

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU

ZBORNİK RADOVA

Za izdavača
Prof. dr Ranko Keča
dekan Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Upravnik Centra za izdavačku delatnost
Prof. dr Ljubomir Stajić

Glavni i odgovorni urednik
Prof. dr Slobodan Orlović

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu nalazi se u
HeinOnline bazi: *International & Non-U.S. Law Journals*
(<http://www.heinonline.org>).

Zbornik radova (sveske od 2007. godine) pod nazivom
Proceedings of Novi Sad Faculty of Law dostupan je u *EBSCO*
bazi *Academic Search Complete* (<http://www.ebscohost.com>).

Zbornik radova (sveske od 2005. godine) dostupan je na veb sajtu
Pravnog fakulteta u Novom Sadu (<http://www.pf.uns.ac.rs>).

Zbornik izlazi neprekidno od 1966. godine.
Od 2012. godine Zbornik izlazi četiri puta godišnje.
Cena jedne sveske Zbornika je 5.000 dinara.

UNIVERZITET U NOVOM SADU
PRAVNI FAKULTET U NOVOM SADU
UNIVERSITY OF NOVI SAD
FACULTY OF LAW NOVI SAD
(SERBIA)



ZBORNIK RADOVA

COLLECTED PAPERS

XLIX 1 (2015)

NOVI SAD, 2015.

ZRPFNS, Godina XLIX Novi Sad, br. 1 (2015)

UDK 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255

SADRŽAJ

<i>Dr Srđan N. Šarkić, redovni profesor</i>	
O značenju izraza „zakon“ u Savinom životu Svetog Simeona	9
<i>Dr Zoran V. Arsić, redovni profesor</i>	
Prinudni otkup akcija – otkupilac, preostali akcionari, zloupotreba prava na prinudni otkup akcija	21
<i>Dr Dušanka J. Đurđev, redovni profesor</i>	
Ekskluzivnost Montrealske konvencije i komunitarno pravo	33
<i>Dr Ranko I. Keča, redovni profesor;</i>	
<i>Dr Marko S. Knežević, asistent sa doktoratom</i>	
Paricioni rok u srpskom parničnom postupku	49
<i>Dr Ljubomir S. Stajić, redovni profesor</i>	
Prevenција kriminala sa aspekta dizajniranja javnog prostora i uloge privatnog obezbeđenja	75
<i>Dr Tatjana D. Bugarski, vanredni profesor</i>	
Vaspitni nalozi kao diverzioni model postupanja i njihova primena u praksi višeg javnog tužilaštva i višeg suda u Novom Sadu	89
<i>Dr Marko Trajković, vanredni profesor;</i>	
<i>Dr Dragiša S. Drakić, vanredni profesor</i>	
Bioetika protiv nestajanja čoveka – kroz prizmu opšte i krivično-pravne teorije	117
<i>Dr Branislav R. Ristivojević, vanredni profesor</i>	
Nedostaci legislativno-tehničkog oblikovanja pristanka povređenog kod trgovine ljudima: da li Palermo protokol zabranjuje prostituciju?	133
<i>Dr Bojan L. Pajić, vanredni profesor</i>	
Odnos ugovora o jemstvu i srodnih instituta privrednog prava	149
<i>Dr Radojica S. Lazić, vanredni profesor</i>	
Sudska kontrola zakonitosti u radu službi bezbednosti u Srbiji	157
<i>Dr Zoran J. Lončar, docent</i>	
Odlučivanje u upravnom postupku	179

<i>Dr Atila I. Dudaš, docent</i>	
Nastanak i razvoj ideje o raskidanju ili izmeni ugovora zbog promenjenih okolnosti	197
<i>Milana M. Pisarić, asistent</i>	
Pretresanje računara radi pronalaska elektronskih dokaza	215
<i>Ivan D. Milić, asistent</i>	
Evidencija prekršajno kažnjenih lica	239
<i>Dalibor B. Đukić, asistent</i>	
Pravni položaj i organizacija monaštva na Svetoj Gori nakon Prvog balkanskog rata	253
<i>Milan M. Rapajić, asistent</i>	
Ekonomska i socijalna prava u Ustavu Srbije	273
<i>Bojan D. Đokić, stručni saradnik</i>	
Kršenje ljudskih prava žrtvama i članovima porodica žrtava albanskog terora na Kosovu i Metohiji (1999–2014): Studija slučaja	299
<i>Mr Miloš B. Galantić, načelnik</i>	
Specifičnosti suda za arbitražu u sportu kao međunarodnog arbitražnog tela	321
ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE	
<i>Dr Tamaš Prugberger, redovni profesor;</i>	
<i>Dr Timea Barzo, vanredni profesor</i>	
Organizacija radnog vremena u zdravstvenoj delatnosti prema evropskom i mađarskom pravu	343
<i>Amarila Kiš, predavač</i>	
Problemi sprovođenja istrage i krivičnog gonjenja u slučaju piraterije na moru	361
<i>Tiho B. Džakić, rukovodilac Grupe za harmonizaciju propisa Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske</i>	
Organizacija i nadležnosti sudova u Bosni i Hercegovini	375
PRIKAZ KNJIGE	
<i>Dr Ljubomir S. Stajić, redovni profesor</i>	
Marko Parezanović: Energetska bezbednost	395

TABLE OF CONTENTS

<i>Srđan N. Šarkić, Ph.D., Full Professor</i> On the Different Meanings of the Term <i>Law (Zakon)</i> in Saint Sabba's <i>Life of Saint Simon</i>	9
<i>Zoran V. Arsić, Ph.D., Full Professor</i> Compulsory Acquisition of Shares - Buyer, other Shareholders, Abuse of Right of Compulsory Acquisition of Shares	21
<i>Dušanka J. Đurđev, Ph.D., Full Professor</i> Montreal Exclusivity versus EU Law	33
<i>Dr. Ranko I. Keča, ordentlicher Professor;</i> <i>Dr. Marko S. Knežević, Assistent mit Doktorgrad</i> Die Leistungsfrist im serbischen Zivilverfahren	49
<i>Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor</i> Crime Prevention in Terms of Designing Public Space and the Role of Private Security	75
<i>Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Associate Professor</i> Educational Orders as a Diversionary Treatment Model and their Use in the Practice of the Higher Public Prosecutor's Office and the High Court in Novi Sad	89
<i>Marko Trajković, Ph.D., Associate Professor;</i> <i>Dragiša S. Drakić, Ph.D., Associate Professor</i> Bioethics against Disappearance of a Man - a Prism of General and Criminal – Law Theory	117
<i>Branislav R. Ristivojević, Ph.D., Associate Professor</i> Deficiency of Legislative Shaping of the Consent of a Victim in Human Trafficking: is Prostitution Prohibited by Palermo Protocol?	133
<i>Bojan L. Pajić, Ph.D., Associate Professor</i> The Relation between Suretyship and Related Institutes of Commercial Law ...	149
<i>Radojica S. Lazić, Ph.D., Associate Professor</i> Judicial Control of Legality of Work of Security Services in Serbia	157
<i>Zoran J. Lončar, Ph.D., Assistant Professor</i> Decision-Making in Administrative Proceeding	179

<i>Attila I. Dudás, Ph.D., Assistant Professor</i>	
The Emergence and Evolution of the Idea of Discharge or Modification of Contract due to Supervening Events	197
<i>Milana M. Pisarić, Assistant</i>	
Search of Computers for Discovery of Electronic Evidence	215
<i>Ivan D. Milić, Assistant</i>	
The Record of the Perpetrators of Misdemeanors	239
<i>Dalibor B. Đukić, Assistant</i>	
Legal Status and Organization of Monastic Community of Mount Athos after the First Balkan War	253
<i>Milan M. Rapajić, Assistant</i>	
Economic and Social Rights in the Constitution of Serbia	273
<i>Bojan D. Đokić, Expert Associate</i>	
Violations of Human Rights of Victims and Victims Family Members of Albanian Terror in Kosovo-Metohija (1999–2014): Case Study	299
<i>M. Sc Miloš B. Galantić, Head of the Regional Department</i>	
Specifics of the Court of Arbitration in Sport as an International Arbitration Body	321
SECTION FOR FOREIGN AUTHORS	
<i>Dr. Tamás Prugberger, ordentlicher Professor;</i>	
<i>Dr. Tímea Barzó, außerordentlicher Professor</i>	
Die Organisierung der Arbeitszeit im Gesundheitswesen bezüglich der europäischen und ungarischen Regelung	343
<i>Amarilla Kiss, Lecturer</i>	
Problems of The Investigation And Prosecution in Case of Piracy at Sea	361
<i>Tiho B. Džakić, Head of the Group for Harmonization of Regulations</i> <i>Ministry of Internal Affairs Republic of Srpska</i>	
Organization and Jurisdiction of Courts in Bosnia and Herzegovina	375
BOOK REVIEW	
<i>Ljubomir Stajić, Ph.D., Full Professor</i>	
Marko Parezanović: Energy Security	395

*Dr Srđan N. Šarkić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
S.Sarkic@pf.uns.ac.rs*

O ZNAČENJU IZRAZA „ZAKON“ U SAVINOM ŽITIJU SVETOG SIMEONA¹

Sažetak: Na početku rada autor ukratko navodi u kojim se sve značenjima izraz „zakon“ javlja u srpskim pravnim spomenicima, a potom ispituje jedan narativni izvor – Žitije Svetog Simeona, odnosno biografiju Stefana Nemanje iz pera njegovog najmlađeg sina Rastka (Svetog Save). U Savinom spisu izraz zakon najčešće označava veru i univerzalni poredak koga je Bog ustanovio, mada i pravo (u smislu latinskog termina *ius*), kao i pravno pravilo koga stvara domaća vlast.

Ključne reči: zakon, pravilo, vera, poredak, pravo, Sveti Simeon, Sveti Sava, žitije.

I

Za razliku od svakodnevnog govora, u savremenoj pravnoj terminologiji srpsko-hrvatskog govornog područja koristi se izraz *zakon* da bi označio dva osnovna pojma: zakon u materijalnom smislu i zakon u formalnom smislu. Pod zakonom u materijalnom smislu podrazumeva se svako opšte obavezno pravilo ponašanja koje utvrđuje država na osnovu svog monopola regulisanja društvenih odnosa, bez obzira na vrstu akta koji takvo pravilo sadrži. Zakon u formalnom smislu bi bio pravni propis, koji pod nazivom *zakon*, po posebnom postupku donosi najviše predstavničko telo u državi regulišući najvažnije društvene propise i koji, posle ustava, ima najveću pravnu snagu.² Korišćenje izraza *zakon* u smislu zakona u formalnom smislu, daleko je raširenije, poseb-

¹ Rad je posvećen projektu „Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo“ br. 179079, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

² Detaljnije o ovim pitanjima videti M. Jovičić, *Zakon i zakonitost*, Beograd 1977, str. 80-87.

no u nauci ustavnog prava, u zakonodavnoj praksi i pravnoj istoriji, dok se termin *zakon* u oba značenja (zakona u materijalnom i zakona u formalnom smislu), koristi uglavnom u pravnoj teoriji. Istovremeno izraz *zakon* je ekvivalent koji služi pri prevođenju sledećih stranih termina: grčkog **ὁ νόμος** i latinskog *lex*, a u modernim jezicima francuskog izraza *la loi*, nemačkog *das Gesetz*, italijanskog *la legge*, španskog *la ley*, portugalskog *a lei*, rumunskog *o lege*, albanskog *legj*, mađarskog *törvény*, i nekoliko engleskih izraza (*law, bill, act, statute*),³ itd. Pored srpskog i ostali slovenski jezici poznaju termin *zakon* u manje-više identičnom obliku i u značenju (pored ostalih značenja) zakona u formalnom smislu.

Međutim, u srednjovekovnim srpskim pravnim spomenicima, počev od XII veka, izraz *zakon* sreće se u preko pedeset različitih značenja. Sva ta značenja, strogo uzev, nisu uvek pravna, odnosno ne označavaju neki pravni pojam. Ipak, u najvećem broju slučajeva, termin *zakon* u srpskim istorijskopравnim izvorima znači pravno pravilo (*regula iuris*), ili još šire – pravilo uopšte. Pošto je ispitivanje značenja izraza *zakon* u srpskim i hrvatskim pravnim spomenicima bilo predmet nekoliko naših radova,⁴ na tom pitanju se ovom prilikom nećemo zadržavati. U ovom tekstu ispitaćemo značenja termina *zakon* u jednom narativnom izvoru – *Žitiju Svetog Simeona*, iz pera Svetog Save, nesumnjivo jednom od najznačajnijih dela srednjovekovne srpske književnosti.

II

U *Žitiju Svetog Simeona* (biografiji Stefana Nemanje, osnivača srpskog vladalačkog doma), čiji je pisac njegov najmlađi sin Rastko, kasnije

³ Tako se, na primer, nazivi čuvenih dokumenata iz engleske pravne istorije, *Bill of Rights* od 1689. godine i *Act of Settlement* od 1701, obično prevode kao *Zakon o pravima* i *Zakon o nasleđivanju*, mada ponekad prevodioci zbog specifične engleske pravne terminologije, ostavljaju izvorne izraze *Bil* i *Akt*.

⁴ Sva različita značenja izraza *zakon*, sa primerima iz izvora, pokušao sam da navedem u posebnoj monografiji *Zakon u glagolskim i ćirilskim pravnim spomenicima (od XII do XVIII veka)*, Novi Sad 1994. Sličnom tematikom bavio sam se i u još tri rada: „The Influence of Byzantine Ideology on Early Serbian Law“, *The Journal of Legal History*, volume 13, Number 2, London 1992, pp. 147-154; „Νόμος et «zakon» dans les textes juridiques du XIV^e siècle“, *Byzantium and Serbiain in the 14th Century*, *National Hellenic Research Foundation, Institute for Byzantine Research, International Symposium 3*, Athens 1996, pp. 257-266; „NOMOS, LEX, ZAKON, poreklo, značenja, definicije“, *Zbornik Matice srpske za klasične studije* 7 (2005), str. 49-64. Videti i R. Mihaljčić, *Zakoni u starim srpskim ispravama, pravni propisi, prevodi, uvodni tekstovi i objašnjenja*, *Srpska Akademija Nauka i Umetnosti, Odeljenje društvenih nauka, Izvori srpskog prava XIII*, Beograd 2006.

prvi srpski arhiepiskop Sava, utemeljivač autokefalne Srpske pravoslavne crkve, izraz *zakon* pominje se šest puta.

Prvi pomen izraza *zakon* autor žitija koristi prilikom opisa dobro poznatog državnog sabora, koga je Nemanja sazvao sa namerom da abdicira u korist svog mlađeg sina Stefana Nemanjića.⁵ Pošto se navršilo 37 godina od kako vlada državom (испльнившѣ же се емоу .лѣт. момоу лѣтоу въ дрѣжавѣ его),⁶ Nemanja „sakupi blagorodnu svoju decu i sve izabrane svoje boljare, male i velike, i okupivši ih oko sebe, poče im učeći govoriti“ (и тако послави съвѣкоупи. блатороднѣю си дѣт'цоу . и въсе избраные си бвлпаре малые и великые. и съвѣкоупивѣ к кѣ севѣ. начетѣ имѣ оуче глаголати).⁷ Osvrćući se na neka iskušenja s početka Nemanjine vladavine, naš hagiograf stavlja svom ocu u usta citat iz Davidovih Psalama: „A mnogi inoplemenici ustadoše na mene i opkoliše me kao pčele saće, no imenom Gospodnjim protivljah se i odoleh im“ (мнози же иноплеменници въсташе на ме. и обидваше ме иако и пчелы сътъ. нѣ именемъ господнимъ противапахъ се имѣ. и одолѣхъ имѣ).⁸ Malo dalje čitamo: „Zato i vi, čeda moja ljubljena, ne zaboravljajte učenje svoje i **pravoverni zakon**, koji sam ustanovio. Jer ovo držeci, imaćete Boga kao pomoćnika sebi i Presvetu Gospođu Bogorodicu, i moju, iako grešnu molitvu“ (тѣмъже и вы чѣда моа вълюбљеннаа не забывайте оученіа своего. и правовѣрнаго закона

⁵ Detaljnije o tom saboru videti N. Radojčić, *Srpski državni sabori u Srednjem веку, Srpska Kraljevska Akademija, posebna izdanja, knjiga CXXX, društveni i istoriski spisi, knjiga 54*, Beograd 1940, str. 68-72.

⁶ Godina kada je Nemanja napustio presto i zamonašio se (1196), ne podudara se sa 37 godina vladavine. Greška je nastala zbog pogrešnog računanja vizantijske ere. Trebalo bi da piše 6704. godina od stvaranja sveta, a ne 6703, kako je prepisivač pogrešno uneo. Videti o tome F. Barišić, „Hronološki problemi oko godine Nemanjine smrti“, *Hilandarski zbornik 2*, Beograd 1971, str. 55.

⁷ Žitije Svetog Simeona objavlјivano je u nas više puta. U radu sam koristio poslednje izdanje, koga je priredio Tomislav Jovanović, Sveti Sava, *Sabrana dela*, Beograd 1998, str. 154, 155. Jovanovićеvo izdanje sadrži originalni srpsko-slovenski tekst i prevod na savremeni srpski jezik

⁸ U prevodu Đura Daničićа (Ps. 118, 10-12), taj odlomak glasi: „Svi me narodi opkoliše: ali ih u ime Gospodnje razbih. Optekoše, opkoliše me; ali ih u ime Gospodnje razbih. Opkoliše me kao pčele sat, i ugasih se kao oganj u trnju; u ime ih Gospodnje razbih.“ U hrvatskom izdanju *Biblija, Stari i Novi Zavjet, Kršćanska sadašnjost*, Zagreb 1976, str. 562, prijevod Filibert Gass, taj odlomak glasi: „Pogani me okružih: imenom ih Jahvinim uništih. Opkoliše me odasvud: imenom ih Jahvinim uništih. Opkoliše me poput pčela, ubod im žeže kao trnje zapaljeno: imenom ih Jahvinim uništih.“ U grčkom tekstu Biblije (H AGIA ΓΡΑΦΗ, ΑΘηναι 1983, p. 564) stoji: πάντα τὰ ἔθνη ἐκύκλωσάν με, καὶ τῷ ὀνόματι Κυρίου ἡμυνάμην αὐτοῦς. κυκλώσαντες ἐκύκλωσάν με, καὶ τῷ ὀνόματι Κυρίου ἡμυνάμην αὐτοῦς. ἐκύκλωσάν με ὥσει μελισσαι κηρίον καὶ ἐξεκαύθησαν ὡς πῦρ ἐν ἀκάνθαις, καὶ τῷ ὀνόματι Κυρίου ἡμυνάμην αὐτοῦς.

мною оуставленнаго. сїе бо дрѣжеше имѣти хоцете бога помощника себѣ. и прѣсветою госпождѣ богородицоу. и мою аще и грѣшнѣ молитвоу).⁹

Izraz *pravoverni zakon*, upotrebljen u tekstu označava na ovom mestu pravoslavnu veru, koju Nemanja ističe da je ustanovio. Vrlo verovatno da ovim rečima, Sava aludira na prvi poznati državni sabor sazvan za vlade Stefana Nemanje, koji je raspravljao o bogomilskoj jeresi.¹⁰ I mada nas o ovom saboru obaveštava samo Stefan Prvovenčani (Sveti Sava, Teodosije i Domentijan ga ne spominju u svojim životopisima Stefana Nemanje), reči „pravoverni zakon koji sam ustanovio“ svakako se odnose na proterivanje jeretika i uspostavljanje prave (pravoslavne) vere.

Izraz *zakon* u značenju vere sreće se i u svakodnevnom govoru¹¹ i u pravnim spomenicima. Tako na primer, u *Sintagmi* Matije Vlastara izraz označava hrišćansku veru uopšte, mada nekad može da znači i neko specifično versko pravilo, kao što je Mojsijev zakon (сицѣ бо моуѣискии законѣ; И моуѣискии бо законѣ).¹² Slično čitamo i u povelji kralja Stefana Dušana kojom poklanja nekoliko sela hilandarskom pirgu u Hrusiji (1. januar 1345): Язъ равъ Христоу Стефанъ четвъртый, въ Христа Бога вѣрни краль самодръжыцъ всѣхъ српскихъ земль и честникъ гръчскимъ странама, и кралквство ми ономоу закону и прѣданію навикъ...¹³ U članu 7 Dušanovog zakonika, prema Sofijskom i Tekelijinom prepisu,¹⁴ stoji: И да се обратитъ всаки христіанинъ въ православнихъ и истиннии законѣ, заповѣданинъ отъ апостолъ и отъ святихъ отыцъ.¹⁵ Primera ima, naravno, mnogo više, ali ih ovom prilikom ne možemo sve navoditi.¹⁶

⁹ Izdanje T. Jovanović, str. 156, 157.

¹⁰ O tom saboru videti N. Radojčić, *nav. delo*, str. 65-67.

¹¹ U Vukovom *Rječniku* pod odrednicom „zakon“ navode se tri značenja: 1) vera, religija, što Vuk prevodi nemačkim izrazima *die Religion, der Glaube* i latinskim *religio* („koga si ti zakona“, „po našem zakonu to ne može biti“, „ne donosi zakon“); 2) pričešć, što se prevodi rečima *das heilige Ubendmal, eucharistia* („hajdemo na zakon“, „danas sam uzeo zakon“); 3) običaj, zakon, prevedeno sa *die Sitte, das Gesetz*, odnosno *mos, lex* („ostavi nam kolu dara, zakon ti je“, „što u tebi zli zakon postade“, „toga zakona nema ovdenak“). *Srpski rječnik, istumačen njemačkim i latinskim riječima, skupio ga i na svijet izdao Vuk Stef. Karadžić*, u Beču 1852, reprint Beograd 1972, str. 177.

¹² Sastav A-5; B-6, izdanje Stojana Novakovića, *Matije Vlastara Sintagmat*, Beograd 1907, str. 82, 129.

¹³ S. Novaković, *Zakonski spomenici srpskih država srednjega veka*, Beograd 1912, str. 487-488.

¹⁴ O ova dva prepisa videti *Dušanov zakonik, priredio Đ. Bubalo*, Beograd 2010, str. 51-53 i 56-57.

¹⁵ S. Novaković, *Zakonik Stefana Dušana, cara srpskog 1349-1354*, Beograd 1898 (reprint 2004), str. 12.

¹⁶ Videti S. Šarkić, *Zakon u glagoljskim i ćirilskim pravnim spomenicima*, str. 123-124.

III

U sceni u kojoj se opisuje kako je Nemanja odlučio da presto ustupi mlađem sinu Stefanu („a Božijom voljom izabra blagorodnog i ljubljenog sina Stefana Nemanju, zeta blagovenčanog kira Aleksija, cara grčkog¹⁷...“ *вожію же изволенію бывшѣ. избра благороднаго и любимаго сына stefana nemanju. wтъ бога вѣнчанаго. зети кѣрь алекѣія цара грѣчьскаго*), a potom „i drugog svog blagorodnog i ljubljenog sina, kneza Vukana, blagoslovi i postavi za kneza velikog, i odeli mu zemlje dovoljno... I postavi ih obojicu pred sebe dobri otac, i govoriše im: Sinovi, **mojih zakona** ne zaboravljajte, a reči moje da čuva vaše srce (и *дроггаго си благороднаго и любимаго сына kneza вѣкана. благослови его и постави его kneza велѣа. и вѣлоучи емѣ землю доволноу... и постави ихъ оба прѣдъ собою. блaгы wтъць глаголаше имa. сына моиxъ законъ не забываиша. глаголы же мое да владетъ ваю срьдце*).¹⁸

Sasvim sigurno da Nemanja naslućuje da se Vukan smatrao zapostavljenim, jer se morao zadovoljiti Zetom, i da bi do sukoba među braćom moglo da dođe,¹⁹ te stoga izričito veli „sinovi, mojih zakona ne zaboravljajte.“ Izraz *zakon* u ovom kontekstu označava naredbu, ili preciznije opšteobavezno pravno pravilo koga stvara domaća vlast (vladar).

Shvaćena u takvom značenju, reč *zakon*, sreće se u velikom broju pravnih spomenika.²⁰ Navešćemo tri primera:

U ugovoru koga je veliki župan Stefan Nemanjić sklopio sa Dubrovnikom (oko 1215), između ostalog stoji: ...а што є законъ тржникомъ оу

¹⁷ Stefan je bio oženjen Evdokijom, ćerkom vizantijskog cara Aleksija III Andela (1195-1203). Brak je sklopljen 1190. godine nakon Nemanjinog poraza u bici na Moravi, protiv vizantijskog cara Isaka II Andela (1185-1195). U tom trenutku, Evdokija je careva bratanica, ali kada je 8. aprila 1195, njen otac Aleksije zbacio sa prestola svoga brata, promena je uticala i na prilike u Srbiji. Nemanja odlučuje da se 1196. povuče sa prestola i vlast prepušta mlađem sinu, carevom zetu i sevastokratoru Stefanu. Videti G. Ostrogorski, *Istorija Vizantije*, Beograd 1969 (1995), str. 382-383.

¹⁸ Izdanje T. Jovanović, str. 158, 159.

¹⁹ Do sukoba je došlo 1202. godine kada je Vukan uz pomoć Ugara zbacio Stefana s prestola i preuzeo vlast, pošto je priznao papinu suprematiju i suverenitet Ugarske. Ali, već 1203, Stefan je uz podršku Bugara povratio presto. Braću je izmorio najmlađi brat Sava, koji se tada vratio iz Svete Gore sa Nemanjinim moštima. Detaljnije o ovom sukobu videti K. Jireček, *Istorija Srba, knjiga I, preveo J. Radonić*, Beograd 1952 (reprint 1978), str. 164-165, i S. Ćirković, „Unutrašnje i spoljne krize u vreme Nemanjinih naslednika“ u *Istorija srpskog naroda, prva knjiga*, Beograd 1981, str. 268-271.

²⁰ Videti S. Šarkić, *Zakon u glagoljskim i ćirilskim pravnim spomenicima*, str. 44-47.

моєи земли да ми даю. Između 1254. i 1264, kralj Uroš I obnavlja hrisovulju svoga oca Stefana Prvovenčanog, kojom su bili potvrđeni darovi Stefanovog strica, kneza Miroslava, manastiru Svetog Petra na Limu, i kaže: И о оуставѣ всакого закона и о вѣсѣхъ вештехъ створенихъ господиномъ кралемъ Оурошемъ такоже вѣше прѣвѣвѣнчаны краль Стефанъ створилъ съ светымъ прѣвымъ архипыскопомъ Савою... U povelji kojom kralj Milutin 1302. godine daje povlastice Dubrovčanima, stoji: ...а инога новаго закона да имъ не постави кралѣвство ми.²¹

IV

Opisujući dalje Nemanjin monolog, kojim već ostareli srpski veliki župan savetuje svoje sinove, autor žitija poseže za dugačkim citatom iz *Priča Solomunovih* (3, 1-18) u kojima se podučava kako naći put do mudrosti i koje su sve radosti mudraca, pa Nemanji pripisuje i sledeću rečenicu: „Iz usta njenih [mudrosti] izlazi pravda, а закон i milost na jeziku nosi“ (вѣтъ оустъ еѣ исхѣдитъ правда. законъ же и милость на ꙗзыцѣхъ носитъ).²²

U ovom odlomku izraz *zakon* označava pravo, i odgovara zapravo latinskom terminu *ius*, a ne *lex* (*zakon*). Takvo značenje sreće se uglavnom u vizantijskim pravnim kompilacijama, prevedenim i prihvaćenim u srednjovekovnoj Srbiji. Pošto je vizantijskim pravnicima bio stran pojam prava, kao skupa depersonalizovanih pravnih pravila,²³ oni su redovno latinski termin *ius* (pravo), prevodili grčkim terminom νόμος (*zakon*). Redaktori srpskih kodifikacija sledili su svoje vizantijske uzore, tako da je latinski termin *ius*, posredstvom grčkog izraza νόμος postao законъ. Verovatno najbolji primer ovakvog shvatanja predstavlja grčki, a kasnije i srpski prevod čuvenih Ulpijanovih razmatranja o poreklu naziva pravo i pravda. U prvoj knjizi svojih *Institucija*, Ulpijan piše: *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi* (Onaj koji se posvetio pravnim poslovima treba najpre da zna odakle potiče naziv pravo. Dakle, nazvano je po pravdi; jer, ka-

²¹ S. Novaković, *Zakonski spomenici*, str. 137, 597, 162.

²² Izdanje T. Jovanović, str. 160, 161. Ne znam zašto, ali ni u Daničičevom (str. 531), ni u hrvatskom prevodu Antuna Sovića (str. 612) *Solomunovih Priča* (u hrvatskom prevodu *Mudre izreke*), te rečenice nema. U grčkom tekstu (ΠΑΡΟΙΜΙΑΙ ΣΟΛΟΜΩΝΤΟΣ, 3, 16, r. 597) ona glasi: ἐκ τοῦ στόματος αὐτῆς ἐκπορεύεται δικαιοσύνη, νόμον δὲ καὶ ἔλεον ἐπὶ γλώσσης φορεῖ.

²³ D. Zimon, „Zakon i običaj u Vizantiji“, *Anal. Pravnog fakulteta u Beogradu* 2 (1987), str. 145.

ko je Celz lepo protumačio, pravo je veština dobrog i jednakog).²⁴ Redaktori *Vasilika*, velike vizantijske kompilacije iz devetog veka, sažeto su izvukli suštinu Ulpijanove definicije, ali su izraz *ius* (pravo) zamenili terminom νόμος – zakon (Ὁ νόμος ἀπὸ τῆς δικαιοσύνης ὠνόμασται· ἐστὶ γὰρ νόμος τέχνη καλοῦ καὶ ἴσου, *Zakon je prema pravdi nazvan, jer zakon je veština dobrog i jednakog*).²⁵ čime je Ulpijanova argumentacija (*ius – iustitia*), izgubila svoj pravi smisao. Tako ne bi bilo da su redaktori *Vasilika* izraz *ius* preveli sa δίκη (*pravo*), jer bi onda to u grčkom prevodu ubedljivije zvučalo (δίκη - δικαιοσύνη, - *pravo - pravda*). Drukčije nije mogao da postupi u XIV veku ni Matija - Vlastar. Sledeći izvorni tekst (*Vasilike* ili neku skraćenu verziju), on je izraz *ius* preveo grčkim terminom νόμος, dok je srpski prevodilac upotrebio reč *zakon*, tako da Ulpijanov tekst u srpskom prevodu glasi: Законъ отъ правды именованъ се, кѣтъ бо хитростъ доброму и равному.²⁶

Da izraz *zakon* može da znači i pravo, lepo pokazuju grčki i srpski - prevod deficije slobode, rimskog pravnika Florentina. Latinski tekst glasi: *Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur* (*Sloboda je nečija prirodna sposobnost da čini ono što mu se sviđa, izuzev ako se nešto silom ili pravom zabranjuje*).²⁷ Grčki prevod nalazimo u *Epanagogi*, vizantijskoj pravnoj kompilaciji nastaloj posle 879. godine, za vlade cara Vasilija I (867-886), i on glasi: Ἐλευθερία ἐστὶν εὐχέρεια φυσικὴ ἐκάστῳ συγχωροῦσα πράττειν ἃ βούλεται, εἰ μὴ νόμος²⁸ ἢ βία κωλύη.²⁹ Sledeći grčki tekst, srpski redaktor to prevodi ovako: И свобода оубо кѣтъ оудобѣство кѣтъствено ком-оуждо праштаншти дѣлати иже хоштеть, развѣ аште законъ³⁰ или поужда възбранякѣтъ.³¹ Naravno, i za ovo značenje može se navesti veći broj primera, koje u ovom radu ne možemo sve da izložimo.³²

²⁴ D. I, 1,1. Videti i *Justinijanova Digesta*, prva knjiga, prevod A. Malenica, Beograd 1997, str. 64-65.

²⁵ Bas. II, 1,19, *Basilicorum Libri LX, series A, volumen I, textus librorum I-VIII*, ed. H.J. Scheltema et N. Van der Wal, Groningen 1955, p. 15.

²⁶ *Sintagmat*, izdanje S. Novaković, str. 421.

²⁷ D. V, 1,4, prevod Malenica str. 115.

²⁸ Νόμος, dakle „što zakon zabranjuje“, ne pravo, kako stoji u latinskom izvorniku.

²⁹ *Epanagoge legis XXXVII*, 2, ed. J. et P. Zepos, *Ius graecoromanum*, vol. II, Athenis 1931 (reprint Aalen 1964), p. 347.

³⁰ Opet čitamo „zakon“, a ne pravo.

³¹ *Sintagmat*, izdanje S. Novaković, str. 249. Videti S. Šarkiće, „Gajeva podela lica u srednjovekovnom srpskom pravu“, *Zbornik Matice srpske za klasične studije* 4-5, Novi Sad 2002-2003, str. 109.

³² Videti S. Šarkiće, *Zakon u glagoljskim i ćirilskim pravnim spomenicima*, str. 117-120.

V

Naredni pomen izraza *zakon* srećemo nekoliko redova niže, u istoj Nemanjinoj besedi kojom savetuje svoje sinove i zaklinje ih da se ne zavade, izgovarajući reči: „Jer ovu zapovest vam dajem: da ljubite brat brata, nikakve, pak, ne imajući među sobom zlobe“ (сїи во заповѣдь дамъ вамъ. да любите братья брата. никое же не имоуща междѣ собою злобы).³³ Odmah iza toga, hagiograf poseže za citatom iz *Prve saborne poslanice Svetog apostola Jovana Bogoslova*, koji glasi: „Jer ko ne ljubi brata svoga, Boga ne ljubi. Bog je ljubav. Zato ko ljubi Boga, i brata svoga neka ljubi“ (не любей бо брата своего бога не любить. богъ любви есть. тѣмже любей бога и брата своего да любить).³⁴ A onda, u sledećoj rečenici, čitamo odlomak iz Jevanđelja po Mateju: „Jer o ovom **sav zakon** apostoli naučiše, mučenici venčani biše i proroci visiše (о семъ бо въсь законъ. апостоли наоучише. мученици вѣнчани быше. и пророци высехъ).³⁵

U Novom Zavetu, iz koga Sava preuzima citat, reč *zakon* (νόμος) koristi se da bi označio *Toru* – *Mojsijeve zakone*. Tako na primer Isusove reči: „Sve što želite da ljudi čine vama, činite i vi njima! U tome je sav Zakon i Proroci“ (οὗτος γάρ ἐστιν ὁ νόμος καὶ οἱ προφῆται),³⁶ odnose se na na prvih pet knjiga Starog Zaveta (*Mojsijeve zakone* ili *Toru*). Još određenije, u istom značenju, koristi autor jevanđelja termin *zakon* (ὁ νόμος) pripovedajući kako se Isus obraća

³³ Izdanje T. Jovanović, str. 160, 161.

³⁴ Izdanje T. Jovanović, str. 160, 161. U prevodu Vuka Karadžića (Prva Jov. 4,20-21) taj odlomak glasi: „Jer koji ne ljubi brata svojega, koga vidi, kako može ljubiti Boga, koga ne vidi...koji ljubi Boga da ljubi i brata svojega.“ U hrvatskom prevodu Ljudevita Rupčića tekst glasi (str. 1147): „Jer tko ne ljubi svoga brata koga vidi, ne može ljubiti Boga koga ne vidi...tko ljubi Boga, neka ljubi i svoga brata.“ Grčki tekst (str. 1051) je sledeći: ὁ γὰρ μὴ ἀγαπῶν τὸν ἀδελφὸν ὃν ἑώρακε, τὸν Θεὸν ὃν οὐχ ἑώρακε πῶς δύναται ἀγαπᾶν; ...ἵνα ὁ ἀγαπῶν τὸν Θεὸν ἀγαπᾷ καὶ τὸν ἀδελφὸν αὐτοῦ.

³⁵ Izdanje T. Jovanović, str. 161, 162, 163. Prevod Vuka Karadžića (Mat. 22,40): „O ovim dvjema zapovijestima visi sav zakon i proroci.“ Prevod Ljudevita Rupčića (str. 957): „O tim dvjema zapovijedima ovisi sav Zakon i Proroci.“ Grčki tekst (str. 887): ἐν ταύταις ταῖς δυσὶν ἐντολαῖς ὅλος ὁ νόμος καὶ οἱ προφῆται κρέμνται.

³⁶ Mat. 7, 12. Tekst je naveden prema prevodu LJ. Rupčića (str. 942). Vukov prevod se malo razlikuje: „Sve dakle što hoćete da čine vama ljudi, činite i vi njima: jer je to zakon i proroci.“

farisejima pitanjem: „Ili, zar niste čitali u Zakonu da subotnim danima svećenici u hramu krše subotu, pa su ipak bez krivnje“ (**ἢ οὐκ ἀνέγνωτε ἐν τῷ νόμῳ ὅτι τοῖς σάββασιν οἱ ἱερεῖς ἐν τῷ ἱερῷ τό σάββατον βεβηλοῦσι, καὶ ἀναίτιοί εἰσι**).³⁷

VI

Izraz *zakon* ponovo srećemo u *Žitiju Svetog Simeona* u sceni kada Nemanja, već uveliko monah Simeon na Svetoj Gori, počinje telesno da slabi i priziva svog najmlađeg sina Savu, koga naziva „čedo moje slatko i uteho starosti moje“ (чедо мое сладкое и оутѣхо старости моеи).³⁸ Monah Simeon daje čitav niz saveta svome sinu, kako da se vlada u životu, i prema ondašnjem običaju njegov hagiograf mu stavlja u usta mnogobrojne citate iz Biblije. Između ostalog i odlomak iz *Priča Solomunovih* (1, 8) koji glasi: „Čuvaj sine **zakon oca tvoga**, ne odbaci pouke matere tvoje“ (храни сыне законъ отца твоего. не отвѣржи наказанія матери твое).³⁹ Na ovom mestu izraz *zakon* označava pouku, savet, nastavu. Zašto je Sava upotrebio izraz *zakon*, nije mi sasvim jasno, jer se on ne nalazi u grčkom tekstu, koji glasi: **ἄκουε, υἱέ, παιδείαν πατρός σου καὶ μὴ ἀπόση θεσμούς μητρός σου**. Kako vidimo, u grčkom prevodu *Starog Zaveta*, do koga je Sava mogao doći (sigurno nije čitao hebrejski original) - upotrebljena je reč **παιδεία**, koja znači nastavu, obrazovanje, vaspitanje, poučavanje, nauku, znanje. Tako je ona prevedena i kod Đura Daničića („Slušaj, sine, nastavu oca svojega, i ne ostavljaj nauke matere svoje“) i u hrvatskom prevodu (str. 611) Antuna Sovića („Poslušaj, sine moj, pouku oca svoga i ne odbacuj napatka svoje majke). Izraz *zakon* u takvom značenju nisam pronašao u pravnim spomenicima.

VII

U istoj besedi, kojom monah Simeon savetuje svoga sina, nailazimo i na rečenicu: „Početak premudrosti je strah Gospodnji i savet svetih je razum, **a razumeti zakon** misao je dobra“ (зачело прѣмудрости боиязнь

³⁷ Mat. 12, 5, prevod Rupčića (str. 946). Vukov prevod glasi: „Ili nijeste čitali u zakonu kako u subotu sveštenici u crkvi subotu pogane, pa nijesu krivi.“

³⁸ Izdanje T. Jovanović, str. 174, 175.

³⁹ Izdanje T. Jovanović, str. 174, 175.

господня. и съвѣтъ свѣтыхъ разсудмъ. а же разсудмѣти законъ помышленіе
єсть благо).⁴⁰ I ovaj odlomak je citat iz *Priča Solomunovih* (9, 10) i u g-
rčkom tekstu glasi: ἀρχὴ σοφίας φόβος Κυρίου, καὶ βουλὴ ἁγίων
σύνεσις, τὸ δὲ γινῶναι νόμον διανοίας ἐστὶν ἀγαθῆς.⁴¹ Smisao cele
besede, koja se uglavnom poziva na *Priče Solomunove*, je spoznaja i
veličanje mudrosti. Spoznajom mudrosti i strahom od Gospoda, razumeće
se i zakon, odnosno pravda. Dakle, izraz *zakon* u ovom kontekstu ozna-
čava pravdu, kao načelo koje upravlja kosmosom.

⁴⁰ Izdanje T. Jovanović, str. 176, 177.

⁴¹ I u Daničičevom, i u Sovićevom prevodu ovog odlomka, nedostaju reči „a razumi-
meti zakon misao je dobra“, koje se nalaze u grčkom tekstu. Daničić: „Početak je mudro-
sti strah Gospodnji, i znanje je svetijeh stvari razum.“ Sović (str. 616): „Gospodnji strah
početak je mudrosti a razboritost je spoznaja Presvetog.“

*Srđan N. Šarkić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

On the Different Meanings of the Term *Law (Zakon)* in Saint Sabba's *Life of Saint Simon*

Abstract: *In mediaeval Serbian law the central legal term zakon (aw) indicated a generally obligatory rule (regula iuris) which was usually not a result of the activity of a monarch as ultimate holder of state power. Even where a law was made by state authority such a legal rule had primarily the appearance of a customary legal provision, regulating the conditions within one particular manor (vlastelinstvo) rather than within the whole national territory. Otherwise such laws prescribed the legal position of different categories of inhabitants and identified particular rules of status. Sometimes a law would be introduced to regulate one particular problem. The concept of law in this period also includes a legal rule derived from custom or from a private contract. Each of these uses - can be illustrated from many hundreds of cases from several sources.*

The use of the term zakon (law) was present in the literary sources as well, such is The Life of Saint Simon (biography of Stefan Nemanja, founder of Serbian mediaeval dynasty Nemanjić), written by his youngest son Rastko, better known under his monastic name Sabba (Sava). In Sabba's hagiography of his father we found the term zakon six times.

Describing the State Council (Državni sabor) that had to decide who will be Nemanja's successor on the throne, Sabba writes that his father pronounced, among other, the following words: „My sons, do not forget the orthodox law that I established.“ The term orthodox law means here orthodox faith, that was established in Serbia after persecutions of Bogomilian heresy. For the second time, term zakon was used in the meaning of monarch's order. Nemanja says to his sons not to forget his laws. Further, giving the instructions to his sons, Nemanja use the citation from the Bible (The Book of Proverbs or Proverbs of Solomon 3, 1-18), where the term zakon corresponds to the latin ius, not lex. Hereinafter the word zakon means Torah or Pentateuch, the first five books of Bible (citation from the Gospel According to Matthew, 22,40). Next time the term

zakon was used as the translation of the Greek word παιδεία (The Book of Proverbs, 1, 8) meaning teaching, advice, lesson, education. Finally, the word zakon means iustice, as the translation of the Greek text of the Book of Proverbs (9, 10).

Key words: *law, rule, faith, Saint Sabba, Saint Simon, Bible, hagiography.*

Датум пријема рада: 24.03.2015.

*Dr Zoran V. Arsić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
z.arsic@pf.uns.ac.rs*

PRINUDNI OTKUP AKCIJA – OTKUPILAC, PREOSTALI AKCIONARI, ZLOUPOTREBA PRAVA NA PRINUDNI OTKUP AKCIJA¹

Sažetak: Otkupilac je fizičko ili pravno lice, koje ispunjava zakonom utvrđeni cenzus. U domaćem, pravu cenzus ispunjava lice koje ima akcije koje predstavljaju najmanje 90% osnovnog kapitala društva i koji ima najmanje 90% glasova svih akcionara koji poseduju obične akcije. Cenzus, dakle, obuhvata kapitalsku i upravljačku komponentu. U uporednom pravu su poznata i drugačija rešenja. Akcije koje poseduju lica povezana sa otkupiocem smatraju se akcijama koje ima otkupilac, pod uslovom da su ta lica povezana sa otkupiocem u periodu od najmanje godinu dana pre donošenja odluke o prinudnom otkupu. S tim u vezi postavlja se pitanje kome je moguće izvršiti uračunavanje i koliko ovlašćenika prava na podnošenje predloga može biti. Sporno je u kom trenutku mora da postoji cenzus, s obzirom da to pitanje nije rešeno na normativnom planu. Prema zakonskoj formulaciji postupak prinudnog otkupa akcija usmeren je prema "preostalim akcionarima". Načelno prinudni otkup se odnosi na sve preostale akcionare – nije moguć selektivni prinudni otkup, koji bi se odnosio samo na neke od preostalih akcionara. Pojam preostalih akcionara ne obuhvata one akcionara čije se akcije uračunavaju otkupiocu, odnosno akcionare koji su povezana lica sa otkupiocem, društvo po osnovu sopstvenih akcija, kao ni akcionare čije su akcije založene ili su na drugi način blokirane.

Cljučne reči : akcionar, prinudni otkup akcija

Prinudni otkup akcija je u pravu Republike Srbije regulisan u Zakonu o privrednim društvima (ZPD, *Službeni Glasnik RS* 36/2011, 99/2011,

¹ Rad je deo projekta Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija).

83/2014, 15/2015) u čl.515 – 523. Prinudnim otkupom akcija omogućava se većinskom akcionara (otkupiocu) ciljano isključenje preostalih manjinskih akcionara, kojim se jasno prevazilaze dosadašnji načini isključenja (na pr. isključenje zbog neizvršenja činidbe uloga) i u pogledu kojeg se predviđaju samo neke pretpostavke. Na planu dogmatike, ovakvim rešenjem se ukazuje da članstvo nije akcijsko pravo koje se ne može oduzeti.

Cilj regulative ogleda se u omogućavanju preduzetničke slobode otkupica akcija. Prinudnim otkupom akcija manjine akcionara izbegavaju se troškovi vezani za procedure u pogledu skupštine. S druge strane izbegava se mogućnost opstrukcije od strane manjine akcionara, koja se, najčešće odvijala putem zloupotrebe tužbe za pobijanje skupštinskih odluka.

S obzirom da prinudni otkup akcija predstavlja dubok zahvat u akcijskopravnu dogmatiku, javili su se različiti pristupi u pogledu utvrđivanja pravne prirode ovog instituta. Dodatnu poteškoću predstavlja učešće većeg broja lica – otkupioca, akcionara čije akcije se uračunavaju otkupiocu, manjinskih akcionara i društva.²

1. Otkupilac

Otkupilac je fizičko ili pravno lice, koje ispunjava zakonom utvrđeni cenzus. U domaćem, pravu cenzus ispunjava lice ``koje ima akcije koje predstavljaju najmanje 90% osnovnog kapitala društva i koji ima najmanje 90% glasova svih akcionara koji poseduju obične akcije``. U domaćem pravu, dakle, cenzus obuhvata kapitalsku i upravljačku komponentu. U uporednom pravu su poznata i drugačija rešenja. Tako na pr, u nemačkom pravu cenzus iznosi 95% osnovnog kapitala.

