем интеракције између појединаца и фирми. У извесном смислу, фирме и радници бирају једни друге на глобалном или локалном отвореном простору. Платформе имају дубоке друштвене импликације, јер стављају на тест традиционалне пословне моделе и поткопавају заједничку структуру шеме „послодавац-запослени (Aloisi, 2016: 654–656).

Међутим, иако је имплементација „флексибилних радних политика“ позиционирана као високо релевантна за растућу разноликост радне снаге, рад са пуним радним временом је још увек конструисан као стандардна пракса, маргинализујући притом оне који раде ван тих граница. Могућност и жеља да се ради са пуним радним временом је постала синоним за посвећеност, продуктивност и професионализам (Nentwich, Hoyer, 2013: 557).

С тим у вези, државе су успоставиле систем закона који би требало да заштити интерес радника и обезбеди минимални животни стандард за становништво у целини. Питање које се поставља је да ли све те интервенције побољшавају тржиште рада, чине га праведнијим или неке пак резултирају губицима посла, нижим инвестицијама и преласком у

неформални сектор. Чињеница је да су се реформе заштите запошљавања одвијале део по део, па се тако повећао и дуалитет тржишта рада: с једне стране, заштита која се пружа редовним уговорима остаје непромењена, а са друге стране је широко распрострањена употреба нестандартних уговора. Ови нови уговори, у ширем смислу атипични облици запошљавања, често немају добро дефинисан правни статус, а процес дефинисања права за атипично запослене је далеко од завршетка (Djankov, Ramalho, 2009: 4–12).

С једне стране, тврди се да радничко заштитно законодавство чини радну снагу скупљом и смањује флексибилност предузећа да се прилагоде економском циклусу. Ово би негативно утицало на запошљавање, посебно запошљавање младих, фаворизујући оне који су већ запослени на штету оних који траже посао. Са друге стране, радничко заштитно законодавство обезбеђује правичност и основну сигурност, повећава подстицаје за послодавце да улажу у људски капитал и подстичу кооперативне радне односе. Ово треба да води одговарајућем националном законодавству заснованом на добром управљању тржиштем рада и међународним стандардима рада који промовишу права по основу рада, продуктивно запошљавање, социјалну заштиту и социјални дијалог (Rosas, Rossignoti, 2005: 148–150).

Тако, у формалном оквиру сигнал социјалног квалитета законске инфраструктуре радних односа је стабилност запослења. С тим у вези, кључна референтна тачка за одређивање мере стабилности запослења јесте „пакет“ бенефиција које остварују запослени на неодређено време са пуним радним временом у формалном радном окружењу. Међутим, уколико се од стране законодавца и креатора политике заштите запошљавања не сагледа процес измештања рада ван оквира традиционалног тржишта рада и реалног радног окружења, лако се може упасти у замку благостања „пакета“ бенефиција традиционалног запослења.

Промене граница у запошљавању у развијеним тржишним економијама у либералним демократским земљама довеле су до позивања на поновно разматрање традиционалних дефиниција и класификација граница на тржишту рада и радног права. Законске границе и категорије су хеуристичке, а у контексту радног права, запошљавање је централни концепт који служи као основа за укључивање или искључивање из система радних права и бенефиција. Према традиционалном економском моделу, оно што у радном односу радник губи у погледу контроле и аутономије надокнађују приход и сигурност. С друге стране, послодавац смањује трошкове пословања тако што не мора да преговара о уговорима за сваки задатак, и добија контролу над процесом рада (Fudge, Tucker, Vosko, 2009: 330).

Међутим, долазак платформске економије у свет рада, променио је слику радног односа. Све више се поставља питање да ли је радни однос на неодређено време са пуним радним временом у традиционалном радном окружењу стабилна форма радног аранжмана, док, индиректно, води дехуманизацији рада који се обавља ван традиционалних оквира.

С тим у вези, плурализам економских интереса који постоји на страни послодаваца, условљава да се сигурност посла и заштита права радника по основу рада виде као алтернатива радним аранжманима по основу којих ангажују раднике на дигиталној платформи.

Наиме, док законодавац настоји да очува стабилност традиционалног запослења, успостављајући законску инфраструктуру *in favorem* радног односа на неодређено време са пуним радним временом у традиционалном радном окружењу, са друге стране реалност тржишта рада управо ту врсту радног односа види као механизам који индиректно води дехуманизацији рада. С тим у вези, упркос регулативи на највишем нивоу, поставља се питање продуктивности заштите коју она обезбеђује. Тако, не умањујући значај стабилности традиционалног запослења, важно је напоменути да строга правила која прате овакав модел радног аранжмана трасирају сигуран пут послодавцима и дигиталним платформама за изналажење модела за њихово избегавање. Ти нови модели радних аранжмана мењају природу запослености тако што занемарују хумани аспект радне функције кадрова.

Ова промена природе запослености доводи до неусклађености између модела запошљавања на коме се заснива политика рада и стварности радних односа. Изазов је не само да се редифинише запошљавање у закону о раду, већ да се размотри наставак одрживости уговора о раду као „платформе“ за давање права и бенефиција, као и за наметање обавеза (Fudge, Tucker, Vosko, 2009: 332).

Тако, продуктивност заштите закона о раду и других повезаних закона треба да приоритира потребу ретрадиционализације радних вредности и реконцептуализације радног односа. Ово због тога што постаје јасно да стабилност традиционалног запослења није довољна компензација за дехуманизацију рада.

## 5. Закључак

Обезбеђивање транзиције према стабилном запослењу захтева задовољење плурализма интереса запослених и послодаваца, како у реалном, тако и у платформском радном окружењу. Међутим, приликом решавања



дилема запошљавања, креатори радничког заштитног законодавства легислативну интервенцију треба да базирају на начелу хуманизације рада.

Наиме, економија заснована на знању, која егзистира на дигиталном тржишту рада, претвара људски рад у робу и не препознаје хумани карактер рада. Са друге стране, законодавац у центар стабилности запослења ставља радни однос на неодређено време са пуним радним временом у реалном радном окружењу. При томе, оваква идеја стабилизације запослења из свог фокуса губи раднике који раде на дигиталним платформама. На тај начин, ови радници остају ван радноправне заштите. Ситуација је још сложенија уколико се овоме дода и хронично трошење људског ресурса у веб радном простору без адекватне процене степена угрожености њихових права по основу рада.

С тим у вези, обезбеђујући стабилност само једне врсте радних аранжмана, законодавац ствара само привид стабилности запослења. Наиме, не доводећи у питање стабилност запослења на неодређено време са пуним радним временом у реалном радном окружењу, може се отворено и недвосмислено поставити питање да ли је запослење, у најширем смислу, стабилно?