1.1. Utvrđivanje postojanja cenzusa

U vezi sa osnovicom na koju se primenjuje zakonom utvrđeni procenat postoje određene dileme. Tako na pr, u nemačkom pravu se predviđeni procenat, na osnovu zakonske norme, primenjuje na visinu osnovnog kapitala umanjenog za iznos sopstvenih akcija. Kada je reč o kapitalskom delu cenzusa u domaćem pravu, u odsustvu odgovarajuće norme, zakonska formulacija ukazuje da sopstvene akcije ulaze u obračun. Prema tome, ako je osnovni kapital 100 i sve akcije su obične, a društvo u sopstvenim akcijama drži 10%, procenat od 90% se primenjuje na 100, a ne na 90. Kada se radi o upravljačkoj komponenti cenzusa, smatramo da je situacija drugačija. Ovo zato što društvo nije ``akcionar koji poseduje obične akcije`` - društvo nije akcionar u samom sebi. U skladu s tim, u datom

² Detaljnije Zoran Arsić, *Prinudni otkup akcija, Pravni život 11/2014*, 133 - 142

primeru, procenat od 90% primenjuje se na 90% glasova (akcionara koji poseduju obične akcije), što odgovara 81 % glasova po osnovu svih izdatih običnih akcija. Na ovom mestu treba ukazati na Zakon o tržištu kapitala (ZTK, *Službeni glasnik RS* 31/2011) gde se prilikom utvrđivanja obaveze obaveštavanja o značajnim učešćima uzimaju u obzir sve izdate akcije sa pravom glasa, uključujući i sopstvene akcije izdavaoca (čl.57 st.3 ZTK). Kada je reč o sopstvenim akcijama, u nemačkom pravu, sporna je primena pravila koja odgovaraju onim iz čl. 283 ZPD, odnosno da li i te akcije imaju isti tretman kao i druge sopstvene akcije.³

U literature se ukazuje da je oduzimanje sopstvenih akcija opravdano. S jedne strane društvo ne ulazi u krug zaštićenih manjinskih akcionara, S druge strane, sopstvene akcije ne daju, načelno, nikakva prava.⁴

Na dostizanje cenzusa po osnovu udela koji neposredno pripadaju otkupiocu nemaju uticaja obligaciona prava po osnovu zamenljivih obveznica i varanata, ali imaju uticaj na status povezanih lica (čl.62 st.2 tč.1 ZPD). Nemaju uticaj ni prava na prioritetni upis akcija nove emisije. Način sticanja nema značaja na dostizanje cenzusa, ali može imati značaja u pogledu iznosa naknade manjinskim akcionarima. Vreme posedovanja akcija nema značaja kada se radi o udelima koji pripadaju neposredno otkupiocu, ali imaju uticaj na uračunavanje povezanih lica, koja moraju imati taj status najmanje godinu dana pre donošenja odluke o prinudnom otkupu. Kada je reč o preferencijalnim akcijama situacija može biti različita. Načelno, posedovanje preferencijalnih akcija nije od značaja – lice koje poseduje obične akcije u visini 90% osnovnog kapitala je dostiglo kapitalski i upravljački census. Ako je, međutim, statutom utvrđen viši kapitalski census od na pr. 95% osnovnog kapitala, tada on može biti dostignut posedovanjem običnih akcija u visini od 90% osnovnog kapitala i preferencijalnih akcija u visini od 5%, pri čemu je dostignut i upravljački census od 90% glasova. Ovome treba dodati još neke situacije kada postoje smao obične akcije, u kojima nema korelacije između kapitalskog i upravljačkog cenzusa. Tako, obične akcije koje su delimično uplaćene ulaze u kapitalski census, ali ne i u upravljački, budući da se po njima ne može ostvarivati pravo glasa (čl.252 ZPD). Ista situacija nastupa u vezi akcija koje predstavljaju značajno učešće, ali nije izvršeno odgovarajuće obaveštavanje, zato što u tom slučaju dolazi do privremenog gubitka prava glasa (čl.62 ZTK). Ovome treba dodati i situaciju kada na običnim ak-

³ Afirmativan odgovor Holger Fleischer u Klaus J. Hopt et al. *Aktiengesetz* §§ 327a – 328;396- 398, Berlin 2007, 50; Hans Moritz, Squeze Out : *Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach §§ 327a ff Aktg*, Lausanne 2004, 97; York Schnorbus u Karsten Schmidt, Marcus Lutter, *Aktiengesetz*, Köln 2008, 3037

⁴ H. Fleischer, 50

cijama postoji plodouživanje – njihovo posedovanje omogućava kapital-ski cenzus, ali je sporno kome pripada pravo glasa (akcionaru ili plodouživaocu). Plodouživalac ima zahtev u pogledu dividende, ali ne i u pogledu likvidacionog ostatka, kao i dobiti ostvarene prodajom akcije.⁵ Pravo na prioritetni upis akcija nove emisije pripada akcionaru.⁶ Pravo glasa i ostala upravljačka prava su sporna.⁷ S jedne strane glasanje je mera upravljanja akcijom kao predmetom plodouživanja i to ne protivreči mogućnosti da pravo glasa pripada plodouživaocu. Pravila o plodouživanju ukazuju da je teško sprovodljivo odvajanje upravljanja od poseda i prava korišćenja. Plodouživalac je zainteresovan samo za dividendu i njegovo vršenje prava glasa bi bilo usmereno u pravcu predloga koji bi omogućili kratkoročnu korist, bez vođenja računa o interesima akcionarskog društva.⁸ Ovo je prihvatljivo, kako s aspekta opštih pravila o plodouživanju, tako i s aspekta pravila akcijskog prava, budući da je vršenje prava glasa, načelno, slobodno. S druge strane, odluke skupštine ne odnose se samo na dividendu, već imaju neposredan značaj za celokupno pravo udela u društvu⁹, kao predmeta plodouživanja. Kao posledica toga javila su se različita shvatanja u pogledu vršenja prava glasa u slučaju plodouživanja na akciji. Tako se javilo mišljenje prema kojem bi pravo glasa trebalo zajednički da vrše akcionar i plodouživalac, što se odbacuje zbog razloga pravne sigurnosti. Kao neprihvatljivo se ocenjuje i gledište prema kojem bi pravo glasa trebali da vrše akcionar i plodouživalac preko zajedničkog punomoćnika, sa pozivom na normu o zajedničkom punomoćniku. Razlog za kritiku ovog stava leži u tome što je norma o zajedničkom punomoćniku vezana za akciju sa više vlasnika (u domaćem pravu čl.214 ZPD). Posledično, prema vladajućem mišljenju u teoriji, pravo glasa u slučaju plodouživanja na akciji ima akcionar.¹⁰ Pitanje, međutim, ostaje sporno s obzirom na Direktivu 2004/109/EC (Transparency Directive) i nacionalne propise o hartijama od vrednosti donetim u skladu s njom. Radi se obavezi obaveštavanja o promenama u glasačkoj snazi pojedinog akcionara. U čl. 10 Direktive je predviđeno da obaveza obaveštavanja postoji i u pogledu glasova po osnovu akcija na kojima lice ima plodouživanje. Takva norma postoji i u domaćem pravu (čl.58 st.1 tč.4 ZTK). Ipak,

⁵ Veil Rüdiger u Karsten Schmidt, Marcus Lutter, *Aktiengesetz*, Köln 2008, 330

⁶ R. Veil, 1988; Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, München 1999, 830

⁷ R. Veil, 330

⁸ Milrad Stražnjicki, *Tumač Trgovačkog zakona od 28 listopada 1937*, Zagreb 1939, 257

⁹ Walter Schmidt, Joachim Meyer – Landrut u Gadow, *Aktiengesetz*, Berlin 1961, 790

¹⁰ U. Hüffer, 64; W. Schmidt, J. Meyer – Landrut, 790

u literaturi se ukazuje da pitanje kome pripada pravo glasa u slučaju plodouživanja na akciji još nije rešeno¹¹.

Posebno pitanje u domaćem pravu predstavlja zaloga na akcijama. S aspekta otkupioca postojanje zaloge na njegovim akcijama ne stvara problem, s obzirom da te akcije pripadaju otkupiocu, a pravo glasa (čl.381 ZPD) pripada akcionara (otkupiocu), kao zalagodavcu. S druge strane, međutim, kada se radi o zalozi na akcijama koje pripadaju preostalim akcionarima, postojanje zaloge onemogućava prinudni otkup akcija.¹²

Statutom je moguće predvideti veći kapitalski cenzus. To znači da se statutom ne može predvideti i veći upravljački cenzus, niti se kapital-ski cenzus može smanjiti. Ove odredbe, uključujući i odredbu o tome da je prinudni otkup akcija nedopusšten, mogu biti sadržane i inicijalnom statutu, kao i u naknadnim izmenama. Odluka o izmeni statuta kojom se menjaju odredbe o dopuštenosti prinudnog otkupa ili većoj kapitalskoj većini donosi se od strane skupštine tročtvrtinskom većinom glasova prisutnih akcionara, ako statutom nije predviđena veća većina.¹³

1.2. Uračunavanje akcija povezanih lica

U domaćem pravu je predviđeno i uračunavanje udela. U čl.515 st.2 ZPD akcije koje poseduju lica povezana sa otkupiocem smatraju se akcijama koje ima otkupilac, pod uslovom da su ta lica povezana sa otkupiocem u periodu od najmanje godinu dana pre donošenja odluke o prinudnom otkupu. S tim u vezi postavlja se pitanje kome je moguće izvršiti uračunavanje i koliko ovlašćenika prava na podnošenje predloga može biti. Moguća je sledeća konstelacija – sve akcije su obične akcije pri čemu majka ima 0%, sin ima obične akcije u visini 60% osnovnog kapitala i unuk obične akcije u visini 30% osnovnog kapitala. Pri tome se radi povezanim licima na osnovu čl.62 st.1 tč.1 ZPD, s obzirom da se radi o krvnim srođnicima u pravoj liniji. Nesporno je da je moguće uračunavanje između sina i unuka. Pitanje je da li je moguće da se kao otkupilac javi majka, kojoj bi se uračunavali udeli sina i unuka, pri čemu ona nije akcionar. Drugačije formulisano pitanje je da li otkupilac mora da ostvari cenzus pri čemu ima samo jednu akciju, ili je moguće da cenzus bude ostvaren isključivo uračunavanjem.

¹¹ R. Veil R, 330

¹² Čl.99a Izmena i dopuna pravila poslovanja centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti od 26.12. 2012.

¹³ Zoran Arsić, Odluka o sazivanju skupštine akcionarskog društva prema Zakonu o privrednim društvima iz 2011 godine, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2012, 61-72; Zoran Arsić, Sazivanje skupštine akcionarskog društva prema Zakonu o privrednim društvima iz 2011 godine, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2013, 93-106

U prilog pristupa prema kojem bi otkupilac morao biti akcionar i imati makar jednu akciju govori formulacija norme čl.515 ZPD (Na predlog akcionara...), što je situacija poznata u uporednom pravu. Nasuprot tome, ukazuje se da se status otkupioca može obezbediti isključivo uračunavanjem.¹⁴ S tim u vezi ukazuje se da se vezivanje mogućnost uračunavanja za komercijalno besmisleni veličinu udela protivi cilju uračunavanja.¹⁵ Sa metodološkog aspekta radi se o teleološkoj ekstenziji.¹⁶

Kada se radi o broju lica koja se mogu javiti kao otkupioc po osnovu uračunavanja, treba imati u vidu da u domaćem pravu, kao i u drugim nacionalnim pravima, nije predviđen princip apsorpcije. To omogućava da se više lica javi u svojstvu otkupioca. U navedenom primeru kao otkupilac se može javiti unuk po osnovu uračunavanja sinovljevih akcija (30% + 60% običnih akcija), ali i sin po osnovu uračunavanja unukovih akcija (60% + 30%). Ukoliko bi se prihvatilo dominirajuće gledište, kao otkupilac bi se mogla javiti i majka po osnovu uračunavanja akcija koje pripadaju unuku i sinu (0% + 30% + 60%). U slučaju da postoji više predloga (zahteva) za donošenje skupštinske odluke o prinudnom otkupu akcija, prema vladajućem mišljenju, odlučan je vremenski prioritet.¹⁷ Nasuprot tome, postoji shvatanje prema kojem bi ista skupština mogla da postupa po više zahteva.¹⁸

Kao što se vidi otkupilac ostvaruje cenzus na osnovu akcija koje pripadaju njemu i na osnovu akcija koje pripadaju licima čije se akcije uračunavaju otkupiocu. S obzirom da akcije na osnovu kojih postoji cenzus mogu pripadati različitim akcionarima, nije neophodno da otkupilac kao takav bude legitimisan upisom u Centralni registar.

1.3. Trenutak u kojem postoji cenzus

Sporno je u kom trenutku mora da postoji cenzus, s obzirom da to pitanje nije rešeno na normativnom planu. S tim u vezi postoje različiti stavovi.¹⁹ Pre svega, ukazuje se da cenzus mora da postoji u trenutku donošenja skupštinske odluke o prinudnom otkupu akcija. Prema drugom stavu, cenzus bi morao da postoji na samo u trenutku donošenja skupštinske odluke, već i ranije, u trenutku postavljanja predloga (zahteva). Ima shvatanja prema kojima se zahteva postojanje cenzusa i posle donošenja skupštinske od-

¹⁴ Y. Schnorbus, 3039; H. Fleischer, 57; H. Moritz, 102

¹⁵ H. Moritz, 101

¹⁶ H. Fleischer, 58

¹⁷ H. Moritz, 102; Isto prema H. Fleischer, 56 i tamo navedena literatura.

¹⁸ Prema H. Fleischer, 56 i tamo navedena literatura.

¹⁹ H. Fleischer, 46

luke sve do njene registracije. U literature se ukazuje da i druga rešenja dolaze u obzir (na pr. objava sazivanja skupštine, prijava za registraciju).²⁰ Utvrđivanje trenutka u kojem treba da postoji cenzus je od značaja zato što proces prinudnog otkupa akcija traje određeni vremenski period u kojem može doći do smanjivanja kapitalskog i upravljačkog učešća.

Smatramo da je prihvatljivo rešenje prema kojem cenzus mora da postoji u trenutku postavljanja predloga (zahteva) i u trenutku donošenja skupštinske odluke o prinudnom otkupu akcija.²¹ Cenzus mora postojati u trenutku podnošenja predloga zato što obveza odbora direktora da sazove skupštinu ne postoji ako nisu ispunjene pretpostavke za prinudni otkup.²² Kada je reč o postojanju cenzusa u vreme donošenja skupštinske odluke trena imati u vidu da je to pretpostavka valjanosti odluke.²³ U prilog ovakvom stavu u pogledu postojanja cenzusa ističe se da je interes društva da ne drži sednicu skupštine koja nije neophodna.²⁴

2. Preostali akcionari

Prema zakonskoj formulaciji postupak prinudnog otkupa akcija usmeren je prema "preostalim akcionarima". Načelno prinudni otkup se odnosi na sve preostale akcionare – nije moguć selektivni prinudni otkup, koji bi se odnosio samo na neke od preostalih akcionara. Suprotno takvoj formulaciji, pojam preostalih akcionara ne obuhvata one akcionara čije se akcije uračunavaju otkupiocu, odnosno akcionare koji su povezana lica sa otkupiocem (čl.515 st.2 ZPD) – njihove akcije "smatraju se akcijama koje ima otkupilac". Ovo se odnosi samo na lica povezana sa otkupiocem u trajanju od najmanje godinu dana pre donošenje odluke o prinudnom otkupu. U suprotnom, ako ta pretpostavka nije ispunjena, povezana lica imaju status "ostalih akcionara".

Spomenutom formulacijom nije obuhvaćeno društvo po osnovu sopstvenih akcija. Ovo je značajno zbog prava na naknadu, kao i zbog pravne posledice koja nastupa sprovođenjem postupka prinudnog otkupa – prelaskom akcija na otkupioca.

Nezavisno od toga što se zakonskom odredbom spominje množina, dopušteno je isključenje samo jednog (preostalog) akcionara, koji može imati akcija koje predstavljaju najviše 10% osnovnog kapitala. Ovo važi i za društva koja imaju samo dva akcionara.²⁵

²⁰ H. Moritz, 99

²¹ Tako H. Moritz, 99; H. Fleischer, 47; Y. Schnorbus, 3039 - 3040

²² Y. Schnorbus, 3040

²³ Y. Schnorbus, 3039

²⁴ H. Fleischer, 47

²⁵ H. Fleischer, 58

Specifično za domaće pravo je da se preostalim akcionarima ne smatraju akcionari čije akcije su opterećene zalogom. Ovo zato što se prinudni otkup ne može sprovesti u pogledu akcija na kojima postoji zaloga, ili su one na drugi način blokirane.²⁶ Ovde treba ukazati da ovakava regulativa omogućava situaciju u kojoj se prinudni otkup ne može sprovesti u slučaju da manjinski akcionar to ne želi. On, naime, posle sazivanja skupštine kada je obavešten da je pokrenut postupak prinudnog otkupa, ima na raspolaganju period od 21, odnosno 30 dana (zavisno od toga da li se radi o vanrednoj ili redovnoj skupštini), u kojem može da optereti svoje akcije zalogom i tako spreči prinudni otkup. S tim u vezi treba imati u vidu da je Komisija za hartije od vrednosti konstatovala da pitanje zaloge na akcijama nije konzistentno i precizno regulisano u domaćem pravu i da je, u okvirima svojih ovlašćenja, pokrenula inicijativu za izmenu zakonskih propisa u vezi sa upisom i brisanjem zaloge na akcijama kako bi Centralni registar mogao da precizno reguliše ova pitanja u svojim Pravilima poslovanja i omogućiti sprovođenje navedenog instituta u praksi.²⁷

3. Zloupotreba prava na prinudni otkup akcija

Prema opšte usvojenom pristupu odluka o prinudnom otkupu akcija ne podleže sadržinskoj kontroli. Takva odluka ne zahteva stvarno pravno opravdanje, budući da je zakonodavac normativnim rešenjem izvršio odmeravanja protivrečnih interesa manjine akcionara za ostanak u društvu i interesa većine (otkupioca) za njihovim isključenjem. Otkupilac ne mora da opravda odluku, niti može biti obavezan na otkrivanje svojih motiva.²⁸

U pojedinačnim slučajevima može nastupiti situacija da je otkupilac formalno ovlašćen da vrši pravo na isključenje manjine prinudnim otkupom akcija, ali da to predstavlja zloupotrebu prava i kao takvo je nedopušteno.²⁹ S tim u vezi postoje situacije na koje je potrebno posebno ukazati. Prvu grupu takvih slučajeva čine situacije u kojima otkupilac svoju pravnu poziciju ostvaruje na nepošten način, protivno zahtevu za saveznim ponašanjem – promena pravne forme, prolazno sticanje akcija, zamena akcija, povećavanje osnovnog kapitala uz isključenje pravana prioritetni upis akcija nove emisije.

²⁶ Čl.99a Izmena i dopuna pravila poslovanja centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti od 26.12. 2012.

²⁷ Mišljenje u vezi sa prinudnim otkupom akcija od strane kontrolnog akcionara br.2/0-03-614/2-13 od 07.11.2013

²⁸ H. Fleischer, 66

²⁹ H. Moritz, 260

Do zloupotrebe prava na prinudni otkup akcija može doći prilikom promene pravne forme. Radi se o postupku koji se odvija u dve etape. Prvo se donosi odluka o promeni pravne forme, dok se drugoj etapi donosi odluka o prinudnom otkupu akcija.³⁰ Radi se o tome da je prinudni otkup akcija moguć samo u akcionarskom društvu, zbog čega je potrebno promeniti pravnu formu nekog društva u akcionarsko društvo. Oba postupka – promena pravne forme i prinudni otkup akcija su, sami po sebi, dopušteni, ali tom prilikom nedopušteno vršenje prava, kao posledica nepoštenog sticanja sopstvene pravne pozicije, može da zasnuje poboynost odluke o prinudnom otkupu akcija.³¹ Nesavesnost bi postojala kada bi otkupilac obezbedio promenu pravne forme u akcionarsko društva isključivo radi isključenja manjinskih članova društva. Kratak vremenski razmak između promene pravne forme i predloga za prinudni otkup akcija, ili već planirana povratna promena pravne forme predstavljaju slučajeve u kojima postoji pretpostavka nesavesnosti u pogledu povezanost dva postupka.³²

U literaturi se ukazuje da nesavesno postupanje otkupioca postoji ako je census ostvaren prolaznim sticanjem akcija izvršenim isključivo u cilju ostvarivanja prinudnog otkupa. Takva situacija bi mogla da nastupi ako bi se u tu svrhu angažovao novi član društva. Kada su pravna lica u pitanju to bi bilo isključivo sa tim ciljem osnovano društvo, čije akcije bi se mogle uračunavati otkupiocu. Na ovom mestu treba ukazati da se u domaćem pravu vrši uračunavanje otkupiocu onih akcija koje pripadaju povezanim licima “ pod uslovom da su ta lica povezana sa otkupiocem u periodu od najmanje godinu dana pre donošenja odluke o prinudnom otkupu”. Na taj način je zakonodavac ograničio mogućnost prolaznog sticanja akcija od strane lica osnovanog sa isključivo radi dostizanja censusa radi prinudnog otkupa. Pretpostavka nesavesnosti postoji u slučaju povratnog prenosa akcija neposredno posle sprovedenog postupka prinudnog otkupa, ili ako je bila dogovorena neposredno pre.³³ Zloupotreba je isključena ako je prenos udela posledica preduzetničke inicijative, ili ako je izvršen trećem licu uz uobičajenu doplatu za prenos 100% udela. Od toga je odvojeno pitanje da li manjina ima pravo učešća u toj premiji.³⁴ Ovo nije od značaja za domaće pravo, već za ona nacionalna prava u kojima se naknada manjinskim akcionarima utvrđuje kao “srazmerna”.

³⁰ H. Moritz, 266

³¹ H. Moritz, 266

³² Tako H. Fleischer, 67 – 68; Slično H. Moritz, 270

³³ H. Fleischer, 68

³⁴ *Ibid.*

Zajam akcija postaje aktuelan u slučaju da je otkupilac ostvario cenzus tako što je pozajmio odgovarajući broj i vrstu akcija. S tim u vezi, u delu literaturi se ukazuje da je položaj otkupioca različit o odnosu zajmoprimaca akcija.³⁵ U tipičnoj situaciji tržišni rizik snosi zajmodavac, zbog čega zajmoprimac nije vlasnik u komercijalnom (ekonomskom) smislu. On nema preduzetnički interes, već se javlja kao ulagač kapitala, zbog čega zahvat u prava manjine akcionara nije opravdan.³⁶ U takvom slučaju vršenje prava na prinudni otkup akcija predstavlja zloupotrebu prava i omogućava pobijanje skupštinske odluke.³⁷ Za razliku od tog pristupa postoji odluka Saveznog suda Nemačke iz 2009 god., koja se zasniva na tome da zajmoprimac postaje vlasnik akcija, pri čemu obaveza vraćanja nije od značaja.³⁸ Ovakav pristup, zasnovan na jednom formalnom kriterijumu, se može opravdati sa aspekta pravne sigurnosti³⁹ i predstavlja značajno olakšanje u pogledu ispunjenja zahteva u pogledu dostizanja cenzusa.⁴⁰ Smatramo da treba ukazati da je u navedenom slučaju ugovor o zajmu bio zaključen na period od tri godine. Pitanje je da li bi odluka bila ista da je ugovor bio zaključen na kraći period. Ovo zato što bi se u tom slučaju moglo smatrati da je zajam zaključen isključivo radi ostvarivanja cenzusa, kada bi se radilo o nesavesnosti otkupioca.⁴¹

Kada se radi o povećavanju osnovnog kapitala zu isključenje prava na prioritetni upis akcija nove emisije, ako je to pravo isključeno isključivo radi dostizanja cenzusa, tada je to nesrazmerno, predstavlja zloupotrebu prava i kao takvo nedopušteno.⁴² Nasuprot tome isključenje prava na prioritetni upis je dopušteno ako osim isključenja manjine ono ima i drugi cilj koji može da izdrži test opravdanosti. Ovo važi i za slučaj da isključenje manjine prinudnim otkupom akcija bude sprovedeno neposredno posle dostizanja cenzusa.⁴³ S tim u vezi odlučujuću ulogu ima predlog odbora direktora (čl.278 st.1 ZPD), koji mora da sadrži razloge isključenja prava na prioritetni upis.

Drugu grupu predstavljaju situacije koje predstavljaju *venire contra factum proprium*.

³⁵ Amberger Claus – Peter, *Die Missbrauchskontrolle im Rahmen des aktienrechtlichen Squeeze – out*, Berlin 2007, 99

³⁶ *Ibid.*

³⁷ H. Fleischer, 52

³⁸ Krebs Christian, *Freeze – Out Transactions in Germany and U.S.: A Comparative Analysis*, *German Law Journal* 8/2012, 955 - 956

³⁹ Prema H. Fleischer, 52

⁴⁰ C. Krebs, 956

⁴¹ H. Fleischer, 68

⁴² H. Moritz, 264; H. Fleischer, 68

⁴³ H. Moritz, 264

U prvoj situaciji dolazi do prinudnog otkupa akcija suprotno predhodno zaključenom sporazumu. U takvom slučaju, nemačka sudska praksa izuzetno dozvoljava pobijanje skupštinske odluke zbog povrede obli-gacione obaveze.⁴⁴

U drugoj situaciji dolazi do prinudnog otkupa akcija neposredno po-sle povećavanja osnovnog kapitala u kojem su učestvovali manjinski ak-cionari. Pri tome se ne precizira u kom roku bi postojala zabrana isključe-nje manjine akcionara. Ukazuje se da bi takvim postupanjem manjinski akcionari bili izloženi nepotrebnim troškovima.⁴⁵ Nasuprot tome, nagla-šava se da je postupak prinudnog otkupa akcija moguće sprovesti u svako doba, pri čemu otkupilac ne mora da vodi računa o interesima manjine akcionara.⁴⁶ Povećavanje osnovnog kapitala u takvom slučaju nema svo-jih posebnosti. Moguć finansijski gubitak zbog prestanka članstva u dru-štvu ne predstavlja specifičnost postupak isključenja manjine akcionara, već ``preduzetnički rizik`` svakog akcionara.⁴⁷

Ovoj grupi pripada i situacija kada otkupilac, posle izvršenog pri-nudnog otkupa akcija, omogućiti ponovni ulazak u društvo isključenih ak-cionara. Prema jednom pristupu, tada postoji *venira contra factum pro-prium*. Pri tome se ukazuje da postojanje samo jednog akcionara nije cilj prinudnog otkupa akcija. Ovo se, prema tim shvatanjima, odnosi na situa-ciju kada otkupilac omogućiti ponovni prijem samo nekih od isključenih akcionara. Ovo zato što se time narušava princip jednakog tretmana.⁴⁸ Ovaj argument je sporan, s obzirom da princip jednakog tretmana terteti društvo, dok se ovdje radi o postupanju otkupio-ca, koji slobodno trguje svojim akcijama, s obzirom na isključenje sa organizovanog tržišta. Nasu-prot tome, naglašava se da nema nesavesnog izbegavanja pravila o pri-nudnom otkupu kada otkupilac, neposredno posle potpunog prinudnog ot-kupa, omogući ponovni prijem u društvo samo nekih od isključenih akcio-nara.⁴⁹ Cilj regulative ne onemogućava da isključeni akcionari generalno ili za neko vreme ne mogu biti ponovo članovi društva – procena predsta-vlja deo preduzetničke slobode otkupio-ca. Zato nema osnova za različito tretiranje starih i novih akcionara. Otkupilac može, takođe, želeti da is-ključi samo neke manjinske akcionare, što može sprovesti tako što ih is-ključi sve u postupku prinudnog otkupa, a naknadno omogućiti ponovno članstvo samo nekima.⁵⁰

⁴⁴ Prema H. Fleischer, 69

⁴⁵ H. Fleischer, 69 – 70 i tamo navedena literatura.

⁴⁶ H. Mortz, 276

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ H. Fleischer, 70 i tamo navedena literatura

⁴⁹ H. Moritz, 275

⁵⁰ H. Moritz, 275 - 276

*Zoran V. Arsić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Compulsory Acquisition of Shares - Buyer, other Shareholders, Abuse of Right of Compulsory Acquisition of Shares

Abstract: *Company Act of Republic of Serbia includes mechanism for the compulsory acquisition of the shareholdings of minority shareholders. Technically this procedure is effected on the basis of the shareholders assembly resolution.*

Buyer is shareholder who has at least 90% of share capital and at least 90% of votes. Shares owned by entity under his dominant influence will be treated as shares of that shareholder provided that dominant influence exists at least one year. Company's own shares, and shares subject to a pledge do not represent shares of other shareholders.

There are several actions which may be treated as abuse of right of compulsory acquisition of shares.

Key words: *Shareholder, compulsory acquisition of shares*

Datum prijema rada: 11.03.2015.

*Dr Dušanka J. Đurđev, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
ddjurdjev@pf.uns.ac.rs*

EKSKLUZIVNOST MONTREALSKE KONVENCIJE I KOMUNITARNO PRAVO¹

Sažetak: *Pravno regulisanje prava putnika i njihove zaštite je u EU regulisano Montrealskom konvencijom iz 1999. godine koju je EU ratifikovala i tako uključila u komunitarno zakonodavstvo. Međutim, osim te zaštite, komunitarnim propisima i to pre svega uredbama, proširena su prava korisnika vazdušnog saobraćaja. Činjenica da postoji međunarodna konvencija koja se primenjuje na međunarodni vazdušni prevoz ali i na vazdušni prevoz unutar država članica EU, ali i komunitarno pravo za istu vrstu odnosa, a to su prava putnika, kao i to da se sadržinski razlikuju u pojedinim pitanjima, dovela je do toga da se postavi pitanje da li Montrealska konvencija ima ekskluzivnu primenu? Osim toga, sadržina Uredbe kojom se regulišu prava putnika zahteva dodatna objašnjenja, jer ima nedovoljno jasnih odredaba i pojmova koji dovode do različitih sudskih presuda.*

Ključne reči: *ekskluzivnost Montrealske konvencije, Sudska praksa Evropskog suda pravde, Uredba 261/ 2004.*

1. Zaštita prava putnika u vazdušnom saobraćaju u pravu EU i Srbije

Pravno regulisanje prava putnika i njihove zaštite je u EU regulisano Montrealskom konvencijom iz 1999. godine koju je EU ratifikovala i tako uključila u komunitarno zakonodavstvo. Međutim, osim te zaštite, komunitarnim propisima i to pre svega uredbama, proširena su prava korisnika vazdušnog saobraćaja. Činjenica da postoji međunarodna konvenci-

¹ Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu: »Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)«, koji se realizuje na Pravnom fakultetu u Novom Sadu .

ja koja se primenjuje na međunarodni vazdušni prevoz ali i na vazdušni prevoz unutar država članica EU, ali i komunitarno pravo za istu vrstu odnosa, a to su prava putnika, kao i to da se sadržinski razlikuju u pojedinim pitanjima, dovela je do toga da se postavi pitanje da li Montrealska konvencijom ima ekskluzivnu primenu? Stavovi sudske prakse su u odgovoru na ovo pitanje različiti. Pitanje koje se postavlja u sudskoj praksi je ako prevoznik nije odgovoran po Montrealsko konvenciji, može li se podneti zahtev po Uredbi ili lokalnim propisima i da li su pravila Montrealske konvencije ekskluzivna u odnosu na druge propise.

Osim toga, sadržina Uredbe kojom se regulišu prava putnika zahteva dodatna objašnjenja, jer ima nedovoljno jasnih odredaba.

2. Da li Montrealska konvencija ima ekskluzivnu primenu?

2.1. Montrealska konvencija iz 1999. godine

Montrealska konvencija je postala sastavni deo prava Evropske unije, jer je EU kao entitet ratifikovala Montrealsku konvenciju.²

EU je 2001. potvrdila Montrealsku konvenciju a njene države članice su postale ugovorne strane Montrealske konvencije. Montrealska konvencija primenjuje na međunarodni vazdušni prevoz ali i na vazdušni prevoz unutar država članica EU. Savet EU je istakao da je korisno za avio-kompanije da posluju pod uniformnim i jasnim pravilima u pogledu odgovornosti za štetu i da ona treba da budu ista kao i za treće zemlje potpisnice Montrealske konvencije.

Ova Konvencija se primenjuje na sve međunarodne avio prevoze lica, prtljaga i robe, pri čemu međunarodni karakter dobija onaj prevoz kod koga se, shodno sporazumu stranaka, mesto ukrcaja i mesto opredeljenja, bez obzira da li ima prekida i pretovara, nalazi na teritoriji dve strane ugovornice (potpisnice Konvencije), ili na teritoriji samo jedne strane ugovornice, ako je ugovoreno mesto zaustavljanja na teritoriji druge države, čak i ako ova nije strana ugovornica.³

² Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (the Montreal Convention) *Official Journal L 194* , 18/07/2001 P. 0039/0049 CONVENTION FOR THE UNIFICATION OF CERTAIN RULES.

³ Filipović, Velimir, Montrealska konvencija iz 1999. o međunarodnom zračnom prijevozu stupila na snagu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu. God. 54, br. 1 /2004; Ivanka Spasić, Montrealska konvencija-nova konvencija u međunarodnom vazduhoplovnom pravu, Pravo –teorija i praksa br. 9/2001, str. 49.; McKay Cunningham , Arizona Summit Law School, 2008 VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW Vol. 41:1043, The Montreal Convention: Can Passengers Finally Recover For

Predviđen je dvostepeni nivo odgovornosti za smrt i telesne povrede putnika koji na pravičniji način miri interese avio kompanija i putnika u slučaju naknade štete. Kad se odgovara za smrt ili telesne povrede putnika uveden je princip objektivne odgovornosti i to za iznos štete do 100 000 SDR odgovara se po principu objektivne odgovornosti, dakle samom činjenicom da je nastala šteta i uzročna veza između nastale štete i radnje prevozioca i ne može se osloboditi ove odgovornosti, niti je ograničiti. Prema članu 20. Konvencije može se osloboditi odgovornosti samo ako dokaze da je štetu prouzrokovala ili njenom nastanku doprinela nepažnja ili druga protivpravan radnja, propust lica koje trazi naknadu. Ova odredba o oslobođenju prevozioca od odgovornosti obuhvata oba stepena odgovornosti. Međutim odgovornost po principu objektivne odgovornosti u ovom konkretnom slučaju ne daje mogućnost na pozivanje na uobičajene razloge za oslobođenje od odgovornosti kao što su viša sila i radnje trećih, čime je odgovornost vazdušnog prevozioca maksimalno pooštrena. Ukoliko je šteta po putniku visa od iznosa od 100 000 SDR prevozioc odgovara po principu pretpostavljene subjektivne odgovornosti, dakle ukoliko postoji njegova krivica, pri čemu je ona pretpostavljena. U ovom drugom slučaju, prevozioc može da dokaze odsustvo svoje krivice a ukoliko transporter ne dokaze da nije kriv njegova odgovornost je neograničena i nadoknađuje stvarno pretrpljenu štetu.

Bitno je naglasiti da se granice odgovornosti vazdušnog prevozioca za smrt, telesnu povredu kao i za štete na prtljagu i zbog kašnjenja, može redovno revidirati i to svakih 5 godina s obzirom na visinu inflacije u tom periodu. Tako je 2009. godine izvršena revizija povećanjem za 13,1%.⁴

U članu 28. Montrealske konvencije predviđena je obaveza vazdušnog prevozioca da u slučaju smrti ili telesne povrede putnika isplati predujam oštećenom ako je takva obaveza predviđena nacionalnim pravom vazdušnog prevozioca. Takva isplata predujma ne znači priznanje odgovornosti vazdušnog prevozioca i može biti uračunata u konačni iznos naknade štete.

U članu 50. je predviđeno uvođenje obaveznog osiguranja odgovornosti vazdušnog prevozioca. Tako je odgovornost prevozioca osigurana do visine 100 000 SPV što olakšava isplatu putniku a finansijski rastere-

Mental Injuries? http://works.bepress.com/mckay_cunningham/1, THE MONTREAL CONVENTION: CAN PASSENGERS FINALLY RECOVER FOR MENTAL INJURIES? , str 42.;Djurđev Dusanka , Saobraćaj I održivi razvoj , Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, vol 46, br 1 , 2012 str 131-148

⁴ Otuda je iznos sada 113 100 SPV< umesto ranijih 100 000 SPV.

čuje prevozioca. Ova rešenja idu u prilog razvijenim državama. Načelo pretpostavljene krivice zadržano je samo kod odgovornosti za štete od zakašnjenja kod prevoza putnika, registrovanog prtljaga i robe. Šteta mora biti isključivo rezultat nesreće u avionu ili da je nastala tokom ukrcaja ili iskrcaja iz aviona..

U odnosu na prethodni varšavski sistem postignuta je daleko veća ravnoteža interesa i zaštita putnika. Montrealska konvencija je na zadovoljavajući način rešila glavna pitanja vazduhoplovnog prevoza. Međutim, postavljaju se još neka pitanja o kojima sudska praksa nema jasan stav.⁵

Pored brojnih prednosti Montrealske konvencije, ključna mana je što se odnosi samo na određene vrste šteta koje nastaju u određenom vremenskom periodu. Članom 17. je predviđena odgovornost avikompanija za štete i to telesne povrede i smrt putnika, ako nastanu kao posledica nesrećnog slučaja u avionu ili tokom ukrcaja ili iskrcaja putnika. Psihičke povrede nisu predviđene u formulaciji člana 17. Montrealske konvencije i povodom pitanja mogu li se psihičke povrede nadoknađivati. Prema Montrealskoj konvenciji bilo je različitih sudskih presuda. Moglo bi se reći da je u sudskoj praksi pojam “telesna povreda” shvaćeno tako da je moguća naknada i psihičke povrede ako je ona posledica fizičke povrede, telesne povrede. Detaljna analiza pregovora koji su prethodili izradi Montrealske konvencije pokazuju da su se razmišljana kretala od tradicionalnih po kojima pojam “telesna povreda” treba bukvalno tumačiti, preko suprotnih (Francuska) da pojam telesna povreda uključuje i psihičke povrede bez uslovljavanja veze između ovih dveju, pa do srednjeg rešenja po kome pojam telesna povreda obuhvata i duševne, ali samo ako su posledica fizičkih povreda.⁶

Osim zaštite putnika koja je regulisana pravilima o naknadi štete u slučaju smrti, telesne povrede i drugih zdravstvenih oštećenja, štete na prtljagu i šteta zbog zakašnjenja Montrealskoj konvenciji, predviđena je i šira zaštita prava putnika sledećom Uredbom.

⁵Müller-Rostin, W.: “Diplomatische Konferenz über die Modernisierung des Warschauer Abkommens”, ZLW (48) br.3, 1999., str. 325. Otuda je iznos sada 113 100 SPV umesto ranijih 100 000 SPV; M. Clarke, Will the Montreal Convention be able to replace the Warshav System and what the change be? Transportrecht, 11/12, 2003, str. 436-443.

⁶Dušanka Đurdev, Pojam nesrećnog slučaja i telesna povreda putnika u vazdušnom saobraćaju, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2014, str 77-93.

2.2. Uredba o utvrđivanju zajedničkih pravila u vezi s naknadom i pomoći putnicima u slučaju uskraćivanja ukrcaja i otkazivanja ili drugih kašnjenja letova 261/2004⁷.

Ovom Uredbom se regulišu minimalna prava putnika bez obzira na njihovo državljanstvo u slučajevima uskraćenog ukrcaja (denied boarding), otkazanog leta (cancelled flight) i dužeg kašnjenja leta u polasku (long delay). Uslov je da se to dogodilo na letu iz vazdušne luke na teritoriji EU u bilo koju vazdušnu luku u ili izvan EU ili na letu iz treće države nečlanice EU u vazdušnu luku na teritoriji EU, pri čemu u ovom poslednjem slučaju letom mora upravljati EU prevoznik.

Uredbom se detaljno regulišu prava putnika u svakom od navedenih slučajeva, kada vazdušni prevoznik nije uredno ispunio svoju obavezu.

Pošto u Montrealskoj konvenciji nisu sadržana pravila o uskraćenom ukrcaju i otkazivanju leta, a postoje pravila za slučaj kašnjenja, primena ove Uredbe je u praksi izazvala izvesne probleme, jer se postavilo pitanje njenog odnosa prema Montrealskoj konvenciji.⁸ Dok bi doslovnim tumačenjem Montrealske konvencije mogli zaključiti da ova konvencija omogućava avio kompanijama da izbegnu odgovornost za uskraćeni ukrcaj i otkazivanje leta. Uredba predviđa pravila o odgovornosti i za ove slučajeve. Ima mišljenja da uskraćeni ukrcaj i otkazivanje leta ne stvaraju odgovornost za aviokompanije jer nisu regulisane Montrealskom konvencijom. Ove razlike su bile dobar osnov za dijametralno suprotna tumačenja sudova. Pošto je jasno da Montrealska konvencija i Uredba primenjuju različite standarde, mora se utvrditi status Montrealske konvencije unutar pravnog poretka EU.

Montrealska konvencija je postala sastavni deo pravnog poretka EU i obavezujuća je za institucije EU. Često se raspravlja da li međunarodni sporazum, zaključen od strane EU može da ospori validnost sekundarne legislative EU.

Vazdušni operateri su osporili mogućnost primene Uredbe, pozivajući se na član 29. Montrealske konvencije. U članu 29. Montrealske konvencije se kaže: “ Kod prevoza putnika, prtljaga i robe, svaki postupak za naknadu štete, bez obzira da li je zasnovan na ovoj konvenciji, ugovoru,

⁷ Regulation EU No 261/2004. of the European Parliament and of the Council of 2004 establishing common rules on compensation to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights OJ L 2004 /46.

⁸ Član 19. Montrealske konvencije reguliše kašnjenje a član 6. Uredbe reguliše kašnjenje takođe, ali članom 4. regulisan je uskraćeni ukrcaj, članom 5. otkazivanje leta što nije predviđeno Montrealskom konvencijom.

krivici ili drugom osnovu, može da se pokrene jedino u skladu sa uslovima i ograničenjima odgovornosti utvrđenim ovom konvencijom, bez prejudiciranja pitanja ko su lica koja imaju pravo da pokrenu parnicu i koja su njihova prava. U svakom takvom postupku, kaznene, moralne ili ma koje druge nenadoknadive štete nisu naplative.” Efekat ove odredbe je sporan i različita su tumačenja.⁹

Pitanje koje se postavlja u sudskoj praksi je ako prevoznik nije odgovoran po Montrealskoj konvenciji, može li se podneti zahtev po Uredbi i da li su pravila Montrealske konvencije ekskluzivna, odnosno da li Montrealska konvencija isključuje mogućnost tužbe po Uredbi ili lokalnim propisima, kada zahtev ne odgovara uslovima Montrealske konvencije.

Član 29. Montrealske konvencije neki autori tumače kao prilog doktrini ekskluziviteta koja se javila sedamdesetih godina prošlog veka i u međunarodnom vazduhoplovnom pravu se iskristalisala 1996. u case *Sidhu v British Airways*.

U ovom slučaju putnik je tražio naknadu štete za psihičke povrede nastale tokom tri meseca zarobljenštva u Kuvajtu i Iraku tokom Zalivskog rata kad je avion *British Airways* ostao zarobljen na aerodromu. U slučaju psihičke povrede koja nije regulisana u Montrealskom konvencijom tj. ne daje se naknada štete za ovu vrstu povreda. Stav je britanskog Doma Lordova, da putnik ne može ostvariti pravo koje nije predviđeno Montrealskom konvencijom i da se ne daje naknada štete za ovu vrstu povreda.¹⁰

Godinu dana kasnije Vrhovni sud SAD je potvrdio stav o ekskluzivnosti Montrealske konvencije u case *El Israel Airlines v Tseng*.¹¹

U ovom slučaju tužilac je putnik *Tseng* koji se ukrcao na avion *El Al Israel Airlines* na let od Njujorka za Tel Aviv i bio je podvrgnut gruboj bezbednosnoj proveri prilikom koje je doživeo psihički stres. Tužio je aviokompaniju za nezakonito hapšenje koje je bilo bez telesnih povreda ali je dovelo do psihičkog stresa i to pred njujorškim sudom. Pred sudom se postavilo pitanje da li Varšavska konvencija isključuje mogućnost tužbe za psihičku povredu po lokalnom pravu? Sud je smatrao da Varšavska konvencija isključuje mogućnost tužbe po lokalnom pravu

⁹ Elmar Giemulla, Ronald Schmid (ed.) *Montreal Convention Commentary*, The Hague, Kluwer Law International, 2006; dr Jeremias Prassl, *Reforming Air Passenger Rights in the European Union*, <http://eutopialaw.com/2013/03/21/reforming-air-passenger-rights-in-the-european-union/>

¹⁰ Case *Sidhu v British Airways PLC* [1997] AC 430.) fus nota (Weigand, Tory A. "Accident, Exclusivity, and Passenger Disturbances Under the Warsaw Convention." *American University International Law Review* 16, no. 4 (2001): 891-968.

¹¹ US Supreme Court in *El Al Israel Airlines Ltd v Tseng* 525 US 155 (1999).

kada zahtev ne odgovara uslovima iz Konvencije i da Konvencija ima ekskluzivnu primenu. Dalje, sudije navode da se teško može zamisliti da su tvorci varšavske konvencije želeli da prevoziocima podvrgnu različitim neuniformnim pravilima o odgovornosti pojedinih država potpisnica Konvencije.

Američki Vrhovni sud je zaključio da putnik nema pravo na naknadu štete po lokalnom zakonu kada potraživanje ne odgovara uslovima Montrealske konvencije. Putnik ne može dobiti naknadu štete po lokalnom zakonu za slučajeve koji nisu obuhvaćeni članom 17. Montrealske konvencije. To znači da je primena Konvencije ekskluzivna u odnosu na druge propise i da se ne može podnositi tužba po lokalnom pravu.¹² S obzirom da su zadržani članovi kojima se regulišu ova pitanja u Varšavskoj konvenciji i u Montrealskoj, ostao je isti problem.

Vazdušni operateri osporavaju primenu Uredbe pozivajući se na član 29. Montrealske konvencije jer imaju pre svega ekonomski interes da izbegnu šire mogućnosti za odgovornost, odnosno insistiraju na tome da Montrealska konvencija ima ekskluzivnu primenu.¹³ Međutim, nasuprot ovim stavovima značajni su suprotni stavovi Evropskog suda pravde (EJEU).

U slučaju Case 344/04 ex parte IATA Sud je zauzeo stav da Montrealska konvencija ne isključuje mogućnost primene Uredbe. Povodom zahteva Vrhovnog suda Engleske i Velsa za prethodno pitanje, pred kojima su IATA i ELFAA pobijali valjanost Uredbe 261/2004, Evropski sud pravde je potvrdio da Uredba nije u suprotnosti sa Montrealskom konvencijom i da se njom ne krši načelo proporcionalnosti. Mere zaštite putnika utvrđene Uredbom ne pokazuju se "očigledno neprimerenim" s obzirom na zakonodavstvo EU, već upravo suprotno, osiguravaju visoku zaštitu putnika.¹⁴

Evropski sud pravde je smatrao da bi bilo pogrešno pretpostaviti da su autori Montrealske konvencije nameravali da zaštite vazdušnog prevozioca od bilo kakvog drugog oblika intervencije i utvrdio da su odredbe o

¹²Karin Paulsson „Passenger Liability, according to the Montreal Convention”, Thesis 30 credits Eva Lindell-Frantz Air Law Autumn 2009. <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1561100&fileId=1565526>

¹³Kevin Bartlett, The exclusivity principle and the Montreal Convention, Australia 2014, Cooper grace Ward, <http://www.cgw.com.au/publication/the-exclusivity-principle-and-the-montreal-convention/>

¹⁴ C-344/04, IATA and ELFAA v Department for Transport (2006) ECR I-403) Case C-344/04 ex parte IATA and ELFAA <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004CJ0344:EN:PDF>

neposrednoj pomoći i nezi iz Uredbe 261/2004 u skladu sa Montrealskom konvencijom. IATA i ELFAA su osporile osnov za primenu Uredbe. IATA okuplja 270 aviokompanija iz 130 država i pokriva 98% prometa putničkog saobraćaja, dok je ELFAA asocijacija evropskih niskotarifnih prevoznika koja zastupa interese 10 niskotarifnih kompanija iz 9 evropskih država. Osporili su da Velika Britanija može da promeni Uredbu i to pred Višim sudom pravde Engleske i Velsa. Ovaj Sud se obratio Sudu pravde EU (Court of Justice of the European Union). Procesno pitanje je bilo u vezi sa nadležnošću nacionalnih sudova država članica da li oni mogu da ocenjuju valjanost komunitarnih akata tj. da li mogu da se primene član 267. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, koji treba da osigura uniformnu primenu zakona zajednice od strane nacionalnih sudova. Smatra se da bi različiti stavovi nacionalnih sudova u oceni akta Zajednice mogli da ugroze jedinstven pravni poredak Zajednice i podriju pravnu sigurnost

Što se tiče usklađenosti Uredbe sa Montrealskom konvencijom, Sud pravde EU je utvrdio da Montrealska konvencija koja reguliše i pitanja odgovornosti prevoznika za slučaj kašnjenja, obavezuje Zajednicu. Sud smatra da Montrealska konvencija uređuje uslove pod kojima se može ostvariti naknada štete za kašnjenje a pomoć i “briga” za putnike. Uređena propisima Zajednice čine standardizovane i neposredne mere kompenzacije. Ove mere nisu među merama koje predviđa Montrealska konvencija i ne može da se smatra da su nedosledne Montrealskoj konvenciji.

Uprkos značajnom otporu iz vazduhoplovne industrije Evropski sud pravde je više puta potvrdio ovo tumačenje člana 29. Montrealske konvencije.

Potvrda ovog stava su i Case 581/10 Nelson TUI Tral IATA I Case 629/10 gde je Evropski sud pravde utvrdio da odredbe Uredbe 261/2004 za naknadu štete putnicima u slučaju kašnjenja ili otkazanog leta nisu bile u suprotnosti sa Montrealskom konvencijom, već komplementarne režimu zaštite putnika.¹⁵

2.3. Kako tumačiti pojedine pojmove u Uredbi?

Osim problema u vezi odnosa Montrealske konvencije i ove Uredbe, druga vrsta teskoba u primeni Uredbe nastala je zbog nedovoljno jasnih pojmova koji se u njoj koriste. Kao i mnogi drugi unifikacijski akti, i ova

¹⁵Jeremias Prassl, 'Reforming Air Passenger Rights in the European Union' (2014) 39 *Air and Space Law*, Issue 1, pp. 59–81 <http://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?id= AILA2014003>

Uredba ima nedostatke nedovoljno jasnih i nedefiniranih pojmova, koji se u praksi mogu različito tumačiti.

Jedan od njih je pojam "leta". Interesantna je sudska presuda Evropskog suda u slučaju C-173/07 Schenkel u kome je putnik iz Nemačke rezervisao povratni let preko Emirates Airlines na putovanju Diseldorf-Manila. Na povratku, let iz Manile je otkazan i putnik je stigao u Diseldorf sa dva dana zakašnjenja. Pitanje je bilo da li "let" obuhvata let od mesta polaska do mesta odredišta i natrag? Sud je u ovom slučaju zaključio da pojam leta u Uredbi treba tumačiti tako da se podložno i povratno putovanje ne mogu smatrati kao jedan let, tako da u konkretnom slučaju Emirates Airline ne mogu da se smatraju prevoziocem. Zajednice u smislu Uredbe i nemaju obavezu nakade štete putniku (nisu odgovorni jer idu iz treće države nečlanice Filipini).¹⁶

U slučaju **uskraćenog ukrcaja**, a to se dešava kada zbog prevelikog broja rezervacija, putniku neopravdano bude uskraćen ulazak, predviđen je kao prvi korak da prevozioc ponudi putniku dobrovoljni odustanak od svoje rezervacije a za uzvrat mu ponudi neke pogodnosti (poklon vaučer za bilo koji svoj let do određenog iznosa kakao bi ga podstakla da odustane od leta) ili da putovanje obavi prvim mogućim sledećim letom pri čemu putnik ima pravo na besplatan obrok, smeštaj, dok čeka novi let, ili da odustane uz povraćaj plaćene prevoznine.¹⁷ U članu 2(j) definiše se pojam "uskraćeni ukrcaj" koji znači uskraćivanje ukrcaja na let putnicima uprkos njihovom predočenju za ukrcaj u skladu sa uslovima iz člana 3. stav 2. Uredbe, osim u slučajevima kada postoje opravdani osnovi da im se uskrati ukrcaj, bilo iz zdravstvenih razloga, sigurnosti ili zaštite ili neodgovarajuće putne dokumentacije).

Ako je putniku definitivno uskraćen ukrcaj on ima pravo na naknadu za uskraćen ukrcaj u paušalnom iznosu koji zavisi od dužine leta i da li je let u EU ili izvan (od 250 evra za sve letove do 1500 km, 400 evra za letove unutar EU duže od 1500 km i sve druge letove od 1500 do 3500 km kao i 600 evra za duže letove od 3500km).

U slučaju **otkazanog leta** važno je praviti razliku da li je otkazivanje opravdano ili ne. Ako prevozioc blagovremeno otkáže let i o tome obavesti putnika ovaj ima pravo na povraćaj prevoznine ili da sačeka sledeći let. Tek ako prevozioc ne otkáže let na vreme i tome ne obavesti putnika, putnik ima pravo na naknadu koja zavisi od dužine leta (vidi go-

¹⁶Case -173/07 Schenkel fus nota C-173/07 Emirates Airlines- Direktion fur Deutschland v Diether Schenkel (2008) ECR I -5237.

¹⁷Član 4. Uredbe.

re iznose), pravo na povraćaj prevoznine ili preusmeravanje na drugi let kao i pravo na pomoć, hranu, prenoćište.¹⁸

Ono što može da stvori problem u praksi je formulacija člana 5/3 Uredbe u kojoj se kaže da prevoznik nije obavezan da isplati naknadu ako dokaže da je otkazivanje leta prouzrokovano izvanrednim okolnostima koje nisu mogle biti izbegnute ni u slučaju preduzimanja svih razumnih mera. Postavilo se pitanje šta su “izvanredne okolnosti”. U preambuli Uredbe se navode primeri radi političke nestabilnosti, meteorološki vremenski uslovi, sigurnosni razlozi itd.

Ovo pitanje je važno, jer se vazdušni prevozioci često pozivaju na “tehničke probleme” tj. tehničke nedostatke kao izvanredne okolnosti. U slučaju C- 549/07 Wallentin –Hermann v. Alitalia. Evropski sud je zauzeo stav da tehnički nedostatak aviona nije izvanredna okolnost koja daje pravo na oslobođenje od odgovornosti.¹⁹

Ovo je logičan stav, jer su izvanredne okolnosti događaji koji se podvode pod višu silu i ono što potiče od rada aviona ne može biti kvalifikovano kao viša sila. Viša sila mora imati pored elementa izvanrednosti i nepredvidljivosti i spoljašnji karakter događaja u odnosu na delatnost a to nema tehnički nedostatak, naprotiv on potiče iz delatnosti prevozioca, za koju on mora i da odgovara. Tehnički nedostatak bi se uz elemente nepredvidljivosti i izvanrednosti događaja kao “unutrašnji” događaj koji ima veze sa delatnošću prevozioca, mogao okarakterisati kao “slučaj”, a on nije razlog za oslobođenje u sistemu objektivne odgovornosti.

Drugi Case C12/11, McDonagh v Ryanair Ltd [2013] ECR daje odgovor na pitanje da li vanredne okolnosti znače samo da avio prevoznik nema odgovornost po članu 7. Uredbe a to je odšteta u paušalnom iznosu ako je do otkazivanja leta došlo zbog vanrednih okolnosti koja je od 250 do 600 evra zavisno od dužine leta, ili se to oslobođenje od odgovornosti odnosi i na član 9. koji reguliše pravo na pomoć (obroci, smeštaj u hotelu, ...)

Putnica Mc Donagh je bila jedan od putnika na letu Faro (Portugalija) za Dublin (Irska) koji je bio zakazan za 17. april 2010.godine. Let je otkazan zbog delimičnog zatvaranja vazdušnog prostora, jer je proradio vulkan na Islandu, i postojala je povećana opasnost za avio saobraćaj. Gđa Mc Donagh je ostala u mestu Faro do 24. aprila kada je bio obezbeđen novi let i za to vreme avio kompanija Rynar nije obezbedila pomoć (besplatan obrok, smeštaj...). Putnica je tužila sudu u Dublinu aviokompaniju i tražila naknadu troškova u iznosu od 1 139 evra na ime troškova

¹⁸Član 5. Uredbe i član 2. (l) Uredbe: Otkazivanje leta znači otkazivanje leta koji je prethodno bio zakazan i na kojem je najmanje jedno mesto bilo rezervisano.

¹⁹ Fus nota(C-549/07, (2008) ECR I-11061)

koje je imala u periodu od 17. do 24. aprila, pozivajući se na tu obavezu avikompanije prema članu 5(1) čl. 9. Uredbe 261/2004.²⁰

Sud u Dublinu je tražio od Suda pravde EU mišljenje da li zatvaranje vazdušnog prostora premašuje vanredne okolnosti i ako prevazilazi da li ta činjenica isključuje odgovornost aviokompanije po članu 5. i 9. Uredbe. Takođe je postavljeno pitanje da li ako postoji obaveza da naknadi troškove pomoći po članu 5. i 9. Uredbe to može biti vremenski i novčano ograničeno.

Rešenje u konkretnom slučaju je zavisilo od tumačenja “vanredne okolnosti” koje nisu mogle da budu izbegnute čak i kad su preduzete sve razumne mere. Kompanija Rynar je tvrdila da se radi o “posebnim vanrednim okolnostima” koje oslobađaju u svakom slučaju kompaniju od odgovornosti, pa prema tome i od obaveze pružanja nege prema članu 5. i 9. Uredbe. Suprotan stav je tumačenje Suda pravde EU.²¹

Sud pravde EU je u odluci iz 2013. godine dao tumačenje primene Uredbe 261/2004. Nakon najnovijih pokušaja avio kompanija da onemoguće primenu Uredbe zbog navodne nesaglasnosti sa Montrealskom konvencijom i opštim pravnim principima prava EU o proporcionalnosti i nedskriminaciji, Sud je zauzeo stav: da EU pravo ne poznaje posebnu kategoriju “posebne vanredne okolnosti”, nego samo: vanredne okolnosti”. U konkretnom slučaju radi se o “vanrednim okolnostima” koja ne oslobađa avio prevozioca da pruži pomoć putniku prema članu 5. i 9. Uredbe. Takođe, ne postoji vremensko i novčano ograničenje ali iznos naknade ne može biti nesrazmeran a to čeni nacionalni sud. Ovo je bio argument nekim autorima da Uredba nije u suprotnosti sa Montrealskom konvencijom i da oba instrumenta mogu da se primene. Evropski sud pravde je pratio ovaj stav ističući da je postojanje Montrealske konvencije i Uredbe dobro.

Sud je takođe konstatovao da pojam “vanredne okolnosti” nije precizno definisan Uredbom. U jednoj ranijoj sudskoj presudi Case 549/07 Walenh v Alitalia, definiše se da je to “događaj koji nije svojstven normalnom obavljanju delatnosti prevozioca i izvan je stvarne kontrole prevozioca zbog svoje prirode i porekla”.²²

U pogledu **kašnjenja leta u polasku** putnik alternativno može imati pravo na negu (besplatan obrok...ili smeštaj u slučaju dugog kašnjenja)

²⁰Član 5. Uredbe reguliše otkazivanje leta a član 9. pravo na pomoć (obroke, smeštaj u hotelu, prevoz između vazdušnih luka do hotela...)

²¹Court of Justice of the European Union PRESS RELEASE No 8/13Luxembourg, 31 January 2013Press and Information Judgment in Case C-12/11 <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-01/cp130008en.pdf>

²²C-549/07 Wallentin-Hermann v Alitalia, judgment of 22 December 2008.

ili pravo na vraćanje novca tj. prevoznine ako let kasni pet i više sati a putnik odluči da odustane od leta. Putnik nema pravo na novčanu naknadu.²³ U pogledu rešenja o kašnjenju iz Montrealske konvencije članom 19. je predviđeno da je prevoznik odgovoran za štetu prouzrokovanu kašnjenjem u prevozu po principu pretpostavljene subjektivne odgovornosti. Cilj člana 6. Uredbe je drugi a to je da pruži pomoć putnicima u slučaju kašnjenja bez obzira na to da li je nastala šteta, dok se prema Montrealskoj konvenciji traži da je zbog zakašnjenja nastala šteta, uzročna veza između štete i zakašnjenja i onda je moguća naknada štete.²⁴

Ima autora koji smatraju da se radi o strogoj objektivnoj odgovornosti, ali nama je bliže stanovište da se u Uredbi ne traži da je šteta nastala, nema potrebe da se utvrđuje uzročna veza između štete zakašnjenja, nema naknade štete nego se daje pomoć za nastalu činjenicu zakašnjenja.²⁵

Sud je zauzeo stav da prekomerno kašnjenje može da izazove dve vrste šteta. Prvo, može izazvati štetu koja je gotovo identična za svakog putnika a obeštećenje je u vidu standardizovane i neposredne pomoći za sve kroz obezbeđenje pića, hrane, smeštaja...

Drugo, putnici koji pretrpe štetu individualno je utvrđuju i naknada može biti samo na individualnoj bazi i ostvariva prema Montrealskoj konvenciji. Sud je zaključio da je Uredba drugačiji oblik intervencije i Montrealska konvencija i Uredba su odvojeni instrumenti, nema preklapanja, pa prema tome nema ni sukoba.

Sledeći slučaj pokazuje problem u tumačenju pojmova koji se koriste u Uredbi kao i stav suda o tome da Montrealska konvencija nema ekskluzivnu primenu.²⁶

²³ Član 6. Uredbe.

²⁴ I o pravnoj prirodi odgovornosti u Uredbi ne postoje jedinstvena mišljenja, Dok je za Montrealsku konvenciju član 19. jasan i predviđa pretpostavljenu subjektivnu odgovornost prevoznika za štetu zbog zakašnjenja, kod Uredbe nije jasno. Stav 14 Uredbe predviđa: U skladu sa Montrealskom konvencijom, obaveze stvarnih vazdušnih prevoznika trebale bi biti ograničene ili u potpunosti isključene kada je događaj prouzrokovan izvanrednim okolnostima koje se nisu mogle izbexi niti preduzimanjem svih odgovarajućih mera. Takve se okolnosti mogu posebno pojaviti u slučajevima političke nestabilnosti, meteoroloških uslova koji onemogućuju izvođenje predmetnog leta, bezbednosnih rizika, neočekivanih nedostataka po pitanju sigurnosti leta i štrajkova koji utiču na operacije stranih vazdušnih prevoznika.

²⁵ Vidi više: Kevin Bartlett, The exclusivity principle and the Montreal Convention, Australia 2014, Cooper grace Ward, <http://www.cgw.com.au/publication/the-exclusivity-principle-and-the-montreal-convention/>

²⁶ European Union: EU Regulation 261 And Compensation For Delay-The Advocate General s Opinion in the references re Sturgeon, John Balfour, Peter Macara,

U slučaju *Sturgeon v Condor* i slučaju *Bock and Lepuschitz v Air France*²⁷ radi se o zajedničkim tužbama povodom kojih su donete presude koje su izazvale iznenađenje u vazduhoplovnoj industriji i akademskim krugovima.

U slučaju porodice *Sturgeon* putnici su nakon prijave za let obavešteni da je njihov let otkazan pa su se sutradan javili na let koji je takođe bio otkazan, pa su na odredište stigli sa 25 sati kašnjenja.

U drugom slučaju *Bocka and Lepuschitz* radilo se takođe o otkazivanju leta gde su putnici stigli na odredište sa 22 sata kašnjenja.

Pred nacionalnim, a to su u ova dva slučaja bili nemački i austrijski sudovi, te situacije su tumačene kao “kašnjenje” a ne kao “otkazivanje” leta. Zato su advokati strana u sporu postavili pitanje Evropskom sudu pravde u vezi tumačenja Uredbe 261/2004. Pitanja su se odnosila na to da li kašnjenje od 22 sata u polasku može da se tumači kao kašnjenje u smislu člana 6. Uredbe i da li se kašnjenje i otkazivanje leta razlikuju u dužini kašnjenja?

Drugo pitanje je bilo kada se radi o otkazivanju leta a ne kašnjenju i da li je za tumačenje pojma otkazan let bitno da li je prevoznik odustao od izvršenja leta?

Pošto Uredba ne definiše prava putnika na naknadu u slučaju kašnjenja leta u polasku, nego samo za otkazivanje leta, Sud je razgraničio pojmove kašnjenje i otkazivanje na sledeći način.

Član 6. Uredbe može se tumačiti da se let smatra zakasnelim ako je obavljen u skladu sa prvobitnim planom a stvarno poletanje kasni u odnosu na red letenja dok se o otkazanom letu radi kad izostane let koji je planiran. Stav suda je da se let u kašnjenju ne može smatrati otkazanim letom samo na osnovu dužine kašnjenja, čak da je ono znatno. Sud je utvrdio da otkaz leta postoji kad je let koji kasni prebačen (rolled over) na drugi let.

Sud je u konkretnim slučajevima zaključio da se kašnjenje leta ne može smatrati kao otkazani let, bez obzira na dužinu kašnjenja, ako je let izveden u skladu sa planiranim prevoziocem. Sud je ocenio da putnici imaju pravo na naknadu u slučaju da let kasni ako su na krajnje odredište stigli najmanje tri sata kasnije od planiranog leta. Sud je zauzeo stav da se u pogledu ostvarivanja prava na naknadu mora postupati na isti način prema putnicima čiji let kasni kao i kod otkazanog

<http://www.mondaq.com/x/186368/Aviation/EU+Regulation+261+And+Compensation+For+Delay+The+Advocate+Generals+Opinion+In+The+References>

²⁷<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-402/07> Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon and Alana Sturgeon v Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) and Stefan Böck and Cornelia Lepuschitz v Air France SA (C-432/07).

leta i da imaju pravo prema članu 7. Uredbe na naknadu ako su stigli na odredište sa tri sata zakašnjenja. Sud pravde je 2009. ustanovio da putnici kojima su pomereni letovi mogu biti tretirani na isti način kao i oni kojima su otkazani letovi što znači da imaju pravo na nadoknadu. Sud pravde je tada odlučio da putnici imaju pravo na nadoknadu od aviokompanija zbog kašnjenja leta od 24 i 22 časa. Sud smatra da putnici kojima kasni let imaju pravo na isti tretman kao i oni kojima je otkazan u posljednjem momentu jer su i jedni drugi pretrpeli istu štetu – izgubljeno vreme.

U obrazloženju presude takođe stoji da je obaveza aviokompanija da nadoknade štetu putnicima zbog kašnjenja leta, u skladu sa principom pravne sigurnosti što znači da i putnici i kompanije moraju znati kakva su im prava i obaveze. Kao još jedan argument, Sud je naveo da se presuda ne odnosi na svako kašnjenje, već samo na duga odlaganja leta.

Sud pravde reaguje na zahtev lokanih sudova članica, ali ne odlučuje o samom sporu. Na lokalnim sudovima je da donesu presudu u skladu sa odlukom Vrhovnog suda, a važiće i za sve buduće slične slučajeve.²⁸

Stav je da Uredba 261/2004 treba da se tumači da vazdušni prevozlac ima odgovornost da plati naknadu štete putnicima za kašnjenja od tri i više sati koja je predviđena Uredbom i da takva obaveza nije nespojiva sa Montrealskom konvencijom i principom proporcionalnosti i pravne sigurnosti. Princip proporcionalnosti ili srazmernosti ima za cilj da odredi vrstu mere ili odgovarajuće sredstvo koje se u tom slučaju može koristiti i znači da sadržina i oblik preduzete akcije. Unije ne smeju prekoračiti onu meru koja je neophodna za ostvarivanje ciljeva Unije.²⁹

Ovo znači da su ugovorom o osnivanju države članice preuzele obavezu da na Uniju prenesu po obimu i vrsti samo ona ovlašćenja koja su neophodna za ostvarivanje u njemu određenih ciljeva zadatka i u tom smislu Unija raspolaže samo dodeljenim ovlašćenjima. Ugovorom iz Lisabona princip proporcionalnosti je ustanovljen kao zajednički princip korišćenja dodeljenih ovlašćenja, dok su bliži uslovi definisani Protokolom o primeni principa supsidijarnosti i proporcionalnosti.

²⁸ <http://www.lexology.com/contributors/647/>

Simon Garrett, Timothy Ingham, Hannah Fletcher and David Walsh, Aviation: passenger compensation for delay, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=90090550-1b6c-4991-ac67-24d8bca948d5>

²⁹ Član 5. st. 4. Ugovora o Evropskoj uniji "U skladu sa principom proporcionalnosti, sadržaj i oblik akcije Unije ne prelaze okvire koji je neophodan za postizanje ciljeva iz ugovora".

Montrealska konvencija je postala sastavni deo pravnog poretka EU. Prethodni problem ukazuju da je potrebna reforma Montrealske konvencije u smislu veće zaštite. Ujedno postojala su realna očekivanja da se neki korišćeni pojmovi kao uskraćen ukrcaj, otkazan let, kašnjenje preciznije odrede.

Odgovor je stigao u Predlogu Komisije EU 2013. godine za izmenu Uredbe 261/2004³⁰.

Donošenje Uredbe 261/2004 je bila jedna od najznačajnijih akcija u oblasti zaštite interesa putnika i ocenjuje se kao jedna od najuspešnijih mera. Od izmena Uredbe očekuje se prvo, definisanje spornih pojmova i to uzimajući u obzir karakteristične stavove sudske prakse i drugo, uvođenje novih mera kojima se dodatno štite prava putnika, naročito mere u cilju efikasne primene obaveza avioprevoznika.

Predloženo je da se član 1. ažurira i proširi uzimajući u obzir relevantnu sudsku praksu. Pojam "otkazivanje leta" sad eksplicitno uključuje letove koji su krenuli, poleteli ali kasnije su morali da skrenu ili da se vrate na aerodrome polaska i to onako kako je rešeno u Case 83/10 Rodriguez v Air France.

Član 14. postojeće Uredbe ne uključuje direktno obavezu da se pruži obaveštenje o stvarnom zakašnjenju ili otkazivanju a predlog novog rešenja daje mogućnost da se ova informacija mora dati najkasnije 30 minuta od nastale situacije.

Uredbom nije direktno predviđeno pravo putnicima u slučaju kašnjenja na novčanu naknadu štete, ali je Case 402/07 ustanovi tu praksu i u Predlogu nove Uredbe je regulisano pravo putnika na novčanu naknadu u slučaju kašnjenja. Novi član 8. predviđa pravo putnika na let preko druge aviokompanije nakon kašnjenja od 12 sati.

Takođe su predviđena i neka nova pravila kao npr. za multimodalni prevoz, pa se predlaže da se polje primene nove uredbe proširuje na sve vidove prevoza koji se kombinuju sa vazдушnim prevozom. <http://eutopialaw.files.wordpress.com/2013/03/261.jpg>

Ocenjuje se da postojeća Uredba predstavlja problem zbog nedosledne primene, jer je znatan broj putnika ostao bez očekivane naknade pa bi donošenje nove rešilo brojne probleme.³¹

³⁰European Commission, COM (2013)130, 2013/0072 (COD)Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council amending Regulation (EC) No 261/2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights and Regulation (EC) No 2027/97 on air carrier liability in respect of the carriage of passengers and their baggage by air)

*Dušanka J. Đurđev, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Montreal Exclusivity versus EU Law

Abstract: *Current air law is a showcase of multilevel regulation. The rights and obligations of airlines and their passengers are governed both by the Montreal Convention and by EU Regulation 261/2004. The EU placed itself in a difficult position by adopting Regulation 261/2004 shortly after it had signed the Montreal Convention. Both instruments provide for different standards for liability. The issue is whether or not the rules in the Convention is exclusive.*

Key words: *Montreal exclusivity, decisions of the Court of Justice of the EU, Regulation EU No 261/2004*

Datum prijema rada: 16.03.2015.

³¹Dr Jeremias Prassl, Montreal Exclusivity versus EU law <http://eutopialaw.com/tag/aviation>)

*Dr Ranko I. Keča, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
rkeca@pf.uns.ac.rs*

*Dr Marko S. Knežević, asistent sa doktoratom
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
markokne@pf.uns.ac.rs*

PARICIONI ROK U SRPSKOM PARNIČNOM POSTUPKU*

Sažetak: *U radu se razmatra paricioni rok – rok za ispunjenje zahteva koji određuje parnični sud u izreci kondemnatorne presude i čiji protek predstavlja uslov za nastupanje izvršnosti. Radi se o primarno materijalnopravnom roku koji ima svoje pravopolitičko opravdanje u vidu obzira prema tuženom, kome se ostavlja dodatni rok u kojem treba da ispuni zahtev bez bojazni da će biti pokrenut postupak izvršenja. On se određuje u presudama u kojima se nalaže ispunjenje činidbe. Iznosi 15 dana za novčane činidbe, a za nenovčane činidbe je moguće da se odredi i duži. U posebnim postupcima postoje odstupanja od opšteg režima. Ukoliko se uopšte ne odredi, i presuda postane pravno-snažna, on iznosi tri dana i teče ex lege. Izuzetno, paricioni rok se može odrediti i u presudama u kojima se nalaže propuštanje ili trpljenje. U svakom slučaju rok se računa od dostave presude stranci kojoj je naloženo ispunjenje obaveze, s tim da ulaganje žalbe deluje suspenzivno u odnosu na njegov protek. Pravno sredstvo za saniranje grešaka suda u pogledu određivanja paricionog roka je žalba. Pravni interes imaju obe stranke u zavisnosti od konkretne greške suda, odnosno štetnosti po njihove pozicije. Greška suda predstavlja pogrešnu primenu materijalnog prava, pa se shodno tome ona sanira ili preinačenjem presude, ili ukidanjem, što zavisi od postojanja potrebnih činjeničnih utvrđenja za odluku o paricionom roku.*

Ključne reči: *paricioni rok, kondemnatorna presuda, izvršnost, paricioni rok za propuštanja i trpljenja, pogrešno određivanje paricionog roka, pogrešna primena materijalnog prava*

* Rad je rezultat rada na naučnoistraživačkom projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

1. POJAM, OPRAVDANJE I PRAVNA PRIRODA PARICIONOG ROKA

1.1. Pojam

Pod paricionim rokom se podrazumeva rok za ispunjenje zahteva koji parnični sud određuje u izreci kondemnatorne presude i čiji je protek uslov za nastupanje izvršnosti presude.

Iako se paricioni rok određuje u parničnom postupku (čl. 345 ZPP),¹ i prema sadašnjoj koncepciji predstavlja isključivu nadležnost parničnog suda (*arg.* čl. 17 st. 2 ZIO),² njegova funkcija nema veze sa parničnim postupkom. Dejstvo paricionog roka je u potpunosti izvršnopravno. Njegov protek je jedan od uslova nastupanja izvršnosti presude, što je osnovna pretpostavka za donošenje rešenja o izvršenju zahteva koji je sadržan u kondemnatornoj presudi (čl. 15 st. 1 i 2 ZIO). Tako gledano, paricioni rok ima dilatorno dejstvo u odnosu na izvršenje – izvršni poverilac i pored pravnosnažne presude ne može da ishodi rešenje o izvršenju ukoliko on još nije protekao.³ Utoliko se čini opravdanim i definisanje paricionog roka kao obezbeđenja „odlaganja izvršenja“ (nem. *Exekutionsstundung*) u korist tuženog.⁴

Paricioni rok se određuje povodom zahteva koji je stranka trebala da ispuni do momenta zaključenja glavne rasprave ili do momenta donošenja presude ako se odluka donosi ranije. Da bi se usvojio kondemnatorni tužbeni zahtev potraživanje mora biti dospelo u momentu zaključenja glavne rasprave, odnosno do momenta donošenja presude (čl. 343 st. 1 ZPP). Izuzetak su one presude kod kojih je moguće usvojiti tužbeni zahtev i povodom nedospelih činidbi (čl. 343 st. 2 i 3 ZPP). Paricioni rok stoga ne

¹ Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS* br. 72/11, 49/13 (US), 74/13 (US) i 55/14.

² Zakon o izvršenju i obezbeđenju – ZIO, *Službeni glasnik RS* br. 31/11, 99/11 (dr. zakon), 109/13 (US), 55/14 i 139/14.

³ U domaćoj teoriji shvatanje paricionog roka kao dilatornog, i to u odnosu na izvršenje, je neupitno; vid. Mihajlo Dika, u: Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Sudsko izvršno pravo*, Zagreb 1984², 142 (§ 24 t. 4); Siniša Triva, Velimir Belajec, Mihajlo Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 1984⁶, 484; Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku, prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Beograd 2009, 751; Borivoje Poznić, Vesna Rakić-Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2010¹⁶, 216 (t. 379); Borivoj Starović, Ranko Keča, *Građansko procesno pravo*, Novi Sad 2004³, 356.

⁴ Radi se o danas opšteprihvaćenom shvatanju austrijske teorije i sudske prakse; sa daljim upućivanjima umesto svih vid. Walter H. Rechberger, in: *Kommentar zur ZPO* (Hrsg. Walter H. Rechberger), Wien 2006³, 1414 (§ 409 Rn. 2). U tom smeru u domaćoj literaturi Aleksandar Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2012⁶, 486 (t. 2561).

predstavlja rok u kojem dospeva dosuđena činidba. U svakom slučaju, nemoguće je odbraniti stav da je paricioni rok ujedno i rok dospelosti – po materijalnom pravu postoji samo jedan rok dospelosti. Paricioni rok prema koncepciji domaćeg prava ima isključivo dejstvo u okviru nastanka prava na prinudno izvršenje.

Paricioni rok u etimološkom smislu, ali i u koncepcijskom za naše pravo, vodi poreklo iz germanskog opšteg prava (nem. *gemeines Recht*). Dolazi od latinskog glagola *parere* (pokoravati se, slušati), što je trebalo da označi rok u kojem dužnik treba da se pokori presudi pre nego što dođe i do prinudnog izvršenja. U tom smislu se on nazivao i rok milosti (nem. *Gnadenfrist*).⁵ Takva koncepcija je preuzeta u reformi austrijskog prava 1895/96. (za razliku od nemačkog), pa je shodno njegovoj recepciji u Kraljevini Jugoslaviji i zadržavanjem takvog kursa sve do danas ona prisutna i kod nas. No, dok se u austrijskoj doktrini odustalo od termina paricioni rok (nem. *Paritionsfrist*),⁶ s obzirom da se danas uniformno govori o „roku za činidbu“ (nem. *Leistungsfrist*), u domaćoj literaturi on se često određuje i kao „rok za dobrovoljno izvršenje“.⁷ Tako je određen i odredbama ZIO kojima se reguliše izvršnost sudske odluke i njegova suština: „Sudska odluka je izvršna ako je postala pravosnažna i ako je protekao rok za dobrovoljno ispunjenje obaveze izvršnog dužnika“ (čl. 15 st. 1 reč. 1 ZIO).⁸ Citirana formulacija ne odražava najpreciznije prirodu roka. Tuženi, kao izvršni dužnik, i po njegovom proteku može dobrovoljno da izvrši dugovanu obavezu. Protek roka ne prekludira tuženog da to učini i kasnije,⁹ pa i nakon pokretanja izvršnog postupka. Tek po proteku paricionog roka tužilac, kao izvršni poverilac, može da ishodi rešenje o izvršenju. Dakle, radi se o čistom dilatornom roku. Izvršenjem dugovane činidbe u okvirima paricionog roka tuženi se, međutim, oslobađa niza tereta vezanih za prinudno ostvarivanje dosuđenog potraživanja.

U sudskoj praksi se ustalilo da se u presudama koje određuje paricioni rok unosi klauzula po kojoj se stranci nalaže ispunjenje činidbe „pod pretnjom prinudnog izvršenja“. U teoriji se smatra da je njeno uno-

⁵ Vid. Christoph G. Paulus, *Zivilprozessrecht*, Berlin ua 2006³, 246-247 (Rn. 527).

⁶ Upor. OGH [Oberstes Gerichtshof – Vrhovni sud] 2 Ob 104/49 vom 30.3.1949, *Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil-(und Justizverwaltung)sachen (SZ)* 22, 1949, Nr. 45.

⁷ Upor. već Srećko Culja, *Građansko procesno pravo Kraljevine Jugoslavije, Sv. 1, Građanski parnični postupak*, Beograd 1936, 614.

⁸ Označavanje paricionog roka u izvršnoj regulativi kao „roka za dobrovoljno izvršenje“ je prisutno u svim posleratnim prethodnicima ZIO.

⁹ Tako i B. Poznić, 751; M. Dika, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1984), 142 (§ 24 t. 4).

šenje suvišno, jer se podrazumeva – s obzirom na izričito određenje u ZIO – da ovlašćena stranka može da zahteva prinudno izvršenje obaveze iz presude ako je izvršni dužnik na vreme ne ispuni.¹⁰ Utoliko unošenje takve klauzule uz paricioni rok nema nikakvo pravno dejstvo, pa njeno izostavljanje ne znači da protekom rok ne nastupa izvršnost. Ipak, ne može se sporiti funkcija takve klauzule u smislu informisanja, odnosno poučavanja tuženog.¹¹ Navedena klauzula je, međutim, suvišna i zbog toga što od suda najčešće ne zavisi, niti on to može garantovati, da će u navedenom slučaju biti pokrenut izvršni postupak. Postupak se, po pravilu, pokreće po načelu dispozicije – po predlogu stranke u čiju je korist dosuđena određena činidba (čl. 2 st. 1 ZIO). Od nje zavisi da li će doći do pokretanja izvršnog postupka i kada. Evidentno je da to ovlašćena stranka ne mora učiniti odmah po proteku paricionog roka. Izuzetno, kada je to posebno propisano, postupak se pokreće po službenoj dužnosti (čl. 2 st. 1 *in fine* ZIO). Ovde se sa sigurnošću može očekivati da će doći do prinudnog izvršenja činidbe ako je stranka ne ispuni za vreme trajanja paricionog roka.¹²

1.2. Opravdanje

Određivanje paricionog roka i njegovo dejstvo u vidu odlaganja izvršenja svoje opravdanje pronalazi isključivo u pravopolitičkim vrednovanjima, odnosno ono nije dogmatički uslovljeno. Kako je rečeno, paricioni rok nije rok dospelosti, i da bi se donela kondemnatorna presuda principijelno je nužno da je činidba već dospela. Prema tome, dogmatička posledica bi pre bila nepostojanje paricionog roka. S obzirom da on predstavlja odlaganje izvršenja, to znači da se tokom njegovog roka zapravo toleriše ponašanje tuženog koje je upravo suprotno nalogu iz presude.¹³

Pravopolitički razlozi za postojanje paricionog roka su s jedne strane u obzirima prema tuženom, i s druge strane u smanjivanju broja izvršnih postupaka. Što se tiče obzira prema tuženom, polazi se od jedne

¹⁰ Srećko Zuglia, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb 1957, 470; B. Poznić, 853; B. Poznić, V. Rakić-Vodinić, 361 (t. 628). Isto rezonuje austrijska doktrina u kritici tamošnje prakse; vid. W. H. Rechberger, in: W. H. Rechberger (Hrsg.), 1441 (§ 417 Rn. 3); Richard Holzhammer, *Österreichisches Zivilprozeßrecht*, Wien-New York 1970, 245.

¹¹ W. H. Rechberger, in: W. H. Rechberger (Hrsg.), 1441 (§ 417 Rn. 3). U tom smislu S. Zuglia, 470 sugeriše da se i pored nepostojanja pravnog dejstva unosi ova klauzula u izreku presude.

¹² Primer za to bi bilo rešenje o novčanom kažnjavanju stranke, s obzirom da se na rešenja shodno primenjuje čl. 345 ZPP (čl. 366 ZPP).

¹³ Na ovaj aspekt ukazuje austrijski Vrhovni sud, doduše na primeru paricionog roka kada se nalaže propuštanje; vid. OGH 4 Ob 337/78 vom 6.6.1978, SZ 51, 1978, Nr. 76.

idealne parnice u kojoj zaista postoji spor stranaka. Sve do donošenja pravnosnažne odluke tuženi je uveren da nema obavezu prema tužiocu. Stoga je opravdano da mu se pre prinudnog izvršenja obezbedi jedan poslednji rok u kojem treba da se pripremi da ispuni obavezu.¹⁴ Utoliko je raniji naziv „rok milosti“ i danas opravdan. Obezbeđivanjem odlaganja izvršenja kroz paricioni rok se postiže i pravno-politički cilj u vidu smanjivanja broja izvršnih postupaka, jer se obezbeđuje tuženom da se pripremi za ispunjenje obaveze.¹⁵

1.3. Pravna priroda

U domaćoj teoriji se smatra da je, bez obzira što je njegovo određivanje propisano procesnom regulativom, reč o roku koji ima materijalno-pravni značaj. Kao presudan argument se ističe da se njime ne određuje rok za preduzimanje parnične radnje, već se određuje rok za ispunjenje građanskopravne obaveze.¹⁶ Suprotno, treba istaći *Fašingovo* shvatanje, po kojem se radi o roku koji ima dvostruku prirodu – procesnu i materijalnu. Ova druga je i za njega preovlađujuća, a razlog za to je odlaganje izvršnosti.¹⁷ U praktičnom rezultatu je isto shvatanje *Jakšića*, s obzirom da materijalnopravnu prirodu paricionog roka vidi takođe u odlaganju izvršnosti.¹⁸

Imperativnost odredaba o paricionom roku u smislu da stranke svojim sporazumom ne mogu odrediti drugačije trajanje ovog roka u odnosu na ono koje je propisano odredbama ZPP, na način koji bi obavezivao sud da ga u presudi odredi u kraćem ili dužem vremenu,¹⁹ na prvi pogled bi govorila u prilog stava o procesnopravnoj prirodi. Naime, pošlo bi se od teze da su procesnopravne odredbe prinudnog karaktera, i da stranke nemaju pravo da svojom voljom odstupaju od njihove sadržine, što je, suprotno, pravilo u materijalnopravnu. Međutim, postoje materijalnopravni rokovi koji su isto tako imperativne prirode i gde je autonomija volje u

¹⁴ M. Dika, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1984), 142 (§ 24 t. 4); B. Poznić, 751; Hans W. Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, Wien 1990², 784 (Rn. 1549).

¹⁵ Upor. B. Poznić, 751.

¹⁶ S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1986), 484 (§ 127 t. 5); M. Dika u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1984), 148 (§ 24 t. 11). B. Poznić, 751. Isti argument se koristi i u većinskoj austrijskoj teoriji i praksi, vid. W. H. Rechberger, in: W. H. Rechberger (Hrsg.), 1415 (§ 409 Rn. 6) sa daljim upućivanjima na praksu; Walter H. Rechberger, Daphne-Ariane Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien 2009⁷, 243 (Rn. 473).

¹⁷ H. W. Fasching, 285-286 (Rn. 584 *in fine*).

¹⁸ A. Jakšić, 486-487 (t. 2561)

¹⁹ Suprotno za austrijsko pravo, s pozivom na sudsku praksu H. W. Fasching, 785 (Rn. 1550), ali samo za slučaj da su se stranke o dužem roku.

tom smislu suspendovana. Reprezentativan primer su rokovi zastarelosti, jer je zabranjeno određivanje kraćeg ili dužeg roka zastarelosti od propisanog (čl. 364 st. 1 ZOO).

Navedena imperativnost, ipak, ne sprečava stranke da nakon određivanja paricionog roka zaključe vanprocesni sporazum kojim će odrediti duže trajanje „paricionog roka“ u odnosu na onaj koji je propisan odredbama ZPP.²⁰ No, i tada to nije striktno menjanje paricionog roka, što bi imalo značaj da presuda ne postaje izvršna dok ne protekne novoodređeni rok. Tada se radi o menjanju supstacijalnopravnog odnosa po pravnosnažnosti presude, i predstavlja opozicioni razlog koji sprečava izvršenje. Reč je o odlaganju ispunjenja (nem. *Studung*) kao jednom vidu zaustavljanja izvršnog zahteva (izvršnog potraživanja). Po osnovu ovog sporazuma izvršni dužnik može izjaviti prigovor protiv rešenja o izvršenju ako je postupak pokrenut pre isteka roka određenog u sporazumu stranaka kojim je ispunjenje odloženo u roku koji je duži od paricionog roka sadržanog u presudi.²¹

Materijalnopravna priroda paricionog roka ima za osnovu posledicu primenu materijalnopravnih odredaba o održanju rokova.²² Dalje, propuštanje roka ne rezultira prekluzijom, jer tuženi i dalje može dobrovoljno ispuniti svoju obavezu, te se iz navedenog razloga ne može zahtevati vraćanje u predašnje stanje.²³ Smrt stranke ne prekida njegovo trajanje.²⁴

2. DUŽNOST SUDA DA ODREDI PARICIONI ROK

2.1. Dužnost s obzirom na sadržaj kondemnatornog tužbenog zahteva

2.1.1. Nalog za ispunjenje činidbe

Kako u matičnoj odredbi o paricionom roku (čl. 345 ZPP), tako i u drugim odredbama u kojima se on spominje u ZPP (čl. 440 st. 1, 452 st. 1, 479 st. 5, 486 t. 2, 493 st. 4), govori se samo o roku za ispunjenje činidbe. Pri tome se pod izvršenjem činidbe podrazumeva aktivno držanje tužene stranke koje se može sastojati u određenom davanju ili činjenju, ili kako se

²⁰ B. Poznić, 751.

²¹ O opozicionim razlozima protiv rešenja o izvršenju opširnije vid. Marko Knežević, „Krug opozicionih razloga u prigovoru protiv rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (ZboNS)* 4/2014, 329-357.

²² M. Dika, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1984), 148 (§ 24 t. 11); B. Poznić, 751.

²³ B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, 360-361 (t. 628). Suprotno H. W. Fasching, 785 (Rn. 1549 *in fine*) vidi nemogućnost vraćanja u predašnje stanje u okolnosti da se radi o materijalnopravnom roku, s obzirom da se ne odnosi na preduzimanje procesne radnje.

²⁴ B. Poznić, 751.

to još naziva u literaturi – „pozitivne činidbe“.²⁵ Prema tome, s obzirom na redakciju norme, kao opšte pravilo postoji dužnost suda da u svim kondemnatornim presudama u kojima se nalaže nekakva činidba odredi i paricioni rok. Radi se o službenoj dužnosti suda koja nije uslovljena traženjem stranaka. Razlika koja postoji između novčanih i nenovčanih činidbi tiče se trajanja paricionog roka, a ne dužnosti suda da ga odredi.²⁶

Izuzetak od opšteg pravila za činidbe predstavljaju slučajevi u kojima je moguće da se usvoji zahtev koji još nije dospelo (čl. 343 st. 2 i 3 ZPP). S obzirom da se tada tuženom nalaže da ispuni činidbu *pro futuro*, i to po dospelosti, funkciju paricionog roka u smislu izvršnosti preuzima upravo momenat dospelosti.²⁷ Ne bi bilo svrhe, spram opravdanja paricionog roka, da se pored dospelosti određuje i dodatno paricioni rok; dužniku je sa donošenjem presude jasno da je autoritativno utvrđena njegova obaveza.

Paricioni rok se određuje bez obzira na broj postavljenih zahteva za činidbu. Ako se presudom usvaja više kumulativno spojenih zahteva tada se za svaki od zahteva može odrediti paricioni rok različitog trajanja što zavisi od prirode činidbe na koju se pojedini zahtev odnosi. Kod usvajanja jednog od eventualno kumuliranih zahteva paricioni rok se određuje prema dosuđenoj činidbi. Kod alternativno postavljenog zahteva – onda kada je on uopšte dopušten – paricioni rok bi trebalo da se odredi shodno prirodi predmeta kojim tuženi može ispuniti dugovanu obavezu ako se želi poštovati pravo te stranke da sama odredi činidbi kojom će ispuniti svoju obavezu. Postavlja se pitanje da li je navedeni pristup ostvariv. Ako se radi o alternativno postavljenom zahtevu kod kojeg za svaki od predmeta može biti određen paricioni rok u različitom trajanju jer je, na primer, jedan predmet isplata određenog novčanog iznosa a drugi nenovčana činidba, tužilac, odnosno izvršni poverilac, istekom paricionog roka određenog za novčanu činidbu stiče pravo da zahteva ispunjenje te činidbe bez obzira što još nije protekao rok za ispunjenje nenovčane. Isto važi i ako se radi o nenovčanim činidbama za koje je određen paricioni rok u različitom trajanju.

2.1.2. Nalog za propuštanja i trpljenja

Odredba čl. 345 st. 1 ZPP je formulisana tako da bi se uopšte određivanje paricionog roka vezivalo samo za one kondemnatorne presude kojima se tuženoj stranci nalaže „izvršenje neke činidbe“. Prema doslov-

²⁵ Tako S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1984), 483 (§ 127 t. 5)

²⁶ Za kritiku da za sve nenovčane činidbe treba da se određuje paricioni rok vid. Srećko Zuglia, u: Srećko Zuglia, Siniša Triva, *Komentar Zakona o parničnom postupku II*, Zagreb 1957, 111-112.

²⁷ M. Dika, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1984), 143 (§ 24 t. 7).

nom značenju citirane odredbe rok se ne bi određivao ako se radi o kondemnatornoj presudi kojom se tuženom nalaže propuštanje ili trpljenje.²⁸ Na podlozi ranijih rešenja (ZPP 76 i ZIP 78) formirani su različiti stavovi povodom ovog pitanja. Po jednom, paricionom roku u takvim presudama nije bilo mesta.²⁹ U prilog tome se isticalo da je to opravdano s obzirom na funkciju paricionog roka, jer bi bilo suvišno određivati rok izvršnom dužniku da se pripremi za propuštanje ili trpljenje.³⁰ Suprotno, *Poznić* je bio shvatanja da je sud izuzetno povodom ovakvih presuda mogao da odredi paricioni rok, onda kada bi okolnosti nalagale da je tuženom potrebno da se obezbedi određeno vreme kako bi mogao da postupi po izreci presude kojom se nalaže ispunjenje negativne činidbe u vidu propuštanja ili trpljenja.³¹

Dilema je, međutim, rešena već donošenjem Zakona o izvršnom postupku 2004. godine,³² s obzirom da se izričito spominjala takva mogućnost. Naime, u čl. 32 st. 2 je bilo predviđeno da „Sudska odluka kojom je naloženo trpljenje ili nečinjenje izvršna je kad postane pravnosnažna, osim ako je u izvršnoj ispravi određen rok za usklađivanje ponašanja izvršnog dužnika s tom obavezom“. Stoga je jasno bilo da je zakonodavac, pa makar i posredno, računao na to da se i u presudi u kojoj se nalaže propuštanje moguće da se odredi paricioni rok. No, on se nije nazivao „rok za dobrovoljno ispunjenje“, već „rok za usklađivanje ponašanja“. ZIO je preuzeo takvo rešenje (čl. 15 st. 2 ZIO), pa se tako sistemskim tumačenjem dolazi do odgovora na postavljeno pitanje.³³ Sud može da odredi paricioni rok i u kondemnatornim presudama u kojima se nalaže propuštanje ili trpljenje. Ukoliko sud, ipak, ne odredi paricioni rok u tom slučaju, izvršnost presude u kojoj je sadržan zahtev za propuštanjem ili trpljenjem nastupa po njenoj pravnosnažnosti (čl. 15 st. 2 ZIO).

S obzirom da pozitivnopravni propisi više od rečenog ne spominju povodom paricionog roka za propuštanja i trpljenja, osnovno je pitanje u kojim slučajevima je potrebno da se on odredi. Za hrvatsko pravo, koje je redakcijski za ovaj problem isto kao i domaće, *Dika* navodi samo primer kada će postojati potreba da se ostavi rok tuženom da „usklađi svoje ponašanje“ sa svojom obavezom koja se sastoji u propuštanju. To će biti slučaj kada tuženom treba ostaviti vreme da bi prestao sa određenom de-

²⁸ Isto bi proizilazilo i iz jezičkog tumačenja aGrpp, upor. § 409.

²⁹ S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1986), 483 (§ 127 t. 5); M. Dika u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1984), 142 (§ 24 t. 5).

³⁰ M. Dika u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1984), 142 (§ 24 t. 5)

³¹ B. Poznić, 753.

³² ZIP, *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 125/04.

³³ U rezultatu tako i A. Jakšić, 486 (t. 2560).

latnošću, npr. da bi zaustavio pogon kojim se zagađuje okolina.³⁴ Od koristi bi bilo, međutim, istaći stavove austrijske prakse i teorije o ovom pitanju. Naime, u austrijskom pravu ne postoji redakcijski oslonac za rešavanje pitanja mogućnosti određivanja paricionog roka u presudama gde se nalaže propuštanje. Sve do 80tih godina prošlog veka praksa je negirala takvu mogućnost. Do preokreta je došlo pod uticajem literature, pa se tako iskristalisao stav da je i kod naloga za propuštanje, čije je ispunjenje ipak uslovljeno određenom aktivnošću tuženog (iako se ona kao takva i ne spominje u izreci presude), dopušteno određivanje paricinog roka.³⁵ Tako, primera radi, kod zabrane korišćenja firme, s obzirom da dužnik radi omogućavanja poslovanja mora da promeni firmu;³⁶ slično i za zabranu korišćenja nedopuštenih odredbi u opštim uslovima poslovanja, jer je razumno da se ostavi vreme da se fizički promene opšti uslovi poslovanja.³⁷ Ideja koja je podloga ovom stavu je svakako opravdanje paricionog roka.

Navedeno austrijsko shvatanje se može prihvatiti i za domaće pravo. Ukoliko se radi o čistom propuštanju, nema nikakvog opravdanja da se dodatno omogućiti tuženom da se ponaša na način koji je doveo do usvajanja tužbenog zahteva kojim mu se upravo zabranjuje takvo ponašanje. Primera radi, ne postoje stvarni razlozi koji bi opravdali određivanje paricionog roka u presudi u kojoj se tuženom nalaže da prestane sa prodajom neovlašćeno fotokopiranih primeraka jednog autorskog dela. Ideja koja je podloga ovom stavu je svakako opravdanje paricionog roka. Tuženi, principijelno ni ne zna do pravnosnažne presude da postupa protivno jednoj materijalnopravnoj dužnosti nečinjenja. Ukoliko je propuštanje povezano sa njegovim aktivnim radnjama, treba mu obezbediti vreme da preduzme takve radnje. Dakle, radi se o uvažavanju interesa tuženog, jer upravo u tim situacijama momentalna izvršnost bi mogla da bude nesrazmerna.

³⁴ Mihajlo Dika, *Građansko ovršno pravo*, Zagreb 2007, 237 fn. 350 (§ 65 t. 1).

³⁵ Suprotno, ako se radi o tzv. čistom propuštanju (*reine Unterlassung*), paricioni rok ne može da se odredi. Vid. OGH 4 Ob 130/03a vom 7.10.2003, SZ 2003, Nr. 115 = *Juristische Blätter (JBl)* 2004, 443.

³⁶ OGH 4 Ob 1/89 vom 7.2.1989, *wirtschaftsrechtliche blätter (wbl)* 1989, 217, i to saglašavajući se sa *Šenherovom* (*Schönherr*) kritikom shvatanja istog veća u odluci 4 Ob 349/75 vom 2.12.1975, SZ 48, 1975, Nr. 128 = *Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht* 1976, 79.

³⁷ Upor. OGH 4 Ob 130/03a vom 7.10.2003, SZ 2003, Nr. 115 = *JBl* 2004, 443: „Tuženi može da ispuni zahtev za propuštanje samo na taj način da promeni opšte uslove poslovanja. Njemu se, međutim, ne zabranjuje da u prometu sa potrošačima koristi opšte uslove poslovanja, već mu je samo zabranjeno da koristi određene klauzule. Stoga se tuženi ne može uputiti da svoje opšte uslove poslovanja štambiljom proglasi nevažećim u odnosu na potrošače. Na osnovu toga se pokazuje opravdanim da se obezbedi rok od tri meseca za modifikaciju opštih uslova poslovanja.

2.2. Dužnost s obzirom na instancu

Odredba čl. 345 ZPP se pre svega odnosi na prvostepeni postupak, i pitanje dužnosti određivanja paricionog roka u prvostepenoj presudi je van svakog spora. Problemi se javljaju u kontekstu drugostepene presude, ali i revizijske, i imaju svoje ishodište u teoretskom shvatanju drugostepene, odnosno revizijske presude kojom se odbija pravni lek i potvrđuje napadnuta presuda.