Чини се да је лако упасти у замку благостања уколико се шема радних вредности и радних награда заснива само на стабилизацији традиционалног радног односа. Наиме, да би благостање у свету рада постојало, пре свега, оно мора бити хумано. С тим у вези, стварање невидљивих радника на дигиталном тржишту рада и непрепознавање људског карактера рада замагљује напоре креатора политике запошљавања да се обезбеди транзиција ка стабилном запослењу.

Да би оваква транзиција била могућа, радни аранжмани, било на реалном или дигиталном тржишту рада, морају бити засновани на начелу хуманизације рада.

### **Литература/References**

Aloisi, A. (2016). Commoditized Workers: Case study Research on Labor Law Issues Arising From a Set of on-Demand/Gig Economy Platforms, *Comp. Labor Law Pol'y Journal*, Vol. 37, 653–690.

Bodie, M. T. (2017). Lessons from the Dramatists Guild for the Platform Economy, *The University of Chicago Legal Forum*, 17–34.

- Djankov, S. Ramalho, R. (2009). Employment laws in developing countries, *Journal of Comparative Economics*, No. 37, 3–13.
- Kovacs, E. (2017). Regulatory Techniques for „Virtual Workers“, *Hungarian Labour Law E-Journal*, No. 2, 1–15.
- LeRoy, M. H. (2018). Misclassification under the Fair Labour Standards Act: Court Rulings and Erosion of the Employment Relationships, *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 2017, Article. 13, 327–345.
- Lobel, O. (2017). The Gig Economy & The Future of Employment and Labour Law, *University of San Francisco Law Review*, Vol. 51, Issue. 1, 51–74.
- Lobel, O. (2016). The Law of the Platform, *Minnesota Law Review*, Vol. 101, 87–166.
- Nentwich, J. Hoyer, P. (2013). Part-time Work as Practising Resistance: The Power of Counter-arguments, *British Journal of Management*, Vol. 24, 557–570.
- Pierre, G. Scarpetta, S. (2006). Employment protection: Do firm’s perceptions match with legislation? *Economics Letters*, No. 90, 328–334.
- Rosas, G. Rossignotti, G. (2005). Starting the new millennium right: Decent employment for young people, *International Labour Review*, Vol. 144, No. 2, 139–160.
- Fudge, J. Trucker, E. Vosko, L. F. (2003). Changing Boundaries in Employment: Developing a New Platform for Labour Law, *Can. Labour and Employment Law journal*, No. 10, 329–366.
- Hyde, A. (1998). Employment Law After the Death of Employment, *U. Pa. Journal of Labor and Employment Law*, Vol. 1, No. 1, 99–115.

**Jelena Janković**, PhD student,  
Faculty of Law, University of Niš

## **A WELFARE TRAP UNDER THE MASK OF EMPLOYMENT STABILITY**

### **Summary**

*Considering the fact that modern legal transactions change the physiognomy of working agreements and create new types of relations between employees and employers, the author analyzes the relationship between the principle of humanization of labour and the process of employment stabilization. Namely, the expansion of the digital labour markets in the platform economy has led to the dehumanization of labor and non-recognition of the human nature of labour in the platform economy. This creates an army of invisible (and often under-paid) workers whose services are turned into a commodity. On the other hand, the general structure of labour regulation promotes full time employment in the real working environment for an indefinite period of time, as a form of stable employment. In this regard, one can openly and unequivocally ask whether the stability of traditional employment is sufficient compensation for dehumanization of labour in the digital working environment. Consequently, if the scheme of labour-related values and employment benefits is based only on the stabilization of the traditional labour relations, the workers in the non-conventional working environment may easily fall into a welfare trap (by satisfying some social needs and obtaining some benefits which create an illusion of stable employment). Yet, can there be welfare in the dehumanized labour world? Can there be prosperity if the legislation envisages the stability of only one model of employment and does not recognize the workers in non-conventional labour settings?*

**Key words:** principle of humanization of labour, welfare trap, employment stability, platform economy, employment.



**Ана Будак,\***  
Докторанд Правног факултета,  
Универзитет у Београду

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
doi:10.5937/zrpfni1880559B

UDK: 341.14  
342.7

Раđ примљен: 22.10.2018.  
Раđ прихваћен: 10.12.2018.

## **АДЕКВАТНОСТ КОНЦЕПТА ЉУДСКИХ ПРАВА**

**Апстракт:** *Постојећи концепт људских права базира се на схватању да људска права припадају свим људима на основу саме чињенице да су људи. Ипак, постоје аутори који доводе у питање такав концепт. Циљ овог рада је да презентује најзначајније теоријске ставове о овом питању. Поред тога, анализирани су критике постојећег концепта људских права. Поменути циљеви остварени су применом концептуалне анализе права, дескриптивно-квалитативног метода, индуктивног метода и синтезе постојећих сазнања. Раđ представља покушај да се применом ових метода одговори на питање да ли је постојећи концепт људских права адекватан. Резултати истраживања указују на то да постојећи концепт људских права јесте адекватан. Међутим, анализа је указала на одређене слабости постојећег концепта, пре свега на слабе надзорне механизме над имплементирањем и извршењем обавеза из уговора о људским правима које су државе претходно ратификовале, што доводи у питање ефикасност уговора као једну од основних сврха права. Показало се да су ограничења људских права, посебно када су у питању факултативна ограничења, подложна злоупотребама, превасходно услед неретко неодређених појмова из рестриктивних клаузула. Ипак, досадашња пракса Европског суда за људска права помогла је у расветљавању тих појмова, чиме је практично поставила границе вољи држава у том смислу. Ови резултати имплицирају потребу за успостављањем јачих надзорних механизма над уговорима о људским правима, што је корак који неизбежно захтева политичку вољу међународне заједнице.*

**Кључне речи:** *људска права, ограничења људских права, Европска конвенција о људским правима, Међународни пакт о грађанским и политичким правима.*

---

\* budakana@gmail.com

## 1. Увод

Међународно право људских права данас има универзалну прихваћеност и важи за једну од најхуманијих грана права. Ипак, концепт људских права није без контроверзи. Аутори се споре по питању да ли је концепт људских права адекватан или га је потребно изменити, те узети у обзир карактеристике различитих заједница људи, односно прступити својеврсној фрагментацији ове гране права.

У овом раду анализирана је адекватност постојећег, универзалног концепта људских права и указано је због чега становишта према којима постојећи концепт није оптималан нису најсрећнија решења. С обзиром на то да ефикасност уговора које су државе претходно ратификовале доприноси адекватности концепта људских права, у раду је посебна пажња посвећена и овом питању. У раду је разматрано и питање због чега државе поштују, односно не поштују уговоре о људским правима које су претходно ратификовале. Посебна пажња посвећена је и ограничењима људских права с обзиром на то да недовољно прецизне одредбе из уговора о људским правима остављају широко поље слободне процене, али и могућност злоупотреба.