U slučaju da se drugostepenom presudom žalba protiv prvostepene presude u kojoj je sadržan paricioni rok odbija, drugostepeni sud ne određuje nov paricioni rok, već rok iz prvostepene presude počinje da teče iznova. Naime, podloga za ovaj stav je shvatanje većinskog dela domaće teorije u pogledu prirode odbijanja žalbe i potvrđivanja prvostepene presude. Takva presuda drugostepenog suda ne stiče svojstvo (materijalne) pravnosnažnosti, jer samo potvrđuje prvostepenu (čl. 387 st. 1 t. 2 ZPP) – ona postaje pravnosnažna, jer se otklanja supsenzivnost koja je nastupila ulaganjem žalbe.³⁸ Drugim rečima, „uspostavlja se pravnosnažnost pobjane prvostepene presude“.³⁹ Shodno učenju o prekidu paricionog roka ulaganjem žalbe, što je nužna posledica ovog shvatanja, on samo počinje iznova da teče od dostave drugostepene presude. Prema suprotnom, manjinskom shvatanju domaće teorije o prirodi odbijanja žalbe i potvrđivanja prvostepene presude, obe presude postaju pravnosnažne, ali je drugostepena presuda jedina merodavna.⁴⁰ Posledica toga bi bio stav da je ulaganje žalbe dovelo do toga da paricioni rok nije ni počeo da teče, pa bi

³⁸ Za najisprniju argumentaciju vid. Mihajlo Dika, *Gradansko parnično pravo, Pravni ljevovi*, Zagreb 2010, 217 i dalje; vid. i S. Zuglia, 478; Jože Juhart, *Civilno procesno pravo FZR Jugoslavije*, Ljubljana 1961, 446, prema B. Poznić, V. Rakić-Vodinić, 408 (t. 713); S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1984), 581 (§ 149 t. 3 *in fine*);

³⁹ S. Zuglia, 478, koji ispravno napominje da takvo uspostavljanje ne deluje *ex tunc*, tj. od momenta kada bi ta presuda postala pravnosnažna da nije bilo neosnovane žalbe, nego *ex nunc*, tj. od momenta kada stupi na snagu presuda kojom je odbijena žalba i potvrđena napadnuta presuda.

⁴⁰ Izričito B. Poznić, V. Rakić-Vodinić, 408 (t. 713), prihvatajući učenje *Blomejera* (*Blomeyer*); upor. Arwed Blomeyer, *Zivilprozessrecht*, Berlin ua 1963, 543 (§ 102 I 2). Treba spomenuti da (austrijsku) treću varijatnu shvatanja o prirodi drugostepene presude kojom se odbija žalba i potvrđuje prvostepena, da to predstavlja odluku o predmetu spora, pa je jedino ona pravnosnažna, u domaćoj doktrini niko ne zastupa; upor. R. Holzhammer (1970), 268; H. W. Fasching, 915 (Rn. 1814). Ovo shvatanje, ipak, treba dovesti u vezu sa izričitim određenjem aGrpp, po kojem odbijanje priziva podrazumeva presuđenje u meritumu, upor. § 497 st. 1 aGrpp. Tako nešto ZPP ne sadrži kao pravilo, već suprotno govori o „odbijanju žalbe i potvrđivanju prvostepene presude“ (čl. 387 st. 1 t. 2). Izuzetak je obavezna drugostepena rasprava, kada se, izgleda, uvek odlučuje o zahtevima stranaka (čl. 383 st. 4).

drugostepeni sud morao sam da ga odredi, koji bi se opet računao od dostave drugostepene presude. Prema tome, vidi se da ova dva shvatanja, za ovaj problem, nemaju praktične razlike.

U slučaju preinačenja presude kojim se usvaja prethodno odbijeni tužbeni zahtev, u drugostepenoj presudi se mora odrediti paricioni rok za izvršenje činidbe, jer taj rok nije bio sadržan u presudi kojom je odbijen tužbeni zahtev.

S obzirom na rečeno, u revizijskoj presudi se određuje paricioni rok samo u slučaju da je u obe niže instance tužbeni zahtev odbijen. U suprotnom, revizijskom presudom se ili odbija revizija i potvrđuje se obe presude, ili samo drugostepena, ili se usvaja revizija, preinačuje drugostepena presuda tako što se potvrđuje prvostepena.

3. TRAJANJE PARICIONOG ROKA

3.1. Novčane činidbe

Za novčane činidbe je predviđen rok od 15 dana (čl. 345 st. 2 reč. 1 ZPP). S obzirom da se radi o imperativnoj odredbi o zakonskom roku, ne postoji mogućnost da sud u opštem parničnom postupku odredi kraći ili duži rok. Drugačiji rokovi su predviđeni u posebnim postupcima, ali i tada se radi o zakonskom roku.

3.2. Nenovčane činidbe

Kada se radi o nenovčanim činidbama paricioni rok predstavlja sudski rok koji se posebno određuje za konkretan slučaj, s tim da ne može biti određen u kraćem roku od onog zakonskog; „sud može odrediti duži rok” (čl. 345 st. 2 reč. 2 ZPP) – *argumentum a contrario* ne može odrediti kraći rok od onog zakonskog.⁴¹ Ne isključuje se da bude određen u istom trajanju. Odredba je formulisana na način koji pretpostavlja da se ovaj rok, po pravilu, određuje u istom trajanju kao i onaj zakonski. Duži rok ima značaj izuzetka koji je opravdan ako sud smatra da, zbog prirode dosuđene činidbe, obavezu nije moguće ispuniti u okvirima zakonskog roka.⁴² Prilikom određivanja roka koji je duži od onog zakonskog potrebno je voditi računa da taj rok bude određen u primerenom trajanju s obzirom

⁴¹ O pravopolitičkoj kritici takvog uređenja vid. Srećko Zuglia, u: Srećko Zuglia, Siniša Triva, 111-112; Samuel Kamhi, *Građanski sudski postupak*, Sarajevo 1961³, 402.

⁴² B. Poznić, 752 kao primere navodi isporuku robe koju tek treba proizvesti ili izgradnju objekta.

na interes tužioca i mogućnosti tuženog,⁴³ ali i o tome da se radi o već dospeloj obavezi. Nije bez značaja vreme dospeća te obaveze. Ako je parnica pokrenuta po njenom dospeću razložno je da ovaj rok bude kraćeg trajanja od roka koji se odnosi na činidbu koja je dospela neposredno pre donošenja presude, jer je parnica pokrenuta pre dospeća dugovane obaveze. Relevantna može biti i dužina trajanja parničnog postupka. U svakom slučaju, u obrazloženju presude treba da bude sadržano i obrazloženje dužine roka koji je sud odredio.⁴⁴

3.3. Propuštanja i trpljenja

Trajanje paricionog roka u kondemnatornim presudama u kojima se nalaže propuštanje ili trpljenje se ne spominje u pozitivnopravnim propisima. Kako je rečeno, jedino što je propisano – i to posredno – jeste mogućnost suda da ga odredi. S obzirom na to, postavlja se pitanje minimuma i maksimuma ovog sudskog roka. S jedne strane bi se analogijom sa uređenjem u pogledu nenovčanih činidbi moglo doći do rešenja da je rok od 15 dana minimum. Međutim, za takvo opšte rešenje nema opravdanja, jer cilj paricionog roka kod naloga za propuštanje nije obezbeđivanje tuženom minimalnog trajanja odlaganja izvršenja. Upravo zato se on ne određuje uvek, već samo kada je nužno da se ostavi vreme tuženom da preduzme radnje koje su povezane sa njegovim propuštanjem. Prema tome, ako se već određuje paricioni rok za propuštanje, on hipotetički može biti i kraći od 15 dana, ili osam u posebnim postupcima (pre svega u privrednom sporu), a svakako može biti i duži. Upravo će konkretan razlog za samo određivanje paricionog roka biti i parametar određivanja njegovog trajanja. U svakom slučaju je i ovde, kao i kod određivanja dužeg roka za nenovčane činidbe, nužno da sud obrazloži određivanje roka u određenom trajanju.

3.4. Posebni parnični postupci

U ZPP su za posebne postupke predviđena odstupanja od opšteg režima iz čl. 345 st. 2 ZPP. Ona se mogu podeliti u tri grupe.

Prva modifikacija podrazumeva da je rok za novčane činidbe osam dana, a da je minimum za nenovčane činidbe isto toliko. Takav je slučaj u

⁴³ U predratnom Građanskom parničnom postupku (§ 505 st. 2), po uzoru na austrijsko pravo (§ 407 st. 2 aGrpp), za paricioni rok koji se odnosio na izvršenje radnje ili posla bilo je predviđeno da se on određuje s obzirom na „lične prilike obavezanikove“ (nem. „*personliche Verhältnisse der Verpflichteten*“). Bliže o parametrima vid. Stavre Filipče, „Za značenje na paricioni rok i na klauzulata «po strah na prisilno ispolnivanje» vo presudata“, *Pravna misla* 1-2/1970, 46-47.

⁴⁴ B. Poznić, 752.

bagatelnom (čl. 479 st. 5 ZPP), privrednom (čl. 486 t. 2 ZPP) i potrošačkom sporu (čl. 493 st. 4 ZPP).

Druga modifikacija postoji u radnom sporu, gde je nevezano za pitanje činidbe (novčana ili nenovčana) paricioni rok osam dana (čl. 440 st. 1 ZPP). U tom smislu, barem što se tiče jezičkog i sistemskog nivoa tumačenja, sud u radnom sporu i povodom nenovčanih činidbi određuje paricioni rok od osam dana; produžavanje, *a contrario*, ne bi dolazilo u obzir.

Poslednja, treća modifikacija opšteg režima u ZPP je predviđena za spor povodom kolektivnog ugovora o radu i posesorni spor. Sud je u ovom sporovima ovlašćen da sam odredi rok, odnosno, nije propisan zakonski minimum njegovog trajanja (*arg.* čl. 452 st. 1, 445 st. 2 ZPP).

4. RAČUNANJE PARICIONOG ROKA

4.1. Opšte pravilo

Paricioni rok se računa od dana dostavljanja presude stranci kojoj je naloženo ispunjenje činidbe (čl. 345 st. 3 ZPP; čl. 15 st. 1 reč. 2 ZIO), čime se, kako se navodi, sprovodi princip da presuda ima dejstvo prema stranci od dostavljanja.⁴⁵ To znači da objavljivanje presude, što je u ZPP apsolutna dužnost prvostepenog suda, nema nikakav uticaj na računanje paricionog roka.

4.2. Prvostepene presude

Paricioni rok određen u prvostepenoj presudi se računa od dana dostavlja presude stranci. Problem se javlja u kontekstu paralelnog toka roka za izjavljivanje žalbe. Postavlja se pitanje uticaja izjavljivanja žalbe na tok paricionog roka s jedne strane, i pitanje sinhronosti roka za žalbu i paricionog roka s druge strane.

4.2.1. Uticaj ulaganja pravnog leka

Nepodeljeno je shvatanje teorije i prakse da ulaganje žalbe prekida tok paricionog roka.⁴⁶ On ponovo počinje da teče iznova od dostave drugostepene presude kojom je prvostepena potvrđena. U dogmatičkom smi-

⁴⁵ B. Poznić, 753.

⁴⁶ M. Dika u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, 148 (§ 24 t. 12) A. Jakšić, 487 (t. 2564); Odluka Okružnog suda u Rijeci Gž 1995/81 od 24.2.1982, *Pregled sudske prakse* 20, 1982, br. 144; Tako i u rezultatu B. Poznić, 753; B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, 360 (t. 628).

slu, međutim, postoje različiti stavovi. S jedne strane se ističe da ulaganje žalbe suspenzivno deluje u odnosu na dejstva presude, a to su kod kondemnatornih pravnosnažnost i izvršnost.⁴⁷ S druge strane se ističe da ulaganje sprečava samo pravnosnažnost, a tek putem toga i izvršnost, s obzirom na opšte pravilo ZIO.⁴⁸ Ispravno je rezonovati da ulaganje pravnog lega *per se* podrazumeva prekid paricionog roka, a tek se kroz to sprečava izvršnost. Naime, ulaganje žalbe podrazumeva da je sprečeno nastupanje pravnosnažnosti i da je prekinut paricioni rok. Po pravilu, dakle, u oba smera je sprečena izvršnost. Tada se može prigovoriti da je rečeno suvišno. No, postojanje izuzetaka opravdava da se insitira na jasnoj distinkciji. Jer, postoji mogućnost da i pored ulaganja žalbe paricioni rok teče, pa da i po njegovom proteku presuda postaje (privremeno) izvršna. To su slučajevi u kojima zakon ističe da „žalba ne odlaže izvršenje“, što ne isključuje da za izvršnost mora da protekne paricioni rok, već upravo suprotno. Presuda u kojoj se nalaže tuženom da isplati iznos do 300 evra fizičkom licu postaje izvršna kada protekne paricioni rok, bez obzira na uloženu žalbu. Prema tome, suspenzivnost žalbe – što je pravilo – podrazumeva da se sprečava nastupanje pravnosnažnosti i da se prekida paricioni rok. Spomenuto zakonsko određenje koje postoji za takve slučajeve, da „žalba ne odlaže/zadržava izvršenje“ (čl. 368 ZPP; čl. 15 st. 6 ZIO), ne znači da je time za nastupanje izvršnosti protek paricionog roka nebitan. Time se samo govori da tada nema mesta integralnoj primeni čl. 15 st. 1 ZIO po kome je za izvršnost presude nužna pravnosnažnost i protek paricionog roka, već parcijalnoj, po kojoj pravnosnažnost ne utiče na izvršnost. Stoga je opravdano govoriti o suspenzivnom dejstvu žalbe u odnosu na pravnosnažnost i protek paricionog roka. To što po pravilu dolazi do obe suspenzije, pa se zato suspenduje izvršnost, ne menja ništa upravo zbog spomenutih izuzetaka u vidu privremene izvršnosti.

U svakom slučaju ulaganje žalbe samo za sebe ne dovodi do prekida paricionog roka, već je nužno i da je žalba dozvoljena. Prema tome, odbacivanje žalbe ne znači da paricioni rok ponovo počinje da teče od dostave rešenja o odbacivanju. U slučaju povlačenja žalbe, s obzirom na opštu posledicu – kao da žalbe nije ni bilo – uzima se kao da nije ni došlo do prekida paricionog roka.⁴⁹ Odricanje od žalbe nema nikakav uticaj na paricioni rok, pa čak i kada ono usledi pre nego što je rok počeo

⁴⁷ B. Poznić, 874; S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1986), 544 (§ 143 t. 6).

⁴⁸ M. Dika, u: S. Triva, M. Dika, V. Belajec (1984), 148 (§ 24 t. 12); B. Starović, R. Keča, 384.

⁴⁹ B. Poznić, 753.

da teče.⁵⁰ Kako to još *Culja* ističe, odricanje od žalbe ne znači da se stranka odriče i paricionog roka.⁵¹

4.2.2. Problem različitog roka za žalbu i paricionog roka

Paricioni rok koji se odnosi na ispunjenje novčane činidbe se, po pravilu, određuje u istom trajanju kao i rok u kojem je dopuštano izjavljivanje žalbe (čl. 367 st. 1, 479 st. 3, 493 st. 2 ZPP). Izuzetak su parnice iz radnih odnosa, gde je paricioni rok osam dana (čl. 440 st. 1 ZPP), a rok za žalbu 15, kao i privredni sporovi koji nisu bagatelni, u kojima je rok za žalbu 15 dana, a paricioni rok za novčane činidbe osam, a za nenovčane može da bude duži, što ne isključuje da bude kraći od 15 dana. S druge strane, u sporovima povodom kolektivnih ugovorova i u državnim sporovima rok za žalbu je osam dana, ali paricioni rok može da bude kraći (*arg.* čl. 445 st. 2, 452 st. 1 ZPP). U jednom delu teorije se zastupa stav po kojem, bez obzira što navedeni rokovi vremenski koincidiraju, to ne znači da se radi o njihovoj „suštinskoj uzajamnoj uslovljenosti“.⁵² Stav se zasniva na okolnosti da pravnosnažnost presude može nastupiti pre njene izvršnosti kada se radi o izvršenju nenovčanih potraživanja kod kojih paricioni rok može biti određen u dužem trajanju od 15 dana – dakle, duži od roka u kojem se po pravilima opšteg parničnog postupka može podneti žalba. Ipak, do krizne situacije dolazi u obrnutoj situaciji – ukoliko je paricioni rok kraći od roka za žalbu. To će biti slučaj u državnim parnicama ako je određen paricioni rok kraći od osam dana, u radnim sporovima, u slučaju da se presudom održava platni nalog na snazi,⁵³ ili u privrednom sporu koji nije bagatelni i u kojem je paricioni rok kraći od 15 dana. Prema tome, ovde se postavlja pitanje nužnosti sinhronizacije oba roka. Jer, ukoliko paricioni rok protekne, a još nije protekao rok za žalbu, onda svakako presuda ne postaje izvršna. Literatura je saglasna da tada dolazi faktički do produžavanja paricionog roka.⁵⁴ Ovom shvatanju se tre-

⁵⁰ Tako nešto je moguće, s obzirom da odricanje od žalbe može da usledi već po objavljivanju presude (čl. 361 st. 1 ZPP), što svakako prethodi dostavi presude. Tada zapravo nema više mogućnosti da se paricioni rok prekine.

⁵¹ S. Zuglia, 460.

⁵² S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1986), 484 (§ 127 t. 5). O nužnosti strogog razlikovanja ova dva rok upor. B. Poznić, 879.

⁵³ Paricioni rok tada iznosi osam dana, a rok za žalbu je 15 dana, naravno ukoliko se ne radi o bagatelnom sporu.

⁵⁴ M. Dika u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1984), 149 (§ 24 t. 12); B. Poznić, 753. S. Culja, 615. To je ujedno i shvatanje austrijske teorije i prakse, gde je danas problem gotovo uvek prisutan. Naime, od Novele aGrpp 1983. rokovi za izjavljivanje prvih lekova (priziva i revizije) su povećani na četiri nedelje, a paricioni rok je

ba prikloniti, jer pokazuje realnost. Ono u prvi plan stavlja funkciju paricionog roka, a to je isključivo odlaganje izvršenja, odnosno bliže odlaganje izvršnosti. Tako, reći da se ne produžava paricioni rok, a istovremeno konstatovati da presuda ipak nije izvršna, znači zanemariti suštinu. Jer, dužniku je svejedno iz kog razloga on još uvek može da ispuni činidbu bez bojazni da će u suprotnom biti određeno izvršenje. Suština je da on ima na raspolaganju rok koji mu garantuje odlaganje izvršenja.

4.3. Drugostepene presude; revizijske presude

Paricioni rok u drugostepenoj presudi (bilo kao potvrđivanje roka iz prvostepene presude ili kao novoodređeni rok, vid. gore) počinje da teče od dostave presude. Nema razlike u odnosu na drugostepenu presudu kojom je odbijena žalba i potvrđena prvostepena presuda i one u kojoj je preinačena prvostepena presuda. S obzirom da je revizija vanredni pravni lek, njeno ulaganje nema suspenzivno dejstvo u odnosu na paricioni rok (čl. 406 ZPP).

Što se tiče revizijske presude, rečeno za drugostepene važi *mutatis mutandis*.

4.4. Računanje paricionog roka u slučaju da u pravnosnažnoj presudi nije određen

Iako je apsolutna dužnost parničnog suda da odredi paricioni rok u kondemnatornoj presudi u kojoj se nalaže ispunjenje činidbe, zamislivo je da se to ne desi i da takva presuda postane pravnosnažna. Predratno pravo, po uzoru na austrijsko, nije sadržalo rešenje. Sadašnje shvatanje koje je vladajuće u Austriji polazi od toga da paricioni rok kao odlaganje izvršenja ne teče *ex lege*, već samo ako ga parnični sud odredi. Shodno tome, pravnosnažna presuda u kojoj nije određen postaje izvršna odmah po pravnosnažnosti.⁵⁵ Ovakvo shvatanje u pogledu konstitutivnog delovanja paricionog roka se zapravo potvrdilo u svim posleratnim kodifikacijama izvršnog postupka do ZIO. Naime, bilo je izričito predviđeno da u tom slučaju izvršni sud treba da sam odredi paricioni rok (čl. 20 st. 2 ZIP 78; čl. 20 ZIP 2000; čl. 34 st. 2 ZIP). Rečeno se u većinskoj teoriji shvatalo u prilog negiranja *ex lege* trajanja roka – izvršni sud je u rešenju o izvršenju

ostao 14 dana. Upor. W. H. Rechberger, in: W. H. Rechberger (Hrsg.), 1415 (§ 409 Rn. 7); H. W. Fasching, 785 (Rn. 1552); W. H. Rechberger, D.-A. Simotta, 485 (Rn. 914).

⁵⁵ Sa daljim upućivanjima na praksu vid. H. W. Fasching, 784 (Rn. 1549). W. H. Rechberger, in: W. H. Rechberger (Hrsg.), 1414 (§ 409 Rn. 2)

trebao da odredi rok, pa bi tako određeno izvršenje delovalo sa rezultivnim uslovom.⁵⁶

Donošenjem ZIO uneta je krupna promena, jer odgovarajuća odredba glasi: „Ako u odluci, kao izvršnoj ispravi, nije određen rok za dobrovoljno ispunjenje obaveze, taj rok iznosi tri dana od dana dostavljanja odluke izvršnom dužniku“ (čl. 17 st. 2 ZIO). Prema tome, u ovoj situaciji izvršni sud više ne određuje sam paricioni rok, i u tom smislu on ne može da sanira propust parničnog suda. Stoga se može reći da u današnjem domaćem pravu postoji dvostruki kolosek paricionog roka, i on ima dvostruku prirodu. Ako je unet u pravnosnažnu presudu, radi se o preobražaju – sud obezbeđuje odlaganje izvršenja u propisanom ili određenom trajanju. Ako nije, radi se o *ex lege* odlaganju izvršenja i traje (samo) tri dana. On tada počinje da teče nezavisno od volje suda – kako parničnog, tako i izvršnog.

5. GREŠKE PARNIČNOG SUDA U POGLEDU PARICIONOG ROKA

5.1. Postavljanje problema; shvatanja literature i sudske prakse

Određivanje paricionog roka u predviđenim okvirima je dužnost suda, koja svakako može biti prekršena. Pitanje reakcije na grešku (neodređivanje ili određivanje u pogrešnom trajanju) nakon pravnosnažnosti je nesporno. Ako nije određen, on iznosi tri dana, a ako je pogrešno određen, izvršni sud je vezan time. Ono što je mnogo važnije jeste pitanje saniranja greške parničnog suda u okviru samog parničnog postupka, dakle pre nastupanja pravnosnažnosti.

U literaturi ovo kompleksno pitanje nije dovelo do značajnije diskusije i zauzimanja zaokruženih stavova. Izuzimajući *Poznića*, ono se retko i fragmentarno spominje. U objavljenoj sudskoj praksi postoje odluke koje se parcijalno odnose na problem.

Poznić razlikuje dve situacije: prvu, da sud uopšte nije odredio paricioni rok, i drugu, da je on pogrešno određen. Za prvi slučaj on smatra da se radi, iako to nije izričito propisano, o apsolutno bitnoj povredi koja se odnosi na nedostatke u sadržaju presude (čl. 374 st. 2 t. 12 ZPP) – izreka te presude je nerazumljiva, jer se iz nje ne može utvrditi kada se može pristupiti prinudnom izvršenju dosuđenog potra-

⁵⁶ Tako za ZIP 78: M. Dika, u: S. Triva, V. Belajec, M. Dika (1984), 143 (§ 24 t. 9); Borivoje Starović, *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Novi Sad 1991², 75 (t. II uz čl. 20); za ZIP: Borivoje Starović, *Komentar Zakona o izvršnom postupku*, Beograd 2007, 151.

živanja.⁵⁷ Za drugi slučaj smatra da se radi o relativno bitnoj povredi, sa ogradom da tužilac ne može da napada presudu zbog dužine roka ako je određen u trajanju koji je on predložio.⁵⁸

Pojedini autori su spominjali samo slučaj kada paricioni rok uopšte nije određen. Bez dodatne argumentacije *Mileva Gajinov* samo smatra da dopunska presuda ne dolazi u obzir.⁵⁹ S druge strane, *Filipče* ističe da je moguće da se traži ispravka presude, s obzirom da je to, između ostalog, u skladu sa procesnom ekonomijom.⁶⁰

U praksi su evidentirani slučajevi kada paricioni rok uopšte nije određen. Prema stavu Vrhovnog suda BiH iz 1965. tada se može tražiti ispravka presude ili donošenje dopunske presude.⁶¹ Suprotno, kada se radilo o novčanoj činidbi, Vrhovni sud Vojvodine je 1978. je smatrao da nema mesta predlogu za donošenje dopunske presude, jer je paricioni rok određen zakonom.⁶²

Shodno izloženom, postavlja se prvo i principijelno pitanje: da li postoji neko pravno sredstvo kojim bi se strankama omogućilo da ishode saniranje greške suda (neodređivanje ili pogrešno određivanje paricionog toka)?

5.2. Polazna premise: paricioni rok i kondemnatorna pravna zaštita

Određivanje paricionog roka nije deklarisanje, već jedna preobražajna odluka. Čak i da se radi o novčanom potraživanju gde je po sredi zakonski rok, to nije slučaj. Uređenje u ZIO upravo to pokazuje. Da bi paricioni rok u parničnoj presudi, koji je zakonski, zaista bio 15 dana, on mora biti kao takav određen u pravnosnažnoj presudi, jer u suprotnom on iznosi tri dana (*arg.* čl. 17 st. 2 ZIO). Tim pre to važi za nenovčane činidbe.

Kondemnatorna pravna zaštita koja se dobija u parničnom postupku nije potpuna, što je nesporno u teoriji. Pravnosnažnošću kondemnatorne presude tužilac nije dobio u potpunosti pravnu zaštitu, već je nužno da pokrene izvršni postupak ukoliko tuženi ne ispuni svoju obavezu. Kako je

⁵⁷ B. Poznić, 752.

⁵⁸ B. Poznić, 753.

⁵⁹ Mileva Gajinov, „Metodologija izrade presude u parničnom postupku“, *Bilten Vrhovnog suda Srbije* 2/2000, 320.

⁶⁰ Stavre Filipče, „Za značenjeto na paricioniot rok i na klauzulata «po strah na prisilno ispolnuvanje» vo presudata“, *Pravna misla* 1-2/1970, 47-48.

⁶¹ Gzz 204/65 od 14.12.1965, prema B. Poznić, 752.

⁶² Gž 258/78 od 18.5.1978, prema B. Poznić, 752 fn. 2955.

protek paricionog roka nužan uslov nastupanja izvršnosti, i njegovo trajanje je od izuzetnog značaja za obe stranke. Za tuženog nije isto da li je uopšte određen ili ne, a povrh toga on ima interes da ne bude određen u kraćem trajanju od predviđenog. Tužiocu je s druge strane bitno da rok ne bude duži od predviđenog. Prema tome, može se reći da određivanje paricionog roka i njegova dužina participiraju u sadržaju kondemnatorne pravne zaštite. Suprotno shvatanje bi bilo suviše usko i formalno, jer ne bi uvidalo suštinu ovog tipa pravne zaštite. Na kraju, odluka parničnog suda o paricionom roku ima dejstvo pravnosnažnosti u pozitivnom vidu. Izvršni sud je u pogledu trajanja paricionog roka vezan, ma koliko ono bilo pogrešno.⁶³

Na rečeno ništa ne menja okolnost da predlog paricionog roka nije element tužbenog zahteva, što bi bila podloga *Poznićevog* stava da tužilac ne može da se žali ukoliko je paricioni rok zaista pogrešno određen, ali u okviru njegovog predloga. Naime, predlaganje paricionog roka nikako nije obavezno; i bez toga sud ga mora odrediti. Sledstveno tome sud nije ni vezan za predlog u pogledu njegovog trajanja. ZPP, kao i njegov (pra)uzor (aGrpp) stoje na stanovištu da kod kondemnatornih presuda u kojima se pre svega nalaže ispunjenje činidbe paricioni rok predstavlja nužni sadržaj izreke, iako to nije zahtevano. Drugim rečima, radi se o izuzetku od načela dispozicije u smislu vezanosti suda za tužbeni zahtev.

5.3. O ispravci presude i dopunskoj presudi kao rešenju

Ispravljanje presude podrazumeva saniranje grešaka suda u presudi koje ne predstavljaju greške u odlučivanju. Radi se o greškama u imenima, brojevima, kao i „drugim očiglednim greškama u pisanju i računanju“ (čl. 362 st. 1 ZPP). Spram toga, ispravljanje presude kao sredstvo saniranja grešaka u pogledu paricionog roka ne dolazi u obzir. Naime, ne može se menjati sadržina presude,⁶⁴ a pitanje paricinog roka i njegovog trajanja se upravo tiče sadržaja najznačajnijeg dela presude – izreke. Uz to, ispravka ne dolazi u obzir ni zato što je nju moguće ishodovati i nakon pravnosnažnosti presude.⁶⁵ No, grešku povodom paricionog roka je nemoguće sanirati u okviru parničnog postupka nakon pravnosnažnosti. Ukoliko uopšte nije određen, čl. 17 st. 2 ZIO izričito govori koje je rešenje. Obratno, ukoliko je određen u pogrešnom trajanju, zbog pravnosna-

⁶³ Tako i M. Dika (2007), 240 (§ 65 t. 4.3.).

⁶⁴ Izričito B. Poznić, 862.

⁶⁵ O mogućnosti ispravke nakon pravnosnažnosti vid. B. Poznić, 864.

žnosti i participacije u kondemnatornoj pravnoj zaštiti izvršni sud je vezan za takvu izreku, ma koliko ona bila neispravna.⁶⁶ Ispravka nije pogodno sredstvo i zbog toga što odluka o paricionom roku, izuzev novčanih činidbi, zahteva utvrđivanje dodatnih činjenica. U nizu situacija suda će nedostajati takav činjenični supstrat, a za ispravljanje presude se ne zakazuje usmena rasprava. Problem je još evidentniji ukoliko takvim nedostatkom bude zahvaćena drugostepena presuda.

Dopunska presuda, s druge strane, predstavlja sredstvo za saniranje propuštanja suda da odluči o celokupnom predmetu spora. Kao što je rečeno, pitanje paricionog roka i ne ulazi u tužbeni zahtev. Međutim, dopunska presuda kao sredstvo propuštanja suda da odredi paricioni rok je neodgovarajuća i zato što u domaćem pravu ne postoji tip prvostepene presude kojom bi se stavljala van snage, ili menjala prethodna presuda istog parničnog suda u istom predmetu. Jer, ukoliko bi se dopunskom presudom određivao samo paricioni rok, to bi podrazumevalo da se fundamentalno menja već doneta presuda. Ukoliko bi se želelo ispunjenje cilja, a to je dobijanje presude koja sadrži paricioni rok, to bi značilo da tek dopunska presuda predstavlja ono što je merodavno, a to bi opet značilo da prethodna presuda gubi svoje dejstvo. Kao što je rečeno, domaće pravo ne podrazumeva tako nešto, što bi u osnovnim postavkama ličilo na ono što postoji u nemačkom i austrijskom pravu u vidu *Vorbehaltsurteil*.

5.4. Saniranje kroz žalbu

Na osnovu do sada rečenog proizilazi da je jedino sredstvo za saniranje greške prvostepenog suda povodom paricionog roka žalba. U pogledu toga se postavljaju dva međusobno uslovljena pitanja: prvo, pitanje pravnog interesa za žalbu; i drugo, presudno pitanje žalbenog razloga, jer od toga zavisi način saniranja greške prvostepenog suda.

5.4.1. Pitanje pravnog interesa

Pravni interes za žalbu je opšta pretpostavka njene dopuštenosti (*arg. čl. 378 st. 3 ZPP*). On podrazumeva da je presuda doneta na štetu stranke koja izjavljuje pravni lek i da takva stranka može da očekuje pravnu korist od usvajanja pravnog leka.⁶⁷ Kao pravilo za procenu da li postoji „oštećenost“ stranke (nem. *Beschwer*), uzima se formalni kriterijum u vidu upoređivanje meritornog zahteva i izreke presude – formalni

⁶⁶ Tako i za hrvatsko pravo M. Dika (2007), 240 (§ 65 t. 4.3.)

⁶⁷ Sa daljim upućivanjima umesto svih vid. A. Jakšić, 596 (t. 3156).

pravni interes (nem. *formelle Beschwer*). U teoriji je odavno postavljeno pitanje materijalnog pravnog interesa (nem. *materielle Beschwer*) kao svojevrsnog korektiva u odnosu na principijelno učenje o formalnom. On bi postojao čak i u nedostatku formalnog ukoliko bi dejstvo presude nepovoljno delovalo po pravnu poziciju stranke kao takvu.⁶⁸

Za tuženog se za ovaj problem poseban problem pravnog interesa ne postavlja. Ukoliko je doneta usvajajuća presuda on svakako ima pravni interes za žalbu, s obzirom da sadržaj izreke presude evidentno predstavlja pogoršanje njegove pozicije u smislu njegovog zahteva, a to je bilo odbijanje tužbenog zahteva. Prema tome, tuženi svakako može da u žalbi ističe kao žalbeni razlog i to da paricioni rok nije određen, ili da je određen u kraćem trajanju od propisanog/primerenog.

Problem se javlja u kontekstu pozicije tužioca, i to onda kada je paricioni rok određen duže nego što je trebalo. U pitanju je stranka koja principijelno ne može da izjavi žalbu, jer bi joj shodno ustaljenom shvatanju nedostajao pravni interes. Shodno učenju o formalnom pravnom interesu, on se određuje kao relacija traženog i dobijenog; tužilac koji je tražio kondemnatornu pravnu zaštitu, a pritom nije ni predložio paricioni rok, usvajajućom presudom dobija potpunu pravnu zaštitu. Tužbeni zahtev i izreka korespondiraju. Međutim, pitanje je da li se pravni interes za žalbu može samo isključivo na način sagledavati. Pre svega zbog toga što predlaganje paricionog roka nije element tužbenog zahteva, a participira u pravnoj zaštiti. Ukoliko formalni pravni interes za žalbu nije samo relacija traženog i dosuđenog, već „željenog“ i dosuđenog.⁶⁹ Naime, postavljajući kondemnatorni tužbeni zahtev tužilac računa na ispunjenje dužnosti suda; u tom smislu on želi, iako ne traži izričito, izreku presude u kojoj će biti sadržan paricioni rok u propisanom/primerenom trajanju. Evidentno je da je dužim određivanjem paricionog roka njegova pravna pozicija pogoršana, jer stiče pravo na prinudno izvršenje kasnije. Ovakva oštećenost bi, s druge strane, mogla da se svrsta u materijalni pravni interes, jer izreka presude deluje nepovoljno po njega. U svakom slučaju, pravni interes tužioca se ovde mora priznati, jer se u suprotnom on lišava mogućnosti da ishodi pravnu zaštitu koja mu pripada, odnosno lišava se mogućnosti da se sanira greška suda koja štetno deluje po njega. Za to govori i opšte vrednovanje i argument ravnopravnosti stranaka – ako se tuženom dozvoljava da se žali zbog kraćeg roka, onda se to mora obezbediti i tužiocu za duži rok.

⁶⁸ Upor. H. W. Fasching, 869 (Rn. 1715).

⁶⁹ Na to minuziozno ukazuje Othmar Jauernig, *Zivilprozessrecht*, München 2007²⁹, 230 (§ 72 V).

Što se tiče pozicije tužioca, ako uopšte nije određen paricioni rok, on nema pravni interes za žalbu. Naime, prema sadašnjoj koncepciji ZIO, ukoliko u pravnosnažnoj presudi nema paricionog roka, on iznosi tri dana, i on teče *ex lege* – od dostave presude stranci kojoj se nalaže ispunjenje činidbe (čl. 17 st. 2 ZIO). Taj rok je kraći od zakonskog roka za novčane činidbe, i od zakonskog minimuma za nenovčane činidbe. Prema tome, propust suda ne šteti tužiocu, jer bez određivanja paricionog roka njegov položaj nije oštećen, već je suprotno – poboljšan. Dakle, takva prvostepena presuda je za njega povoljnija u odnosu na drugostepenu presudu koju bi ishodio žalbom u kojoj bi se odredi paricioni rok.

5.4.2. Pitanje žalbenog razloga

Poslednje pitanje koje se postavlja jeste ono koje se tiče kvalifikacije žalbenog razloga. S obzirom da je *Poznić* zastupao takođe stav da je žalba jedino pravno sredstvo kojim se saniraju greške suda povodom (ne)određivanja paricionog roka, razmatranje bi trebalo započeti ispitivanjem njegovog shvatanja.

Što se tiče neodređivanja, shvatanje o apsolutno bitnoj povredi se teško može prihvatiti. Pre svega zbog argumenta da je tada izreka presude nerazumljiva, jer se ne vidi kada će nastupiti izvršnost. S obzirom da se u ZIO izričito rešava takva situacija, jasno je da i takva izreka ima potencijal da postane izvršna.⁷⁰ S druge strane, posledica navedenog stava je, shodno koncepciji ZPP u pogledu ove apsolutno bitne povreda postupka, ukidanje presude i vraćanje na ponovno suđenje. Ako se radi o novčanom potraživanju navedeno mišljenje može se dovesti u pitanje. Pre svega zbog toga što se radi o roku čije je trajanje zakonom propisano. Nedostatak može biti saniran neposrednom primenom čl. 345 st. 1 ZPP ili odredaba koje se odnose na određivanje paricionog roka u posebnim parničnim postupcima. Razlozi procesne ekonomije protive se eventualnom ukidanju presude koje bi za cilj imalo samo da odredi trajanje paricionog roka. Ako se radi o nenovčanom potraživanju reč je o roku koji sud određuje vodeći računa o obeležjima dosuđene činidbe. I u ovom slučaju pretežu razlozi koji se protive eventualnom ukidanju presude koje bi se zasnivalo samo na navedenom razlogu, naravno ukoliko postoje dovoljna utvrđenja za odluku o dužini roka.

Za drugu situaciju, kada je pogrešno određen paricioni rok, *Poznić* je shvatanja da se radi o relativno bitnoj povredi parničnog postupka. Pre

⁷⁰ Isto je bilo i u vreme kada je *Poznić* zauzeo stav, jer i tada neodređivanje paricionog roka nije bila prepreka da se odredi izvršenje.

svega, i ovde bi se mogla uputiti ista kritika kao i za slučaj neodređivanja roka. Naime, prema koncepciji domaćeg prava drugostepeni sud po pravilu sam ne može da otklanja relativno bitne povrede (*arg.* čl. 391 st. 1 reč. 1 ZPP).⁷¹ Dakle, i ovde bi morala da se ukine odluka i da se u prvostepenom postupku odredi samo paricioni rok u ispravnom trajanju. To je, rečeno je, protivno procesnoj ekonomiji uvek kada se radi o novčanim činidbama, a može biti slučaj i sa nenovčanim činidbama, zaključno sa propuštanjima.

Ono što je bitno za kritiku *Poznićevog* stava, koji je jedini i ponudio zaokruženo rešenje problema, jeste određena protivurečnost. Naime, i *Poznić* izričito definiše paricioni rok kao materijalnopравни, ali greške suda povodom njegovog određivanja karakteriše kao povrede odredaba paricionog postupka, što bi opet značilo da rok nije materijalnopравни, već procesnopравни. Dosledno shvatanje o materijalnopravnoj prirodi paricionog roka bi zahtevalo da greške suda vezane za njega predstavljaju pogrešnu primenu materijalnog prava kao žalbeni razlog. Na taj način rezonuje i austrijska sudska praksa, s obzirom da prirodu greške suda istražuje upravo spram prirode paricionog roka, koja je po njoj, oslanjajući se pre svega na *Fašinga*, primarno materijalnopravna.⁷² Čini se da bi se time otklonili prigovori stavu *Poznića* u pogledu aspekata procesne ekonomije, jer u situacijama u kojima drugostepeni sud ima dovoljno činjeničnih utvrđenja za odluku o paricionom roku, on će moći da sanira grešku prvostepenog suda. Primera radi, tužilac u žalbi protiv usvajajuće presude ističe da je paricioni rok određen u dužem trajanju. Drugostepeni sud treba da usvoji žalbu i preinači presudu, tako što će odrediti rok u ispravnom trajanju. Ovde je zaista po sredi preinačenje presude, jer paricioni rok i njegova dužina predstavljaju sadržaj pravne zaštite; drugostepena presuda je evidentno drugačija o prvostepene. Druga opcija koja bi uvažavala procesnu ekonomiju bi bila da se žalba odbija i samo se određuje paricioni rok u ispravnom trajanju. Svakako da je to suprotno rečenom da i paricioni rok participira u kondemnatornoj pravnoj zaštiti. Međutim, to bi bilo i neopravdano spram vrednovanja pozicije tužioca. On bi time dobio ono što mu po zakonu pripada – paricioni rok u ispravnom trajanju – ali bi snosio troškove žalbenog postupka. Dakle, on bi snosio posledice pogrešne odluke prvostepenog suda, koja je upravo sanirana drugostepenom. Tako nešto je protivno koncepciji ZPP o snošenju troškova žalbenog postupka, na kraju i ideji pravnih lekova.

⁷¹ Izuzetak predstavlja slučaj obavezne drugostepene rasprave (*arg.* čl. 383 st. 4 ZPP).

⁷² Reprezentativno OGH 4 Ob 337/78 vom 6.6.1978, SZ 51, 1978, Nr. 76.

Shodno rečenom, reakcija drugostepenog suda će zavisiti od toga da li postoji dovoljan činjenični supstrat za preinačenje presude ili ne, što je opšta posledica postojanja „pogrešne primene materijalnog prava“. Ukoliko za odluku o paricionom roku nema dovoljno činjeničnih utvrđenja u prvostepenoj presudi, presuda se u potpunosti ukida i vraća se prvostepenom sudu da dopuni postupak u tom delu i odredi (nov) paricioni rok. Dakle, radi se o opštem vidu reakcije drugostepenog suda na pogrešnu primenu materijalnog prava, koja uvek zavisi od toga da li postoje dovoljna činjenična utvrđenja za pravilnu primenu materijalnog prava. Preinačenju će uvek biti mesta ukoliko sud nije odredio paricioni rok za novčanu činidbu, ili ga je odredio u kraćem ili dužem trajanju od predviđenog. Za nenovčane činidbe, izuzetno za propuštanja, od konkretne situacije će zavisiti odluka drugostepenog suda.

*Dr. Ranko I. Keča, ordentlicher Professor
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät Novi Sad*

*Dr. Marko S. Knežević, Assistent mit Doktorgrad
Universität Novi Sad
Juristische Fakultät Novi Sad*

Die Leistungsfrist im serbischen Zivilverfahren

Zusammenfassung: *In der Arbeit wird die Leistungsfrist behandelt, die ein Frist zur Ausfüllung den im Tenor des Leistungsurteils festgelegten Anspruch darstellt und derer Ablauf die Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit des Urteils ist. Es handelt sich um eine primär materielle Frist, die ihre rechtspolitische Rechtfertigung darin hat, dem Beklagte eine zusätzliche Frist abzuräumen, ohne Gefahr von der Zwangsvollstreckung. Leistungsfrist muss in jedem Leistungsurteil bestimmt werden, in dem eine Leistung auferlegt wird. Es beträgt 15 Tage für Geldleistungen, für andere kann aber länger bestimmt werden. Die Vorschriften über besonderer Verfahrensarten beinhalten manche Abwandlungen. Die Leistungsfrist kann ausnahmsweise auch für Unterlassungen und Duldungen bestimmt werden. Auf jedem Fall beginnt der Lauf der Leistungsfrist am nächsten Tag, an dem das Urteil dem Leistungspflichtigen zugestellt ist. Einlegung der Berufung wirkt aber suspensiv gegenüber den Lauf der Frist. Rechtsbehelf für richterliche Fehler in der Bestimmung der Leistungsfrist ist Berufung. Beide Parteien können wegen diese Fehler beschwert sein, was von der konkreten Fehler abhängt. Diese Fehler stellt die unrichtige rechtliche Beurteilung dar, so dass Berufungsgericht entweder erstinstanzliches Urteil abändert oder aufhebt, was davon abhängt, ob die Sache in Bezug auf Leistungsfrist spruchreif ist.*

Schlüsselwörter: *Leistungsfrist, Leistungsurteil, Vollstreckbarkeit, Leistungsfrist für Unterlassungen und Duldungen, unrichtige Bestimmung der Leistungsfrist, unrichtige rechtliche Beurteilung.*

Datum prijema rada: 27.05.2015.

*Dr Ljubomir S. Stajić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
stajiclj@pf.uns.ac.rs*

PREVENCIJA KRIMINALA SA ASPEKTA DIZAJNIRANJA JAVNOG PROSTORA I ULOGE PRIVATNOG OBEZBEĐENJA¹

Sažetak: *Briga o bezbednosti javnih prostora postaje sve značajnija poslednjih tridesetak godina kako za javne službe (policiju) tako i za privatno obezbeđenje koje se tu nalazi u svrhu zaštite pojedinačnih privatnih objekata. Došlo se do zaključka da je izučavanje dizajna javnog prostora sa aspekta bezbednosti podjednako važno kao i izučavanje socijalnih i drugih faktora kriminalnog ponašanja. Savremena arhitektonska rešenja moraju da podrazumevaju takav dizajn prostora i objekata koji maksimalno onemogućava i otežava vršenja kriminalnih radnji. Bezbednosni dizajn bi trebalo da bavljenje kriminalom učini opasnim, manje poželjnim i manje opravdanim odnosno treba da promeni percepciju potencijalnih kriminalaca o rizicima kriminalnog ponašanja u smislu veće mogućnosti za njegovo otkrivanje i hapšenje. U radu su prezentovani kriterijumi po kojima treba da se dizajnira javni prostor, njegov uticaj na ponašanje kriminalaca kao i napomene kako loše dizajniran javni prostor smanjuje efekte formalnog nadzora od strane privatnog obezbeđenja i policije. Veći deo rada je posvećen studiji slučaja bloka 21 u Novom Beogradu kao tipičnom predstavniku javnog prostora koji je doživeo brojne transformacije u proteklih 50 godina. Veoma su značajni pokazatelji kako je promena dizajna tog prostora uticala na stanje kriminaliteta.*

Ključne reči: *bezbednost, privatno obezbeđenje, javni prostor, prevencija, kriminal.*

¹ Ovaj rad je nastao kao rezultat rada na projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

UVOD

Javni prostor podrazumeva onaj zatvoren i otvoren prostor koji je dostupan svim građanima poput gradskih ulica, trgova, parkova, parkirališta, škola, vrtića, zgrada javne uprave i slično. U javnom prostoru građani imaju najširu moguću slobodu kretanja, boravka, ulaska i izlaska bez potrebe da opravdaju svoje prisustvo ili da im je ono nečim ograničeno. Njihov boravak i kretanje ograničeno je jedino istim takvim pravom drugih građana dokle god se poštuju pravila javnog reda i mira.

Sa druge strane prostor u privatnom vlasništvu je ograničen za boravak i kretanje nepozvanim licima i licima bez ovlašćenja. U ovom slučaju vlasnik prostora određuje svrhu prostora, aktivnosti koje će se u njemu odvijati, pravila ponašanja, vreme zadržavanja i slično.

Iz navedenog proističe činjenica da se po pitanju bezbednosti ova dva prostora radikalno razlikuju pri čemu je jasno da je prostor u privatnom vlasništvu po pravilu zaštićeniji od raznih vrsta kriminalnih aktivnosti.

Briga o bezbednosti javnih prostora postaje sve značajnija poslednjih tridesetak godina kako za javne službe (policiju) tako i za privatno obezbeđenje koje se tu nalazi u svrhu zaštite pojedinačnih privatnih objekata. Naime, došlo se do zaključka da je bezbednosno dizajniranje javnog prostora podjednako važno kao i izučavanje socijalnih i drugih faktora kriminalnog ponašanja. Pošlo se od teze da se kriminal odvija uvek na nekom prostoru (javnom ili privatnom) s tim da se negde javlja češće nego na drugom. Krenulo se tim putem u istraživanju da se utvrdi koji su to razlozi da je to tako. Kriminolozi su uočili da određeni broj krivičnih dela nastaje u tzv. prigodnim situacijama gde sam prostor ali i uređenje tog prostora i dizajn objekata u njemu stvaraju situaciju da kriminalac koji inače tog momenta nije imao nameru da učini neko krivično delo (krađu, provalu ili slično) upravo to čini zato što mu se ukazala prigodna situacija gde zaključuje da postoje veoma male šanse da bude uhvaćen i procesuiran ako izvrši to delo u toj prigodnoj situaciji.

Polazište istraživanja, uglavnom se bazira na teoriji situacione prevencije koja datira još od početka sedamdesetih godina 20. veka. To su: teorija racionalnog izbora, teorija dizajniranja prostora, teorija životnog stila, teorija socijalne kontrole. Svaka od pomenutih teorija ima svoj značaj i svoj uticaj na prevenciju kriminala. Teorija dizajniranja prostora u skladu sa potrebama bezbednosti je najmanje istraživana teorija tako da se, u poslednje vreme pojavljuju multidisciplinarna istraživanja uticaja dizajna prostora i objekata na prevenciju kriminala. Ova teorija objašnjava arhitektonska i druga rešenja koja podrazumevaju plansko manipulisanje

dizajnom prostora i objekata u cilju maksimalnog onemogućavanja i otežavanja vršenja kriminalnih radnji na tom prostoru. U tom slučaju bezbednosni dizajn bi trebalo da bavljenje kriminalom učini opasnim, manje poželjnim i manje opravdanim. Dakle, dizajn prostora i objekata, zajedno sa drugim merama, treba da promeni percepciju potencijalnih kriminalaca o rizicima izvršenja krivičnog dela u smislu veće mogućnosti za njegovo otkrivanje i hapšenje. U tom smislu autori definišu 25 tehnika svrstanih u pet kategorija: 1) otežavanje izvršenja krivičnog dela; 2) povećanje rizika po učinioca, 3) redukovanje nagrade za učinioca (smanje vrednosti plena); 4) redukovanje provokacije; 5) onemogućavanje opravdavanja (oslobađanje od kazne).