Истраживање је показало да постојећи концепт заштите људских права представља опортуно решење, али да он, ипак, има својих мана у виду слабих надзорних механизма и недовољно прецизних рестриктивних клаузула код факултативних ограничења. У сваком случају, у раду се истиче да кривца не треба тражити у међународном праву људских права, већ у политичкој вољи држава будући да оне представљају адресате норми из уговора, односно да су оне одговорне за (не)поштовање њихових одредби.

Како бисмо разумели појмове који обликују парадигму нашег истраживања, у раду је коришћена концептуална анализа права, док је дескриптивно-квалитативним методом извршен преглед постојеће теоријске литературе из ове области, на основу чега је извршена синтеза постојећих ставова академске јавности. Анализом садржаја релевантне праксе Европског суда за људска права индуктивним методом изведени су закључци о домашају рестриктивних клаузула. На крају су синтезом сазнања представљене предности и недостаци постојећег концепта људских права.

Имајући у виду наведено, рад је организован на следећи начин. У првом делу рада тражи се одговор на питање да ли је концепт универзалних људских права адекватан. Други део рада посвећен је испитивању ефикасности уговора о људским правима, док се у трећем делу анализира ограничење људских права, са посебним освртом на факултативна ограничења и дерогацију, а указано је и на апсолутно заштићена права. На

крају су представљена закључна разматрања са указивањем на могућност унапређења постојећег концепта људских права, а у циљу остваривања пуног потенцијала уговора о људским правима.

## 2. Да ли је концепт универзалних људских права адекватан?

Један од основних постулата међународног права јесте универзалност људских права. Наиме, истиче се, уколико су људска права, на основу језичког тумачења, права која припадају свим људима на основу чињенице да су људи, онда су људска права универзална по својој дефиницији. Исто тако наводи се да су нека права, попут права на живот, права на слободу и забрану ропства, права која прилазе веома близу правој универзалности (Donnelly, 1984: 400–417), као и да су слобода од геноцида, ропства и тортуре универзално прихваћена, а у исто време, правила *ius cogens* (D’Amato, 1982: 1129).

Забраном ропства бавила се и Комисија за међународно право коментаришући одредбе Конвенције о уговорном праву о *ius cogens* нормама. Наиме, Комисија је истакла да обичајно међународно право не само да забрањује ропство, већ да је забрана ропства једна од најочигледнијих и најутемељенијих *ius cogens* норми.<sup>1</sup>

Ипак, неки аутори сматрају да се у концепту људских права могу уочити контроверзе, па упозоравају на опасност да услед пролиферације регионалних инструмената овакве формулације једнакости у општим међународним инструментима остану без практичног дејства. Тако, на пример, наводи се да Афричка повеља о људским правима садржи права којих нема у Европској конвенцији о људским правима или у Америчкој конвенцији о људским правима (Baehr, 2000: 8). Иако је наведена чињеница тачна, ово становиште није непобитно. Наиме, не би требало доводити у питање читав концепт универзалности људских права уколико постоје неке незнатне разлике у правним системима, посебно имајући у виду евидентне разлике у култури на нивоу не само континента него и држава.

Међутим, научна и стручна јавност није једногласна по питању да ли је актуелни универзални концепт људских права оптималан, те се залажу за рекомпозицију људских права и прелазак са „права“ на „достојанства“, истичући да се тиме избегавају непотребне политичке тензије између држава. Истичу да универзална људска права не узимају у обзир рањиве

---

1 International Law Commission, Document A/CN.4/163, Report of the International Law Commission on the work of its Fifteenth Session, 6 July 1963, Official Records of the General Assembly, Eighteenth Session, Supplement(A/5509), Преузето 15. 10. 2018. [http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a\\_cn4\\_163.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_cn4_163.pdf).



микро заједнице и маргинализоване друштвене групе. Такође, истиче се да би ова реформа, с обзиром на то да концепција људских права потиче од западних држава, минимизовала, ако не и елиминисала, акутне материјалне неједнакости које омогућавају моћним државама да имплементирају своје сопствене империјалистичке намере скривене под велом „људских права“ (Regilme, 2018: 8–11).

Ови предлози, чини се, пренебрегавају чињеницу да разлике међу народима нису *per se* лоше. Штавише, оне су неизбежне имајући у виду инхерентне разлике у традицији и култури народа. Могло би се рећи да би лоше биле фундаменталне разлике које би се, примера ради, односиле на право на живот или на забрану ропства тако да их неки народи признају као апсолутно заштићена права, а други их пак игноришу. Ипак, чини се да се читава међународна заједница залаже за заштиту ових права. Стога, чини се да критике попут оних да универзална људска права не узимају у обзир рањиве микро заједнице и маргинализоване друштвене групе нису основане.

Могуће је да је дебата о моћним западним државама делимично инспирисана страхом од евентуалног утицаја тих држава на карактеристике рањивих микро заједница и маргинализованих друштвених група. Овакви страхови нису потпуно неутемељени, али су, чини се, претерани. Наиме, уколико се има у виду да је заштита људских права императив читаве међународне заједнице, јасно је да све заједнице овог света, у ма ком облику, теже остваривању људских права, барем оних најосновнијих.

### **3. Питање ефикасности уговора о људским правима у контексту адекватности постојећег система заштите људских права**

Један од аспеката адекватности постојећег концепта људских права огледа се и у ефикасности примене уговора о људским правима које су државе ратификовале. Уколико уговори о људским правима не представљају ништа више од „мртвог слова на папиру“, јасно је да постојећи концепт људских права није одговорио на важан изазов и да, стога, захтева промене.

У литератури се указује да бројне ратификације уговора из материје људских права представљају „парадокс празних обећања“. Наиме, ови уговори углавном имају слабе надзорне механизме, што подстиче државе да ратификују уговоре ради *window dressing*-а, па чак могу представљати и параван тим државама за кршење људских права (Hafner-Burton, Tsutsui, 2005: 1378).

Имајући у виду слабе надзорне механизме, утицај ратификације уговора о људским правима се често доводи у везу са деловањем невладиних организација и међународног права уопште. Наводи се да позитивни ефекти ратификације нису резултат саме ратификације, већ притиска који врши међународно друштво, и то кроз невладине организације (Hafner-Burton, Tsutsui, 2005: 1373–1386). Корак даље иду аутори који тврде да у одсуству невладиних организација ратификације немају позитивног ефекта или чак имају негативног ефекта (Neumayer, 2005: 926).

Полемике у вези са (не)ефикасношћу уговора о људским правима резултирале су и емпиријским истраживањем на ту тему. Тражећи одговор на питање да ли су уговори о људским правима ефикасни, Хатавеј у својој студији није наишла ни на један међународни уговор чија је ратификација допринела бољој пракси поштовања људских права, док је, истовремено, утврдила да се неколико уговора о људским правима може повезати са лошијом праксом поштовања људских права. Ова ауторка је тако емпиријски потврдила оно на шта је у теорији раније већ указивано, а то је да, услед минималних и слабих надзорних механизма, државе не морају да се придржавају обавеза преузетих уговорима о људским правима (Hathaway, 2002: 1940).

Иако аутори готово без изузетка указују да постојећи концепт заштите људских права не посвећује довољно пажње његовој ефикасности и да је неопходно увести промене у постојећи систем надзора и контроле, научна јавност је подељена по питању да ли је неопходно да такви механизми буду принудни.

У прилог тези да није неопходно да надзорни механизми поштовања уговора о људским правима буду принудни наводи се да државе једноставно поштују уговоре о људским правима на основу правила *pacta sunt servanda*. У том смислу, неки аутори предлажу „менаџерски модел” према којем државу не треба приморати, већ је треба убедити да поштује одређена правила. Прејудицирајући скептицизам академске јавности по питању овог предлога, поједини аутори истичу да је овај поступак ефикасан јер се државе плаше отуђења из „комплексне мреже међународних аранжмана”, која је постала веома важна за опстанак и безбедност многих држава (Chayes, Chayes, 1993: 1957).

Непоштовање уговорних одредби нужно повлачи питање због чега је то тако. Занимљив је став према којем држава када не поштује правила, то не чини намерно, већ због тога што их не разуме, нема капацитета или времена да имплементира одређене одредбе (Chayes, Chayes, 1993: 1958). Међутим, чини се да се овакав теоријски модел у неким случајевима бесповрат-

но урушава. Ово је понајвише уочљиво код флагрантних кршења људских права, при чему посебно треба имати у виду међународна кривична дела која су, као *mala in se*, осуђена од стране читаве међународне заједнице.

„Менаџерски модел” се ипак не може беспоговорно прихватити јер, чини се, нема одговор на питање кршења људских права која су препозната од стране читаве међународне заједнице. Данас је, наиме, познато да су правна правила из Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида део општег обичајног права, па као таква везују и нечланице и нове државе (Милисављевић, 2016: 72). Према томе, делује да је тежина аргумента државе која би се позвала на наведени „менаџерски модел” упитна када су у питању општи обичаји.

У литератури се заговара и „фер модел”, према којем државе не поштују уговоре када њихове одредбе нису праведне. Дакле, не поставља се питање „да ли се државе придржавају правила?”, већ „да ли је међународно право фер?” (Franck, 1995: 7).

Иако на први поглед потпуно логичан и одговарајући у контексту међународног јавног права, чини се да „фер модел” није могуће једнако применити на међународно право људских права. Будући да људска права припадају свим људима само на основу чињенице да су људи, можемо извести закључак да су она *per definitionem* „фер”.

Чини се да, чак и уколико нису ефикасни, уговори о људским правима потенцијално могу имати позитиван ефекат на праксу поштовања људских права. Наиме, уз појачану активност невладиних организација, само приступање државе уговору може утицати на промену државне политике. Исто тако, постоји и вероватноћа да држава, иако свесна да у тренутку ратификације не може испунити преузете обавезе, жели да се усклади са уговорним одредбама у будућности, те ратификација представља први, али веома значајан корак.

Из свега наведеног намеће се закључак да се међународно право суочава са објективним и неизбежним карактеристикама политичког окружења. На првом месту, адресати правила су примарно саме владе. Међународно право је пре свега право међу државама и такво остаје упркос значају стандарда људских права. Сурова истина је да су критике погрешно усмерене на право које, нажалост, није супститут за политичку вољу (Brownlie, 1982: 2–4). Произлази да најтежи проблеми примене људских права нису проблеми права, већ проблеми политике и, изнад свега, морала (D’Amato, 1982: 1949).

Као што је Хенкин истакао, главни елемент застрашивања у међународном праву нема примену у међународном праву људских права, односно претња „ако кршите права наших држављана, ми ћемо кршити права ваших држављана”, овде не може бити одвраћајућа (Henkin, 1989, 235). Државе се морају окренути другачијим средствима, односно морају радити на јачању старих и успостављању нових, ефикаснијих система надзора и контроле уговора о људским правима не би ли допринеле ефикасности уговора о људским правима.

#### **4. Ограничења људских права**

Имајући у виду добро које штите, поставља се питање да ли су ограничења људских права легитимна и, ако јесу, у којим случајевима и под којим условима. Стога, поставља се питање да ли је такав концепт људских права адекватан.

Зависно од значаја и врсте појединих права и слобода, могуће је говорити о три врсте ограничења: инхерентна ограничења, факултативна ограничења и стављање ван снаге или привремено укидање појединих људских права (Пауновић, Кривокапић, Крстић, 2014: 63).

##### ***4.1. Инхерентна ограничења***

Нека гарантована права и слободе ограничена су стално, и то самом формулацијом зајемченог права. Зато се таква ограничења и називају инхерентним ограничењима. Ова ограничења дефинисана су прецизним набрајањем изузетака када се неко право и слобода, иначе уобичајено зајемчено, не може користити, односно када се на њега нико не може позивати (Пауновић, Кривокапић, Крстић, 2014: 67–68).

Примера ради, Европска конвенција чланом 5 прописује да свако има право на слободу и безбедност личности. Надаље се у истом члану набрајају случајеви у којима је ово право ограничено „у складу са законом прописаним поступком” (на пример, у случају законитог лишења слободе на основу пресуде надлежног суда).

Ограничења овакве природе уграђена су и у одредбе којима се штити право на живот, слобода од принудног или присилног рада, право на имовину итд. Приликом ограничења ових права, држава се овлашћује да на јасан и прецизан начин ограничи њихово уживање или да те законе усклади са таксативно набројаним изузецима у одредбама међународних конвенција (Пауновић, Кривокапић, Крстић, 2014: 68).

#### 4.2. Факултативна ограничења

Код факултативних ограничења држава је овлашћена да у општем интересу ограничи вршење појединих права и слобода путем тзв. рестриктивних клаузула. Било каква ограничења људских права и слобода прокламована у универзалним или регионалним инструментима људских права морају испунити три услова: морају бити прописана законом, морају бити неопходна у демократском друштву и морају бити легитимна. Ово из разлога јер се цео концепт људских права заснива на владавини права.