Dizajniranje javnog prostora osim adekvatnog odgovora kriminalu ima i značaj u očuvanju javnog kapitala i očuvanja političkih i ekonomskih interesa. Podizanje bezbednosti javnih prostora može uticati na opšte stanje spokojstva društva, na kvalitet turističke ponude kao i na podsticanje zaposlenosti. U tom smislu u različitim državama donose se inovirani zakoni o javnom redu i miru koji sadrže norme kojima se deluje na asocijalno ponašanje, pijanstvo, zadržavanje sumnjivih lica u javnim prostorima i sl. Oдавно se napušta stav da je samo policija odgovorna za bezbednost javnog prostora. Poznato je da se ona koncentriše samo na „krupnija krivična dela“ sa većom materijalnom i drugom štetom koja se gone po službenoj dužnosti. Kod nas i u svetu u tom smislu sve veću ulogu imaju agencije za privatno obezbeđenje.

1. ANALIZA DOSADAŠNJIH STUDIJA BEZBEDNOSTI JAVNIH PROSTORA SA ASPEKTA NJIHOVOG DIZAJNA

Sva dosadašnja istraživanja i studije do kojih smo došli pošle su, uglavnom, od sledećih premisa:

1. Javni prostor se smatra manje bezbednim u odnosu na polujavne i privatne prostore;
2. Izgled zgrada i njihov dizajn je od velikog značaja za prevenciju kriminala;
3. Bezbednost prostora i objekata u njima podrazumeva primenu različitih metoda, aktivnosti, mehanizama, barijera, tehničko-tehnološka rešenja, primenu javnog osvetljenja i kontrolu prostora putem kamera;
4. Bezbednosni dizajn obuhvata spoj teritorijalnosti i mogućnosti primene neformalnog nadzora od strane građana gde se građani moraju osećati kao aktivni učesnik u prevenciji kriminala za vreme rada ili za vreme odmora.

5. Angažovanje privatnih službi obezbeđenja za očuvanje bezbednosti javnih prostora bez obzira na njihova krivičnoprocesna ograničenja dobija na značaju u funkciji podizanja bezbednosti javnih prostora ali su skupčana sa velikim materijalnim izdacima i često zbog tog razloga izostaje ovaj vid zaštite;

6. Bezbednosni dizajn prostora i objekata treba da omogućiti:

- Sprečavanje odnosno odustajanje od izvršenja krivičnog dela od strane kriminalaca usled povećanog rizika pravovremenog uočavanja, prepoznavanja i (ili) kasnijeg hapšenja i procesuiranja;

- Povećanu stimulaciju i mogućnost građana za nadgledanje javnog prostora u funkciji prevencije kriminala;

- Redukovanje vremena tokom koga se može izvršiti krivično delo;

- Podizanje nivoa bezbednosne kulture u smislu povećanja opreznosti, preduzimanja aktivnih i pasivnih mera lične zaštite i zaštite imovine, jačanje socijalne kohezije i zajedničkog morala, prijavljivanje sumnjivih lica i ponašanja, podrška službama privatnog obezbeđenja i policiji i sl.;

- Smanjenje straha od kriminala;

- Porast poverenja u mogućnost zajednice u prevenciji kriminala;

- Unapređenja transparentnosti prostora smanjenjem skrivenih prostora, uglova, prolaza i prilaza;

- Menjanje percepcije građana i poboljšanje imidža javnog prostora u smislu fizičke i socijalne promene okruženja u cilju prevencije imovinskih, krvnih i sociopatoloških krivičnih dela kao i krivičnih dela sa elementima nasilja.

U tom smislu pomenute studije došle su do sledećih zaključaka:

1. Loše bezbednosno dizajniran javni prostor i objekti u njemu mogu smanjiti dobre efekte formalnog nadzora kao što su prisustvo policije, službi privatnog obezbeđenja, televizije zatvorenog kruga (CCTV – close-circuit television).

2. Dobro bezbednosno dizajniran javni prostor povećava rizik po učinioca krivičnih dela. Ovaj rizik po učinioca se znatno uvećava ako se dizajn upotpunjuje merama formalnog nadzora (CCTV, javno osvetljenje, samozaštita i sl.).

3. Primena formalnog nadzora i privatnog obezbeđenja je bez primene bezbednosnog dizajna prostora redukovalo kriminal u 8% slučajeva u SAD i Kanadi, do 14% u Ujedinjenom Kraljevstvu, a u nekim sredinama i do 38%. Merenja uticaja bezbednosnog dizajna prostora zajedno sa formalnim nadzorom nisu vršena ali je očekivana pretpostavka da bi to dalo još bolje rezultate.

4. Najveća efikasnost je ostvarena u pogledu bezbednosti motornih vozila na parkiralištima i tzv. imovinskim krivičnim delima, a najmanja u javnom prevozu i kriminalu narušavanja javnog reda i mira.

5. Formalni nadzor više doprinosi redukciji „noćnog“ kriminala, a dizajn prostora i objekata „dnevnog“ kriminala.

6. Dizajn prostora i objekata i formalni nadzor učinili su to da su kriminalci morali promeniti svoje ustaljene obrasce ponašanja što ih je dovodilo u priliku da prave više grešaka.

7. Smanjen je strah kod svih građana dok je posebno primećena poboljšana percepcija žena o bezbednosti pri noćnom kretanju.

8. Šira primena formalnog nadzora i dizajniranje javnog prostora i objekata u gradskim centrima daje značajno bolje rezultate od iste takve pojedinačne primene.

9. Plansko i svrshodno bezbednosno dizajniranje javnog prostora i uvođenje fizičkog nadzora iziskuje veće troškove na početku koji se kasnije postepeno i dugotrajno isplate.

2. STUDIJA SLUČAJA BLOKA 21 U NOVOM BEOGRADU

Sve predstavljene studije imale su za cilj da utvrde uticaj novog osvetljenja, dizajna prostora, CCTV kao nezavisne varijable na smanjenje stope kriminaliteta na određenom javnom prostoru kao zavisne varijable. Sa metodološkog stanovišta ovaj pristup ima puno opravdanje i rezultati do kojih se došlo pokazuju ispravnost navedenog pristupa u velikoj meri. Međutim, ovakav metodološki postupak ima apsolutno opravdanje kada se radi o statičnim veličinama za duži period pa se tako može potvrditi valjanost i validnost dobijenih rezultata, bez obzira na neke sporedne faktore kao što su socijalne prilike, opšte stanje ekonomije i sl., koji su svakako imali neki uticaj o kome su i sami istraživači govorili.

U ovom radu se došlo na ideju da se prostor zbog nekih uticaja značajno menja tokom godina te da treba ispitati uticaj promene bezbednosnog dizajna prostora na stopu kriminaliteta. Naime, mnogi prostori i objekti su građeni pre, 40 ili čak 50 godina po standardima koji su važili za taj period. Vremenom taj prostor trpi promene, iz raznih razloga, koje mogu biti više ili manje pozitivne i(li) negativne sa bezbednosnog stanovišta. Ideja i cilj ovog istraživanja je da utvrdi kako i koliko su učinjene promene u dizajniranju prostora i objekata u jednom tipičnom stambenom bloku 21 na Novom Beogradu uticale na stopu kriminaliteta na tom prostoru. Očekuje se da dobijeni podaci korenspondiraju sa podacima ranijih istraživanja u drugim zemljama i da ukažu na osnovne principe i pravce

promena dizajna prostora i objekata kako bi se smanjila stopa kriminaliteta. Očekivani rezultati istraživanja su da se definišu i kriterijumi kojih se treba pridržavati prilikom redizajniranja nekog „starog“ prostora, a u funkciji povećanja njegove bezbednosti.

Radi dobijanja validnih i svrsishodnih podataka korišćena je kombinacija sledećih naučnih metoda: metod intervjua i ankete, statistički metod, metod posmatranja i metod predviđanja. Metodi su korišćeni za prikupljanje i tumačenje dobijenih podataka kao i za zaključivanje.

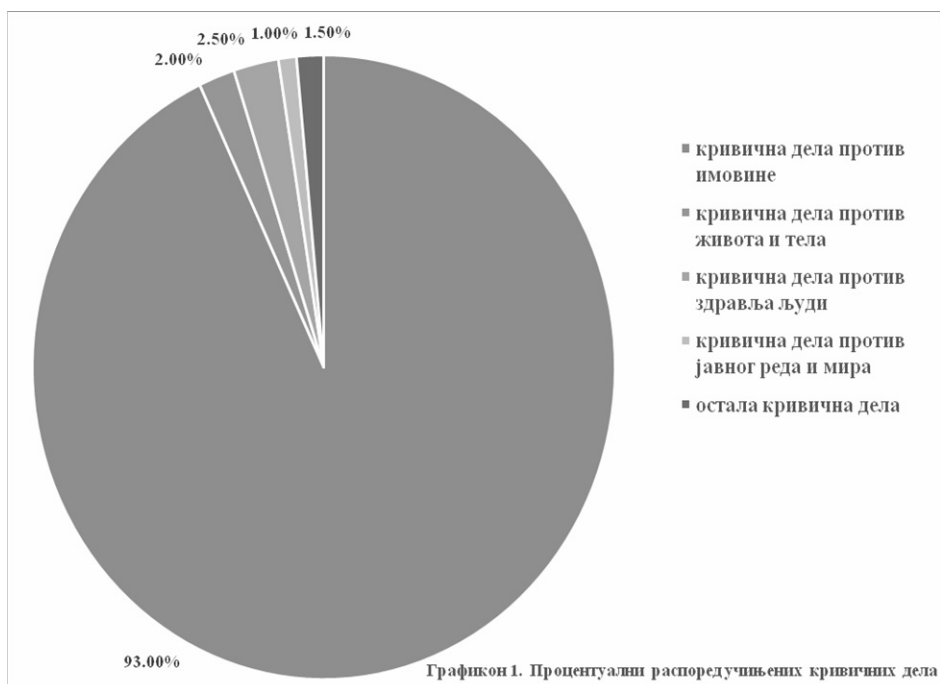
Dok su se ranije navedene studije uglavnom bavile smanjenjem kriminala usled preduzetih mera ovde je suprotan slučaj. Naime, došlo je do promene dizajna prostora usled dogradnje novih i proširenja i promene namene i dizajna starih objekata što je dovelo do povećanja kriminaliteta. Zadatak ovog istraživanja bio je da u prostoru i vremenu prati povećanje ukupnog kriminaliteta na zadatom prostoru kao i pojedinih njegovih oblika posebno, odnosno da utvrdi za koliko i na koji način raste broj krivičnih dela zbog promene dizajna prostora. Drugi zadatak je da se utvrdi kako ta neplanska i nesvrshodna promena dizajna pogoduje rastu kriminala kako bismo došli do preporuka kojima bi se ukazalo u kom pravcu treba usmeriti dizajniranje prostora kako bi on uticao na smanjenje stope kriminala ukupno i nekih najtežih oblika pojedinačno.

Planom istraživanja bilo je predviđeno da se stanje kriminaliteta u pomenutom bloku 21 na Novom Beogradu prati i ocenjuje merenjem parametara od 22 krivična dela koja su bila svrstana u 9 grupa i to: 1) krivična dela protiv života i tela; 2) krivična dela protiv imovine; 3) krivična dela protiv polne slobode; 4) krivična dela protiv braka i porodice; 5) krivična dela protiv zdravlja ljudi; 6) krivična dela izvršena na području škole²; 7) krivična dela protiv javnog reda i mira; 8) saobraćajne nesreće sa poginulim licima; 9) samoubistva.

Raspodela vrednosti dobijenih rezultata izražena je u procentualnom odnosu na ukupan broj učinjenih krivičnih dela data je na grafikonu 1.

Na osnovu dobijenih podataka uočeno je sledeće. Čak 93% svih krivičnih dela pripada krivičnim delima protiv imovine (krađa, razbojništvo, krađa automobila) pri čemu od toga više od 90% pripada teškim krađama što znači da su kriminalci aktivnost sprovodili na opasan i naročito drzak način koristeći alat pri čemu su savladali različite prepreke. Na drugom mestu su krivična dela protiv zdravlja ljudi (proizvodnja i promet opojnih droga na organizovan način) kojima pripada oko

² O nekim modelima ostvarivanja bezbednosti u školama vid. Ljubomir Stajić, Svetlana Stanarević, „Modeli ostvarivanja bezbednosti u školama u Republici Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2011, 127-141.



2,5% od svih krivičnih dela. Na trećem mestu su krivična dela protiv života i tela kojima pripada nešto ispod 2% od svih krivičnih dela na toj teritoriji. Statistički vredan rezultat pripada i krivičnim delima protiv javnog reda i mira na koja otpada oko 1% učinjenih krivičnih dela.

Promena u dizajnu prostora i objekata kao i promena sadržaja, aktivnosti i programa u okviru javnog prostora ogleda se u sledećim pokazateljima: Promena vlasničke strukture prostora (od javnih nastaju privatni) i objekata, ekonomski uslovi i socijalne potrebe uslovili su otvaranje 19 prodavnica i supermarketa, 14 restorana, barova i kladionica, 4 rekreativna centra, 16 finansijskih ekspozitura (banke i osiguravajuće kuće) i 10 objekata za pružanje usluga (zanatlije i turističke agencije). Osim navedenog na prostoru se nalaze i obrazovne ustanove (po jedna predškolska, školska i gimnazijska).

Deo sprovedenog istraživanja odnosio se i na stavove građana prema problemima bezbednosti u bloku 21. koji smo ranije naveli. Subjektivni osećaj bezbednosti građana ne mora se i poklapati sa realnim poka-

zateljima i parametrima kojima se ocenjuje stanje bezbednosti na nekoj teritoriji. Sprovedeno istraživanje je omogućilo da dođemo do zaključka koje su to najznačajnije bezbednosne potrebe građana.

Pre nego što pređemo na prezentaciju i objašnjenje dobijenih rezultata potrebno je radi boljeg razumevanja učiniti nekoliko osnovnih napomena o samom prostoru, demografskoj populaciji ali i opštem stanju bezbednosti u periodu od izgradnje blokova (1966. godine) do današnjih dana.

Napomene se odnose na sledeće:

1. Blokove je gradila šezdesetih godina socijalistička vlast u skladu sa svojim ideološkim i političkim potrebama i pogledima na budućnost.

2. Blokovi su građeni svega 15 godina posle Drugog svetskog rata kada je stanovništvo doživelo opštu društvenu transformaciju političkog i ekonomskog uređenja sa jako izraženim moralnim načelima pravde, pomoći i solidarnosti među građanima i odgovornosti prema zajedničkoj imovini.

3. U blokove su naseljeni pretežno stanovnici koji su se tek doselili u Beograd i većinom su to bili državni službenici koji su dobijali stanove posle određenog broja godina provedenih u službi.

4. Poznat je slučaj čitavih zgrada i manjih blokova u kojima su stanovali samo vojni i policijski službenici koji su na taj prostor doneli i određenu bezbednosnu kulturu.

5. Devedesetih godina XX veka prostor bivše Jugoslavije zadesilo je više ratova koji su praćeni ekonomskim sankcijama, ogromnim osiromašanjem građana, velikim demografskim pomeranjima, kriminalizacijom društva, promenom društvenog uređenja uz period od čitavih 15 godina neulaganja u ovaj prostor što dovodi do njegove značajne destrukcije.

6. Trenutno na prostorima Novog Beograda stanuje treća generacija stanovnika koja živi po novim kulturnim vrednostima, ima drugačije potrebe uključujući tu i one koje se odnose na bezbednost.

7. Poslednjih desetak godina prostor novobeogradskog bloka 21 postaje novi administrativni, ekonomski, finansijski i kulturno-sportski centar Beograda koji značajno menja ne samo arhitektonsku, nego i demografsku, socijalnu i bezbednosnu sliku prostora. Ta činjenica je u skladu sa iskustvima iz drugih zemalja, verovatno i presudno uticala na stavove ispitanika koji su pretežno bili zainteresovani za to da regeneracija komunalnih otvorenih prostora bude usmerena prvenstveno na bezbednost.

U tom smislu očekivanja i stavovi ispitanika kada je u pitanju bezbednost su sledeći. U odnosu na prvu grupu bezbednosnih potreba koju

smo nazvali grupa za preventivno delovanje i stvaranje subjektivnog osećaja bezbednosti, ispitanici su zauzeli sledeći stav. Skoro dve trećine ispitanika (58-79%) smatra da rekonstrukcija prostora treba da obuhvata sledeće zahteve: 1) izgradnja ambulanti, domova zdravlja i bolnica (zdravstvena bezbednost); 2) povećanje kvantiteta i kvaliteta spoljnog ambijentalnog i bezbednosnog osvetljenja posebno onog na saobraćajnicama i pešačkim komunikacijama, parkovima i parkinzima; 3) povećanje broja pasivnih sistema zaštite dece u smislu ograđenih, planski i ciljano projektovanih prostora – dečijih igrališta; 4) izgradnja javnih prostora i objekata u skladu sa potrebama starih ljudi i lica sa invaliditetom; 5) izgradnja posebno osmišljenih i ograđenih prostora za boravak kućnih ljubimaca i 6) ispunjavanje standarda ekološke bezbednosti³ (odsustvo zagađenja bukom, povećanje prostora javnih površina pokrivenih zelenilom ali tako da ono ne ometa CCTV sisteme i građane da osmatraju).

U odnosu na pojedinačna objašnjenja stavova ispitanika komentar bi bio sledeći. U odnosu na zdravstvenu bezbednost demografska ekspanzija i povećani zahtevi za brigu o zdravlju stavljaju zahteve ispitanika za izgradnjom većeg broja malih i sofisticiranih zdravstvenih ustanova na prvo mesto ispitanika. Što se tiče ambijentalnog osvetljenja ono ima poseban bezbednosni značaj. Naime, izgradnja novih objekata kao i neke nelegalne gradnje kao i neplanska sadnja zelenila narušili su osvetljenost čitavog prostora što kretanje noću otežava i stvara osećaj nesigurnosti, a i olakšava kriminalcima kretanje prostorima bez osvetljenja i bežanje sa mesta izvršenja kriminalnih radnji. Osim toga nedostatak svetla i presecanje linije osmatranja otežava rad bezbednosnih kamera policijskog i privatnog obezbeđenja.

Stavovi o izradi igrališta za decu uvažavajući visoke bezbednosne standarde posledica su povećane bezbednosne kulture, uvažavanja standarda Evropske unije i dostupnosti sertifikovanih podloga i opreme za igrališta.

Izgradnja rampi za lica sa posebnim potrebama, za stara lica kao i posebno osmišljenih prostora za kućne ljubimce su zahtevi novijeg doba koji nisu bili značajnije uzimani u obzir pri prvobitnoj projekciji prostora. Današnji savremeni blokovski prostori su nezamislivi bez ovih sadržaja i imaju i svoje bezbednosne implikacije.

³ O radu nadležnih državnih organa u ostvarivanju ekološke bezbednosti vid. Tatjana Lukić, Milana Pisarić, „Specijalizacija pravosudnih i drugih državnih organa u borbi protiv ekološkog kriminaliteta“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2012, 219-241.

UMESTO ZAKLJUČKA

Zaključci na osnovu distribucije dobijenih rezultata odnosili bi se na sledeće. U odnosu na broj krivičnih dela protiv života i tela analiza pokazuje da je najveći broj krivičnih dela bio u vreme krize na prostoru 1990-2000. godine kada se na ovom prostoru pojavljuje puno oružja a kriminalne grupe se sele na ove prostore. Dizajn prostora i nedostatak mera neformalnog nadzora samo su olakšali kriminalcima da lakše izvrše svoje namere i ne budu otkriveni i uhapšeni, s obzirom da su većinu ubistava činile likvidacije kao posledica obračuna kriminalnih bandi. U to vreme je i percepcija građana o nebezbednosti bila najveća.

Redizajniranje prostora je počelo pred kraj 90-ih i početka 2000. i trajalo do 2010. godine. Kada su u pitanju ova krivična dela redizajniranje je imalo dvostruki uticaj. U prvom slučaju je pozitivan jer je činjenica da je taj prostor postao finansijski i poslovni centar što je uticalo i na povećan broj zgrada sa potpunim unutrašnjim i spoljašnjim obezbeđenjem, pokrivenost CCTV kamerama, proširenjem osvetljenih bulevara što je u nekim delovima smanjilo prostor za prikriven dolazak, boravak (čekanje) i akciju kriminalaca pa se oni češće odlučuju da aktivnost usmere na prostore koji nemaju ovakav „stepen zaštite i transparentnosti“. Sa druge strane, nov moderan prostor sa kafićima, restoranima, buticima i slično, privlačio je opasnije kriminalce i njihove vođe pa su se desile i tzv. „naručene likvidacije“ gde su kriminalci unapred znali da imaju male šanse da ne budu otkriveni i da mogu neometano i neopaženo pobegnu sa mesta izvršenja krivičnog dela. Sa tog stanovišta dizajn prostora i objekata nije mnogo pružio zaštitu žrtvama niti mogućnost bezbednog boravka.

Distribucija dobijenih rezultata pokazuje sledeće. Broj krivičnih dela protiv života i tela (ubistva i teška ubistva raste) od početka 90-ih godina XX veka i vrhunac dostiže 2000-te godine da bi postepeno počeo da opada i u 2011. godini dolazi na nivo 90-ih godina. U grupi krivičnih dela protiv imovine (krađa, teška krađa, razbojništvo) primetan je konstantan rast i to: kada su u pitanju obične krađe po stopi od 400% na svakih 10 godina i to: od 1990-te sa 80 raste na 510 do 2000-te i od 2000-te do 2011-te na 2251 krivično delo. Kada su u pitanju teške krađe (uz upotrebu sile i alata sa plenom veće vrednosti) stopa je u prvoj dekadi bila 25% veća, a u drugoj 30% veća u odnosu na početak merenja. Uočava se, međutim da je broj teških krađa u odnosu na obične krađe bio za oko 25% veći. Grupa krivičnih dela protiv polne slobode (silovanje i pokušaj silovanja) imala je rast u prvoj dekadi od 44% da bi u drugoj stopa bila negativna i to za 88% nego u prethodnom periodu. Grupa krivičnih dela nasilje u porodici je u Krivični zakon Republike Srbije kao posebno krivično

delo uvedeno tek 2002. godine pa do tog perioda i ne postoje zasebni podaci. Indikativno je, pak, da je od momenta uvođenja tog krivičnog dela do kraja 2011. godine bilo čak 570 slučajeva nasilja. Krivična dela protiv zdravlja ljudi (neovlašćena proizvodnja i promet opojnih droga) su imala konstantan rast iz godine u godinu da bi za čitav period stopa rasta ovih krivičnih dela bila više od 300%.

Što se tiče saobraćajnih nesreća sa poginulim licima interesantno je da je broj nesreća bio najveći 90-ih godina i to više od tri puta nego 2011. godine dok je najmanji i to šest puta bio 2000-te godine. Razlozi ovakvim pokazateljima verovatno stoje u činjenici da su neke saobraćajnice bolje uređene sa jasnijom i pravilnijom saobraćajnom signalizacijom uključujući tu i tzv. „ležeće policajce“ koji su znatno smanjili brzinu kretanja u zoni škola i na kritičnim tačkama.

Grupa krivičnih dela protiv imovine je grupa sa najvećim brojem dela, što su prikupljeni podaci i pokazali i što se očekivalo. I u ovom slučaju stari redizajnirani prostor imao je dvostruki uticaj. Naime, prisustvo velikog broja poslovnih ljudi, povećan broj novih (bogatijih) stanovnika, povećanje količine novca koji se dnevno obrtao na tom prostoru učinili su prostor primamljivim za veliki broj kriminalaca. Tako su u znatnom broju povećane tzv. „obične krađe“ (džeparenja, otimanje novca i tašni, upad i uzimanje novca iz kasa i slično) iz objekata i na ulici od građana. Zaključuje se da je većina prostora i objekata omogućavala neprimećen prilaz i izvršenje dela, kao i napuštanje prostora. Manja vrednost imovinske štete izazivala je i manju reakciju policije i zajednice građana ali je u percepciji građana o bezbednosti prostora ostavilo veliki trag. Primetno je da broj teških krađa uz upotrebu alata opada iz godine u godinu. Ovakav rezultat se opravdava, pre svega potrebnim dužim vremenom za izvršenje krivičnog dela, potrebom za dužim i preciznijim planiranjem, potrebnim većim znanjima i prilikama kriminalaca, smanjenju vrednosti dostupne imovine. Smatra se da je prisustvo privatnog obezbeđenja kod nekih objekata i intervencijama na objektima u smislu uvođenja interfona, stalnom zaključavanju zgrada, video nadzoru i povećanom osvetljenju u novoizgrađenim i novouređenim delovima prostora, kao i masovnoj ugradnji blindiranih vrata na stanovima i poslovnim prostorima značajno povećalo efekte bezbednosti. Visoka cifra ovih dela zadržala se zbog krađe vozila jer se na površinama javnih parkinga nije ništa intervenisalo, a broj vozila se povećao nekoliko puta. Na meti lopova su bile i apoteke zbog krađe opojnih supstanci i prodavnice sa tehničkom robom. Iako su kriminalci snimljeni kamerama ništa ih nije sprečavalo da neometano napuste mesto izvršenja.

Eksponencijalni rast imala su razbojništva (dela uz upotrebu oružja ili sile) koja se objašnjavaju velikim prisustvom i lakim dolaženjem do

oružja i kraćim potrebnim zadržavanjem na mestu izvršenja krivičnog dela što otežava dojavu i hvatanje kriminalaca.

Što se tiče ostalih vrsta krivičnih dela statistički značajni pokazatelji za tumačenje se odnose na krivična dela nasilja u porodici i nedozvoljenu trgovinu i promet opojnih droga. Kod nasilja u porodici dizajn prostora ima značaj u toliko što on može da ukaže na izolovanost, otuđenost i odsustvo zajedništva što olakšava nasilnicima da neprimećeno koriste silu, a komšije pri tome nemaju saznanja što se dešava pa ne mogu ni da reaguju.

Prikriveni, osenčeni prostori, prilazi, otvoreni podrumski prostori, otvorena potkrovlja učinila su da takav prostor bude privlačan za uživaocce i trgovce drogom, gde mogu prikriveno da borave. Ovo je dalje imalo uticaja i na druga asocijalna ponašanja pa se može smatrati i generatorom kriminala uopšte. Na ovako velik porast stope kriminala uticala je velika količina novca koja je bila prisutna usled toga što je tu bilo više poslovno-finansijskih centara.

*Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Crime Prevention in Terms of Designing Public Space and the Role of Private Security

Abstract: *Concern about the security of public spaces has become increasingly important in the last thirty years, both in the public service (police) and in private security which is responsible for protection of individual private facilities. It has been concluded that the study of public space design in terms of security is as important as the study of social and other factors of criminal behavior. Modern architectural solutions must take into account a design of space and facilities that prevents and obstructs the exercise of criminal actions to a maximum. Security design should make crime dangerous, less desirable and less justified, i.e. it should change the perception that potential criminals have of the risks of criminal behavior in terms of greater opportunities for its detection and arrest. The paper presents the criteria which should be followed when designing a public space, its effect on the behavior of criminals and notes on how badly designed public space reduces the effects of formal oversight by private security guards and the police. Most of the work is related to the case study of Block 21 in New Belgrade as a typical representative of the public space that has undergone numerous transformations over the past 50 years. There are very important indicators of how design changes of the area affected the state of crime.*

Key words: *security, private security, public space, prevention, crime.*

Datum prijema rada: 13.05.2015.

*Dr Tatjana D. Bugarski, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs*

VASPITNI NALOZI KAO DIVERZIONIM MODEL POSTUPANJA I NJIHOVA PRIMENA U PRAKSI VIŠEG JAVNOG TUŽILAŠTVA I VIŠEG SUDA U NOVOM SADU¹

Sažetak: *Kriminalitet maloletnika neprestano zaokuplja pažnju opšte i stručne javnosti i na izvestan način predstavlja pokazatelj uspešnosti ili neuspešnosti svih mera kojima se jedno društvo brine o mladima. Kao posebno osetljivoj kategoriji, maloletnicima se u svakom društvu poklanja posebna pažnja i neprestano se iznalaze novi i efikasniji načini rešavanja krivične stvari kojima se najmanje štete nanosi maloletniku kao učiniocu krivičnog dela, a postiže svrha koja se ogleda u jačanju njegove lične odgovornosti za svoje postupke. U tom smislu posebno mesto zauzima primena vaspitnih naloga koji mogu svoju svrhu da ostvare samo ukoliko postoji potpuna pravna uređenost njihove primene (zakon i podzakonski akti) i sistemski obezbeđena logistika. Izricanje i primena vaspitnih naloga je direktno vezana za ispitivanje ličnosti maloletnika i ovoj problematici je u radu posvećena posebna pažnja. U radu se autor bavi vaspitnim nalogima kao diverzionim modelom postupanja prema maloletnim učiniocima krivičnih dela, kao i primenom vaspitnih naloga u praksi Višeg javnog tužilaštva i Višeg suda u Novom Sadu.*

Ključne reči: *krivični postupak, diverzioni postupak, vaspitni nalog, maloletnik, ispitivanje ličnosti.*

¹Rad je nastao kao rezultat istraživanja i rada na Projektu „Dete u porodičnom pravu – komparativni i međunarodno-pravni aspekt“ čiji nosilac je Pravni fakultet u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu, a koji finansira Pokrajinski sekretarijat za nauku i tehnološki razvoj.

1. Uvodna razmatranja

Maloletnički kriminalitet je deo društvene stvarnosti i kao takav zasluuže posebnu pažnju jer vraćanje maloletnika na „pravi“ put dozvoljenog i očekivanog ponašanja ukoliko je zalutao u kriminalnu zonu je važan i odgovoran zadatak i društva i države. Svakako da krivične sankcije ne mogu biti adekvatna i dovoljna kompenzacija za sve ono što je propušteno u vaspitanju i odrastanju malolenika i zato se one primenjuju samo kao poslednje sredstvo po principu *ultima ratio* u sprečavanju i suzbijanju kriminaliteta radi vraćanja na pravi put. Krivični pravosudni sistem se koristi kao zamena za slab ili čak nepostojeći sistem za zaštitu dece, a zatvorske kazne i recidivizam postaju obrazac za decu koja su ostavljena sa veoma malo mogućnosti da ponovo oblikuju svoju budućnost.² Svakako, ogromna je razlika između dve vrste sankcija koje su predviđene za maloletnike, jer jedna ima za cilj vaspitanje, prevaspitanje i pravilno usmerenje, dok druga, pored toga, pretpostavlja pojačan uticaj na maloletnog učinioca, kao i na druge da ne vrše krivična dela.³ Maloletna lica su posebne psiho-fizičke strukture s obzirom na stepen razvoja u kome se nalaze, izuzetno osetljivi⁴, sa intenzivnim emocionalnim procesima⁵, izloženi uticaju brojnih faktora (bioloških, porodičnih, društvenih). Imajući u vidu navedeno, potrebno je da se maloletni prestupnik što više udalji od krivičnog pravosuđa čime bi se zaštitio od njegovih štetnih uticaja i to je učinjeno uvođenjem diverzionih modela čija svrha je primena rešenja koja su alternativna tradicionalnom krivičnom sistemu i krivičnom postupku. Ovim modelom se ostvaruje mogućnost da se na maloletnika utiče i nekim celishodnijim merama koje ne bi bile represivne i ne bi dovodile do njegove stigmatizacije krivičnom osudom.⁶ Primena diverzionih mera je

² Santos Pais M., *Creating a non-violent Juvenile Justice System*, Report 2013, The International NGO Council on Violence Against Children, p.7, http://www.childhelpline-international.org/media/80443/inco_-_juvenile_justice.pdf

³ Kokolj M., Specifičnosti kazne maloletničkog zatvora, *Aktuelna pitanja maloletničke delikvencije i mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku*, Srpsko udruženje za krivično pravo, Kopaonik, 27-30. mart 1995, str. 14.

⁴ Posebna osetljivost maloletnika jesvakako jedna od njihovih karakteristika, ali se, po pravilu, vezuje za maloletnike koji se u krivičnom postupku pojavljuju kao svedoci, Brkić S., *Posebno osetljivi svedoci*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu broj 2/2014, str. 212.

⁵ Emocionalnim procesima mi uspostavljamo subjektivan odnos prema stvarima, ljudima, događajima i prema sopstvenim postupcima i zbog toga oni nemaju racionalni karakter, koji je svojstven kognitivnim procesima: Brkić S., *Psihološki aspekti svedočenja starih lica*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu broj 4/2012, str. 209.

⁶ Stevanović I., *Alternativne krivične sankcije prema maloletnicima*, *Aktuelna pitanja maloletničke delikvencije i mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog u krivičnom postupku*, Srpsko udruženje za krivično pravo, Kopaonik, 27-30. mart 1995, str. 27.

moguća samo u onoj meri u kojoj obezbeđuje humanizaciju sistema krivičnih sankcija i otklanjanje krivične procedure u slučajevima bagatelnog,⁷ kao i srednjeg kriminaliteta koji je procentualno najzastupljeniji u odnosu na celokupan kriminalitet koji vrše maloletnici. Osnovni cilj diverzije je u tome da se u svakom slučaju kada se ispune uslovi skrene sa redovne krivične procedure i krivičnog prava u zonu porodičnog i socijalnog prava radi rešavanja konkretnog slučaja. Diverzionim postupkom se maloletniku daje još jedna šansa, realizacijom vaspitnog naloga konkretnog krivičnog slučaja se smatra rešenim, a maloletnik nema krivični dosije. Vrsta i dužina diverzionog postupka mora biti prilagođena uzrastu maloletnika, njegovim kulturnim i socijalnim prilikama, a neuspeli postupak diverzije se završava krivičnim postupkom prema maloletniku.⁸

U našem krivičnom pravnom zakonodavstvu izricanje vaspitnih naloga je direktna posledica primene načela oportuniteta krivičnog gonjenja prema maloletniku, odnosno njegovog uslovnog odlaganja. Prilikom primene načela oportuniteta, izuzetno je važna primena postojećih merila koja utvrđuje tužilaštvo, i kojima se na eksplicitan način pravi distinkcija između ocene celishodnosti izvedene iz diskrecionog prava javnog tužioca od puke samovolje koja bi predstavljala zloupotrebu diskrecionog ovlašćenja.⁹ Celishodnost, odnosno svrsishodnost se može posmatrati sa stanovišta principa ekonomičnosti i principa legitimnosti gde se u prvom slučaju izbegava neracionalno angažovanje, u krajnjoj liniji skupog i glomaznog pravosudnog državnog aparata kada to nema opravdanja, s obzirom da su u pitanju lakša krivična dela, a princip legitimiteta polazi od načela da krivična procedura i krivične sankcije treba da budu *ultima ratio*¹⁰, odnosno da im ne treba pribegavati ukoliko se očekivani kriminal-

⁷Ibidem, str.33.

⁸ Osnovna pravila koja se odnose na diverzioni postupak: UNICEF diversion and alternatives, <http://www.createsolutions.org/unicef/whatdefinitionsdiversion.html#key>

⁹ Đurđić V. i dr., *Oportunitet krivičnog gonjenja*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2009, str.83.

¹⁰ Interesantno je spomenuti rezultate istraživanja (SAD, Kambodža, Francuska) koji su pokazali da je daleko veći broj povratnika maloletnika kojima je izrečena kazna zatvora u odnosu na one prema kojima je primenjena neka nezatvorska mera. Videti fusnotu 33: Paulo Pinheiro, Independent Expert for the United Nations Secretary-General's Study on Violence Against Children, World Report on Violence Against Children (2006), p. 200; Angeliki-Marianthi Gyftopoulou, Child Imprisonment and Children's Rights: A Question of Consistency, Unpublished Masters Thesis (2012); Defence for Children International, Stop the violence!: The overuse of pre-trial detention, or the need to reform juvenile justice systems: Review of Evidence (2010), p. 27, citing La récidive des mineurs" (2009), available at <http://pays-de-la-loire.emancipation.fr/spip.php?article21>, Creating a non-violent Juvenile Justice System Report 2013,

nopolitički ciljevi mogu ostvariti izvan represivnog sistema procedure i sankcija.¹¹

Prema Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivično-pravnoj zaštiti maloletnih lica¹² (u daljem tekstu Zakon o maloletnicima – ZM) oportunitet (član 58) u odlučivanju o preduzimanju krivičnog gonjenja prema maloletniku za javnog tužioca je uslovljen izvršenjem krivičnog dela za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, a što se kao uslov traži i za izricanje vaspitnih naloga (član 5. stav 1). U slučaju procene javnog tužioca da krivično gonjenje prema maloletniku u konkretnom slučaju nije celishodno, ostaje mu mogućnost da primeni diverzioni model – vaspitne naloge. Naravno, ovakva mogućnost je uslovljena saglasnošću, odnosno pristankom maloletnika, njegovih roditelja, usvojioca, staraoca i spremnošću maloletnika da prihvati i ispuni izrečene vaspitne naloge (jedan ili više njih).¹³ Ukoliko je podneo zahtev za pokretanje pripremnog postupka prema maloletniku, javni tužilac kada smatra da ima mesta primeni vaspitnih naloga, to može samo da predloži sudiji za prethodni postupak, a ukoliko se on sa tim predlogom ne složi, odluku donosi veće za maloletnike u roku od osam dana (član 71. stav 1. i 2). Za razliku od javnog tužioca, sud može da izrekne bilo koji od pet vaspitnih naloga predviđenih zakonom, dok javni tužilac može da izrekne samo vaspitne naloge iz člana 7. stav 1. tačka 1-3.

2. Ispitivanje ličnosti maloletnika

Odluka o izboru vaspitnog naloga kao diverzionog modela postupanja prema maloletnim učiniocima krivičnih dela, kada se ispune za to zakonom propisani uslovi, kao i odluka o vrsti vaspitnog naloga je uslovljena i ispitivanjem ličnosti maloletnika od koje zavisi i ostvarivanje svrhe samog naloga. Sa shvatanjima pozitivističke i sociološke škole, raste interesovanje za ličnost učinioca krivičnog dela, pa tako i maloletnog što se najbolje vidi u tome da prema klasičnoj i neoklasičnoj školi, krivična odgovornost maloletnika, u okviru određenih starosnih granica

The International NGO Council on Violence Against Children, p.7, - http://www.childhelplineinternational.org/media/80443/inco_-_juvenile_justice.pdf

¹¹ Radulović Lj, Vaspitni nalozi-alternativa sankcijama za maloletnike, str 222, - <http://www.ius.bg.ac.rs/Naucni/Razvoj%20pravnog%20sistema%202006/19%20-%20Projekat%202006-13.pdf>

¹² Službeni glasnik RS broj 85/2005.

¹³ Videti član 62. stav 1. u vezi sa članom 7. stav 1. tačka 1-3. Zakona o maloletnicima.

nije više pravilo, jer zavisi od prethodno rešenog pitanja razbora (discernement).¹⁴ Pod razborom se podrazumevala mogućnost shvatanja značaja svog dela, dok se sloboda volje pretpostavljala.¹⁵ Ovo je sasvim razumljivo iz razloga što je za duševni razvoj lica najvažnije da shvati i uvidi značaj svog dela. Kasnije je intelektualnom elementu dodat i voljni element i počelo se govoriti o zrelosti i duševnoj razvijenosti maloletnika. Sve ovo se posledično manifestovalo na primenu različitih kazni za maloletnike, pa kasnije i na uvođenje posebnih pravila krivične procedure prema maloletnicima. Rodonačelnici posebnog statusa maloletnika i posebne procedure prema maloletnicima koja bi u potpunosti odgovarala psiho-fizičkim karakteristikama maloletnika su bili List i ostali osnivači Međunarodnog kriminalističkog udruženja, a posledica je bila stvaranje tzv. zaštitničkog (welfare) modela koji se ogleda, između ostalog, u tome što je ličnost maloletnika stavljena u prvi plan sa ciljem ne da se maloletnik kazni, nego da mu se pomogne.¹⁶ Zbog toga danas krivični postupak prema maloletnicima ima dvostruki cilj – da se utvrdi krivica maloletnika radi izricanja odgovarajuće sankcije i da se istraži ličnost maloletnika i omogući njegova zaštita. Ovaj specifičan cilj određuje sve najvažnije karakteristike ovog postupka i opredeljuje specifična rešenja koja se u njemu sreću u odnosu na krivični postupak koji se vodi prema punoletnim licima.¹⁷

Ličnost maloletnika je u centru pažnje javnog tužioca od trenutka postojanja sumnje da je maloletnik izvršio krivično delo, i u svakom konkretnom slučaju, pod zakonom propisanim uslovima, ceneći prirodu samog dela, okolnosti pod kojima je učinjeno, raniji život i lična svojstva maloletnika, javni tužilac može da donese odluku da ne pokrene krivični postupak i pored toga što su ispunjeni stvarni i pravni uslovi za to, ukoliko smatra da to u konkretnom slučaju ne bi bilo celishodno, uslovljavajući pokretanje krivičnog postupka izvršenjem određenih vaspitnih naloga. Ocena navedenih uslova koji su zakonom postavljeni u vezi sa oportunitetom mora da se temelji na utvrđenim činjenicama od kojih su posebno značajne one činjenice koje su u vezi sa ranijim životom i ličnim svojstvima maloletnika, a osim toga, izabrani vaspitni nalog mora biti prilagođen samoj ličnosti maloletnika i prilikama u kojima živi.

¹⁴ Perić O., Milošević N., Stevanović I., Politika izricanja krivičnih sankcija prema maloletnicima u Srbiji, Beograd 2008, str. 14.

¹⁵ Ibidem, str. 15.

¹⁶ Ibidem, str. 19-20.

¹⁷ Lazin Đ., Princip oportuniteta u pokretanju krivičnog postupka prema maloletnicima, Međunarodni naučni skup - Krivičnopravna pitanja maloletničke delikvencije, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2008, str. 169.

Osnovni cilj ispitivanja ličnosti maloletnika je da se istraži ličnost maloletnika radi otkrivanja i identifikovanja njegovih problema, kao i potreba koje on ima, i utvrđivanje faktora koji su uticali na nedozvoljeno i nezakonito ponašanje. Ispitivanje ličnosti maloletnika podrazumeva „(…)otkrivanje faktora korelisanih sa stanjem devijantnog ponašanja.“¹⁸ Proučava se zakonska istorija maloletnika u smislu da li je ranije osuđivan, utvrđuju se podaci o ličnosti, o razvojnoj istoriji i ponašanju, njegovim mogućnostima i sposobnostima i uzrocima poslednjeg nezakonitog ponašanja, istražuju se socijalni i psihički aspekti ličnosti, a ne retko i medicinski. Ovo po samoj svojoj prirodi dovodi u pitanje očuvanje osnovnih prava maloletnika na zaštitu njegove ličnosti i privatnosti i zato se posebno naglašava da organ postupka mora voditi računa o svemu tome, pa je neophodno da bude profesionalan i posebno obazriv, sa visokim etičkim i moralnim načelima, jer nije određen ni način ni obim zadiranja u sferu privatnosti maloletnika. Prema Zakonu o socijalnoj zaštiti¹⁹ (član 37) korisnik socijalne zaštite ima pravo na poverljivost svih privatnih podataka iz dokumentacije koja se obrađuje za potrebe izveštaja, odnosno evidencije, a tu spadaju i oni koje se tiču njegove ličnosti, ponašanja, porodičnih okolnosti i načina korišćenja usluga socijalne zaštite. Od ovog prava se može odstupiti samo u onim slučajevima koji su predviđeni zakonom.

Potreba za ispitivanjem ličnosti maloletnika je trojaka: da se utvrdi da li uopšte postoji potreba za preduzimanjem neke mere, ako postoji da se odabere adekvatna mera i da bi se moglo pristupiti adekvatnom planiranju i izvršenju iste.²⁰

Za utvrđivanje činjenica koje se odnose na ličnost maloletnika, posebno je adekvatna socijalna anamneza. Anamneza predstavlja razgovor sa licem radi prikupljanja informacija o samoj ličnosti i životu tog lica. Lice koje vrši anamnezu mora da poseduje veštine, potrebno znanje i strpljenje, jer to je postupak koji zahteva određeno vreme. Ova veština se najbolje stiče kroz sam rad. Da bi anamneza bila potpuna, potrebno je postavljati pitanja određenim redosledom, kao i da lice koje vrši anamnezu stekne poverenje lica kojeg ispituje, odnosno sa kojim obavlja razgovor. Pitanja koja se postavljaju licu se mogu podeliti u nekoliko osnovnih grupa i ona se odnose na: lične podatke i podatke koji se

¹⁸ Analogno sa otkrivanjem faktora korelisanih sa stanjem bolesti u definiciji dijagnoze u medicini. Videti: Scardaccione G., Procena ličnosti maloletnika u maloletničkom krivičnom postupku u Italiji, *Crimen* 1/2013, str.17.

¹⁹ Službeni glasnik RS broj 24/2011.

²⁰ Videti: Stakić Đ., *Metodika rada sa maloletnim delikventima*, Beograd 1991, str.152.

odnose na članove njegove uže porodice, obrazovanost lica i članova njegove uže porodice, zaposlenost, materijalno stanje i potrebe, zdravstveno stanje, podatke o detinjstvu i školovanju, stanovanju i socio-kulturnom okruženju, interesima i sklonostima lica.²¹ Na kraju se u okviru socijalne anamneze daje socijalna procena i mišljenje. Socijalna procena se odnosi na analizu dobijenih podataka, razvojno posmatranih i smeštenih u vremenski i prostorni kontekst života lica, a ovu procenu daju zajedno lice i socijalni radnik. Ovde je posebno važno da se navede kako samo lice vidi i definiše teškoće, a kako socijalni radnik i koje su dodirne tačke na kojima se može zasnivati dalja saradnja. Na kraju, socijalni radnik daje svoje mišljenje na osnovu svih prikupljenih podataka, kao i eventualnih nalaza psihologa, defektologa ili lekara koji se prilažu uz ovo mišljenje. U pisanju socijalne anamneze najviše dolazi do izražaja stručnost socijalnog radnika koja mora biti i u skladu sa osnovnim principima profesionalne etike.

Izvori podataka za socijalnu anamnezu mogu biti podaci do kojih se dolazi razgovorom koji socijalni radnik vodi sa maloletnikom, zatim sa njegovim roditeljima, učiteljicom, školskim pedagogom ili psihologom. Važno je da socijalna anamneza ne bude usmerena, odnosno fokusirana samo na tzv. negativne činjenice, a to su one činjenice koje ukazuju na sve ono što nije dobro u vezi sa maloletnikom čija ličnost se ispituje, već je potrebno utvrditi i sve pozitivne činjenice radi usmeravanja tretmana ne samo na korigovanje negativnog, već i na razvoj potencijala ličnosti maloletnika. Zbog toga je potrebno koristiti sve raspoložive izvore podataka (anamneza i heteroanamneza). Nije dovoljno da se koriste samo uobičajene metode ispitivanja ličnosti kao što su intervju i posmatranje, upitnici i psihološki testovi, pogotovo kada se ima u vidu da su se ove tehnike i metode razvile do nesagledivog broja i vrsta.

Treba imati u vidu da su svaki način i metoda ispitivanja ličnosti maloletnika, kao i kriminološka prognoza relativnog, a ne apsolutnog karaktera, pa im je i vrednost takva. Zbog toga im se pristupa veoma obazrivo. Stanje ličnosti se utvrđuje u postupku, po pravilu, posredno, i to putem izveštaja, nalaza i mišljenja lica koja su se po nalogu organa postupka bavila ispitivanjem ličnosti maloletnika, ili na osnovu iskaza svedoka. Zbog toga se može više govoriti o prihvatanju tuđeg mišljenja, sa eventualnom korekcijom i kontrolom od strane organa postupka. Uloga Centra za socijalni rad prilikom ispitivanja ličnosti ma-

²¹ Vodič za pisanje socijalne anamneze, http://issuu.com/sanjaboban/docs/vodic_za_pisanje_socijalne_anamneze

loetnika je važna iz razloga što su maloletni izvršioci krivičnih dela, po pravilu, od ranije poznati Centru, pa samim tim stručna lica iz Centra za socijalni rad najbolje poznaju maloletnika i zato mogu puno da pomognu javnom tužiocu i sudiji prilikom donošenja odluke. Ispitivanje ličnosti podrazumeva ispitivanje kombinovanih rezultata urođenih svojstava, uticaja sredine i reaktivnih tendencija koje nastaju iz konflikata ovih dvaju činilaca.²² Ispitivanje ličnosti maloletnika se svodi na ispitivanje ličnosti kao integracije najkarakterističnijih struktura neke individue, odnosno njenog ponašanja, njenih interesa i njenih sposobnosti.²³ Cilj socijalne anamneze je ostvarivanje što boljeg uvida u ličnost klijenta, prilike koje su ga oblikovale, njegove sadašnje prilike, kao i duhovne, ekonomske i socijalne sposobnosti uticaja na okolnosti.²⁴ Iako je ispitivanje ličnosti maloletnika mehanizam iznalaženja najboljeg rešenja za maloletnika koji je u sukobu sa zakonom, može se postaviti pitanje njegove dopuštenosti, imajući u vidu pravo čoveka na privatnost kao jedno od najvažnijih prava savremenog društva koje predstavlja poslednju branu individualizacije pojedinca, kao procesa izdvajanja jedinice iz nečeg opšteg.