Може се рећи да значајан тренутак у развоју инструмената људских права представља прелазак са опште ограничавајуће клаузуле из Универзалне декларације о људским правима<sup>2</sup> на специфичне (факултативне) ограничавајуће клаузуле какве су садржане у појединим члановима Европске конвенције о људским правима и Међународног пакта о грађанским и политичким правима (Badar, 2003: 63).

Најбољи увид у примену ограничавајућих клаузула даје пракса Европског суда за људска права. Суд је кроз праксу исцртао границе врло широких и неодређених појмова из ограничавајућих клаузула.

Тако, на пример, Суд је ближе одредио појам „неопходан у демократском друштву” и истакао да тај израз није синоним за „нужан”, али да нема ни толику еластичност као изрази „пожељан” или „разуман”. Истакао је да „неопходан” изражава нужну друштвену потребу која се мора ценити у сваком конкретном случају.<sup>3</sup>

Суд је истакао да се мора водити рачуна о квалитету закона.<sup>4</sup> Закон мора бити тако формулисан да омогући појединцу да предвиди последице његовог непоштовања. Међутим, како је апсолутна предвидљивост недостижна и како је извесна флексибилност закона неопходна, закони могу бити неодређени до извесне границе.<sup>5</sup>

Оцењујући легитимност тајног надзора, Суд је прихватио тврдњу Владе СР Немачке да је прислушкивање телефонског разговора у интересу „на-

---

2 Чл. 29, ст. 2 Универзалне декларације о људским правима допушта могућност ограничења свих прокламованих права и слобода формулацијом да „у вршењу својих права и слобода свако може бити подвргнут само оним ограничењима која су предвиђена законом у циљу обезбеђења нужног признања и поштовања права и слобода других и у циљу задовољења правичних захтева морала, јавног поретка и општег благостања у демократском друштву”.

3 *Handyside v. United Kingdom* (1976), para. 48.

4 *Malone v. United Kingdom* (1984), para. 80.

5 *Sunday Times v. United Kingdom* (1979-80), para. 49.

ционалне безбедности” уколико претње долазе од учесталих шпијунажа и терористичких активности.<sup>6</sup> Ово су, дакле, биле „изузетне околности” које су могле да оправдају изузетност мера. Другим речима, концепт „ационалне безбедности” ограничен је на активности које представљају непосредну претњу опстанку нације.

У литератури се истиче да је синтагма „ационална безбедност” толико неодређена и широка да ће држава обично моћи да се извуче са ограничењима људских права. Међутим, наводи се да би у екстремним ситуацијама вероватно дошло до протеста осталих држава чланица или чак до контрамера (Badar, 2003: 71).

Појам „јавна опасност” такође је подложен злоупотребама, те се као пример наводи да се државе могу позвати на економску опасност и увести принудни рад (Schreuer, 1982: 123). Наиме, појам „јавна опасност” оставља широко поље за спекулације у вези са својим домаћајем, потенцијално водећи правној несигурности, али и могућим злоупотребама. Стога, чини се практичним решење према коме судови увек треба да имају на уму претпоставку у корист појединца, односно да угрожене „ационалне интересе” прихватају са извесном дозом скептицизма (Emerson, 1982: 78). То значи да терет доказивања да је ограничење било неопходно у демократском друштву практично лежи на држави.

Досадашња пракса Европског суда за људска права помогла је у осветљавању веома неодређених појмова из ограничавајућих клаузула о људским правима и донекле поставила границе вољи држава у том смислу. На тај начин, уз испуњење формалних услова из ограничавајућих клаузула, воља држава је практично омеђена и тумачењем појмова у пракси.

#### **4.3. Дерогација појединих права и слобода**

Међународни пакт о грађанским и политичким правима прописује да у доба када опстанак нације угрози изванредна јавна опасност, која је проглашена званичним путем, државе уговорнице Пакта могу предузети, у обиму строго одређеном захтевима ситуације, мере којима се укидају обавезе предвиђене Пактом, с тим да те мере не буду неспојиве с другим обавезама које им намеће међународно право и да са собом не повлаче дискриминацију засновану искључиво на раси, боји, полу, језику, вероисповести или друштвеном пореклу.<sup>7</sup>

---

6 *Klass and others v Germany* (1979-80), para. 48.

7 Art. 4(1) of International Covenant on Civil and Political Rights. New York, 16 December 1966.

Европска конвенција о људским правима наводи да у доба рата или друге јавне опасности која прети опстанку нације, свака Висока страна уговорница може да предузме мере које одступају од њених обавеза по овој Конвенцији, и то у најнужнијој мери коју изискује таква ситуација, с тим да те мере не буду у нескладу с њеним другим обавезама према међународном праву.<sup>8</sup>

Наведене одредбе су готово идентичне и обе указују на изванредност<sup>9</sup> ситуација у којима је дерогација права допуштена, и, следствено томе, на допуштеност дерогације само у најнужнијој могућој мери. Државама је, при томе, остављено широко поље слободне процене када је у питању оцењивање постојања таквих ситуација будући да су државе у бољем положају него међународне судије да оцењују како постојање таквих ситуација, тако и њихову природу и ширину.<sup>10</sup> Притом, државе се морају кретати у дозвољеним оквирима при оцењивању таквих ситуација. Да би утврдио да ли су то чиниле, Суд испитује да ли би обични закони били довољни да се носе са ситуацијом<sup>11</sup>, да ли су ограниченог домаћаја и да ли су предмет проверавања<sup>12</sup>, те да ли су пропорционални.<sup>13</sup>

Осим наведених сличности, постоје и неке маркантне разлике. Наиме, за разлику од Пакта, Европска конвенција не садржи услов „проглашења званичним путем”, али је Европска комисија за људска права истакла да, и поред тога, мора постојати некакав званични акт којим ће дерогација бити предвиђена. У супротном, члан 15 се не може применити.<sup>14</sup>

Исто тако, услов да нема дискриминације није предвиђен Европском конвенцијом. Међутим, уговорнице Европске конвенције имале би ту обавезу уколико су и чланице Пакта, на основу члана 4, јер би се одредбе Пакта могле сматрати „другим обавезама по међународном праву” (Sommarig, 2012: 337). У сваком случају, изостављање услова у вези са дискримина-

8 Art. 15(1) of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, 1950.

9 Израз „изванредна” значи да прибегавање дерогацији мора бити последње средство, односно да су сва друга средства исцрпљена или неадекватна да се носе са датом ситуацијом. Дакле, ситуација мора бити толико озбиљна да угрози физички интегритет нације, политичку независност, територијални интегритет државе или опстанак основних институција неопходних да обезбеде и заштите права предвиђена Пактом (United Nations, 1984).