3. Vaspitni nalozi kao diverzioni model postupanja prema maloletnicima

Vaspitni nalozi predstavljaju način rešavanja krivične stvari van krivičnog postupka i imaju za cilj da se krivični postupak ne pokrene ili da se obustavi. Izbor vaspitnog naloga kao rešenja koje je alternativno u odnosu na krivični postupak zavisi od volje maloletnika, odnosno od toga da li će se on sa tim saglasiti ili ne. Vaspitni nalozi kao mere *sui generis* koje nemaju karakter krivične sankcije, obezbeđuju drugačiji način rešavanja krivične stvari u odnosu na krivični postupak, samo za maloletna lica i za dela određene težine radi sprečavanja bilo kakvog štetnog dejstva same krivične procedure ili izrečene krivične sankcije na maloletnika. Osnovne razlike vaspitnih naloga u odnosu na sankcije za maloletnike izražene su u zakonskom određivanju organa nadležnih za primenu vaspitnih naloga, u uslovima propisanim za njihovu primenu i posebno, u sadržinskom određivanju svrhe vaspitnih naloga, u uslovima propisanim za njihovu primenu i posebno, u sadržinskom određivanju svrhe vaspitnih naloga

²² Jerotić V., Ličnost – njen razvoj i posledice, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* broj 3/1974, str. 435.

²³ Ibidem.

²⁴ Filipović I., Smijemo li se odreći socijalne anamneze?, *Ljetopis socijalnog rada* broj 2/2001, str. 216, <http://hrcak.srce.hr/3716>

i razlika koje na tom planu postoje u odnosu na krivične sankcije za maloletnike.²⁵ Kao svojevrsan vid diverzije, primena vaspitnih naloga treba da omogućí dalji pravilan razvoj maloletnika kroz jačanje njegove lične odgovornosti da se ne bi više ponavljala nedozvoljena, odnosno nezakonita ponašanja. Primena vaspitnih naloga je primarna u odnosu na alternativne krivične sankcije (posebne obaveze) i krivične sankcije, ukoliko su ispunjeni potrebni uslovi.

Kada su maloletnici u pitanju, onda je stvaranje pravnog sistema uslovljeno posebnim statusom deteta i posebnom usmerenosti na rehabilitaciju i reintegraciju, kao i zaštitu deteta od svih oblika nasilja. Krivično pravosuđe za maloletnike je posebno, upravo iz razloga što je neophodno decu koja su u sukobu sa zakonom tretirati na posebno obazriv način, jer je cilj da se izbegne svaki vid kazne (odmazde) i da se svakom detetu obezbedi potpuna i produktivna reintegracija u društvo. Iako je primarno reaktivan, sistem krivičnog pravosuđa kada su maloletnici u pitanju ima i značajan aspekt prevencije. Vaspitni nalozi su jedan od instrumenata kojim se ostvaruje upravo preventivno dejstvo pravosudnog sistema kojim se maloletnici usmeravaju na sistem socijalne zaštite. Mogućnost diverzionog postupanja prema maloletnicima bi trebalo ostvariti u što ranijoj fazi postupka, jer se na taj način efikasno izbegava stigmatizacija maloletnog izvršioca krivičnog dela. Naravno, ono što je posebno značajno istaći je da diskreciona odluka organa postupka o primeni vaspitnog naloga mora biti utemeljena na kriterijumima koji su propisani, i ne može i ne sme biti stvar pune arbitrnosti. Tako je propisano i Tokijskim pravilima (član 3.1.) gde se eksplicitno navodi da se uvođenje, definisanje i sprovođenje mera alternativnih institucionalnom tretmanu uređuje zakonom.²⁶

Ono što je posebno značajno kod primene vaspitnih naloga jeste saglasnost maloletnika iz razloga što se na taj način manifestuje briga o maloletnom licu, jer je i svrha diverzionog postupka da se izbegne bilo kakav oblik sile ili prinude, i zbog toga je potrebno da se maloletnik upozna sa svim mogućnostima diverzionog postupka pre nego što se izjasni da li na njega pristaje ili ne. Osim toga, njegov pristanak svakako povećava šanse da se postupak diverzije sprovede do kraja i sa uspehom. I u postupku diverzije je potrebno da se poštuju osnovna prava maloletnika ko-

²⁵ Radulović LJ., Vaspitni nalozi – alternativa sankcijama za maloletnike, str. 216, - <http://www.ius.bg.ac.rs/Naucni/Razvoj%20pravnog%20sistema%202006/19%20-%20Projekat%202006-13.pdf>

²⁶ Prava deteta i maloletničko pravosuđe – odabrani međunarodni instrumenti, standardna minimalna pravila UN za mere alternativne institucionalnom tretmanu (Tokijska pravila), http://www.mup.gov.rs/cms_lat/decaipolicija.nsf/6%20Tokijska%20pravila.pdf

ja se odnose na pretpostavku nevinosti, prava na privatnost kao i druga-prava koja mu pripadaju. Osnovne karakteristike diverzionih postupaka su:²⁷

- mogu se primeniti od najranije faze postupka;
- najbolja je ona diverzija koja se primeni što pre, odnosno u veoma kratkom vremenu po saznanju za delo i za učinioca;
- diverzija podrazumeva poštovanje osnovnih prava deteta;
- obavezna je saglasnost deteta (roditelja/staratelja) i nema kriminalnog dosijea;
- mora postojati odluka da se neće sprovesti krivični postupak;
- njom se uklanjaju i sprečavaju negativni efekti krivičnog postupka;
- obično se odnose na lakša krivična dela;
- nije pogodna za sve maloletnike (kao na primer za one na koje se već primenila diverzija, pa je neuspešno realizovana i vođen je postupak prema maloletniku, ili u slučajevima kada maloletnik ne priznaje da je izvršio krivično delo);
- postupak diverzije može da se sastoji samo od jednostavnog upozorenja ili opomene, izvinjenja žrtvi, naknade štete ili određenog programa koji uključuje ostvarivanje restorativne pravde i slično;
- institucije koje mogu biti uključene u diverzioni postupak mogu biti veoma raznolike kao što su npr. Policija (u mnogim državama kontinentalne Evrope ovo diskreciono odlučivanje o primeni diverzije je u rukama policije), nevladine organizacije i dr;
- neuspeli diverzioni postupak ima za posledicu vođenje krivičnog postupka;
- diverzioni postupak nije uvek postupak ostvarivanja restorativne pravde (npr. kada se sastoji samo u davanju upozorenja maloletniku), ali se, po pravilu, zasniva na principima restorativne pravde.

Kada je u pitanju restorativna pravda potrebno je istaći da tu maloletnik nije u centru pažnje, jer je u ovaj proces uključena i sama žrtva i u tim postupcima uvek treba imati u vidu da ostvarivanje ove pravde nikako ne sme da ide na štetu prava maloletnika.

Odnos između diverzije, alternativa, restorativne pravde i pristupa deci koji je zasnovan na njihovim pravima se najbolje može prikazati sledećim dijagramom²⁸

²⁷ UNICEF diversion and alternatives, <http://www.createsolutions.org/unicef/whatdefinitionsdiversion.html#key>

²⁸ Dijagram preuzet iz: -
<http://www.createsolutions.org/unicef/whatdefinitionsdiagram.html>



Vaspitne naloge prema Zakonu o maloletnicima mogu da izreknu javni tužilac ili sudija za maloletnike samo maloletnim učiniocima krivičnih dela, pod uslovom da se radi o krivičnom delu za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do pet godina, da je maloletnik priznao krivično delo, odnosno da ga je izvršio, kao i da postoji određeni odnos maloletnika kako prema krivičnom delu, tako i prema oštećenom licu. Zakonom o maloletnicima (član 7) je predviđeno nekoliko vrsta vaspitnih naloga i to: 1. Poravnanje sa oštećenim kako bi se naknadom, izvinjenjem, radom ili na neki drugi način otklonile u celini ili delimično štetne posledice izvršenog krivičnog dela; 2. Redovno pohađanje škole ili redovni odlazak na posao; 3. Uključivanje bez naknade u rad humanitarnih organizacija ili poslova socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja; 4. Podvrgavanje odgovarajućem ispitivanju i odvikavanju od zavisnosti izazvane upotrebom alkoholnih pića ili opojnih droga i 5. Uključivanje u pojedinačni ili grupni tretman u odgovarajućoj zdravstvenoj ustanovi ili savetovalištu. Prilikom izbora vaspitnog naloga u svakom konkretnom slučaju organ postupka mora da vodi računa o interesu maloletnika, ali i oštećenog, kao i da se primenom naloga ne remeti proces školovanja ili zaposlenja maloletnika. Vaspitni nalozi se određuju na period od najduže šest meseci. Izbor, zamena i kontrola, odnosno nadzor nad primenom na-

loga se vrši u saradnji sa roditeljem, starateljem ili usvojiocem maloletnika, kao i organom starateljstva.

Ukoliko maloletnik ispuni vaspitni nalog prema članu 62. stav 4. Zakona o maloletnicima, javni tužilac će doneti rešenje o odbacivanju krivične prijave, odnosno predloga oštećenog za pokretanje postupka, a sudija za maloletnike prema članu 71. stav 5. donosi rešenje o obustavljanju postupka. U slučaju da maloletnik ne ispuni vaspitni nalog, protiv njega se vodi krivični postupak.

Problemi²⁹ koji se javljaju u praksi prilikom primene vaspitnih naloga su na primer, nedovoljna kvalifikacija (u smislu pedagoškog i psihološkog znanja i iskustva) lica koja učestvuju u postupku medijacije, posebno kod vaspitnog naloga izvinjenja oštećenom, što je veoma psihološki zahtevan postupak, a naročito ako je i sam oštećeni maloletno lice. Poseban problem se javlja kod vaspitnog naloga koji se sastoji u odvikavanju od zavisnosti upotrebe droga ili alkohola i uključivanju u pojedinačni ili grupni tretman u zdravstvenoj ustanovi ili savetovalištu, jer u Srbiji zdravstvene ustanove ne primaju pacijente mlađe od 16 godina, a osim toga dnevni tretman odvikavanja može da se realizuje samo uz dvomesečno prisustvo roditelja koji, ukoliko je u radnom odnosu može imati ozbiljan problem oko izostanka sa posla u tom periodu (u smislu eventualnog otkaza). U dnevnim bolnicama učešće roditelja ili staratelja je obavezno u smislu da budu prisutni prilikom terapije koja se sprovodi nad maloletnikom i oni se tretiraju kao kopacijenti i lica sa kojima je neophodna saradnja u toku trajanja terapije.³⁰ Takođe, ukoliko pacijent u toku terapije, odnosno tretmana pokaže bilo kakvo agresivno ili antisocijalno ponašanje, automatski se isključuje terapije i pored odluke organa postupka.

4. Postupak primene vaspitnih naloga u Srbiji

Donošenje odluke organa postupka (javnog tužioca ili sudije) o primeni vaspitnih naloga je samo formalan početak jednog kompleksnog procesa koji se sastoji u uređenom sledu obaveznih aktivnosti učesnika koji su uključeni u primenu tih naloga. Veliki broj učesnika (pravosudni organi, maloletnik i njegovi roditelji ili zastupnici, organ starateljstva, obrazovne ustanove, zdravstvene ustanove, udruženja građana, privredne organizacije i strukovna udruženja) u ovom procesu mora imati jasno defi-

²⁹ O problemima: Biro za ljudska prava Tuzla, Primjena alternativnih mjera i modela restorativne pravde u zemljama regiona, str.25 i 26. - http://mrezapravde.ba/skladiste_znanja/pdf/analiza_dobrih_praksi_primjene_alternativnih_mjera_i_modela_restorativne_pravde_u_zemljama_regiona.pdf

³⁰ Važno je napomenuti da se prema članu 2. stav 1. tačka 3. Zakona o pravima pacijenata (Službeni glasnik RS broj 45/2013) detetom smatra lice do navršenih 18 godina života.

nisanu nadležnost i delokrug rada kao i odgovornost za preduzimanje zadataka. Ipak, zbog prisutne tendencije tzv. „podruštvljavanja“ vaspitnih naloga, koja se ogleda u izuzetno širokom krugu subjekata koji mogu učestvovati u njihovoj realizaciji, opravdana je bojazan da će preveliko uplitanje drugih aktera u primenu diverzionih mera, odnosno vaspitnih naloga, dovesti do povećane arbitrnosti koja, u pravu uopšte, a u krivičnom pravu naročito, može doneti mnogo više štete nego koristi, zbog čega mora postojati potpuna kontrola prilikom izricanja i primene vaspitnih naloga od strane tužioca i sudije za maloletnike.³¹ Takođe je neophodno da se uspostave mehanizmi međusobne saradnje, da se odrede izvori i način finansiranja i da se propiše način vođenja potrebne evidencije. Da bi se uspešno primenjivali vaspitni nalozi potrebno je da su utvrđeni standardi za njihovu primenu kojima se definišu: aktivnosti, očekivani ishodi ispunjenja vaspitnih naloga i pravila koja se odnose na organizacije ili pojedince koji učestvuju u tom procesu.³²

Vaspitni nalozi se mogu realizovati u ustanovama koje se bave obrazovnom, zdravstvenom, humanitarnom i sličnom delatnošću. Sa ovim ustanovama, koje je prethodno identifikovao, sklapanje protokola ili ugovora o saradnji inicira centar za socijalni rad koji je nakompetentniji da identifikuje subjekte u lokalnoj zajednici koji su adekvatni za uspešnu realizaciju vaspitnih naloga. Ovi sporazumi predstavljaju značajan pravni osnov za izvršenje vaspitnih naloga u svakom konkretnom slučaju, a posebno su značajni zbog toga što u njima mora biti precizirano postupanje sa podacima u vezi sa svakim konkretnim slučajem jer se oni tretiraju kao poverljivi podaci. U vršenju javnih ovlašćenja, centar kao ustanova socijalne zaštite i kao organ starateljstva postupa u skladu sa normativima i standardima koji su utvrđeni Pravilnikom o organizaciji, normativima i standardima rada centra za socijalni rad (član 3).³³ Centar za socijalni rad preduzima propisane mere, pokreće i učestvuje u sudskim i drugim postupcima, vodi propisane evidencije i stara se o čuvanju dokumentacije korisnika.³⁴

³¹ Banović B., Joksić I., Diverzioni koncept reagovanja na kriminalitet maloletnika u Srbiji: Reagovanja na kriminalitet maloletnika u Srbiji: zakonodavstvo i praksa, Niške teme broj 2/2011, str.351-352, <http://teme.junis.ni.ac.rs/teme2-2011/teme%202-2011-01.pdf>

³² Videti: Predlog: Standardi i procedure za primenu vaspitnih naloga, Beograd Juni 2012, <http://www.zavodsz.gov.rs/PDF/Predlog%20procedure%20i%20standardi%20finalna%20sedjena%20verzija.pdf>

³³ Pravilnik o organizaciji, normativima i standardima rada centra za socijalni rad, Službeni glasnik RS broj 59/2008, 37/2010, 39/2011 – dr.pravilnik i 1/2012 – dr.pravilnik). Normative i standarde stručnog rada propisuje ministar nadležan za socijalnu zaštitu (član 120. stav 2. Zakona o socijalnoj zaštiti).

³⁴ Zakon o socijalnoj zaštiti, Službeni glasnik RS broj 24/2011, član 120. stav 1. tačka 3) i 4).

Načelo celishodnosti je u postupak uvelo i organ starateljstva čija uloga u vezi sa ovim načelom može biti trojaka: da se od njega traži mišljenje o celishodnosti pokretanja postupka, samo u saradnji sa organom starateljstva se mogu realizovati neki vaspitni nalozi i organ starateljstva ukoliko smatra da je celishodnije da se pokrene krivični postupak prema maloletniku ima pravo da to traži od nadležnog suda.³⁵ Kada je u pitanju primena vaspitnih naloga, organ starateljstva aktivno učestvuje u izboru vaspitnog naloga, nadzoru nad sprovođenjem vaspitnog naloga i podnošenju izveštaja javnom tužiocu ili sudiji za maloletnike o ispunjenju naloga. Ovo je sasvim opravdano jer centar za socijalni rad kao ustanova socijalne zaštite u skladu sa svojim nadležnostima ima odgovornost za operativno planiranje u uspostavljanju usluga socijalne zaštite u lokalnoj zajednici, a u okviru te uloge ima odgovornost i za identifikaciju resursa za primenu vaspitnih naloga i za regulisanje međusektorske saradnje u primeni vaspitnih naloga.³⁶

Značajan faktor koji u velikoj meri određuje izbor i realizaciju vaspitnih naloga je izvor finansiranja, s obzirom na to da izvršenje naloga iziskuje određene troškove, mora se rešiti pitanje ko će i na koji način snositi nastale izdatke. Zato je važno odrediti ko određuje ili odobrava dozvoljenu granicu troškova za primenu vaspitnog naloga, ko odobrava specifične troškove za pojedinačne vaspitne naloge ili ko plaća usluge koje se obezbeđuju u skladu sa primenjenim vaspitnim nalogom.³⁷

Javni tužilac i sudija za maloletnike kao organi koji odlučuju o primeni vaspitnih naloga treba da vode potrebne evidencije o primeni vaspitnih naloga, ali i subjekti koji učestvuju u realizaciji treba da vode svoje interne evidencije. Ono što je važno to je da se tačno odredi koja lica imaju pravo uvida u podatke iz evidencije i pod kojim uslovima, kao i na koji način i u kojim slučajevima se mogu razmenjivati podaci iz evidencija i u koju svrhu.

Šema realizacije vaspitnog naloga:³⁸

³⁵ Popović M., *Organ starateljstva i krivičnopravni tretman maloletnika*, Beograd 1974, str. 88.

³⁶ Videti: Predlog: Standardi i procedure za primenu vaspitnih naloga, Beograd 2012, str. 12, <http://www.zavodsz.gov.rs/PDF/Predlog%20procedure%20i%20standardi%20finalna%20sedjena%20verzija.pdf>

³⁷ Ibidem., str. 14-15.

³⁸ Šema je izvedena na osnovu: Predlog: Standardi i procedure za primenu vaspitnih naloga, Beograd 2012, str.19-22, <http://www.zavodsz.gov.rs/PDF/Predlog%20procedure%20i%20standardi%20finalna%20sedjena%20verzija.pdf>





U ovom sistemu, maloletnom učiniocu krivičnog dela se nameće obaveza da preuzme odgovornost za svoje postupke, zatim da se suoči sa žrtvom (oštećenim) krivičnog dela, ali i sa predstavnikom društvene zajednice, kao i da aktivno radi na otklanjanju štete koja je pričinjena izvr-

šenim krivičnim delom.³⁹ Osnovna pravila kojih se treba pridržavati prilikom primene vaspitnih naloga su: da se ona određuju u najboljem interesu deteta uz poštovanje njegovih prava, a posebno prava privatnosti i da se mogu odrediti samo uz saglasnost maloletnika. Da bi se ostvario cilj vaspitnog naloga uvek treba prilikom izbora vrste naloga voditi računa o ličnosti maloletnika njegovim sklonostima, navikama, motivima, mogućnostima, potrebama, ali i karakteristikama spoljašnjih uslova i socijalnih faktora. Izbor i primena vaspitnih naloga zahteva timski rad u koji su obavezno uključeni javni tužilac (sud), roditelji (staratelji) organ starateljstva, maloletnik. Posebno je važna uloga voditelja tretmana čiji učinak bi bio daleko efikasniji kada bi se obezbedio adekvatan broj takvih stručnih lica koji ne bi bili preopterećeni sa brojem slučajeva koje vode.

5. Vaspitni nalozi kao diverzione mere u uporednom zakonodavstvu

U Kanadi Zakonom o krivičnom pravosuđu za maloletnike⁴⁰ su predviđene dve vrste nesudskih mera koje policija može da izrekne maloletniku i to: opomene koje su neformalnog karaktera i upozorenja, koja su formalna, u pisanom obliku. Ove mere policija može da izrekne maloletniku pre krivičnog postupka ukoliko postoji potreban stepen sumnje da je maloletnik učinio krivično delo, ali se smatra sasvim dovoljnim da mu se izrekne neka od vansudskih mera. Osim toga, policija može uz saglasnost maloletnika da ga uputi na program ili instituciju u društvenoj zajednici koja mu može pomoći da ne vrši više krivična dela. Ovakva mogućnost je isključena ukoliko je maloletniku već ranije izrečena neka od vansudskih mera, ili je već osuđivan (član 4 (d)).

Slične vansudske mere (opomena i vaspitni nalozi) predviđene su i u Crnoj Gori Zakonom o postupanju prema maloljetnicima u krivičnom postupku (član 9. stav 2)⁴¹ kao alternativne mere. Opomenu (član 10) može da izrekne maloletniku državni tužilac za maloletnike ili ovlašćeni policijski službenik sa posebnim znanjima iz oblasti zaštite prava maloletnih lica uz odobrenje tužioca, koji je izvršio krivično delo za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, ukoliko postoje dokazi koji potkrepljuju osnovanu sumnju da je maloletnik učinio krivično delo, maloletnik je dao svoj pristanak uz saglasnost zakonskog zastupnika i

³⁹ Mitrović Lj., Vaspitne preporuke i njihova primjena u uporednom pravu, Godišnjak Fakulteta pravnih nauka broj 3/2013, Banja Luka, str.23.

⁴⁰ Youth Criminal Justice Act, Part 1 – Extra judicial measures, Art.6, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/Y-1.5/page-3.html#docCont>

⁴¹ Službeni list Crne Gore broj 64/2011.

prema maloletniku ranije nije primenjen vaspitni nalog ili izrečena krivična sankcija. Prilikom izricanja opomene posebno se mora uzeti u obzir odnos maloletnika prema krivičnom delu i oštećenom.

U Republici Srpskoj Zakonom o zaštiti i postupanju sa decom i maloletnicima u krivičnom postupku⁴² alternativne mere su policijsko upozorenje i vaspitne preporuke (vaspitni nalozi). Policijsko upozorenje (član 21. i član 22) se može izreći maloletniku koji je učinio krivično delo za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, ukoliko je to sazmersno okolnostima i težini učinjenog krivičnog dela (član 9). Uslovi koji moraju biti ispunjeni da bi se izreklo upozorenje su: da je maloletnik slobodno i dobrovoljno priznao krivično delo (s tim da se ovo priznanje ne može koristiti protiv njega u bilo kom drugom naknadnom postupku (član 88. stav 8)), da je ovo priznanje potkrepljeno drugim dokazima i da se ranije maloletniku nije izricalo upozorenje. Policijsko upozorenje može se izreći u roku od 24 sata pošto je policijski službenik ispitao maloletnika i prikupio dokaze, uz službeni izveštaj tužiocu dostavio i obrazložen predlog da se maloletnik za konkretni slučaj samo upozori, i javni tužilac dao svoje odobrenje (član 88. stav 4). Javni tužilac će se saglasiti sa predlogom policijskog službenika ukoliko posle razmatranja predloga utvrdi da postoje dokazi da je maloletnik učinio krivično delo, ali da s obzirom na prirodu krivičnog dela i okolnosti pod kojima je učinjeno, raniji život maloletnika i njegova lična svojstva, pokretanje krivičnog postupka ne bi bilo celishodno. O izrečenim policijskim upozorenjima se vodi posebna evidencija (član 23) koja nema karakter krivične evidencije o osuđivanosti maloletnika. Podaci iz ove evidencije se ne mogu upotrebiti na bilo koji način kojim bi se nanela šteta maloletniku.

U Austriji⁴³ odluku o diverzionim merama donosi javni tužilac ili sudija za maloletnike, pri čemu se rukovodi posebnim priručnicima (o diverzionim merama i o posredovanju) koje je doneo NEUSTART. Pre nego što donesu odluku o primeni neke od diverzionih mera, mogu se tražiti izveštaji o uvidu u stanje maloletnika i to od aJGH-a (Podrška pri maloletničkom sudu u Beču) ili od kancelarije za mlade koje su specijalizovani odseci upravnih službi po oblastima u drugim regijama Austrije. Ti izveštaji su rezultat ispitivanja ličnosti maloletnika. Problemima maloletničke delikvencije i diverzionim merama se bavi privatna organizacija NEUSTART koja sarađuje sa Saveznim ministarstvom pravosuđa. Intere-

⁴² Službeni glasnik Republike Srpske broj 13/10.

⁴³ Rosenberger R., Studija pravnog okvira i praktične primene diverzionih mera u Austriji i Nemačkoj, Komparativna analiza i podsticaj za podršku reformi u Srbiji, Beč 2011, str.7-16.

santno je pomenuti da samo za primenu diverzione mere *Rad u javnom interesu*ova organizacija sarađuje sa više od 1200 organizacija civilnog društva i javnih i verskih institucija širom cele Austrije. U primeni diverzionih mera učestvuje i Podrška pri maloletničkom sudu u Beču (Wiener-Jugendgerichtshilfe, aJGH) koja sarađuje sa oko 80 različitih organizacija civilnog društva i javnih i verskih institucija, nevladinih organizacija, Crvenim krstom i dr.

U Nemačkoj⁴⁴ je razvijen kompleksan sistem socijalnih institucija na polju maloletničkog pravosuđa koga čine obavezne službe za decu i mlade i volonterske službe. Diverzione mere nisu ograničene samo na laka krivična dela, već se mogu primeniti i za teška krivična dela pod određenim okolnostima, ako je učinilac ispravio štetu ili se na drugi način izvinio žrtvi.

U Rusiji⁴⁵ postoje različite mogućnosti diverzionog postupanja u slučaju kada maloletnik izvrši krivično delo. Tako se prema Zakonu o krivičnom postupku⁴⁶ razlikuju slučajevi lakših krivičnih dela od slučajeva kada maloletnik izvrši obično ili teško krivično delo. Prema članu 427. ZKP-a je predviđeno da u slučaju ako se tokom prethodne istrage prema maloletniku koji se tereti za lakše i krivično delo srednje težine ustanovi da se svrha kažnjavanja može postići i bez izricanja kazne, istražitelj može uz saglasnost šefa istražne službe, kao i lice koje vrši ispitivanje, uz saglasnost tužioca, doneti odluku o prekidu krivičnog gonjenja i podneti zahtev sudu za primenu prinudnih mera prema maloletniku vaspitnog karaktera (koji imaju vaspitni uticaj), a koji su predviđeni članom 90. Krivičnog zakona⁴⁷ i koji će biti realizovani pod rukovod-

⁴⁴Ibidem, str.17-25.

⁴⁵Penal Reform International, A review of law and policy to prevent and remedy violence against children in police and pre-trial detention in Russia, str.13,

http://www.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/06/Russia_FINAL_ENGLISH.pdf

⁴⁶ Criminal Procedural Code of the Russian Federation No. 174-FZ of December 18, 2001 (with the Amendments and Additions of May 29, July 24, 25, October 31, 2002, June 30, July 4, 7, December 8, 2003, April 22, June 29, December 2, 28, 2004, June 1, 2005, January 9, March 3, June 3, July 3, 27, December 30, 2006, April 12, 26, June 5, 6, July 24, October 2, November 27, December 3, 6, 2007, March 4, June 11, December 2, 22, 25, 30, 2008, March 14, April 28, June 29, July 18, October 30, November 3, December 17, 27, 29, 2009, February 21, March 9, 29, April 7, 22, 30, May 5, 19, July 1, 22, 23, 27, November 29, December 28, 29, 2010, February 7, March 20, April 6, May 3, June 3, 14, July 11, 20, 21, November 6, 7, 21, December 6, 7, 2011, February 29, March 1, 2012), - file:///C:/Users/prodekan.nastava/Downloads/RF_CPC_2001_am03.2012_en.pdf

⁴⁷The Criminal Code Of The Russian Federation No. 63-Fz Of June 13, 1996 (with Amendments and Additions of May 27, June 25, 1998, February 9, 15, March 18, July 9, 1999, March 9, 20, June 19, August 7, November 17, December 29, 2001, March 4, 14, May

stvom glavnog istražitelja ili tužioca zajedno sa sudom. Ukoliko maloletnik odbije da ispuni meru vaspitnog karaktera koja mu je određena, krivični postupak protiv njega se nastavlja (član 427. stav 5. ZKP). Mere vaspitnog uticaja na maloletnika koje su predviđene članom 90. Krivičnog zakona su: upozorenje; stavljanje pod nadzor roditelja ili staratelja ili specijalizovane državne institucije; obavezu otklanjanja štete koja je naneta; ograničavanje slobodnog vremena i postavljanje posebnih zahteva u vezi sa ponašanjem maloletnika. Istovremeno se može izreći nekoliko mera prema jednom maloletniku. Dužina trajanja ovih mera zavisi od težine krivičnog dela, pa je tako za lako krivično delo predviđena dužina trajanja mera od jednog meseca do dve godine, a za dela srednje težine od 6 meseci do tri godine.

6. Primena vaspitnih naloga u praksi Višeg javnog tužilaštva i Višeg suda u Novom Sadu

Primena vaspitnih naloga od strane **Višeg javnog tužilaštva u Novom Sadu**⁴⁸ (samostalna primena) počela je 08.11.2013, a do tada je Više javno tužilaštvo podnosilo predloge sudiji za maloletnike za obustavu pripremno postupka uz primenu vaspitnog naloga u skladu sa Zakonom o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica RS. Samostalna primena vaspitnih naloga je aktuelizovana sa realizacijom Projekta⁴⁹ „Unapređenje primene vaspitnih naloga“ čiji nosilac je bio Republički zavod za socijalnu zaštitu, jer je ovim Pod-projektom testiran nacrt Pravilnika o primeni vaspitnih naloga, kao i Standardi i procedure za primenu vaspitnih naloga, a u okviru koga su tužioci imali kratak kurs na kome im je predložen značaj diverzionih postupaka, prikazani su im modeli diverzionih postupaka u drugim državama, ukazano im je na prednosti medijacije u rešavanju konflikta između maloletnog učinioca

7, June 25, July 24, 25, October 31, 2002, March 11, April 8, July 4, 7, December 8, 2003, July 21, 26, December 28, 2004, July 21, December 19, 2005, January 5, July 27, December 4, 30, 2006, April 9, May 10, July 24, November 4, December 1, 6, 2007, February 14, April 8, May 13, July 22, November 25, December 22, 25, 30, 2008, February 13, April 28, June 3, 29, July 24, 27, 29, October 30, November 3, 9, December 17, 27, 29, 2009, February 21, March 29, April 5, 7, May 6, 19, June 17, July 1, 22, 27, October 4, November 29, December 9, 23, 28, 29, 2010, March 7, April 6, May 4, July 11, 20, 21, November 7, 21, December 6, 7, 2011, February 29, March 1, 2012), file:///C:/Users/prodekan.nastava/Downloads/RF_CC_1996_am03.2012_en.pdf

⁴⁸ Sve informacije i podaci o primeni vaspitnih naloga u Višem javnom tužilaštvu u Novom Sadu su dobijeni dopisom Višeg javnog tužilaštva broj Pi 80/2014. Od 08.1.2.2014. godine.

⁴⁹ Pod-projekat u okviru Projekta „Unapređenje dostupnosti pravde u Srbiji“ čiji nosilac je bilo Ministarstvo pravde.

krivičnog dela i oštećenog i predstavljeni su im projekti centara za socijalni rad koji su u vezi sa unapređenjem vaspitnih naloga. Važno je istaći da su sva odgovorna lica u organizacijama koji su pružaoci usluga u vezi sa realizacijom vaspitnih naloga prošla posebnu obuku. Sa prednostima primene vaspitnih naloga su posebno upoznati Policijska uprava Novi Sad i Advokatska komora Vojvodine.

Primena vaspitnih naloga je omogućena i zahvaljujući zaključenim protokolima o saradnji koje je zaključio Centar za socijalni rad sa:

- svim osnovnim i srednjim školama u Novom Sadu i većim brojem škola u Južnobačkom okrugu (za primenu vaspitnog naloga – Redovno pohađanje škole);
- sa Gerontološkim centrom, Gradskim zelenilom, Crvenim krstom, Svratištem za decu ulice i drugim organizacijama (za primenu vaspitnog naloga – Uključivanje bez naknade u rad humanitarnih organizacija);
- sa određenim pružaocima usluga, a stvoreni su uslovi da i sam Centar za socijalni rad Grada Novog Sada pruža ove usluge u okviru dnevnog boravka za decu bez roditeljskog staranja (za primenu vaspitnog naloga - Uključivanje u pojedinačni i grupni tretman).

Posebno je značajno istaći da su u okviru projekta bila obezbeđena i sredstva za osiguranje maloletnika od povrede na radu tokom realizacije vaspitnih naloga, i to donacijom, tako da ovo pitanje nije dugoročno i sistemski rešeno.

Od početka samostalne primene do 08.12.2014.⁵⁰ tužilac za maloletnike je inicirao primenu vaspitnog naloga uvek kada su za to bili ispunjeni uslovi propisani zakonom. Od 700 krivičnih prijava protiv maloletnih učinilaca krivičnih dela koje je tužilaštvo primilo u ovom periodu, primena vaspitnih naloga je inicirana prema 66 maloletnika. U svim ovim slučajevima je postavljen zahtev nadležnom centru za socijalni rad kao organu starateljstva za dostavljanje izveštaja o maloletniku i njegovoj porodici, čiji sastavni deo je i stručna procena voditelja slučaja o tome koji bi vaspitni nalog najviše odgovarao maloletniku. Od 66 slučajeva u kojima je inicirana primena vaspitnih naloga, 20 nije realizovano, već je podnet zahtev za pokretanje pripremnog postupka pred sudom, iz jednog od sledećih razloga:

- nadležni centar za socijalni rad je našao da nema mesta primeni vaspitnog naloga, jer je maloletnih više puta bio već u sukobu sa zakonom;

⁵⁰ Datum dostavljanja podataka autoru ovog rada.

- centar za socijalni rad uopšte nije uspeo da kontaktira maloletnika i njegovu porodicu;
- od centra za socijalni rad dat je pozitivan izveštaj o maloletniku, ali se on predomislio kada je pozvan u tužilaštvo radi davanja pristanka za primenu vaspitnog naloga;
- centar za socijalni rad je smatrao u nekim slučajevima da dolazi u obzir primena samo vaspitnog naloga koji može da izrekne sud i slično.

Realizovana su 22 vaspitna naloga i prema maloletnicima su doneta rešenja o odbačaju krivične prijave. Od 22 slučaja, u 15 slučajeva je primenjen vaspitni nalog Uključivanje bez naknade u rad humanitarnih organizacija (član 7. Stav 1. tačka 3. ZM) i to je u najvećem broju slučajeva određeno 20 sati humanitarnog rada (slični slučajevi); u 4 slučaja je primenjen vaspitni nalog Redovno pohađanje škole (član 7. Stav 1. Tačka 2. ZM) i u svakom od ovih slučajeva je određeno obaveznih 6 meseci urednog pohađanja nastave, što je i maksimalan rok trajanja vaspitnog naloga. U 3 slučaja je određen vaspitni nalog Poravnanje sa oštećenim (član 7. stav 1. tačka 1. ZM) i u sva tri slučaja je poravnanje sa oštećenim izvršeno izvinjenjem, pa je momentom upućivanja izvinjenja vaspitni nalog i ispunjen. Razlozi koji otežavaju primenu ovog vaspitnog naloga su navedeni pristanak oštećenog, i ono što je takođe značajno je to što tužilac nije obučen za medijatora, niti je Centar za socijalni rad Grada Novog Sada bio u prilici da tužiocu obezbedi stručnog pružaoca takve usluge.

Krivična dela kod kojih se tužilac opredeljivao u dosadašnjoj praksi na primenu vaspitnih naloga su: Krađa (član 203. KZ), Utaja (član 207. KZ), Sitna krađa (član 210. KZ), Oštećenje tuđe stvari (član 212. KZ), Falsifikovanje znakova za vrednost (član 226. KZ), Neovlašćeno držanje opojnih droga (član 246a KZ), Ugrožavanje javnog saobraćaja (član 289. KZ). Izazivanje panike i nereda (član 343. KZ) i Falsifikovanje isprave (član 354. KZ).

Od momenta iniciranja primene vaspitnog naloga do momenta donošenja rešenja o odbačaju krivične prijave nakon realizacije vaspitnog naloga protekne najčešće onoliko vremena koliko je potrebno da se pred sudom završi pripremni postupak, a ono što je posebno značajno su rezultati primene vaspitnih naloga koji su izuzetno dobri. Naime, važno je istaći da samo mali broj maloletnika i njihovih roditelja nije pristao na primenu vaspitnog naloga. Ni u jednom slučaju gde je određen vaspitni nalog nije bilo nikakvih primedaba na način realizacije i za sada nema povratništva.

U trenutku dostavljanja podataka autoru ovog rada u toku je bio postupak za primenu 24 vaspitna naloga. U pojedinim predmetima je zahte-

van izveštaj nadležnog centra za socijalni rad, ali taj izveštaj još nije bio dostavljen tužilaštvu. U nekim predmetima je bilo zakazano saslušanje maloletnika i njegovog roditelja radi davanja saglasnosti za primenu vaspitnog naloga ili je doneto rešenje, ali realizacija još nije bila započela zato što se čekao školski raspust da vaspitni nalog ne bi ometao maloletnika u redovnim školskim aktivnostima.

U **Višem sudu u Novom Sadu**⁵¹ u 2014. godini određeno je ukupno 16 vaspitnih naloga od kojih je realizovano 12 (u kojim slučajevima je postupak obustavljen), a u toku je bila realizacija 4 vaspitna naloga (u trenutku dostavljanja podataka autoru). U svim slučajevima je izrečen vaspitni nalog Uključivanje bez naknade u rad humanitarnih organizacija ili poslova socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja i to u trajanju od 20 časova u najvećem broju slučajeva (samo u tri slučaja od 30 časova), a samo u jednom slučaju je određen vaspitni nalog Poravnanje sa oštećenim gde je određeno da u periodu od 6 meseci maloletnik mora oštećenom da plati novčani iznos koji je sud odredio. Krivična dela za koja su izrečeni vaspitni nalozi su: Utaja (član 207. stav 5. KZ), Oštećenje tuđe stvari (član 212. stav 1. KZ), Teške telesne povrede (član 121. stav 1. KZ) Sitna krađa (član 210. KZ), Krađa (član 203. stav 1. KZ), Ugrožavanje javnog saobraćaja (član 289. Stav 3. u vezi stava 1. KZ), Lažno prijavljivanje (član 334. Stav 4. KZ), Teška krađa (član 204. stav 1. tačka 1. KZ), Neovlašćeno držanje opojnih droga (član 246a KZ), Laka telesna povreda (član 122. stav 1. KZ), Nasilničko ponašanje (član 344. stav 2. u vezi stava 1. KZ), Falsifikovanje znakova za vrednost (član 226. stav 1. KZ).

U 2013. godini u Višem sudu u Novom Sadu izrečeno je ukupno 12 vaspitnih naloga i to svi Uključivanje bez naknade u rad humanitarnih organizacija ili poslova socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja. Trajanje vaspitnih naloga je određeno u iznosu od 30 sati u sedam slučajevima, a u ostala tri slučaja po 20 sati rada. Krivična dela za koja su izrečeni vaspitni nalozi su: Neovlašćeno držanje opojnih droga (član 246a stav 1. KZ), Uništenje i oštećenje tuđe stvari (član 212. stav 1 KZ), Sitna krađa, utaja i prevara (član 210 stav 1. KZ), Ugrožavanje javnog saobraćaja (član 289. stav 3. u vezi sa stavom 1. KZ), Utaja (član 207. stav 5. KZ), Teška krađa (član 204. stav 1. tačka 1. KZ), Krađa (član 203. stav 1. KZ), Izazivanje opšte opasnosti (član 278. stav 5. KZ) i Falsifikovanje isprave (član 355. stav 1.KZ).

U 2012. godini u Višem sudu u Novom Sadu izrečeno je ukupno 18 vaspitnih naloga i to 16 naloga - Uključivanje bez naknade u rad humanitar-

⁵¹ Podaci koji se odnose na primenu vaspitnih naloga prema maloletnicima u Višem sudu u Novom Sadu su dobijeni dopisom Višeg suda Posl. broj SU.VII-220/14 od 25.12.2014. godine.

nih organizacija ili poslova socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja po 30 sati i 1 vaspitni nalog da se maloletnih izvini oštećenom. Krivična dela za koja su izrečeni vaspitni nalozi su: Falsifikovanje isprave (član 355. stav 1. KZ), Krađa (član 203. stav 1. KZ), Ugrožavanje javnog saobraćaja (član 289. stav 1. KZ), Uništenje i oštećenje tuđe stvari (član 212. stav 1. KZ), Teške telesne povrede (član 121. stav 1. KZ), Ubijanje i zlostavljanje životinja (član 269. stav 1. KZ) i Prikrivanje (član 221. stav 3. KZ).

U 2011. godini u Višem sudu u Novom Sadu izrečeno je ukupno 17 vaspitnih naloga i to 11 vaspitnih naloga Uključivanje bez naknade u rad humanitarnih organizacija ili poslova socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja po 30 sati, 1 vaspitni nalog Redovo pohađanje škole, 2 vaspitna naloga da se maloletnik izvini oštećenom, 1 vaspitni nalog Poravnanje sa oštećenim naknadom štete i 1 vaspitni nalog da maloletnih u okviru sopstvenih mogućnosti naknadi štetu koju je prouzrokovao. Ovih 17 vaspitnih naloga su izrečeni prema ukupno 14 maloletnika, od kojih su prema tri maloletnika izrečena po dva vaspitna naloga. Vaspitni nalozi su izricani za sledeća krivična dela: Neovlašćeno držanje opojnih droga (član 246a stav 1. KZ), Teške telesne povrede (član 121. stav 1. KZ), Ugrožavanje javnog saobraćaja (član 289. stav 3. u vezi stava 1. KZ), Lažno prijavljivanje (član 334. stav 4. KZ), Teške telesne povrede (član 121. stav 1. KZ), Uništenje i oštećenje tuđe stvari (član 212. stav 1. KZ), Ugrožavanje saobraćaja opasnom radnjom ili opasnim sredstvom (član 290. stav 2. u vezi stava 1. KZ), Šumska krađa (član 275. stav 1. KZ), Neovlašćeno korišćenje tuđeg vozila (član 213. KZ).

Iz navedenih podataka se može zaključiti da se vaspitni nalozi i pored normativnih i drugih teškoća uspešno primenjuju u Višem javnom tužilaštvu i Višem sudu u Novom Sadu. Primenjuje se uglavnom ista vrsta vaspitnih naloga i za ista krivična dela, a što se tiče dužine trajanja evidentan je standard (20/30 sati) u postupanju koji se odnosi na satnicu vaspitnog naloga Uključivanje bez naknade u rad humanitarnih organizacija ili poslova socijalnog, lokalnog ili ekološkog sadržaja odnosno, koji se i primenjivao u daleko najvećem broju slučajeva. Posebno je značajan podatak da za sada nema recidivizma kod maloletnika prema kojima je određen vaspitni nalog i koji su ga realizovali, što svakako govori u prilog opravdanosti i potrebe njegove pune primene.

7. Zaključna razmatranja

Maloletničko ponašanje je slika samog društva i zato je glavni indikator lošeg stanja u društvu upravo asocijalno, antisocijalno i delikventno ponašanje maloletnika. Imajući u vidu navedeno, društvo

ima veoma važan zadatak da uspostavi efikasan pravni sistem i kontrolu nad prestupništvom maloletnika i mladih uopšte, što je naravno izuzetno teško, a pogotovo u slučajevima kada dođe do eskalacije delikventnog ponašanja. Stanje maloletničke delikvencije je zabrinjavajuće, što ukazuje na neophodnost uspostavljanja i primene najrazličitijih mehanizama kojima se ostvaruje vaspitni uticaj na maloletnike, jer je krivičnopravna reakcija samo poslednje sredstvo kome se pribegava kada je maloletnička delikvencija u pitanju. Prevaspitavanje, vaspitavanje i stvaranje uslova za pravilan razvoj maloletnika, uključujući i adekvatno obrazovanje i pravilan odnos prema radnim obavezama, čine specifičnost kriminalnopolitičkih ciljeva koji se nastoje ostvariti suzbijanjem maloletničkog kriminaliteta.⁵² Prevencija ima posebno značajnu ulogu kada je u pitanju delikventno ponašanje maloletnika, podrazumeva kompleksan sistem mera i radnji najrazličitijih subjekata i treba da bude ostvarena u sva tri vida – kao primarna, sekundarna i tercijarna, a posebno je značajno da bude zasnovana na brojnim kvalitetnim rezultatima istraživanja koja su sprovedena na ovoj populaciji.

U suzbijanju delikventnog ponašanja maloletnika posebno je značajno iznalaženje rešenja van krivičnog postupka što se postiglo uvođenjem vaspitnih naloga kao alternativnih mera u odnosu na vođenje krivičnog postupka, čime je proširena mogućnost primene diverzionog koncepta. Osim toga, vaspitnim nalozima se u vodi računa i o oštećenom, jer je aktivni učesnik u realizaciji nekih vaspitnih naloga zbog čega se smatraju prvim korakom u ostvarivanju restorativne pravde. Veoma je važno da se kod primene vaspitnih naloga ostvari cilj koji se sastoji u tome da maloletnik shvati nedozvoljenost svog ponašanja, da preuzme za takvo ponašanje odgovornost i da se suoči sa uzrocima takvog ponašanja, kao i da razvije samokontrolu ponašanja. Međutim, baš kada je reč o vaspitnim nalozima, za razliku od evropskih iskustava koja govore da se vaspitni nalozi primenjuju prema 20-30% maloletnih izvršilaca krivičnih dela,⁵³ u Srbiji je sprovođenje ovih odredbi Zakona o maloletnicima gotovo zanemarljivo, jer se oni izriču u manje od 1% od svih krivičnih postupaka koji bi se potencijalno mogli izbeći primenom diverzionih postupaka i nešto preko 1% od svih postupaka koji bi potencijalno mogli biti obustavljeni

⁵²Soković. S., Izvršenje krivičnih sankcija, Kragujevac 2008, str. 154 - 160. Citirano kod: Vasiljević S., Ignjatović-Ristić D., Ćirić Z., Maloletnička krivična sankcija: posebne obaveze, Socijalna misao broj 3/2010, str. 110.

⁵³Projekat: Podrška reformi maloletničkog pravosuđa -Unapređenje primene vaspitnih naloga- Republički zavod za socijalnu zaštitu, Beograd 2011, str. 2.

izricanjem vaspitnog naloga.⁵⁴ Ovakvom stanju je doprinelo i nepostojanje podzakonskog akta - Pravilnika o primeni vaspitnih naloga, iako je Zakonom o maloletnicima njegovo donošenje predviđeno. Ipak i pored toga, primena vaspitnih naloga je prisutna u praksi sudova u Srbiji, a unapređena Projektom „Podrška reformi sistema maloletničkog pravosuđa“ Ministarstva pravde, čiji je jedan od pod-projekata bio i „Unapređenje primene vaspitnih naloga“ koji je pripremio Republički zavod za socijalnu zaštitu, jer je kroz ovaj pilot projekat testiran nacrt Pravilnika o primeni vaspitnih naloga. U praksi je primena vaspitnih naloga sporadična, jer osim praznina u normativnom sistemu „jedno od ozbiljnih ograničenja koje proizlazi iz pomenutih okolnosti je nerazvijena i neregulisana međuresorna saradnja, na centralnom ili lokalnom nivou i neujednačeni i uglavnom nedovoljni institucionalni kapaciteti u lokalnim zajednicama, koji su neophodni za uspešnu organizaciju i primenu vaspitnih naloga.“⁵⁵

Vaspitnim nalogima se pozitivno i efikasno može uticati na adekvatan razvoj maloletnog lica u cilju razvijanja lične odgovornosti za preduzete postupke u čemu se ogleda specijalno preventivno dejstvo vaspitnih naloga. Uvođenje vaspitnih naloga je pokazatelj značajnog razvoja pristupa, metoda i tehnika postupanja sa maloletnicima koji odgovaraju potrebama i mogućnostima maloletnika. Za ovaj tretman maloletnika potrebno je obezbediti stručan i visoko profesionalan kadar koji mora biti kontinuirano stručno obučavan, i ono što je posebno važno jeste potreba i neophodnost za timskim radom stručnjaka. Primena vaspitnih naloga je velikim delom uslovljena postojanjem organizovane i uređene među-institucionalne saradnje i stvaranjem svih potrebnih i neophodnih uslova za njihovu primenu.

Krivični postupak se često figurativno prikazuje kao levak koji je širok na vrhu, a uzan na dnu čime se želi ukazati na to da nadležnim pravosudnim organima stoji na raspolaganju čitava lepeza mogućnosti rešavanja konkretnog slučaja i da odlučivanje predstavlja mnogo više od tumačenja i primene pravila na konkretan slučaj. Diskreciono odlučivanje, odnosno donošenje odluka bez formalnih pravila, podrazumeva i odlučiva-

⁵⁴Podaci preuzeti iz studije: Mapiranje resursa u lokalnim zajednicama za primnu vaspitnih naloga-posebnih obaveza-NVO Amity(Beograd 2011.god) – fusnota 1, Videti kod: Republički zavod za socijalnu zaštitu, Beograd 2011,Projekat: Podrška reformi maloletničkog pravosuđa-Unapređenje primene vaspitnih naloga- Republički zavod za socijalnu zaštitu, str.2.

⁵⁵ Predlog: Standardi i procedure za primenu vaspitnih naloga, Beograd 2012, str.41, <http://www.zavodsz.gov.rs/PDF/Predlog%20procedure%20i%20standardi%20finalna%20sedjena%20verzija.pdf>

nje u konkretnom slučaju o alternativnim pravcima delovanja, kao što je primena vaspitnih naloga, naravno pod uslovom da su ispunjeni potrebni zakonski uslovi za njihovu primenu. Vaspitni nalozi se mogu smatrati i svojevrsnim vidom probacije – metode postupanja sa prestupnicima. S obzirom na to da probacija obuhvata nadzor i tretman, ovim se maloletniku pruža i nova šansa i sistematska pomoć u resocijalizaciji. Probacija je način tretmana u zajednici pri kome se lice, odnosno maloletnik ne izdvaja iz društva, već ostaje u sredini u kojoj je do tada živeo, a koja mu omogućava mnogo veće mogućnosti normalizacije odnosa sa svojom porodicom i vršnjacima.⁵⁶ Po svojim različitim oblicima, probacija je veoma elastična u svojoj primeni, pa su i rezultati u resocijalizaciji delikvenata utoliko bolji što je taj režim bolje uklopljen u kulturne okvire i društvenu strukturu dotične zemlje.⁵⁷

⁵⁶ Stakić Đ., op.cit., str.111.

⁵⁷ Ibidem, str.119.

*Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Educational Orders as a Diversionary Treatment Model and their Use in the Practice of the Higher Public Prosecutor's Office and the High Court in Novi Sad

Abstract: *Juvenile crime is constantly attracting the attention of the general and professional public and in some way is an indicator of the success or failure of all measures by which a society takes care of the young. As a particularly vulnerable category, juveniles are the focus of special attention in each society which constantly invents always new and more efficient ways of solving criminal matters which will cause a minimum damage to a juvenile offender, and achieve the purpose that is reflected in the strengthening of its personal responsibility for its actions. In this sense, a special place occupies the application of educational orders that can achieve its purpose only if there is a complete legal regulation of their use (law and regulations) and systematically provided logistics. Imposition and implementation of educational orders is directly related to the examination of juvenile's personality and a special attention has been paid to this issue. In this work, the author deals with educational orders as a diversionary treatment model against juvenile offenders, as well as the implementation of educational orders in the practice of the Higher Public Prosecutor's Office and the High Court in Novi Sad.*

Key words: *criminal procedure, diversionary procedure, educational order, juvenile, personality examination.*

Datum prijema rada: 30.03.2015.

*Dr Marko Trajković, vanredni profesor
Univerzitet u Nišu
Pravni fakultet u Nišu
trajkovicmarko@yahoo.com*

*Dr Dragiša S. Drakić, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
ddrakic@pf.uns.ac.rs*

BIOETIKA PROTIV NESTAJANJA ČOVEKA – KROZ PRIZMU OPŠTE I KRIVIČNO-PRAVNE TEORIJE¹

Sažetak: Bioetika kao područje susreta zaokupilo je svojom borbom protiv nestajanja čoveka i ošštu i krivično-pravnu teoriju. Zapravo, njena „briga“ za čoveka predstavlja prethodno pitanje opšte i krivično-pravne teorije. Dok su pojavni oblici nestajanja čoveka toliko šaroliko postavljene i veoma često toliko rafinirani do neprepoznatljivosti, borba protiv nestajanja čoveka mora da bude otvorena, jasna i beskompromisna. Gde vidimo ulogu prava u ovoj borbi? Uloga se samo po sebi nametnula, čak i da pravo nije želelo da učestvuje ono je usred te borbe, jer se od početka do kraja čovekov život štiti pravnim propisima, koji bi morali da nastaju na najboljim tekovinama opšte i krivično-pravne teorije. Međutim, samodovoljnost prava i puki pravni pozitivizam predstavljaju smetnju u ovoj borbi, jer čovek veoma često nestaje pod udarcima pravnih propisa. Taj pritisak i odsustvo pitanja predstavljaju prvi korak u nestajanju čoveka, jer čovek koji pita postoji, on i njegova smelost predstavljaju branu protiv voluntarizma. Bez smelosti čoveka otvoren je put njegovom nestajanju. Ta smelost mu nije oduzeta u bioetici, i to onoj koja nije ni laička ni crkvena, već jedinstvena, kao što je i sam čovek jedinstven.

Cljučne reči: bioetika, pravo, vrednosti, opšta i krivično-pravna teorija.

¹ Rad je nastao kao rezultat naučnog angažovanja na projektu "Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo" br.179079 u 2015. godini.

UVOD

Bioetiku vidimo ne samo kao „površno“ mesto susreta raznih disciplina kako se to danas voli da ona prikaže, već je vidimo kao poslednju liniju odbrane u borbi protiv nestajanja čoveka. Ta i takva površnost nije samo ozbiljan naučni nedostatak već je i velika opasnost po čoveka i njegovo postojanje, jer: „Budući da je tehnika do danas dospjela u blizinu svega onoga što se tiče čovjeka – života i umiranja, mišljenja i osećanja, djelovanja i trpljenja, okoliša i stvari, želja i sudbine, sadašnjosti i budućnosti – ukratko, budući da je postala kako centralni tako i zaokupljajući problem čitava čovjekovog bitka na Zemlji, ona je time postala i stvar filozofije, a zato mora postojati i nešto kao što je filozofija tehnologije. Ona se nalazi još na početku i na njoj još treba raditi“. ² Ovim se obuhvata ne samo potreba za filozofijom tehnike, već i za opštom i krivično-pravnom teorijom koje bi bile zaokupljene životom i umiranjem, mišljenjem i osećanjima, koje bi konačno pitale za motive. Onom teorijom koja bi delovala više i bolje od jednostavne želje prava za bespogovornom poslušnošću, jer je baš i pravo kao i tehnika „enormno narasla ljudska moć“. ³

Pravo je kao oblast ljudskog delanja vid narasle ljudske moći, i to „opasniji“ vid moći no što je tehnika, iako na prvi pogled izgleda da nije tako. Zapravo, tehnika, njen napredak i delovanje se može nekako ograničiti i usmeriti pravnim normama, ali kako i čime ograničiti pravo? Pravo ne može samo sebe da ograničava a to je i logički nemoguće, jer koji je vladar ikada želeo samog sebe da ograniči? Na taj način pravo često pomaže proces nestajanja čoveka, i to potpuno „nadmenim“ regulisanjem oblasti života, smrti, delanja i trpljenja.

Kada govorimo o naraslom delovanju prava onda mislimo da je ono iznad tehnologije. Jer, monopol fizičkog nasilja kojim raspolaže država kao tvorac prava, savršenije kontroliše ljudsko ponašanje od bilo kakvih hemijskih sredstava. Za razliku od upotrebe lekova gde se makar u javnosti mora opravdati njihova upotreba, kod prava takva potreba ne postoji. Pravo se ne usteže da govori o potrebi manipulacije društvom i čovekom u svrhu države. Ono se „ne zamara“ ovakvim izgovorima, jer kada bi to činilo priznalo bi neki drugi autoritet ravan sebi, a takvog nema. Ono što savesni pravnici često postavljaju kao problem je da li smo nakon sna o pravdi i dostojanstvu, doživeli noćnu moru, odnosno pravo? ⁴

² H. Jonas, *Warum die moderne Technik ein Gegenstand für die Philosophie ist*, 15. Navedeno prema: H. Jurić, *Etika odgovornosti Hansa Jonasa*, Pergamena, Zagreb 2010, 113.

³ H. Jurić, *ibid.*, 123.

⁴ J. Passmore, *Man's Responsibility for Nature*, 20. Navedeno prema: H. Jurić, *op. cit.*, 176.

1. POJAVNI OBLICI NESTAJANJA ČOVEKA

Gde se reflektuje narasla moć prava? Da li je narasla moć prava dovela do nemoći i konačnog sloma etike pred monopolom fizičke moći? Ovakva nemoć etike pred monopolom fizičke moći države koja sve oblasti života uređuje dovodi do nestajanja čoveka.

Pojavni oblici nestajanja čoveka vezani su za već „tradicionalne“ probleme kao i za napredak tehnike, jer: „Suvremeno se doba snagom same suvremenosti (sekularizam, pluralizam, demokracija, ljudska prava, prirodne znanosti, tehnika i dr.) već rastalo od koncepta etike svetosti života“.⁵ Tako sekularna država pokazuje svoj monopol fizičke moći kada vrednosno želi da neutralizira ne samo polje delovanja prava već i sveukupnog života čoveka, te sve stavlja pod svoju kontrolu. U ovakvom ambijentu „na mjesto etike svetosti života mora doći jedna druga, tj. „nova etika“. To je tzv. etika kvalitete života. Radi li se tu doista o zamjeni jedne etike drugom? Ili se tu možda radi o zamjeni etike nečim drugim što nema veze s idejom jedne zaista humane etike, tj. etike utemeljene u ljudskom dostojanstvu, tj. etike dostojne čovjeka kao osobe?“.⁶ Nakon odabira etike kvaliteta života, abortus⁷, eutanazija koja uz „klizavu nizbrdicu“ ide ka eugenici postaju besprekorni moralni imperativi, na koje pravo mora da odgovori „adekvatnom“ regulativom. Ta regulativa mora da potpuno prati tendencije sekularne države koja veoma često pod okriljem ideje za čoveka, čini stvari protiv čoveka. Ta narasla moć tehnike, medicine i prava ima svoje pozitivne efekte koje niko ne može da negira, ali istovremeno ta narasla moć stvara nove probleme, tako: „La rilevanza di questo progresso è particolarmente evidente nel campo della medicina 'scientifica': il progresso tecnologico ha comportato la possibilità di interventi straordinari a favore della qualità della vita, ma nello stesso tempo ha posto nuovi problemi“.⁸

Tako veoma često zbog našeg življenja unutar sistema čiste proceduralne demokratije dolazi do raskoraka između moralnih vrednosti i prava, te na kraju sasvim prirodno do veoma loše pravne regulative koja na vrlo suptilan način dovodi do nestajanja čoveka. Uz svo poštovanje demokratske procedure donošenja pravnih propisa najpre se ne konsultuje pravna nauka, a potom ni filozofija i etika, a naravno i sasvim prirodno aksiologija ostaje potpuno ostavljena kao nepotrebno opterećenje savre-

⁵ T. Matulić, *Metamorfoze kulture*, Glas Koncila, Zagreb 2009, 749.

⁶ Ibid.

⁷ S tim u vezi videti, G. Drakić, "Prekid trudnoće prema krivičnom zakoniku kraljevine Jugoslavije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br.3, tom II, Novi Sad 2011.

⁸ M. Chiodi, *Etica della vita*, Glossa, Milano 2006, 5.

mene države. Sekularna država nije u odbrani čoveka zainteresovana za moralne vrednosti koje su brana nestajanju čoveka. Taj „program“ vrednosti predstavlja „minimo etico“⁹ za državu i zakonodavca. Suprotno, ukoliko tog minimuma moralnih vrednosti nema, odbacuje se ideja svetosti života. Svetost života omogućava da se čovek prihvati kao dijalektičko jedinstvo privatne i javne stvarnosti jer: „Ako osobu svedemo na njezinu privatnu vrjednost, upadamo u nepravdu individualističkog totalitarizma; ako je pak svedemo na njezinu javnu vrjednost, upadamo u nepravdu kolektivističkog totalitarizma“.¹⁰ Ovakvo potencijalno odvajanje čoveka vodiće do ideje razlikovanja etike života i etike kvaliteta života, što predstavlja uvod u klizavu nizbrdicu koja će voditi krajnjem slomu čoveka. Te je zato moralna obaveza bioetike, opšte i krivično-pravne teorije isticanje da: „Ljudska osoba, u svojem vlastitom bitku i u svojem dostojanstvu, zahtjeva bezuvjetno poštovanje, neovisno o bilo kakvom vrednovanju ili cilju, jednom rečju apsolutno“.¹¹ Ipak, i pored veoma često prihvaćene ideje da je čovek apsolutna, a ne relativna kategorija, rađa se idejna razlika između svetosti i kvaliteta života: „Alla qualità della vita venne opposto il principio della sua santità“.¹²

Etika svetosti života (*L'etica della sacralità della vita*) u sebi već sadrži etiku kvaliteta života (*L'etica della qualità della vita*), jer je život sam po sebi već poseban kvalitet, tako da je nepotrebno izdvajati kao zasebnu celinu etiku kvaliteta života. Na taj način se otvara pitanje pravne regulative takvog do sada nepotpuno određenog pojma kvaliteta života. Ovo se čini iako se istovremeno veoma „licemerno“ čak i od ovih duhova priznaje istina da je život „istanza assiologica assoluta“.¹³

Ako je tako, opšta i krivično-pravna teorija imaju jasan zadatak da štite tu apsolutnu vrednosnu kategoriju. Filozofija života kao koren svake pravne discipline ne može da dopusti da se opšta i krivično-pravna teorija razvijaju u pravcu etike kvaliteta života koja je odeljena od etike svetosti života, jer na taj način ne može da odgovori na pitanje „zadnjeg Adama“ i problem „narasle ljudske nadmoći nad prirodom, time i vlastitom prirodom“ a sve ovo „zbog neslućenih mogućnosti ljudske autodestrukcije koja bi mogla ugroziti sam opstanak prirode, života i čovjeka“.¹⁴

⁹ M. Chiodi (2006), *ibid.*, 9.

¹⁰ M. Vidal, *Kršćanska etika*, Đakovo 2001, 163.

¹¹ K. Rahner, *Escritos de teologia*, II, Madrid 1962, 256. Navedno prema: M. Vidal, *Kršćanska etika*, *ibid.*, 165.

¹² G. Angelini, *La questione radicale: Quale idea di 'vita'?*, 182, u: *La bioetica*, Glossa, Milano 1998.

¹³ G. Angelini, *ibid.*, 183.

¹⁴ A. Čović, *Etika i bioetika*, Pergamena, Zagreb 2004, 15.

Kako nema potrebe odvajati medicinsku bioetiku od teološke, tako nema potrebe odvajati etiku svetosti života od etike kvaliteta života, jer se radi o izuzetno štetnom izdvajanju dve integralno povezane celine.¹⁵ Da li je i koliko opasno odvajati život od pitanja kvaliteta života? To implicira da postoje: „biološka ljudska bića i osobna ljudska bića. Drugim riječima, svako ljudsko biće ujedno je biološko ljudsko biće, ali svako biološko ljudsko biće nije ujedno osobno ljudsko biće, tj. osoba“.¹⁶ Takvo odvajanje ili bolje rečeno podvajanje čoveka odmah ukazuje na to da postoji nešto što se može nazvati *lebensunwertes Leben*, život koji nije vredan življenja¹⁷.

U bavljenju čovekom, opšta i krivično-pravna teorija zaboravljaju veoma često šta je to čovek. A on je „ljubimac, jer je stvoren na sliku (Božju)“¹⁸ sa puninom dostojanstva. Te je svaki takav jednak pred Bogom, i svaki je kvalitet po sebi, te: „Stoga je stvoren samo jedan č. kako bi te poučio da kad netko uništi samo jednu osobu, Pismo mu to ocjenjuje kao da je uništio cjeli svijet, a ako netko sačuva jednu osobu, Pismo mu to ocjenjuje kao da je sačuvalo cjeli svijet“.¹⁹ Ovakav zadatak koji stoji protiv nestajanja čoveka, sasvim očekivano dolazi iz postavke da je čovek slobodan da bira između vrednosti i nevrednosti, dobra i zla, pravog i lažnog, jer „Gledaj! Danas preda te stavljam život i dobro, smrt i zlo“.²⁰ Ono što privlači pažnju je čovekovo nastojanje da krene putem smrti, negujući čak i jednu kulturu smrti, do čega sasvim sigurno dolazi odvajajući etiku kvaliteta života od etike svetosti života, jer: „U korenu naših unutrašnjih i društvenih rascepa, koji u različitoj meri vređaju dostojanstvo i vrednost ljudske ličnosti, u srži čovekovog bića stoji rana...“.²¹ Zato se mi, a prihvatajući integralizam, suprotstavljamo ideji odvajanja „malih parcela“ te pokušaju da se „isticanjem samo jedne odlike na štetu svih ostalih, slika o čoveku pomuti“.²² Ovo se odnosi na iz-

¹⁵ O tome videti u: V. Đurđić, M. Trajković, „Ka pluriperspektivističkoj bioetici“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br.2, Novi Sad 2013, 249-255.

¹⁶ T. Matulić, op. cit., 751.

¹⁷ S tim u vezi videti, D. Drakić, "Krivičnopravna zaštita prava na život koji nije vredan življenja", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br.1, Novi Sad 2013. O ustavnoj zaštiti prava na život videti, S.Orlović, "Pravo na život u ustavu – ekološki ugao", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br.4, Novi Sad 2014, 164-168.

¹⁸ *Leksikon temeljnih religijskih pojmova: židovstvo, kršćanstvo, islam* (priredio Adel Th. Khoury), Svjetska konferencija religija za mir, Prometej, Zagreb 2005, 92.

¹⁹ *Leksikon temeljnih religijskih pojmova: židovstvo, kršćanstvo, islam*, ibid.

²⁰ Ibid., 93.

²¹ Papsko veće za pravdu i mir, *Osnove socijalnog učenja Katoličke crkve*, Beograd 2006, 61.

²² Ibid., 65.

dvajanje pojma kvaliteta od pojma života, kao da život već nije kvalitet, jer bez aksiološke istine o čoveku „padamo u zamku empirističkog viđenja života punog sumnji, nedovoljno snažnog da se u praksi sprovede jer nije motivisan da upozna značaj – ponekad ni samo značenje – onih kriterijuma kojima bi o stvarnom životu sudila ili ga usmeravala“.²³ Tu slabost najbolje vidimo unutar pravnog pozitivizma koji je danas vladajući pravac u pravnoj teoriji sekularne države, koja nikako da nađe svoje temelje, te samo luta povređujući čoveka. Ovakva sekularna država vidi svoju delatnost kao moralnu proizvoljnost, koja i proizlazi iz njene ranjene savesti.²⁴

Doslednost etici svetosti života nije isto što i zatvoren sistem. To je dinamički pristup životu, koji insistirajući na njegovoj svetosti uključuje u sebe sve ostale aspekte života. Sasvim suprotno, etika kvaliteta života predstavlja zatvoren i to „trgovački“ sistem koji čak i nije „sklon“ čoveku. Tako je u „*Humanae vitae*“ ukazano na sponu između etike života i društvene etike jer ne može „imati čvrste osnove društvo, koje dok propoveda vrednosti poput ljudskog dostojanstva, pravde i mira, samo sebi u osnovi protivreći kada prihvata i toleriše najrazličitije vidove nepoštovanja ljudskog života i nasilja nad njime, naročito ako taj ljudski život ima slabo i marginalizovano obličje“.²⁵ Te sasvim suprotno od očekivanog etika kvaliteta života predstavlja zatvaranje prema čoveku i siguran put njegovog nestajanja. Ovo čini veoma čestom negacijom vrednosti života i oduzimanjem motivacije i snage za opstanak, što je sasvim očekivano jer „čudesne“ tehnike i finansija ne mogu da pomognu čoveku koji propada „ako zamišlja da može biti jedini kovač sebe samog“.²⁶ A na ovome insistira pravni pozitivizam, sa svojom prometejskom umišljenošću.

Sve nas ovo ponovo vraća na „Prvo i osnovno polje u kulturnoj borbi između dominacije tehnike i moralne odgovornosti čoveka...“²⁷ vraća nas bioetici, jer se u njoj nalazi „zalog i sama mogućnost celovitog ljudskog razvoja“.²⁸ Tako se polje izbora ili – ili sa opšte pravne teorije proširilo najpre na krivično-pravnu teoriju, a potom i na bioetiku, gde pitamo: „razum otvoren transcedenciji ili razum zatvoren u imanen-

²³ Enciklika *Ljubav u istini* Pape Benedikta XVI, Beograd 2010, 15.

²⁴ O tome više videti u: M. Trajković, „Moral u bespuću politike“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2, Novi Sad 2010, 183-192.

²⁵ Papa Benedikt XVI, *ibid.*, 24.

²⁶ *Ibid.*, 119.

²⁷ *Ibid.*, 125.

²⁸ *Ibid.*, 126.

ciji“²⁹ Kao i u čistom pravnom normativizmu, koji nije mogao da nađe svoje osnove, te je bežeći od metafizike otišao u misticizam, tako i „kada je privučen čisto tehničkim stvarima, razum bez vere neizbežno se gubi u iluziji sopstvene svemoći. A vera bez razuma nosi opasnost udaljavanja od realnog života“.³⁰

Pravni pozitivizam ide „ruku pod ruku“ sa kulturom potpunog skepticizma, a sve je ovo izraženo u pravnoj regulativi koja uz tehniku dodiruje najdublje izvore života. Tako je diktatura pravnog pozitivizma postala paradigma stvarnosti u kojoj će se „tragičnom zlu čedomorstva“ u budućnosti, a na prevaru, pridružiti „sistematska eugenetska kontrola rađanja“ i „mentalitet eutanazije“ odnosno *mens eutanastica*.³¹

Da li su opšta i krivično-pravna teorija spremne da izmere loše posledice pravnog pozitivizma sekularne države? Današnja kultura je spremna da se sablazni pred nevažnim i marginalnim stvarima, ali sasvim ćutke, ili što je još gore, gromoglasno hvali nasrtaje na svetost života. Pravni propisi takve države na veoma rafiniran način, a priklanjajući se ideji etike kvaliteta života, idu ka uređenju čovekovog života zasnovanog na moralnom relativizmu i vrednosno neutralnom shvatanju sveta.

2. „SPAJANJE“ NEGATIVNIH TENDENCIJA PROTIV ČOVEKA

Nakon ovako nakaradno postavljenog shvatanja čoveka, sledi da postoji i vrednosno neutralna nauka. Potom a sasvim očekivano, shvatanje čovekovog života bez uključivanja aksioloških sadržaja vodi njegovoj instrumentalizaciji. Do instrumentalizacije može doći unutar društva, a nakon toga i unutar države i to prevodenjem takvih društvenih nastojanja u pravne propise, što se nekako i dešava sa procesom eutanazije. Tako se eutanazija kao društveno nastojanje sekularne države polako „pojavljivalo“ u pravnim propisima te se 1976. godine u državi Kaliforniji ono pojavilo u „Natural Death Act“, potom se to desilo 1977. godine u Švajcarskoj kada je putem referenduma odobren Zakon o eutanaziji, a novembra 1994. godine građani Oregona prihvatili su „Zakon o smrti sa dostojanstvom“ koji je oktobra 1997. godine na drugom referendumu o asistiranom samoubistvu prestao da važi pošto se 60% glasača izjasnilo protiv. Odlukom Ustavnog suda Kolumbije, maja 1997. godine prihvaćena je mogućnost eutanazije za pacijente u terminalnoj fazi, uz njihov pristanak.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid., 127.

Takođe je „Rights of the Terminally Ill Act“ potvrđen januara 1995. godine od strane Severne teritorije Australije, ali je uz oštru reakciju javnosti prihvaćen zakon federalnog tipa koji je ukinuo ovaj zakon. To je učinjeno od strane Federalnog senata marta 1997. godine. Smrt uz pomoć lekara učinjena je legalnom u Holandiji aprila 2001. godine.³² Ali nisu samo zakonski tekstovi problem, koji predstavljaju imperativne pravne norme koje zahtevaju apsolutnu poslušnost, već je problem i društvena klima kao i udruženja koja insistiraju na prihvatanju eutanazijskih motiva kao što je *Euthanasian Society of America*, ili *World Federation of Right to Die Societas*.³³ Tako se kao jako zavodljivi nude ovi redovi: „Ne može biti humanitarne eutanazije osim one koja pruža brzu i bezbolnu smrt i shvaćena je kao dobročinstvo onomu koga se tiče. Okrutno je i barbarski zahtjevati da se osobu održava na životu protiv njezine volje i da joj se uskraćuje željeno oslobođenje kad joj je život izgubio svako dostojanstvo, ljepotu, značenje i izgled za budućnost. Beskorisno trpljenje je zlo koje bi trebalo zabraniti u civiliziranom društvu. Preporučamo onima koji djele naše mišljenje da potpišu svoje posljednje životne želje, prvenstveno dok su još dobra zdravlja, tražeći da se poštuje njihovo pravo na dostojanstvenu smrt...; žalimo zbog bezdušnog morala i zakonskih ograničenja koja sprječavaju ispitivanje onog etičkog slučaja kao što je eutanazija. Apeliramo na prosvjeđeno javno mnjenje da nadiđe tradicionalne tabue i da suosjeća s beskorisnim patnjama u trenutku smrti. Svaka osoba ima pravo na dostojanstven život i na dostojanstvenu smrt“.³⁴

Ovi redovi pokazuju potrebu za nagovor na eutanaziju služeći se svim sredstvima, tako najpre koriste izraz dobročinstvo, dakle oduzimanje života spada u čin dobročinstva, dalje odbacuje se „bezdušni moral“ a zahteva ispitivanje „etičkog slučaja“ kao što je eutanazija. U tekst je uveden i pojam "lep život". A upravi ovaj pojam otvara put u zloupotrebe, posebno kada se tumači sa različitih aspekata. Kako se smatra da je čovek „nastao slučajno“³⁵ put u njegov nestanak je utaban, jer nešto što nastaje bez ikakve promisli ili smislene želje, tako i nestaje bez namere i stihijski. Međutim, ako čovek nije nastao stihijski, slučajno, ako ima Tvorca, da li je onda moguće nesmetano ga ubiti, jer sasvim suprotno „Gospodar života čovjeka, koji nije počinio djelo koje podilježe smrtnoj kazni, samo je Bog... Nitko na svijetu, nijedna privatna osoba, nijedna ljudska vlast ne može ga ovlastiti (lječnika) da ga izravno razori. Njegova služba nije ra-

³² O tome više u: V. Valjan, *Bioetika*, Svjetlo rječi, Sarajevo-Zagreb 2004, 279-282, 302-305.

³³ Više o tome videti u: V. Valjan, *ibid.*, 280-282.

³⁴ *Ibid.*, 283.

³⁵ *Ibid.*, 282.

zoriti život, nego ga spasiti“³⁶, te se tako lekar „mora zauzeti oko ublažavanja trpljenja i nema pravo, ni u slučajevima koji se čine izgubljenima, namjerno ubrzati proces prirodne smrti“³⁷.

Tako je ipak etika kvaliteta života samo „eufemizam ili lažni nadomjestak za matematiku kvaliteta života“ ovo je očekivano „jer ljudima treba govoriti ono što im je drago čuti“³⁸. Pitanje je samo da li se to čoveku govori zbog njega ili zbog manipulacije njime? Sada je potpuno otvoren put povezivanja etike kvaliteta života sa eugenikom, koja se može povezati sa usavršavanjem čoveka, dajući boljim ljudima veću mogućnost da vladaju nad manje plemenitim.³⁹

Uprkos očekivanju, a zbog zločina nacizma, sam proces eugenike započinje ne u Nemačkoj, već u Engleskoj u radovima Francisa Galtona (*Francis Galton*), i utemeljenjem *The Eugenics Record Office, Laboratory of National Eugenics, Eugenics Education Society*, da bi tek nakon toga u Minhenu bilo osnovano *Internationale Gesellschaft für Rassenhygiene*, ali opet na čelu sa Galtonom, dok će u SAD Čarls B. Devenport (*Charles B. Devenport*) osnovati *Eugenics Record Office*.⁴⁰

Tako da će još za istoriju pravno-etičkih misli ostati rečenica jednog pravnika iz Virdžinije, a vezana je za eugeniku „Njemci nas tuku na našem terenu“.⁴¹ Potom valja ukazati i na otvorenu vezu između eugenike i levice, jer levičarska eugenika je „pravi začetnik današnjeg uskrснуća eugenike“⁴² ali, ti levičarski eugeničari nisu „imali političku moć provesti svoje nakane“⁴³ te cela levičarska eugenika izgleda manje „strašno“. Socijalista Karl Peterson (Karl Peterson) je zastupao stav „da postoje veće urođene razlike između crnaca i bjelaca negoli između ljudi uopće i majmuna“⁴⁴, te ako „socijalist nije ujedno i eugeničar, onda će socijalistička država ubrzo nestati zbog rasne degradacije“.⁴⁵

Izdvađa se kao činjenica novije istorije da je genetičar i dobitnik Nobelove nagrade za medicinu 1946. godine Herman Miler (*Hermann Müller*) u svom zanosu komunizmom posetio Staljina (*Iosif Vissarionovič Stalin*) i predlagao da drug Staljin i njegovi saradnici

³⁶ Ibid., 286.

³⁷ V. Valjan, op. cit., 299.

³⁸ T. Matulić, op. cit., 712.

³⁹ Više o tome i etimološkom poreklu pojma eutanazija videti u: T. Matulić, ibid., 715.

⁴⁰ Više o tome videti u: T. Matulić, ibid., 715-718.

⁴¹ D. Polšek, *Eugenika i ljevica*, u: *Izazovi bioetike* (ur. A. Čović), Pergamena, Zagreb 2000, 184.

⁴² Ibid., 183.

⁴³ Ibid., 187.

⁴⁴ Ibid., 188.

⁴⁵ Ibid.

za koje je smatrao da su genetički obdarene osobe budu donatori sperme. Koliko god mi pozitivno vrednovali genetički inženjering, toliko on vuče sa sobom ogroman broj fantomskih pojmova, kao što su na primer „pozitivna eugenika“, kao i sivih zona gde se ukrštaju putevi „rasizma, revolucionarnog reformatorstva i obične zdravstvene zaštite“.⁴⁶ Ali tek što krenemo pozitivnom stranom genetičkog inženjeringa, pojavljuje se veliki broj prisilno sterilisanih osoba, na primer u državi Kaliforniji do 1929. godine, kao i slučaj *Buck v. Bell* iz kojeg izvlačimo ne tako pristojnu rečenicu „tri generacije idiota sasvim je dovoljno“.⁴⁷

Ajnštajново (*Albert Einstein*) upozorenje „pazite se trulih kompromisa“⁴⁸, čuje se i danas, možda više nego ikada pre. Da li je „pozitivna eugenika“ koja valja da zbog budućeg zla, ukloni zlo, truli kompromis? Šta sa takvim kompromisom? Avašai Margalit (*Avashai Margalit*) daje kratak odgovor „truli kompromisi nisu dozvoljeni, čak ni u ime mira“.⁴⁹ Sklopiti mir sa eugenikom liči na nagodbu koju je načinio Robert Oopenhajmer (*Robert Oppenheimer*), „atomska bomba a za uzvrat mogućnost bavljenja fizikom na visokom nivou...“.⁵⁰ Šta je bilo ljudsko u nacističkom i levičarskom programu eugenike? Odgovor je kratak, ništa, a obrazloženje za ovakvu tvrdnju nalazimo u varvarskom i neljudskom ponašanju čitavih režima koji podrivaju temelje moralnosti, te je bolje voditi „debelu parnicu“ nego sklopiti „mršavi kompromis“⁵¹ a u ime „pristojnog društva“.⁵²

Ovaj „mršavi kompromis“ sa eugenikom liči na Minhenski sporazum iz 1938. godine.⁵³ Koga su to pristalice ovog sporazuma „odobrovoljile“? Mi se ipak slažemo sa Voltom Vitmenom (*Volt Whitman*): „Pridržavajući se vrednosti, protivrečimo sebi“.⁵⁴ Vrlo dobro, nek protivrečimo sebi, društvu, svetu, ali da nikako nema Minhenskog sporazuma sa nestajanjem čoveka, te je bolje da znamo vrednost svemu, a cenu

⁴⁶ Ibid., 186.

⁴⁷ Ibid., 184.

⁴⁸ A. Margalit, *Kompromis i truli kompromisi*, Albatros Plus, Beograd 2011, 9.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid., 10.

⁵¹ Dakle, radi se o obrnutoj srazmeri u odnosu na izreku „Bolje mršavi kompromis nego debela parnica“. Navedeno prema: A. Margalit, *Kompromis i truli kompromisi*, op. cit., 12.

⁵² O pitanju pristojnog društva i pitanju ponižavanja videti više u: A. Margalit, *The Decent Society*.

⁵³ Mislimo na sporazum od 29. septembra 1938. godine da se od Čehoslovačke oduzme Sudetska oblast.

⁵⁴ A. Margalit, op. cit., 21.

ničemu,⁵⁵ trudeći se da „naše moralno ime“ ostane neukaljano.⁵⁶ Ovo je naš cilj, a ne prihvatanje čistog utilitarizma izraženog u rečenici koja predstavlja prihvatanje tokova vremena koji nastaju baš sa ljudima koji ih i stvaraju. Dakle, nismo skloni da prihvatimo čak ni kao poučno: „Kad Staljin kaže igrati, onda pametan čovek igra“.⁵⁷ Ovim se stavom suprostavljamo Šmitu (*Carl Schmitt*) koji tvrdi da u kriznim situacijama moralnost nema smisla.⁵⁸

Sada nas brine ne ona eugenička strana kompromisa, već naša, pasivna, koja nema želju da spreči eugeniku, već želi da je „odobrovolji“ trgujući sa nečim što je sveto, sa ljudskim životom, pa izgleda da je istorija naših dela zapravo „jedan grozan događaj za kojim sledi drugi“.⁵⁹ Ovo se u oblasti medicine može opravdati i činjenicom da „new medicine calls all in doubt“.⁶⁰ Napredak medicine, ili uopšte tehnike može uvek da nas navede na postojanje „etičkog vakuma“.⁶¹ Međutim, ono što kod nas izaziva pažnju je to što napredak tehnike ostavlja i pravno-etički vakum, te se već u opštoj i krivično-pravnoj teoriji pojavljuju pravno-etičke „praznine“ koje se popunjavaju najčešće pukim pozitivističkim shvatanjima sekularne države. Kako sada izgleda opravdanje se nalazi u činjenici da je život apsolutno „brži“ i da društvo raspolaze sa više dinamike od prava. U prilog ovome može se navesti: „Tu je sve novo i nema nikakve sličnosti sa bilo čim dosadašnjim, kako po vrsti tako i po poretku veličina: tome što čovek danas može učiniti, a onda, u neodgodljivom vršenju toga što može, biva prisiljen da to i dalje čini, nema ničeg sličnog u prošlom iskustvu“.⁶² Ova nemogućnost prava da prati društvenu dinamiku, te nemogućnost prava da prati napredak

⁵⁵ Radi se zapravo o igri reči koju smo izveli, zapravo stoji kod Oskara Vajlda (Oscar Wilde) u knjizi „Lady Windermere's Fan“, Lord Darlington: „Čovek koji zna cenu svemu, a vrednost ničemu“. Navedeno prema: A. Margalit, *Kompromis i truli kompromisi*, op. cit., 36.

⁵⁶ „Ne u naše ime“, videti više o tome u: A. Margalit, ibid., 130-133.

⁵⁷ A. Margalit, ibid., 188.

⁵⁸ C. Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Cambridge 1922; C. Schmitt, *The Concept of the Political*, University of Chicago Press, 1996; K. Šmit, *Tri vrste pravnonaučnog mišljenja*, Dosije, Beograd 2003; A. Margalit, *Kompromis i truli kompromisi*, op. cit., 135.

⁵⁹ A. Margalit, ibid., 21.

⁶⁰ H. Kuhse, *The Sanctity-of-Life-Doctrine in Medicine. A Critique*, Oxford University Press, Oxford 1987, 3. Navedeno prema: M. Chiodi, *Tra cielo e terra, il senso della vita a partire dal dibattito bioetico*, Assisi 2002, 16.

⁶¹ Više o „etičkom vakumu“ videti u: H. Jurić, *Etika odgovornosti Hansa Jonasa*, op. cit., 104-106.

⁶² H. Jonas, *Princip odgovornosti*, 7. Navedeno prema: H. Jurić, *Etika odgovornosti Hansa Jonasa*, ibid., 105.

tehnike proizlazi iz samodovoljnosti prava i njegove zatvorenosti prema činjenicama života. Da li nova društvena zbilja zahteva samo „nova pravila etike, a možda i jednu novu etiku“?⁶³ Da li onda zahteva i novo shvatanje prava? Međutim, ako krenemo od postavke „Io sono la vita, la verità e la vita“⁶⁴ tada nema potrebe za „iznenađenjima“ jer onda nismo apsolutni gospodari ni sebe, ni prirode. Dakle, nismo apsolutni gospodari iako bi to želeli jer: „non la vita in se stessa crea questo rispetto, bensì è il comando di Dio che crea rispetto per essa“.⁶⁵ Onda ako nismo mi gospodari svega živog, nečasna dela ne činimo kontra sebe, kako bi samodopadljivo mogli da pomislimo, već protiv volje Boga. Ovo je zapravo mesto razilaženja danas, jer u shvatanju sekularne države i njenog prava, čovek mora da se razvija u pravcu samoljublja, i odricanja Boga. Tako čovek postaje proglašen za početak i kraj moći. I kao u svakoj revoluciji, koja nudi veća prava nakon svog završetka, pod uslovom da se dok ona traje odrekemo svih temeljnih prava kako bi ona brže protekla, na kraju ostajemo bez ikakvih prava, potpuno „goli“ pred moćima vladajuće klase. Tako čovek „halapljivo“ tražeći veća prava i veće moći ostaje „go“ pred državom koja sada u oblasti bioetike odlučuje o njegovom životu, a sve pod izgovorom da čovek to sam čini. Nama je potreban bolji argument, no što je to volja čoveka, jer na kraju njome država raspolaže. Zato je bolje iz pozicije posvećenosti i odgovornosti prema životu „dedizione completa alla vita“ - „Hingebung an Leben“ te ljubavi „amore“ - „Liebe“ i samilosti „compassione“ - „Mitleid“ a sa apsolutnom odgovornošću „responsabilità“ - „Verantwortung“⁶⁶ krenuti napred prema čoveku u opštoj i krivično-pravnoj teoriji. Samo na taj način pravo postaje prostor apsolutne zaštite čoveka, njegovog života i dostojanstva. Tako pravo neće biti „zatečeno“ bilo kakvim tehnološkim napretkom, jer život je uvek kvalitet po sebi. Suprotno, „mnoštvo znanosti koje neprestano rastu a bave se čovjekom – ma koliko vrijedne i bile – osim toga daleko više prikrivaju bivstvo čovjeka nego što ga osvetljavaju“.⁶⁷ Na taj način sagledavanje čoveka, kao i njegov bioetički, biopravni, biopsihički život ostaju zamagljeni čisto formalnim „pominjanjem“ čoveka u ustavima, zakonima, deklaracijama i poveljama. Da li potom poslušnost prema zakonima dolazi iz verovanja u vrednost ljudskog života, ili je to samo strah od sankcija koji nas čini robovima navike?

⁶³ H. Jurić, *ibid.*, 105.

⁶⁴ M. Chiodi (2002), *op. cit.*, 7.

⁶⁵ *Ibid.*, 20.

⁶⁶ M. Chiodi (2002), *op. cit.*, 48.

⁶⁷ M. Scheler, *Položaj čovjeka u kozmosu*, Veselin Masleša – Svjetlost, Sarajevo 1987, 12.

ZAKLJUČAK

Šta je to neophodno da bi čovek i njegovo pravo bili u bezgraničnoj meri otvoreni prema svetu i njegovom napretku? Ontološko-aksiološko jedinstvo sa Bogom daje nepregledno polje otvorenosti i prostorno-vremenske dinamike. Tada čovek može biti zamišljen kao središte koje je uzdignuto nad državom i njenim pravom, suprotno on će od čoveka biti sveden na stvar kojom se raspolaže po volji vladajuće klase. Tada će čoveku početi da nedostaje prostor u pravu i državi. Dakle, ontološko-aksiološko jedinstvo sa Bogom čoveku daje „pogled“ u svetost života kao kvaliteta po sebi.

Sasvim suprotno od ovog jedinstva, izdvajanje etike kvaliteta života, predstavlja negativnu teoriju o čoveku, koja svoju završnicu dobija u pravnoj regulativi sekularne države, koja ide putem „negacije volje za život“.⁶⁸ Takva država liči na oca koji „ubija decu koju voli“,⁶⁹ i ovo pod uslovom da sekularna država zaista „voli“ svoju decu. Sekularna država zapravo predstavlja svojom etikom kvaliteta života negaciju misli: „Mensch! Alles liebet dich; um dich ist sehr Gedrange: Es läuft dir Alles zu, dass es zu Gott gelange“.⁷⁰ Dakle, ona odbacuje da čovek ide prema Bogu oslanjajući se na Hrista, čime pokazuje „afirmativan stav prema dobru, a negativan prema zlu“.⁷¹

Iz ove perspektive se vidi uloga opšte i krivično-pravne teorije, koja se ostvaruje u zaštiti čoveka od sopstvenog nestajanja. Ako iz svetosti života izvučemo kao posebnu kategoriju kvalitet života, tada je napravljen prvi korak u nizu koji će voditi otvorenom prihvatanju različitih stepena i načina nestajanja čoveka. Ovo nestajanje može pod uticajem i pritiskom različitih zainteresovanih grupa da se ugradi u pravnu regulativu. Nakon toga proces je završen, pravni propisi su imperativnog karaktera i oni su na izvestan način završetak borbe oko nestajanja čoveka. Ovo iz jednostavnog razloga, jer nakon ugradnje kategorije kvaliteta života u pravne propise vrata su apsolutno otvorena.

I dok se idejom svetosti života, čovek štiti od nestajanja, toliko je besmislenim izdvajanjem kvaliteta života on otvoren za nestajanje, jer se time oberučke prihvataju eutanazijski motivi.⁷² Zapravo, prihvatanjem

⁶⁸ O „negaciji volje za život“ videti u: A. Šopenhauer, *Svet kao volja i predstava* I, Izdavačka radna organizacija Matice srpske, Novi Sad 1981, 245-262.

⁶⁹ A. Šopenhauer, *ibid.*, 352.

⁷⁰ A. Šopenhauer, *ibid.*, 336.

⁷¹ F. Jodl, *Istorija etike* I, Veselin Masleša, Sarajevo 1975, 113.

⁷² M. Chiodi, *La morte occultata, La bioetica, Questione civile e problemi teorici sottesi*, Glossa, Milano 1998, 111-113.

ideje svetosti života vrata eutanazijskim motivima su zatvorena. Suprotno etika svetosti života zagovara istinu života, koja postaje istina sveta.⁷³

Da li je etika kvaliteta života zapravo vid nove civilne religije? Koje kategorije sadrži ta nova civilna religija? Ideja „religion civile“ sadržana je u sledećim redovima: „Dakle postoji neka isključivo civilna vjeroisповest i zadaća je suverena odrediti članke te religije, ne baš u smislu religijskih dogmi, već kao osjećaje društvenosti bez kojih nije moguće biti dobrim državljaninom i odanim podanikom. Iako ne može nikoga primorati da u njih vjeruje, on može iz države protjerati svakog koji u njih ne vjeruje; može ga izgnati ne kao bezbožnika, već kao nesocijalna državljanina nesposobna za iskrenu ljubav prema zakonima i pravdi, koji nije u stanju žrtvovati život za svoju dužnost, ako je potrebno. Ako je tko javno priznao te dogme, a nakon toga se ponaša kao da ne vjeruje u njih, neka bude kažnjen smrću; počinio je najgori zločin, lagao je protiv zakona“.⁷⁴ A sadržaj te civilne religije izgleda ovako: „Dogme civilne religije moraju biti jednostavne, malobrojne, izražene sažeto bez obrazloženja i komentara. Pozitivne dogme jesu: postojanje svesilnog, umnoga, dobrotivoga, providnosnoga i brižnoga Božanstva, budući život, sreća pravednih, kažnjavanje zlih, svetost društvenog ugovora i zakona. Negativne dogme sužavam na jednu jedinu: to je netrpeljivost, koja pripada kultovima, koje smo isključili“.⁷⁵

Gde su opasnosti? Najpre je to činjenica proizvoljnosti, jer ko procenjuje šta je kvalitet života, individua, zajednica ili grupa na vlasti? I šta nakon toga, kada etika kvaliteta života postane vrsta civilne religije? Da li je samim tim postala i imperativna i „državno obavezna politička ideologija“?⁷⁶ Vidimo da svako ko u norme civilne religije ne veruje može biti proteran kao nesocijalan, a to se već i najavljuje da će se desiti onima koji ne prihvataju ideje novog sveta, koji nudi ideju kvaliteta života. Dakle, sadržaj te civilne religije-etike kvaliteta života „ne čine „vjerske istine“ u smislu tradicionalnog kršćanstva, već su to samo javni ili opći nazori koji su upravo zato obilježeni teškom dvojbenošću i neobaveznošću“.⁷⁷

Još uvek nismo stigli do trenutka kada će država da odbaci svakog ko ne veruje u etiku kvaliteta života. Međutim, mi se normiranjem ove

⁷³ O ideji *La verità come vita*, videti u: E. Marini, *Vita, corpo e affettività*, Assisi 2005, 176–179.

⁷⁴ J. J. Rousseau, *Du Contract social*, IV, 8, J. J. Rousseau, *Oeuvres complètes III*, Gallimard, Pariz 1964, 468. Navedeno prema: A. Stres, *Sloboda i pravednost*, Kršćanska sadašnjost, Zagreb 2001, 130.

⁷⁵ A. Stres, *ibid.*, 130.

⁷⁶ *Ibid.*, 131.

⁷⁷ *Ibid.*

sekularne istine približavamo paradoksu proterivanja u ime slobode mišljenja. Tako se opšta i krivično-pravna teorija nalaze između „Scile totalitarizma i Haridbe liberalizma“.⁷⁸ Pitanje je šta će prevagnuti i gde je njihov put? Da li će teorija otvoriti vrata duhovnoj praznini koja će „progutati“ čoveka, praznini u kojoj će čovek nestati vođen nagoniskim težnjama. „Civilni Bog“ – kvalitet života izdvajajući ideju kvaliteta, proždire svetost života, a sve zbog života.

Čist pravni pozitivizam je oslonac civilne religije i glavno sredstvo za postizanje ciljeva, a sve zbog svog imperativnog karaktera, na osnovu koga je sasvim moguće kažnjavati one koji u civilnu religiju-etiku kvaliteta života ne veruju. Civilna religija zaboravlja da je čovek apsolutna vrednost koja je data od Tvorca. Tako čovek postaje i apsolutna stvarnost koju je potrebno zaštititi od nestajanja. Njegov apsolutni karakter ne znači beskonačnost već znači безусловnu spremnost „da se svako ljudsko biće promatra i brani kao stvarnost kojom se ne može raspolagati“.⁷⁹ Tako se opšta i krivično-pravna teorija susreću sa napetostima koje rađa odvajanje etike kvaliteta života od svetosti života, jer su obe unutar prava pozvane da budu temelj безусловne zaštite čoveka.

⁷⁸ Ibid., 129.

⁷⁹ M. Vidal, op. cit., 165.

*Marko Trajković, Ph.D., Associate Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš*

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

Bioethics against Disappearance of a Man - a Prism of General and Criminal – Law Theory

Abstract: *Bioethics, as a meeting point, engrossed with its fight against the disappearance of the man, both general and criminal-law theory. Actually, its 'care' for the man is an issue that comes before general and criminal-law theory. While the forms of disappearance of the man are very diverse and very often so refined that they cannot sometimes be recognized, the fight against the disappearance of the man must be open, clear and uncompromising. What is the role of law in this fight? The role imposed itself. Even if the law did not want to take part in the fight, it found itself in the middle of the battlefield because human life is protected from beginning to the end by legal norms that should emerge from the best writings of general and criminal-law theory. However, self-sufficiency of law and mere legal positivism are a true obstacle in this battle. This pressure and the lack of questionings are the first step on the road to disappearance of the man, because a man that asks questions is the man that exists. He and his boldness are a barrier to voluntarism. The lack of boldness of the man opens the gates to his disappearance. This boldness has not been taken away from him in the field of bioethics, which is neither secular nor religious, but rather unique as the man is unique.*

Key words: *Bioethics. – Law. – Values. – General and criminal-law theory.*

Datum prijema rada: 27.03.2015.

*Dr Branislav R. Ristivojević, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
rbrane@pf.uns.ac.rs*

NEDOSTACI LEGISLATIVNO-TEHNIČKOG OBLIKOVANJA PRISTANKA POVREĐENOG KOD TRGOVINE LJUDIMA: DA LI PALERMO PROTOKOL ZABRANJUJE PROSTITUCIJU?