10 *Ireland v. the United Kingdom* (1978), para. 207.

11 *Ibidem*, para. 212.

12 *Brannigan and McBride v. the United Kingdom* (1993), para. 66.

13 *A. and Others v. the United Kingdom* (2009), para. 190.

14 *Cyprus v. Turkey* (1976), para. 527.



цијом нема значаја јер дискриминаторске одредбе свакако не би испуниле услов Конвенције „у најнужнијој мери коју изискује таква ситуација” (Ogaà, 1992: 142).

Транспарентности поступка дерогације доприноси и обавеза обавештавања Генералног секретара Уједињених нација. Према Пакту, државе уговорнице имају обавезу да одмах, посредством Генералног секретара Уједињених нација, обавесте друге државе уговорнице о одредбама које су укинуле, као и разлозима који су их на то навели. Државе уговорнице имају исту обавезу и на дан окончања ових мера.<sup>15</sup> Конвенција пак предвиђа да држава уговорница „обавештава у потпуности Генералног секретара Савета Европе о мерама које предузима и разлозима за њих.”<sup>16</sup>

За разлику од Пакта који предвиђа обавезу обавештавања одмах, Конвенција у том смислу не поставља никакав услов. Међутим, Европски суд је у својој јуриспруденцији поставио стандард обавештавања „без кашњења” од тренутка почетка примене таквих мера.<sup>17</sup>

Није јасно какве су последице необавештавања – ни Пакт ни Европска конвенција о томе немају посебну одредбу. Међутим, Суд је истакао да необавештавање, под одређеним условима, може резултирати ништавошћу дерогације.<sup>18</sup> У литератури се истиче да, чак и да не резултира ништавошћу, необавештавање јесте индикатор да држава не поступа у доброј вери (Schreuer, 1982: 120).

Питање да ли држава поступа у доброј вери поставиће се и у поступку пред Судом при испитивању да ли је држава прекорачила поље слободне процене. И управо је поље слободне процене снажан аргумент држава. Чак и да успе у спору, појединцу се тешко може надокнадити изгубљено за време трајања недозвољене дерогације. У том смислу, ваљало би радити на изналажењу система који ће овакве ситуације или предупредити или барем минимизовати.

---

15 Art. 4(3) of International Covenant on Civil and Political Rights. New York, 16 December 1966.

16 Art. 15(3) of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, 1950. Питање да ли је држава испоштовала формални захтев постављен у члану 15, став 3 Конвенције Суд испитује *proprio motu* (*Aksay v Turkey* (1996), para. 85–86).

17 *Lawless v. Ireland* (1961), para. 47.

18 *Greece v. the United Kingdom* (1958), para. 75.

#### 4.4. Права која се не могу дерогирати

Постоје фундаментална права која су својствена људском достојанству и чија дерогација није оправдана ни у ванредним ситуацијама (United Nations, 1984: 70). Право на живот, забрана мучења, забрана ропства и забрана ретроактивне примене закона су нормe *ius cogens*. Њихову дерогацију забрањује како Пакт (чланом 4), тако и Конвенција (чланом 15). Поред наведених права, Пакт забрањује и дерогацију права забране затварања због неизвршења уговорне обавезе<sup>19</sup>, права на правну личност<sup>20</sup> и слободе мишљења, савести и вероисповести.<sup>21</sup>

Листа апсолутно заштићених права је проширена протоколима уз Европску конвенцију: Протокол 6 уводи забрану изрицања и извршења смртне казне<sup>22</sup>, осим за дела извршена у доба рата или непосредне ратне опасности,<sup>23</sup> Протокол 7 предвиђа *ne bis in idem* као право које се не може дерогирати<sup>24</sup>, док Протокол 13 укида смртну казну.<sup>25</sup>

Постојали су предлози да се у права која се не могу дерогирати уврсти и право на правично суђење, али они нису прихваћени због неких аспеката тог права, као што је, на пример, право на јавност суђења, које није увек могуће испоштовати (Stavros, 1992: 347). Међутим, Протокол 7 уводи забрану *ne bis in idem*, као један аспект права на правично суђење које се сврстава у апсолутно заштићена права. Стога, можемо сматрати да право на правично суђење, посредно, ипак има статус права које се не може дерогирати.

У Општем коментару бр. 29 Комитет за људска права истакао је да, иако члан 4 изричито наводи која се права не могу дерогирати, то не значи да се сва друга права могу дерогирати. Истакао је да се државе ни у ком случају не могу позвати на члан 4 уколико крше перемпторне нормe међународног права или хуманитарног права. Комитет је као примере норми које се не могу дерогирати навео забрану геноцида, забрану злочина против човечности, поштовање достојанства лица лишених слободе, забрану узимања талаца и ширење националне, расне или верске мржње. Комитет је такође

19 Art. 11 of International Covenant on Civil and Political Rights. New York, 16 December 1966.

20 *Ibidem*, art. 16.

21 *Ibidem*, art. 18.

22 Art. 1 of the Protocol No. 6 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, 1983.

23 *Ibidem*, чл. 2.

24 Art. 4(1) of the Protocol No. 7 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, 1984.

25 Art. 1 of the Protocol No. 13 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, 2002.

истакао да је право на правично суђење, укључујући и презумпцију невиности, право које не трпи дерогацију (Human Rights Committee, 2001: 4–5).

Поред одредби уговора чију дерогацију забрањује сам тај уговор чији су део, постоје уговори чије се одредбе због своје природе и циља не могу ставити ван снаге. На пример, уговори који се баве одговором на међународе катастрофе, с обзиром на то да су и настали управо да би осигурали права појединаца у тим приликама, или уговори који штите право на здравље (Sommario, 2012: 339).

Постоје и уговори који експлицитно садрже одредбу којом регулишу своју примену у ванредним околностима, па тако Конвенција о правима особа са инвалидитетом (2006) предвиђа да државе уговорнице треба да предузму све неопходне мере не би ли осигурале заштиту и безбедност особа са инвалидитетом у ризичним ситуацијама, укључујући ситуације оружаних сукоба и природних катастрофа.<sup>26</sup>

Посебно је интересантно и питање ограничења права у уговорима који не предвиђају ограничење својих одредби: Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Конвенција о уклањању свих облика дискриминације жена, Конвенција о правима детета, Конвенција о укидању свих облика расне дискриминације. Међутим, аутори истичу да је чак и у овом случају могућа дерогација, и то позивањем на општа правила међународног права – на вишу силу или стање нужде (Sommario, 2012: 343–344).

Разлог због кога у Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима нису унесене дерогативне клаузуле може бити и природа права које се јемчи. Било би неспојиво са његовом сврхом ограничити, на пример, право на адекватну исхрану или право на здравље. Међутим, на основу одредбе Пакта према којој се „државе обавезују да предузимају кораке до максимума својих расположивих средстава” могли бисмо закључити да се и ове одредбе могу дерогирати (Sommario, 2012: 347).

Комитет за економска, социјална и културна права је у свом Општем коментару истакао да постоје одредбе Пакта које се не могу дерогирати, као што је, на пример, право на адекватну исхрану (Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 1999: 6). Довољно је рећи да постоје нека права која представљају суштину права на преживљавање и која, као таква, морају бити поштована у свим ситуацијама. Из овог Општег коментара који предвиђа права која се не могу дерогирати, *argumentum a contrario*,

---

<sup>26</sup> Art. 11 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. New York, 13 December 2006.

могли бисмо закључити да постоје права Пакта која трпе дерогацију, иако их сам Пакт не наводи.

## 5. Закључак

У раду је анализирано питање адекватности концепта људских права у контексту начела универзалних људских права, ефикасности уговора о људским правима и ограничења људских права. Чини се да је садашњи концепт људских права, који подразумева универзалност људских права, адекватан, те да у најбољем могућем смислу представља циљ међународне заједнице, оличен и у члану 1 Универзалне декларације о људским правима у коме се експлицитно наводи да се сва људска бића рађају слободна и једнака у достојанству и правима. У том смислу, предлози о локализацији људских права представљали би *contradictio in adjecto* будући да људска права *per definitionem* припадају свим људима.

Међутим, иако постављен на високом нивоу у самим текстовима уговора, делује да постојећи концепт заштите људских права није довољно делотворан. Државе морају предузети неопходне мере како би удахнуле живот одредбама бројних уговора које су ратификовале. У друштвеном и политичком миљеу где се људска права неретко крше и поред тога што су државе ратификовале уговоре о људским правима, као могуће решење намеће се управо успостављање јачих надзорних механизма над имплементирањем и извршењем обавеза које је држава преузела. На тај начин постојећи систем заштите људских права остварио би свој пуни потенцијал отелотворен у уговорима на снази. Стога, с правом се може закључити да, када год нам се учини да људска права нису ефикасна, није проблем у њиховој ефикасности, већ у недостатку политичке воље држава, односно међународне заједнице.

Научна јавност јасно стоји на становишту да државе поштују међународне уговоре о људским правима, *inter alia*, и због страха од стигматизације и изопштења из међународне заједнице. У сваком случају, чак и да не доведу до боље праксе држава, уговори о људским правима могу имати позитивне ефекте на општи правац развоја међународног права људских права те на хуманизацију међународног права уопште. Такође, они могу означавати *de lege ferenda* тежњу држава, што би, на крају, требало да резултира позитивним ефектом на праксу људских права.

Показало се да су поједини појмови из ограничавајућих клаузула из факултативних ограничења врло неодређени и да, као такви, представљају могући предмет злоупотреба. Они практично представљају непресушан извор могућности да држава, уколико жели, наметне своје интересе на-

уштрб уживања људских права. Ипак, Европски суд за људска права је до сада био брана злоупотребама ових клаузула. Управо због тога Европски суд за људска права има улогу чувара достигнутог нивоа заштите у својим одлукама који је, како је пракса показала, висок.

Могло би се закључити да су фундаментална људска права апсолутно заштићена те да, у том смислу, нема бојазни за појединце. Ова листа права није исцрпна, а могуће је да ће пракса изнедрити још понека апсолутно заштићена права. Индикативни су, у том смислу, коментари Комитета за људска права који константно ради на побољшању стандарда људских права у пракси.

Може се закључити да је постојећи концепт људских права адекватан и да су стандарди заштите људских права постављени високо. Поред тога, показало се да има простора за његово унапређење у виду јачања надзорних механизма. За то је, наравно, потребна политичка воља читаве међународне заједнице у коју полагамо наду да ће радити на константном изналагању начина за бољу заштиту права и слобода јер један од њених главних циљева јесте, или би бар требало да буде, заштита људских права и основних слобода.

### Литература/References

*A. and Others v. the United Kingdom* (2009) 49 EHRR 29.

*Aksoy v Turkey* (1996) 23 EHRR 553.

Badar, M. E. (2003). Basic principles governing limitations on individual rights and freedoms in human rights instruments. *The International Journal of Human Rights*. 7(4). 63–92.

Baehr, P. R. (2000). Controversies in the current international human rights debate. *Human Rights Review*. 2(1). 7–32.

*Brannigan and McBride v. the United Kingdom* (1993) 17 EHRR 539.

Brownlie, I. (1982). The reality and efficacy of international law. *British Yearbook of International Law*. 52(1). 1–8.

*Greece v. the United Kingdom* (1958) ECHR.

D'Amato, A. (1982). The Concept of Human Rights in International Law. *Columbia Law Review*. 82(6). 1110–1159.

Donnelly, J. (1984). Cultural Relativism and Universal Human Rights. *Human Rights Quarterly*. 6(4). 400–419.

Emerson, T. I. (1982). National Security and Civil Liberties. *The Yale Journal of World Public Order*. 9. 78–99.

International Law Commission, *Document A/CN.4/163 Report of the International Law Commission on the work of its Fifteenth Session, 6 July 1963, Official Records of the General Assembly, Eighteenth Session, Supplement (A/5509)*. Преузето 15. 10. 2018.

[http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a\\_cn4\\_163.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_cn4_163.pdf)

International Covenant on Civil and Political Rights. New York, 16 December 1966.

*Ireland v. the United Kingdom* (1978) ECHR 1.

*Klass and others v Germany* (1979-80) 2 EHRR 214.

*Lawless v. Ireland* (1961) 1 EHRR 15.

*Malone v. United Kingdom* (1984) ECHR 10.

Миличављевић, Б. (2016). *Међународно обичајно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Neumayer, E. (2005). Do international human rights treaties improve respect for human rights? *Journal of conflict resolution*. 49(6). 925–953.

Oraà, J. (1992). *Human rights in states of emergency in international law*. Oxford: Oxford University Press.

Пауновић, М., Кривокапић, Б., Крстић, И. (2014). *Међународна људска права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Protocol No. 6 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, 1983.

Protocol No. 7 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, 1984.

Protocol No. 13 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, 2002.

Regilme, S. (2018). The global politics of human rights: From human rights to human dignity? *International Political Science Review*. 1–12.

*Sadak v. Turkey* (2004) ECHR 146.

Sommario, E. (2012). Derogation from human rights treaties in situations of natural or man-made disasters. U A. de Guttry, G. Venturini i M. Gestri (Prir.), *International Disaster Response Law* (str. 323–352). The Hague: TMC Asser Press.

Stavros, S. (1992). Right to a Fair Trial in Emergency Situations. *The International and Comparative Law Quarterly*. 41(2). 343–365.

*Sunday Times v. United Kingdom* (1979–80) 2 EHRR 245.

Schreuer, C. (1982). Derogation of Human Rights in Situations of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights. *The Yale Journal of World Public Order*. 9. 113–132.

Universal Declaration of Human Rights, United Nations General Assembly, 1948.

*Handyside v. United Kingdom* (1976) 1 EHRR 737.

Hathaway, O. (2002). Do human rights treaties make a difference? *Yale Law Journal*. 1935–2042.

Hafner-Burton, E. M., Tsutsui, K. (2005). Human Rights in a Globalizing World: The Paradox of Empty Promises. *American Journal of Sociology*. 110(5). 1373–1411.

Henkin, L. (1989). *International law: politics, values and functions: general course on public international law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Human Rights Committee. *General comment no. 29, States of Emergency (Article 4)*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11. 2001.

Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General Comment N.12 on the right to adequate food*. 1999.

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, 1950.

Convention on the Rights of Persons with Disabilities. New York, 13 December 2006.

Chayes, A., Chayes, A. H. (1993). On compliance. *International organization*. 47(2). 175–205.

*Cyprus v. Turkey* (1976) ECHR.



**Ana Budak, LL.M.**

*PhD student,*

*Faculty of Law, University of Belgrade*

## **THE ADEQUACY OF THE HUMAN RIGHTS CONCEPT**

### **Summary**

*Human rights are fundamental rights in international relations. The concept of human rights is based on the fact that human rights are attributable to all humans, by the mere fact that they are human beings. Still, there are authors who challenge this concept. The aim of this paper is to present the most important theoretical stances on this issue and analyse the critiques of the existing human rights concept. The aforesaid goals were accomplished by applying the conceptual legal analysis, descriptive-qualitative method, inductive method and synthesis of the existing knowledge. By applying these methods, the paper attempts to answer the question if the existing concept of human rights is adequate. The research results indicate that the existing concept of human rights is, indeed, adequate. However, the analysis indicates certain weaknesses of the existing concepts, especially in terms of weak supervisory mechanisms over the implementation and fulfilment of the obligations arising from the human rights treaties, previously ratified by the State parties, which further raises the issue of the efficiency of treaties in terms of the main purposes of law. It was shown that the limitations of human rights, particularly when it comes to the facultative (optional) restrictions, tend to be abused due to frequently underdefined terms of the restrictive clauses. Nevertheless, the existing case law of the European Court of Human Rights has shed more light on these terms and practically limited the will of the countries in that context. The results imply the need to implement stronger supervisory mechanisms over the human rights treaties, which inevitably calls for the political will of the international community.*

**Key words:** *human rights, human rights limitations, European Convention on Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights.*

## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (М51)

### УПУТСТВО АУТОРИМА

<b>Опште напомене</b>	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), <b>величина фонта 12 pt</b> , размак између редова 1,5. Формат странице треба да
<b>Обим рада</b>	Један ауторски табак - рад не треба да има више од <b>40.000</b> карактера,
<b>Језик и писмо</b>	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
<b>Наслов рада</b>	<b>Наслов рада</b> куцати величином фонта <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman
<b>Аутор(и)</b>	Име и презиме аутора, назив и пуна адреса институције у којој аутор ради, контакт е-mail адреса (величина фонта 12 pt). Све податке о ауторима, титула и институција,
<b>Подаци о пројекту или програму*</b>	На дну прве странице текста, треба навести у фуноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
<b>Подаци о усменом саопштењу рада*</b>	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у
<b>Апстракт</b>	Апстракт садржи 100-250 речи.
<b>Кључне речи</b>	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
<b>Структура текста</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Увод</li> <li>2. Поднаслов 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Поднаслов 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Поднаслов 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Поднаслов 2</li> <li>4. Закључак</li> </ol> <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Литература (References)</b>	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).
<b>Резиме (Summary)</b>	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера
<b>Табеле, графикони, слике</b>	Табеле урадити у Wordу или Excelу. Фотографије, графикони или слике доставити у формату jpg.
<b>Ауторска права</b>	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети <b>овде</b> .
<b>Доставља радова</b>	Радови се достављају у електронском облику ( <b>као attachment</b> ) на следећу адресу: <b><a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a></b>
<b>Огледни примерак рада</b>	Овде можете преузети ОГЛЕДНИ ПРИМЕРАК РАДА

\* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

## УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити **у тексту**, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

**Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати.** Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Онима теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.	<b>Прво цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Наредно цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	<b>Фус нота:</b> Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Otojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IУ-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	<b>Фус нота:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IУ-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Навођење у тексту:</b> (Wallace, 2001)  <b>Фус нота:</b> European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>

## Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

### GUIDELINES FOR AUTHORS

<b>General notes</b>	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font <b>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</b> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
<b>Paper length</b>	The paper shall not exceed 16 pages. <b>An article</b> shall not exceed 40.000 characters (including spaces). <b>A review</b> shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
<b>Language and script</b>	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
<b>Paper Title</b>	<b>The paper title</b> shall be formatted in font <b>Times New Roman</b> , font size <b>14 pt, bold</b> . The title shall be submitted in English as well.
<b>Author(s)</b>	After the title, the paper shall include the name and surname of the author(s), the name and full address of the institution affiliation, and a contact e-mail address (font size 12 pt). The data on the author(s), academic title(s) and rank(s), and the institution shall be provided in English as well.
<b>Data on the project or program*(optional)</b>	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
<b>Data on the oral presentation of the paper*(optional)</b>	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
<b>Abstract</b>	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
<b>Key words</b>	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Text structure</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Introduction</li> <li>2. Chapter 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Section 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Subsection 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Chapter 2</li> <li>4. Conclusion</li> </ol> <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>References</b>	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the <b>Guidelines for Authors</b> .
<b>Summary</b>	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Tables, graphs, figures</b>	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in <b>jpg</b> . format.
<b>Copyright</b>	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded <a href="#">here</a> .
<b>Paper submission</b>	The papers shall be submitted in electronic format (as an <b>attachment</b> ) to the following address: <b><a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a></b>

\* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

## CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	<b>First in-text citation:</b> (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) <b>A subsequent in-text citation:</b> (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	<b>Footnote:</b> Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IY-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	<b>Footnote:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IY-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>In-text citation:</b> (Wallace, 2001)  <b>Footnote:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>