Sažetak: *Pisac se u radu bavi pitanjem pristanka povređenog na seksualno i radno iskorišćavanje u odredbama Protokola o sprečavanju, suzbijanju i kažnjavanju trgovine ljudima naročito ženama i decom na Konvenciju UN o transnacionalnom organizovanom kriminalu. Istražujući pretpostavku na kojoj stoji većina u nauci, a prema kojoj nije moguće da pasivni subjekt krivičnog dela pristane na iskorišćavanje, pisac nalazi da legislativno-tehničko oblikovanje odgovarajućih odredbi Protokola nije zadovoljavajuće. Izjednačavanje svih načina izvršenja radnje trgovine ljudima nije logički moguće. Nemoguće je učiniti jednakim dejstvo prinude ili obmane sa davanjem ili prihvatanjem materijalne koristi kao načina izvršenja radnje trgovine ljudima na davanje pristanka kod ljudi. Prva dva ukoliko su upotrebljeni kod seksualnog iskorišćavanja vode silovanju umesto trgovini ljudima, što je pravnodogmatska prepreka takvom legislativnotehničkom pristupu Protokola. Drugi može voditi trgovini ljudima, prema onom što je dato odredbama Protokola, ali pisac prigovara ovom rešenju sa pozicija kriminalne politike. Kada je u pitanju pristanak pasivnog subjekta na seksualno iskorišćavanje takav legislativno-tehnički pristup zabranjuje klasičnu prostituciju, a kada je u pitanju radno iskorišćavanje odredba zamenjuje materijalnu nagradu kao ključni mehanizam koji uređuje odnose na tržištima radne snage sa krivičnopravnom prinudom.*

Ključne reči: *Trgovina ljudima, Palermo protokol, nomotehnika, kriminalna politika, pristanak povređenog, seksualno iskorišćavanje, radno iskorišćavanje*

UVOD

Pitanje da li je moguće da pasivni subjekt pristane na nameravano iskorišćavanje je veoma često raspravljana tema kod trgovine ljudima. Prilikom izrade *Protokola o suzbijanju i kažnjavanju trgovine ljudima, naročito ženama i decom* (u daljem tekstu: Protokol) na *Konvenciju UN o transnacionalnom organizovanom kriminalu* deo odredbe trgovine ljudima o pristanku je odneo najviše energije i truda.¹ Uglavnom su se naučni stavovi o njemu kristalisali² u dva smera. Stavovi su se prelomili na pitanju da li je moguće da neko bude „žrtva trgovine ljudima ko je svojom voljom pristao da se upusti“ u seksualno³ odnosno radno iskorišćavanje. Prvi stav osnovan je na argumentima slobode izbora odnosno slobode uopšte (čovjek je slobodan da sam bira, da se opredeli), slobode kretanja (čovjek je slobodan da se kreće gde hoće), slobode privređivanja (čovjek može da sam odluči čime će da se bavi), jednakosti pred pravnim poretom (prostitutke su daleko više subjekt u krivičnom postupku samo zato što nude svoje usluge nego muškarci koji prihvataju te ponude što je nejednakost pred poretom), prava na privatnost (šta čovek radi u svojoj privatnom životu je njegova stvar)⁴ i zabrana diskriminacije (prostitucija mora da bude legalan poziv kao i svaki drugi i da se uredi radnim, a ne krivičnim pravom).⁵ Ovaj stav je osnovan na podacima istraživanja koja

¹ Razlog za ovo u dobroj meri jesu polno osnovane predrasude o trgovini ljudima koje su bile podloga za izradu oba akta. „Žrtve“ trgovine ljudima su žene, a one kao slabe nemaju mogućnost da na nešto pristanu ili ne. S druge strane u Protokolu o krijumčarenim migrantima nema pomena o pristanku na krijumčarenje. Ovo stoga što su krijumčareni migranti muškarci koji traže rešenje za svoje ekonomske probleme i sami odlučuju da putuju preko granica, a kada stignu na odredište, budući da su jaki, ne potpadaju pod vlast krijumčara: Kara Abramson, *Beyond Consent, Toward Safeguarding Human Rights: Implementing UN Trafficking Protocol*, Harvard International Law Journal, 2003, No. 2, p. 479; Slično i Milić: „Vršenje krivičnih dela je muški fenomen, ali se ne može zanemariti ni učešće žena u vršenju krivičnih dela, posebno u nekim vidovima kriminaliteta.“: Ivan Milić, *Specifičnosti odlaganja izvršenja kazne zatvora i primene mere pritvora s obzirom na trudnoću i ličnost žene*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2, 2014, str. 447.

² Fitzpatrick ovu podelu među aktivistima za ljudska prava naziva „oštrom i duboko ukopanom šizmom“: Joan Fitzpatrick, *Trafficking and a Human Rights Violation: The Complex Intersections of Legal Frameworks for Conceptualizing and Combating Trafficking*, Michigan Journal of International Law, No. 4, 2003, p. 1153.

³ Ibid., p. 1150.

⁴ Alexandra Bongard Stremler, *Sex for Money and the Morning After: Listening to Women and Feminist Voice in Prostitution*, University of Florida Journal of Law and Public Policy, 1994-1995, No. 1, p. 193-194.

⁵ Shelley Case Inglis, *Expanding International and National Protections against Trafficking for Forced Labour Using a Human Rights Framework*, Buffalo Human Rights Law Review, 2001, p. 87.

govore da veliki broj onih koji se upuste u lanac trgovine ljudima to rade svojom slobodnom voljom.⁶ Drugi stav koji ne priznaje mogućnost pristanka na iskorišćavanje osnovan je oko argumenata da niko ne može da pristane na svoje porobljavanje.⁷ Ovo stoga što je pristanak, čak i kada postoji u smislu slobodno izražene volje, iznuđen ugnjetavanjem.⁸ I kada nije bilo fizičke prinude zastupnici ovog stava tvrde da je pristanak nemoguć već je uvek iznuđen teškim prilikama (inače prostitutke ne bi bile žene sa dna društvene lestvice koje imaju najmanje mogućnosti). Ovi stavovi drže da bi pojam prinude morao da se proširi pored fizičke i psihološke i na ekonomsku prinudu.

Pristanak se izričito spominje na dva mesta u Protokolu i to na način koji naveo zagovornike prvog stava na pomisao da je Protokol u prethodno pomenutoj raspravi opredelio za njihov pristup ovom pitanju. Drugim rečima zagovornici prvog stava su pomislili da su u pravu kada tvrde da Protokol ostavlja mogućnost da se pristane na sopstveno radno odnosno seksualno iskorišćavanje.⁹ Zadatak ovog rada jeste da istraži da li je ovaj zaključak, do kojeg se dolazi na prvi pogled, tačan? Drugim rečima treba istražiti da li Protokol, koji verovatno kreće od pretpostavke da je moguće pristati na seksualno i radno iskorišćavanje, to zaista i propisuje? Da bi se dao odgovor na ovo pitanje mora se sagledati legislativno-tehnički pristup Protokola pristanku povređenog.¹⁰

⁶ Nora Demleitner, *The Law at a Crossroad: The Construction of Migrant Women Trafficked into Prostitution*, published in: David Kyle & Rey Koslowski, *Global Human Smuggling: Comparative Perspective*, Baltimore, 2001, p. 264; Allison Murray, *Debt-Bondage and Trafficking: Don't Believe the Hype*, published in: Kamala Kempadoo & Jo Doezema, *Global Sex Workers: Rights, Resistance and Redefinition*, New York, London, 1998, p. 57, navedeno prema: Kara Abramson, op. cit., p. 484; Janie Chuang, *Redirecting the Debate Over Trafficking in Woman: Definitions, Paradigms and Context*, Harvard Human Rights Journal, 1998, p. 84.

⁷ Susan Tiefenbrum, *Saga of Susannah – A U. S. Remedy for Sex trafficking in Woman: The Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000*, Utah Law Review, No. 1, 2002, p. 122.

⁸ „U američkom pravnom okruženju pristanak je ključni faktor u odlučivanju da li kršenje ljudskih prava postoji. Na ovaj način je celina ljudskog bića svedena na volju, nameru i pristanak, kao da je to sve što čini kršenje ljudskih prava. Ljudska volja je ugaoni kamen liberalne pravne teorije koja čini pojedinca središnjicom zapadne postavke subjektivnih prava. Na ovakav način liberalna teorija prava ne uzima u obzir ugnjetavanje, stanje klasne nadmoći koje je toliko sveprisutno da zaziva pristanak, tajni dogovor ili neki oblik saradnje ugnjetenih.“: Kathleen Barry, *The Prostitution of Sexuality: The Global Exploitation of Woman*, New York, 1995, p. 23-24.

⁹ Tipičan sledbenik ovog stava je Doezema: Jo Doezema, *Who Gets To Choose? Coercion, Consent and UN Trafficking Protocol*, Gender and Development, 2002, No. 1, p. 24.

¹⁰ Ima više situacija u kojima je međunarodna zajednica shvativši opasnost od nekog vida prekograničnog kriminaliteta stvorila strategiju borbe protiv njega. Takav je i te-

1. Jezičko uobličavanje pristanka povređenog u Protokolu

U polju međunarodnog krivičnog prava, koje je krajnje neuređeno i ne sistematizovano i gde je jedno od prvih naučnih pitanja sadržaj opšteg pojma međunarodnog krivičnog dela, nije isključeno da se pristanak povređenog pojavi u legislativi a da njegova prava uloga nije jasna. Protokol je upravo takav akt. Pristanak povređenog se izričito pominje na dva mesta u Protokolu. Prvo se u tački (a) stava 1. člana 3. Protokola kaže da je svrha načina izvršenja radnje trgovine ljudima:

„...da bi se obezbedio pristanak lica da bude iskorišćeno“.

Zatim se u tački (b) stava 1. člana 3. Protokola navodi da:

„Pristanak žrtve trgovine ljudima na nameravano iskorišćavanje...
...je nevažan kada je radnja izvršena na način predviđen tačkom (a).“

Relativno je lako odbaciti pretpostavku da je u pitanju osnov isključenja protivpravnosti. Krajnje bi bio neobičan legislativno-tehnički pristup Protokola gde se o njemu izričito govori. Osnovi isključenja protivpravnosti se uglavnom ne propisuje izričito u aktima, to je u pravilu nemoguće, već se njihovo oblikovanje prepušta tumačenju normi i njihovom međusobnom odnosu.¹¹ Takođe, pristanak se u Protokolu dovodi u vezu samo sa jednim elementom bića dela, a da bi bio osnov isključenja protivpravnosti morao bi da se odnosi kako na radnju, tako i na posledicu jer oni tek zajedno čine povredu dobra.¹² Kao poslednje treba naglasiti da je u savremenom krivičnom pravu velikom broju slučajeva on nepotreban jer se naročitim legislativno-tehničkim mehanizmima pristankom povređenog može i pre isključenja protivpravnosti isključiti predviđenost dela u zakonu. Tako se pristanak povređenog može iskoristiti kao osnov isključenja postojanja krivičnog dela kod onih krivičnih dela gde je odsustvo pristanka odnosno protivljenje (izričito ili prećutno) element bića dela.¹³ To je slučaj kod onih krivičnih dela gde je prinuda jedan od elemenata bića ili se zahvaljujući pristanku neko delo ne vrši neovlašćeno, što je kod nekih dela obavezan element bića.¹⁴ Tako se dolazi do druge mogućnosti a to je ona da je pristanak povređenog u Protokolu osnov isključenja postojanja krivičnog dela. Ova pretpostavka bi bila bolja i zato što bi se izbeglo davanje odgovora na složeno pitanje koje se uvek javlja kod pristanka povređenog kao osnova isključenja protivpravnosti, a to je kod ko-

rorizam: Tanja Lukić, *Borba protiv finansiranja terorizma: primer Španije*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3, 2010, str. 353.

¹¹ Franjo Bačić, *Krivično pravo – opći dio*, Zagreb, 1980, str. 193, 203.

¹² Toma Živanović, *Krivično pravo-opšti deo*, Beograd, 1910, str. 108.

¹³ Ibid., str. 110; Stanko Frank, *Teorija kaznenog prava*, Zagreb, 1955, str. 131.

¹⁴ Zoran Stojanović, *Krivično pravo-opšti deo*, Beograd, 2013, str. 158.

jih pravnih dobara priznati ovo pravo, a kod kojih ne.¹⁵ Upravo trgovina ljudima ima kao jedno od sredstava izvršenja radnje predviđenu prinudu. Protiv ovog rešenja govori činjenica da je važnost pristanka, kako kaže tačka (b) stava 1. člana 3. izričito isključena. Na taj način izričito se ne dozvoljava mogućnost da se pristankom povređenog isključe načini odnosno sredstva izvršenja radnje čime bi i sama radnja bila isključena, a sa njom bi bilo isključeno i postojanje krivičnog dela. Ovakva legislativna tehnika je sa razlogom dovela nauku u položaj da postavi pitanje da li je uopšte moguće da se neko upusti u prostituciju a da ne bude zahvaćen odredbom Protokola o trgovini ljudima?¹⁶

Vidi se da ostaje otvoreno pitanje koja je uloga pristanka povređenog u Protokolu odnosno polazna postavka po kojoj je moguće pristati na iskorišćavanje je pod znakom pitanja. Stoga se mora preći na analizu sadržaja pristanka povređenog u dve odredbe Protokola. Ona će pokazati da je prva odredba delimično, a druga potpuno logički neosnovana.

2. Pristanak u tački (a) stava 1. člana 3.

Tako tačka (a) govori da se načini izvršenja radnje koriste u svrhu „obezbeđivanja“ pristanka. Drugim rečima pasivni subjekt pristaje na iskorišćavanje u prisustvu sile, pretnje ili drugih oblika prinude, otmice, prevare, obmane, zloupotrebe moći ili tuđe nemoći, davanja ili primanja novca ili druge koristi. Greška koju ovde čine pisci Protokola jeste u izjednačavanju više po prirodi različitih sredstava izvršenja radnje.¹⁷ Kako se mogu u istu ravan staviti prinudni i prevarni načini izvršenja radnje trgovine ljudima, koji po pravilu poništavaju pristanak, sa davanjem ili primanjem novca ili druge koristi, koji ne poništavaju pristanak, već upravo suprotno, zasnivaju ga?¹⁸ Jedino bi se kod ovog drugog moglo raspravljati

¹⁵ Radovanović drži da je nemoguće da se postavi jedan kriterijum jednak za sva krivična dela: Miloš Radovanović, *Krivično pravo SFRJ-opšti deo*, Beograd, 1976, str. 106.

¹⁶ „...definicija je, u načelu, dovoljno otvorena da obuhvati skoro svakog ko je involviran u seksualnu industriju kao žrtvu trgovine ljudima.“: Anette Brunovskis, Rebecca Surtees, *Agency or Illness – The Conceptualisation of Trafficking: Victim's Choices and Behaviours in the Assistance System*, Gender, Technology and Development, No. 1, 2008, p. 59.

¹⁷ Ovo primećuje i Chuang kada piše da postoje „...različite vrste prinudnih snaga koje mogu da utiču na njen [ženin] pristanak.“: Janie Chuang, op. cit., p. 84.

¹⁸ Ovo primećuje i Sullivan kada kaže da se Protokol može primeniti i na „...nenasilne ili, čak, očevidno konsensualne aktivnosti...“: Barbara Sullivan, *Trafficking in Woman: Feminism and New International Law*, International Feminist Journal of Politics, No. 1, 2003, p. 81.

ti o „obezbeđivanju pristanka“, a kod prinudnih i prevarnih načina radnje izvršenja, kako će se videti, samo izuzetno. Međutim Protokol već u sledećoj tački (tački b) istog stava uvodi problematičan zaključak, koji će se analizirati u sledećem delu rada, da je u prisustvu svih stepeni prinude ili obmane moguće pristanak pasivnog subjekta na ono što mu se radi.¹⁹

2.1. Prinudni načini izvršenja radnje

Obezbediti pristanak nije moguće u prisustvu apsolutne sile, a u prisustvu kompulzivne sile i pretnje to zavisi od njihovog stepena. U pravilu, što je stepen veći to se teže može govoriti da postoji pristanak i obrnuto. Ako se govori o višim stepenima kompulzivne sile i pretnje kao prinudnim sredstvima radnje izvršenja onda za njih važi pravilo da pristanak isključuje prinudu, a prinuda negira pristanak.²⁰ Zaključak je da bi se o „obezbeđivanju pristanka“ moglo govoriti samo kod manjih stepeni prinude.

2.2. Prevarni načini izvršenja radnje

Kada su u pitanju prevarni načini izvršenja radnje za njih bez sumnje važi pravilo da niko ne može da pristane na laž²¹ ako pod njom podrazumevamo potpunu zabludu. U takvom slučaju iskrivljena slika koju u svesti ima pasivni subjekt ne odgovara stvarnosti. S druge strane stepen nepostojanja svesti o stvarnosti (zabluda) može da bude različit, na isti način kako se razlikuju stepeni sile ili pretnje kod prinudnih načina izvršenja radnje. To znači da ovde može biti od značaja u kojoj meri je lice koje bilo u zabludi u tu zabludu uvereno, odnosno da li je imalo svest i u kolikoj meri da je njegova predstava možda pogrešna. Ovo stoga što je neophodno da je radnja obmane prouzrokovala, ili barem sauzrokovala, zabludu kod prevarenog.²² Ako ju je prouzrokovao ili sauzrokovao sam

¹⁹ Chuang ima sličan stav. Ona piše da se iscrpljivanjem u raspravi o tome da li žena može ili ne može da pristane na vrbovanje za prostituciju ili na samu prostituciju „...rizikuje da zanemare važne činjenice u vezi kvaliteta pristanka...“. Ibid.

²⁰ Stojanović zauzima ovaj stav u vezi sa krivičnim delom silovanja: Zoran Stojanović, *Komentar KZ*, Beograd, 2012, str. 528.

²¹ Ann D. Jordan, *The Annotated Guide to the Complete UN Trafficking Protocol*, Washington, 2002, p. 7, http://www.hrea.org/erc/Library/display_doc.php?url=http%3A%2F%2Fwww.globalrights.org%2Fsite%2FDocServer%2FAnnotated_Protocol.pdf%3FdocID%3D2723&external=N, posećeno: 20. decembra 2013. godine; Marjan Wijers, *Analysis of the definition of the trafficking in human beings in Palermo Protocol*, 2005, p. 26, <http://lastradainternational.org/lisidocs/354%20Analysis%20def%20Palermo%20protocol.pdf>, posećeno: 15. decembar 2013. godine.

²² Toma Živanović, *Osnovi krivičnog prava-posebni deo*, 1912, str. 36.

pasivni subjekt, nema prevare²³ recimo njegovom nepažnjom ili nema-rom. U načelu, što je veći stepen nepostojanja svesti o stvarnosti (odno-sno manja mera sumnje u stvarnost), to je manja mogućnost da neko pri-stane na takve okolnosti. Samo kod manjih stepeni nepostojanja svesti o stvarnosti (odnosno većih stepeni sumnje u stvarnost) može da postoji pristanak.

2.3. Zloupotreba nemoći kao način izvršenja radnje

Najlošiji zaključak koji bi se mogao izvesti iz ovako neodgovaraju-ćeg normiranja jeste da se zloupotrebom tuđe nemoći, kao sredstvom od-nosno načinom izvršenja radnje, obezbeđuje pristanak pasivnog subjekta. Sa ogradom da se i stepen nemoći pasivnog subjekta može razlikovati (kao što može i stepen prinude ili stepen zablude), i dalje se može posta-viti pitanje da li je moguće da neko ko je u položaju nemoći da pristanak na bilo šta? Čistim jezičkim tumačenjem pojma „nemoći“ dolazi se do za-ključka da nemoćan jeste onaj pasivni subjekt koji *nema moć* odnosno onaj ko nije u stanju da odlučuje tj. niti da pristane niti da ne pristane.

Pri tome se ovde misli samo na fizičku ili duhovnu nemoć. U nauci postoji kretanje koje pokušava da stanje nemoći pasivnog subjekta tuma-či, ne kao stanje fizičke ili duhovne nemoći, već kao stanje ekonomske nemoći. Prema ovim stavovima teške materijalne prilike u kojima se na-lazi subjekt vode nemoći u odlučivanju.²⁴ Ovakvo tumačenje pojma ne-moći bi bilo pogrešno. Nosioci ovakvih stavovi u nauci ne vode računa o tome da bi svaki radnik koji je prihvatio loše zaposlenje (mala plata, loši uslovi rada...) zbog nepovoljnih prilika na tržištu radne snage mogao da se pozove na odredbu trgovine ljudima.

2.4. Zloupotreba moći i koristoljubivi načini izvršenja radnje

Jedini logičan zaključak jeste da se samo zloupotrebom moći i, na-ročito, davanjem ili primanjem novca ili druge koristi kao koristoljubivim načinima odnosno sredstvima radnje izvršenja moguće obezbediti prista-nak pasivnog subjekta. Na koji drugi način se neko lice navodi na određe-

²³ „Pretežno je mišljenje da neće postojati prevara onda kad se podigao novac od dužnika prosto na osnovu pokazivanja kakve legitimacione isprave npr. uložne knjižice, jer se za onoga koji plaća bez ispitivanja ličnosti podnosioca ne može reći da je pod-nošenjem isprave bio doveden u zabludu o njegovoj ličnosti.“: Ibid., str. 37.

²⁴ Natalia Ollus, *The United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Woman and Children: A Tool for Criminal Justice Personnel*, p. 23, UNODC, http://www.ungift.org/docs/ungift/pdf/knowledge/unafei_analysis.pdf, posećeno: 25. januara 2014. godine.

no ponašanje nego materijalnom korišću? Ona je jedan od najznačajnijih pokretača ljudske delatnosti uopšte.²⁵ Prinudnim i prevarnim sredstvima radnje izvršenja kao i zloupotrebom tuđe nemoći (osim opisanih izuzetaka) ne može se obezbediti pristanak pasivnog subjekta na radnju trgovine ljudima, oni ga upravo suprotno isključuju.

Ne treba da iznenađuje da je iz ovako netačne polazne postavke prema kojoj se svim sredstvima izvršenja radnje može „obezbediti pristanak“ nastalo sledeće pravilo prema kome je „pristanak nevažan“.

3. Pristanak u tački (b) stava 1. člana 3.

Prva nedoumica jeste sama postavka po kojoj su svi načini odnosno sredstva radnje izvršenja stavljeni u istu ravan u pogledu dejstva. Ona je kako se videlo pogrešna. Iz prethodnog izlaganja vidi se da nisu svi načini odnosno sredstva radnje izvršenja uopšte podobni da izdejstvuju pristanak. Prinuda, prevara i zloupotreba tuđe nemoći u stepenu koji ništi slobodnu volju ne zasnivaju pristanak već upravo suprotno poništavaju ga (uz opisane izuzetke). Zahvaljujući tome odredba o nevažnosti pristanka u ovim slučajevima je bespredmetna. Ova odredba bi po logici stvari trebalo da se odnosi samo na slučajeve gde je pristanak moguć.

Kod ovih slučajeva prirodno se nameće druga nedoumica: zašto bi pristanak povređenog bio nevažan ako je zaista dat? Pristanak po definiciji podrazumeva slobodnu volju. Ako je ima – može da bude pristanka. Ako je nema – ne može da bude pristanka.²⁶ Kako je došlo do ove greške?

Po svemu sudeći su pisci Protokola normirali ove odredbe bez pravih obaveštenja o pojavnim oblicima trgovine ljudima. Sve pasivne subjekte, bez razlike, svrstali su u „žrtve“ koje po njihovom poimanju nisu sposobne za smisleno i odgovorno samoodređenje odnosno za slobodnu volju. Čak i kada nešto odluče, „žrtve“ nisu donele slobodnu odluku. Drugim rečima pristupili su svima kao da su objekti tuđe volje, a ne subjekti svoje. Otud odredba po kojoj se svim načinima odnosno sredstvima

²⁵ „Ja svakako zastupam gledište i čvrsto ga se držim da je egoizam pokretač celokupnog opštenja... ...za opštenje nema druge pokretačke snage osim egoizma...“: Rudolf fon Jering, *Cilj u pravu*, Beograd, Podgorica, Sr. Karlovci, 1998, str. 72.

²⁶ „...ljudi ne mogu da budu trgovani svojevolsjno.“: Tom Obokata, *Trafficking of Human Beings as a Crimes Against Humanity: Some Implications for the International Legal System*, International and Comparative Law Quarterly, no. 2, 2005, p. 447; - ...pristanak... ...treba da je dan prije izvršenja djela, dan određenoj osobi, učiniocu, da ga je ona spoznala, da ga je dala osoba koja je sposobna za davanje jedne takve izjave i koja uviđa značenje toga, te koja je jedini titular zaštićenog dobra, da je dan *slobodno*, bez vitnih nedostataka u pogledu *voljnog* odlučivanja, da je izričit, odnosno da proizilazi iz konkludentnih radnji.“: Franjo Bačić, op. cit., str. 221.

radnje izvršenja „obezbeđuje pristanak“. Ona ukazuje na jedan neiskazani sadržaj ove norme: na druge načine se i ne može dati pristanak na iskorišćavanje osim prinudom, prevarom itd. Koje razborito lice bi svojevoljno dalo svoj pristanak da bude seksualno ili radno iskorišćeno? Odgovor koji su dali pisci Protokola a koji sledi iz ovog neiskazanog sadržaja odredbe glasi: ni jedno. Rasuđivanje koje je prethodilo ovom zaključku je sledeće: ako je dao svoj pristanak na iskorišćavanje mora da s tim pristankom nešto nije u redu. Opterećeni potrebom da zaštite ovako opisane „žrtve“ tuđe zloupotrebe, a istovremeno svesni da, kako smo pokazali, nešto nije u redu sa pristankom koji je obezbeđen prinudnim ili prevarnim načinom izvršenja radnje, osetili su potrebu da to poprave. To su učinili novom logičkom greškom ovaj put tvrdeći kako je pristanak dat na navedene načine „nevažan“. Pravi, logički ispravan pristup normiranju bi bio, ne da je pristanak *nevažan*, već da ga *nema*. Naravno, ovo samo u slučajevima gde način odnosno sredstvo radnje izvršenja poništava mogućnost da se da pristanak. Tek ako pristanka ima, može da se raspravlja da li treba da bude osnov koji isključuje postojanje krivičnog dela ili ne odnosno da li je *važan* ili *nevažan*. Iz ovog razloga je u načelu (ali samo u načelu!) ispravan stav koji se sreće u većini literature da utvrđivanje postojanja načina izvršenja radnje *isključuje* pristanak²⁷ odnosno da, kako to tvrdi ovaj rad, pristanka *nema*. To proizilazi, kako je već rečeno, iz zdravog razuma. Zanimljivo je da nosioci ovih logički utemeljenih stavova u nauci ne vide problem nelogičnosti u ovakvom normiranju. Jedini zaključak je da ne vrše pažljivo jezičko tumačenje teksta Protokola, iako ih zdrav razum navodi na, načelno, ispravan stav. Ovaj stav naravno ima izuzetke koje su opisani. Nosioci ovih stavova ne uviđaju, verovatno opterećeni nekritičkim pristupom tekstu Protokola, razliku između pojedinih načina odnosno sredstava radnje izvršenja. U onim slučajevima načina odnosno sredstva radnje izvršenja gde je moguće da pristanka ima moguće je raspravljati da li je pristanak, kako kaže odredba Protokola, nevažan, ili ima krivičnopravno dejstvo.

4. Dva načina izvršenja radnje kod kojih je odredba o nevažnosti pristanka logički moguća

Ta dva slučaja u kojima je *uvek* moguće načinima odnosno sredstvima radnje izvršenja koje Protokol navodi obezbediti pristanak jesu zloupotreba moći i davanje ili primanje novca ili druge koristi (u ostalim slučajevima sredstava radnje izvršenja, kako je izloženo, nekad je moguće, a nekad ne). U ta dva slučaja odredba tačke (b) o nevažnosti pristanka nije

²⁷ Ann D. Jordan, op. cit.; Marjan Wijers, op. cit.

logički neosnovana pa je moguća. Ono što je najviše iznenađuje jeste činjenica da ovi logički mogući načini odnosno sredstva radnje izvršenja u stvarnosti jesu najzastupljeniji. Najveći broj pasivnih subjekata upravo tako daje svoj pristanak da bude iskorišćen. Istraživanja rađena među pasivnim subjektima trgovine ljudima pokazuju da je veliki broj njih itekako svestan rizika onoga u šta se upuštaju.²⁸ To su ljudi koji zaista žele da promene svoj život, pa ta želja bude iskorišćena.²⁹ Drugim rečima oni **pristaju** na svoj položaj. U ovakvim slučajevima nije nemoguće da se legislativnom tehnikom pristanak učini nevažnim, kako to kaže Protokol, odnosno da bude bez krivičnogopravnog dejstva. Nauka beleži dva ovakva slučaja. Prvi jeste kažnjavanje za neko ponašanje i kada su izvršena sa pristankom, a drugi kada se pristanak izričito ili prećutno unese u biće krivičnog dela kao njegov element.³⁰ U takvim slučajevima ne može se raspravljati o pravnodogmatskoj osnovanosti nekog rešenja već samo o kriminalnopolitičkoj opravdanosti istog.

4.1. Kriminalnopolitička opravdanost ovakvog pristupa

Da li je kriminalnopolitički smisleno rešenje da je u ovim slučajevima pristanak nevažan i koliko je ono opravdano?

4.1.1. Kriminalnopolitička opravdanost kod zloupotrebe moći kao sredstva izvršenja radnje

Kod zloupotrebe moći kao sredstva radnje izvršenja pasivni subjekt, biva iskorišćen uz svoj puni pristanak. Usled toga opravdanost njegovog propisivanja kao načina izvršenja radnje trgovine ljudima se lako može dovesti u pitanje. Ovde se iskorišćavanje ne vrši protivno volji pasivnog subjekta, već u potpunosti skladu sa njom. Klasičan krivičnopravni primer za ovo, obljuba zloupotrebom položaja jeste odličan da objasni upravo trgovinu ljudima. Česti su slučajevi kod ovog dela da se pasivni su-

²⁸ Kara Abramson, op. cit., p. 486; Istraživanje rađeno na 20 prostitutki u Beogradu govori da je većina sama donela odluku da se upusti u protituciju iako je to bio odgovor na teške okolnosti u kojima su živele: Anette Brunovskis, Rebecca Surtees, op. cit., p. 61.

²⁹ Trgovina ljudi je nužni proizvod „kretanja ljudi i rada“. Vrlo su retki slučajevi da su pasivni subjekti oteti ili kidnapovani: Dina Franceska Haynes, *Not Found Chained to a Bed in a Brothel: Conceptual, Legal and Procedural Failures to Fulfill the Promise of The Trafficking Victim Protection Act*, Georgetown Immigration Law Journal, No. 3, 2007, p. 373.

³⁰ „...pristanak ne isključuje društvenu opasnost onih djela koja zakon kažnjava iako su izvršena sa pristankom, na primjer kod djela iz člana 340 [Izbegavanje vojne službe onesposobljavanjem]... Ako je naprotiv pristanak obilježje ili pretpostava zakonskog bića djela, ne isključuje [pristanak] je nikada, npr. član 182. [Obljuba zloupotrebom položaja] i 263. [Lihvarstvo] KZ“. Stanko Frank, op. cit., str. 131.

bjekt upušta u polni odnos na nagovor izvršioca u zamenu za neku protiv-uslugu, privilegovanje, posrednu korist i slično. Na nedozvoljenu i nemoralnu ponudu izvršioca, pasivni subjekt odgovara jednako nemoralnim i nedozvoljenim prihvatom ponude. Stoga se u ovakvim slučajevima sa razlogom postavlja pitanje čijem dobru se pruža zaštita, ili tačnije rečeno ima li uopšte dobra koje se štiti?³¹ Zar se kod trgovine ljudima ne dešava upravo opisan sled događaja? Već navedena istraživanja rađena među pasivnim subjektima trgovine ljudima pokazuju da je veliki broj njih itekako svestan rizika onoga u šta se upuštaju.³² Takva istraživanja vode naučnim stavovima da je jedan broj žena svesno ne samo da će raditi u prostituciji, nego i loših uslova rada u njoj.³³

4.1.2. Kriminalnopolitička opravdanost kod koristoljubivih sredstava izvršenja radnje

Kod davanja ili primanja novca ili druge koristi nevažnost pristanka je, čini se, pod najvećim znakom upita. Treba napraviti razliku između pristanka na seksualno i radno iskorišćavanje, što su ravnopravne mogućnosti koje predviđa odredba trgovine ljudima u Protokolu, zato što su argumenti protiv nevažnosti pristanka delimično različiti.

4.1.2.1. Kriminalnopolitička opravdanost kod koristoljubivih sredstava izvršenja radnje u vezi sa seksualnim iskorišćavanjem

Ovim načinom radnje izvršenja trgovine ljudima dat je opis obične ili klasične prostitucije.³⁴ Ima li odredbe prostitucije koja ne obuhvata dobrovoljno seksualno podavanje za novac? Poznati Merriam-Webster rečnik engleskog jezika kaže da je u pitanju "polni čin u zamenu za novac".³⁵ Uticajni Black's Law Dictionary određuje prostituciju kao čin ili praksu upuštanja u seksualnu aktivnost za novac ili njegov ekvivalent, a zatim dodaje drugi opis prostitucije: komercijalizovani seks.³⁶ Vujaklijin Leksikon stranih reči i izraza ima sledeću odredbu prostitucije: „da-

³¹ Zoran Stojanović, op. cit., II, str. 539-540.

³² Kara Abramson, op. cit., p. 486; Najveći deo žena koje nezakonito uđu u Australiju nisu prevarene oko činjenice da će se uključiti u seksualnu industriju: Rebecca - Tailby, *Organised Crime and People Smuggling/Trafficking to Australia*, Trends and Issues in Crime and Criminal Justice, No. 208, 2001, p. 2.

³³ Natalia Ollus, op. cit., p. 23.

³⁴ „...odredba trafikkinga ne zauzima jasnu poziciju o odnosu prostitucije i trafikkinga...“: Barbara Sullivan, op. cit., p. 81.

³⁵ *Merriam-Webster Dictionary*, <http://www.merriam-webster.com/dictionary/prostitution>, posećeno: 10. januara 2014. godine.

³⁶ *Black's Law Dictionary*, New York, 2000, p. 992.

vanje tela za novac kao poziv (profesija)“.³⁷ Da li uopšte postoji način upuštanja u prostituciju a da ne uključuju ovakvu ili onakvu materijalnu nadoknadu? Vrlo verovatno ne postoji. Postavka prostitucije po kojoj je pristanak lica koje se u njega upušta nevažan (kako to postavlja Protokol) nužno vodi sledećem pitanju: da li je moguće da su sva lica na ovom svetu koje su upuste u prostituciju trajne žrtve iskrivljene svesti nesposobne da donose odluke o zaposlenju i mestu boravka svojom slobodnom voljom? Naravno da nisu. U suprotnom bi sasvim bilo umesno pitanje da li iko može da pristane da se upusti u prostituciju?³⁸ Takođe, ova postavka, takođe, čini pitanje kvaliteta pristanka, zanemarenim.³⁹ Svakako se i pristanak na neki položaj u životu može izmeriti, kao i svaka druga psihička datost (svest ili volja). Ovo stoga što se i pristanak sastoji od svesti i volje.

Ako bismo zanemarili ove razlike i zabranili svaki pristanak na prostituisanje išli bismo protiv činjenice da se mnogo ljudi dobrovoljno upušta u prostituciju, ali ne i na uslove rada u njoj.⁴⁰ Tako bismo pomerili pažnju sa uslova rada, a koji su u velikom broju slučajeva ono što ženama smeta, a ne prostitucija sama po sebi. Na kraju se dobija stanje nedelotvornog krivičnog prava u kojem se onima koji hoće da se upuste u poziv koji samo njih pogađa (prostituciju) to zabranjuje.⁴¹ Tako nešto je praktično nemoguće zabraniti i stoga je besmisleno.

4.1.2.2. Kriminalnopolitička opravdanost kod koristoljubivih sredstava izvršenja radnje u vezi sa radnim iskorišćavanjem

Ovakvo normiranje pristanka stvara slične probleme u drugoj oblasti iskorišćavanja, radnom iskorišćavanju. Ako zanemarujemo uslove rada, a tome vode apsolutne zabrane davanja pristanka koje su unete u odredbu trgovinu ljudima pod uticajem tzv. „ljudskopravaških“⁴² ideoloških stavo-

³⁷ Milan Vujalkija, *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd, 1996, str. 732.

³⁸ Protokol je toliko široko postavio odredbu trgovine ljudima da isključuje mogućnost da žena sama odluči da se upusti u prostituciju: Anette Brunovskis, Rebecca Surtees, op. cit., p. 73, footnote 3.

³⁹ Janie Chuang, op. cit., p. 85.

⁴⁰ Natalia Ollus, op. cit., p. 23; Najveći deo žena koje nezakonito uđu u Australiju nisu prevarene oko činjenice da će se uključiti u seksualnu industriju, već oko visine nagrade ili uslova rada: Rebecca Tailby, op. cit., p. 2.

⁴¹ Lekcija koju nas uči istorija pokazuje da se jačanje državne sile na suzbijanju prostitucije na kraju okrene protiv prostitutki: Jo Doezeema, op. cit., p. 24; Janie Chuang, op. cit., p. 86.

⁴² Celina svakog međunarodnog, pa tako i međunarodnog krivičnog prava je u današnje doba potpuno prožeta pravom o ljudskim pravima: Florence Jessberger, *Bad Torture* –

va, zanemarićemo činjenicu da ljudi pristaju na raznorazne uslove rada, često loše, kada su u teškoj materijalnoj situaciji. Odredbom o nevažnosti pristanka (u ovom slučaju) Protokol šalje poruku da će se ljudima koji rade u teškim uslovima, neće popraviti ti uslovi nego će im se zabraniti da rade. Koliko je ovakva pravna postavka u dodiru sa stvarnim životom?⁴³ Kada je radno iskorišćavanje u pitanju, sve se svodi isključivo na uslove rada, a ne na rad sam po sebi, kao kod prostitucije jer za rad niko neće reći da je sam po sebi „eksploativnog karaktera“.⁴⁴ U teoriji prava već je pisano o poznatoj i nespornoj ulozi sebičnih ekonomskih interesa u donošenju odluka kod ljudi.⁴⁵ U svetlu ove činjenice ne deluje ubedljivo stav da i velika mera ekonomske prinude u vidu teškog materijalnog stanja može da bude takva da onemogući pristanak pasivnog subjekta na iskorišćavanje.⁴⁶ Kada bi ovo bilo tačno šta bi onda sprečilo bilo kojeg siromaha koji dobije ponudu za posao spram mere ponude i tražnje na tržištu radne snage da se pozove na odredbu trgovine ljudima tvrdeći kako je iskorišćen (eksploatisan)? Takve mogućnosti bi vodile narušavanju mehanizama koji uređuju ravnotežu na pomenutom tržištu, a koja su njegov neodvojivi sadržaj, jer bi rad umesto nagrade uređivala prinuda sa svim štetnim dejstvima koje to nosi:

„Regulisati rad prinudom umesto nagradom značilo bi društvo pretvoriti u radionicu i rad cele nacije ograničiti na ruke, jer se samo ruke mogu prinuditi, a ne duh... ..Prinuda pretvara egoizam u protivnika rada, a nagrada u njegovog saveznika, jer pri neslobodnom radu radnik je zainteresovan da radi što manje, a pri slobodnom što više...“⁴⁷

Koji ekonomista se ne bi prenerazio na ideju da se subjekti na tržištu radne snage koriste krivičnim pravom, a to znači prinudom, da urede svoje odnose?

Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of the Police Officers in Germany, Journal of International Criminal Justice, No. 5, 2005, p. 1071-1072.

⁴³ Bez obzira na poreklo neke norme, kada se izvrši njeno prenošenje u međunarodno krivično pravo, ona mora da podleže načelima ove grane prava kao i svaka druga ako želimo da bude prihvatljiva za različite subjekte međunarodnog prava. Inače se može desiti da: „...liberalne (ljudsko-pravaške i internacionalističke) postavke stvore neliberalne krivično-pravne institute i tako istisnu liberalne.“: Darryl Robinson, *The Identity Crisis of International Criminal Law*, Leiden Journal of International Law, No. 4, 2008, p. 946-947.

⁴⁴ Janie Chuang, op. cit., p. 86.

⁴⁵ „Ja svakako zastupam gledište i čvrsto ga se držim da je egoizam pokretač celokupnog opštenja... ..za opštenje nema druge pokretačke snage osim egoizma...“: Rudolf fon Jering, op. cit., str. 72.

⁴⁶ Ovo je stav Chuang-ove: Janie Chuang, op. cit., p. 94.

⁴⁷ Rudolf fon Jering, op. cit., str. 72.

ZAKLJUČAK

Loša legislativna tehnika u međunarodnom krivičnom pravu u užem smislu je odavno zabeležena i opisana pojava. Ova analiza pokazuje da isti zaključak može da se da i za odredbe međunarodnog krivičnog prava u širem smislu, gde trgovina ljudima svakako spada.

Oblikovanjem pristanka povređenog pisci Protokola su stvorili logički neodržive postavke.⁴⁸ Nesumnjivo je da su želeli da ostave mogućnost da se čovek dobrovoljno upusti u prostituciju, što, kako smo u Uvodu pokazali, većina nauke i prepoznaje kao njihovu nameru. Međutim, pažljivim čitanjem odredbi Protokola vidi se da legislativno-tehnički pristup pristanku povređenog nije dao željeni ishod.⁴⁹

Imajući iskrivljenu sliku o načinu na koji se ljudi upuštaju u prostituciju usled nedostatka pravih obaveštenja o pojavi trgovine ljudima, a istovremeno opterećeni predrasudama koje dolaze iz polja međunarodnog prava o ljudskim pravima, sve pasivne subjekte trgovine ljudima proglasili su nesposobnim da daju svoj pristanak na seksualno ili radno iskorišćavanje. Ovo su učinili putem izjednačavanja značenja i dejstva svih nabrojanih načina odnosno sredstava radnje izvršenja trgovine ljudima. Prvo izjednačavanje je izvršeno kada je utvrđeno da se njima, kako kaže Protokol, obezbeđuje pristanak pasivnog subjekta. Rad je pokazao da se nekim od njih (prinuda, prevara), upravo suprotno, poništava pristanak, dok su drugi (davanje ili primanje koristi) sastavni delovi apsolutno svake moguće odredbe prostitucije. Ne postoji drugačiji način da se neko lice upusti u prostituciju nego za materijalnu korist. Svaki drugi način na koji bi se neko našao u prostituciji mogli bi se bez problema oceniti kao silovanje. Drugo izjednačavanje je izvršeno kada je utvrđeno da su svi pristanci bez obzira na način odnosno sredstvo uz pomoć kojeg su izdejstvovani „nevažni“. U onim slučajevima gde se načinom radnje izvršenja poništava pristanak ona je nepotrebna i suvišna jer u tim slučajevima pristanka nema, a u onim gde se pristanak zasniva ovo rešenje stvara dva velika kriminalnopolitička problema. Prvi problem je što praktično zabranjuje klasičnu prostituciju. Ona postoji od kada je sveta i veka (ne zovu je uzalud najstarijim zanatom) i besmislen je svaki pokušaj da se zabrani. Drugi problem je taj što stvara mehanizam da se obična tržišta radne snage umesto nagradom uređuju krivičnopravnom prinudom, što je skoro nezamislivo iz ugla merila rasuđivanja koje koriste ekonomisti.

⁴⁸ Slično: Luka Baturan, Stefan Samardžić, *Pristanak lica da bude donor organa nakon smrti u srpskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 4, 2013, str. 430.

⁴⁹ „...kvalitet zakona neposredno zavisi od kvaliteta uporebljenog jezika.“: Dragiša Drakić, *O stilu jezika zakona*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Noom Sadu, br. 1, 2012, str. 373.

*Branislav R. Ristivojević, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Deficiency of Legislative Shaping of the Consent of a Victim in Human Trafficking: is Prostitution Prohibited by Palermo Protocol?

Abstract: *The writer deals in his work with the issue of the consent of a victim to sexual and labor exploitation under the provisions of the Protocol on the Suppression and Punishment of Trafficking in Persons, especially Women and Children on the UN Convention on Transnational Organized Crime. By analyzing preliminary assumptions on which the majority of science stand for, according to which it is possible for a passive subject to consents to its own sexual and labor exploitation, the author finds that the legislative and technical shaping of the relevant provisions of the Protocol is not satisfied concerning this matter. Equalization of all provided manners or instruments of perpetration of criminal offence of human trafficking has brought about a logical error. It is not possible to make equal the effect of coercion and deceit with the effect of providing or accepting the benefits as manners of perpetration of criminal offence of human trafficking on people consent. The first two, if used for sexual exploitation lead to rape instead to human trafficking, which represents a legal-dogmatic obstacle to such legislative-technical approach to the Protocol. The second one can lead to human trafficking according to what is given as a provision of this criminal offence, but the writer also complains about decision from the point of a criminal policy. When it comes to sexual exploitation, such legislative-technical approach along with the consent of the victim covers classical prostitution, and when it comes to labor exploitation the award replaces it as a key mechanism for the regulation of economic relations in ordinary labor markets, with the criminal justice coercion.*

Key words: *Human Trafficking, the Protocol, legislative techniques, crime policy, the consent of the victim, sexual exploitation, labor exploitation*

Datum prijema rada: 27.05.2015.

*Dr Bojan L. Pajtić, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
B.pajtic@pf.uns.ac.rs*

ODNOS UGOVORA O JEMSTVU I SRODNIH INSTITUTA PRIVREDNOG PRAVA

Sažetak: *Rad analizira ugovor o jemstvu i institute privrednog prava nastale iz ovog personalnog sredstva obezbeđenja potraživanja. Koreni instituta jemstva protežu se do Zakona dvanaest tablica. Sredstva obezbeđenja potraživanja predstavljaju značajne instrumente razvoja pravnog prometa i uspostavljanja pravne sigurnosti u privredi. Komparativan pristup institutima koji su evoluirali iz ugovora o jemstvu ukazuje kako na potencijale novih sredstava obezbeđenja, tako i na moguće pravce daljeg razvoja ovih pravnih poslova.*

Cljučne reči: *jemstvo, bankarska garancija, menični aval*

Jemstvo je klasično personalno ili lično sredstvo obezbeđenja obligacionopravnih potraživanja prisutno još u odredbama Zakona dvanaest tablica. Velike građanske kodifikacije preuzimaju institut jemstva iz rimskog prava. Građanski zakonik kraljevine Srbije, koji nastaje prevođenjem Opšteg građanskog zakonika iz 1811, reguliše svojim paragrafima ovaj građanskopravni ugovor. Zakon o obligacionim odnosima navedeni institut obuhvata šire, napominjući u članu 997. da se ugovorom o jemstvu jemac obavezuje prema poveriocu da će ispuniti punovažnu i dospeću obavezu dužnika, ako ovaj to ne učini.¹

Važno je, na početku, napraviti distinkciju između jemstva u građanskopravnom smislu, i jemstva u krivičnom postupku. Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije u članu 202. naglašava da se „okrivljeni koji treba da bude stavljen u pritvor ili je već u pritvoru zbog po-

¹ Oxford Dictionary of Law, Oxford University Press, Oxford, 2009, 224. – „jemstvo je sekundarni sporazum u kome osoba (jemac) postaje odgovorna za dug glavnog dužnika. Jemstvo predstavlja poseban ugovor i mora biti zaključeno u pismenom obliku. Jemac koji je isplatio poverioca ima pravo da traži obeštećenje od glavnog dužnika.“

stojanja razloga propisanih u članu 211. stav 1. tač. 1. i 4. ovog zakonika, može ostaviti na slobodi, odnosno može pustiti na slobodu, ako on lično ili neko drugi za njega pruži jemstvo da do kraja postupka neće pobeći i ako sam okrivljeni, pred sudom pred kojim se vodi postupak, da obećanje da se neće kriti i da bez odobrenja suda neće napustiti boravište“). Jasno je, dakle, da jemstvo predstavlja zamenu za pritvor u krivičnom, a sredstvo obezbeđenja potraživanja u građanskom pravu.²

Intenziviranje razvoja privrede i pravnog prometa dovodi do pojave pojedinih ustanova privrednog prava, kao što su bankarska garancija i menično jemstvo. Oni nastaju evoluiranjem ugovora o jemstvu, a osnovna funkcija im je obezbeđenje višeg stepena sigurnosti poverioca, pogotovo kod sklapanja kontrakata čija je vrednost velika. Pored navedenog, oni omogućavaju i efikasniju naplatu poveriočevog potraživanja. Posebnost ovih instituta i njihova masovna upotreba u pravnom prometu, navodi na potrebu da se u ovom radu izvrši komparativna analiza, odnosno, da se sagledaju sličnosti i razlike između jemstva i bankarske garancije, odnosno, jemstva i meničnog avala. Najvažnija razlika između navedena dva sredstva obezbeđenja i klasičnog jemstva ogleda se u neakcesornosti pomenutih instituta privrednog prava, odnosno, nepostojanju uzročne veze između obaveze iz osnovnog ugovora i obaveze iz garancije, odnosno menice. Jemstvo je, napominjem, akcesorno, odnosno sporedno ili zavisno. Punovažnost jemstva zavisi od punovažnosti glavne obaveze. Ukoliko je obaveza glavnog dužnika nastala iz pravnog posla koji je ništav, ne može da postojati kako obaveza glavnog dužnika tako ni obaveza jemca. Ugovor o jemstvu može biti punovažan, ali neće proizvoditi pravno dejstvo zbog akcesorne povezanosti sa nevažećim glavnim ugovorom. Ukoliko je pravni posao relativno ništav, odnosno rušljiv, pravna sudbina jemstva kao sredstva obezbeđenja zavisice od sudbine glavnog kontrakta. Odnos između jemstva i iz njega izvedenih sredstava obezbeđenja uočljiv je i kroz analizu pravnih propisa koji ih uređuju. Bankarska garancija je u osnovi regulisana Zakonom o obligacionim odnosima, a menica Zakonom o menici. Bankarska garancija je u pojedinim segmentima obuhvaćena i pojedinim partikularnim zakonima, kao što su Carinski zakon ili Zakon o deviznom poslovanju. Doktrina ukazuje da postoje „ona jemstva u privredi na koja se pored specijalnih, primenjuju i opšta pravila o jemstvu, ukoliko o nekome od pitanja ne postoji posebno pravilo trgovačkog obligacionog prava (naprimer kod bankarske garancije), kao i ona na koja se isključivo primenjuju pravila *lex specialis*-a, kao što je slučaj sa me-

² Svetlana Đuričić, Jemstvo u krivičnom postupku, GDP „Dimitrije Davidović“, Smederevo, 2000, 14.

ničnim jemstvom. Ako je na strani jemca trgovac (privrednik), trgovački karakter jemstva se u sumnji pretpostavlja.“³

Institut bankarske garancije nastao je polovinom prošlog veka i veoma brzo prihvaćen u uporednim pravnim sistemima i praksi. Kod nas je definisan članom 1083. Zakona o obligacionim odnosima. Pomenuta odredba ukazuje da se banka garancijom obavezuje prema primaocu garancije da će, ukoliko treće lice ne ispuní obavezu o dospelosti, ona izmiriti prestaciju. Pretpostavka za izmirenje je da su ispunjeni uslovi navedeni u garanciji. Bankarska garancija, kao i jemstvo (iz koga je nastala), predstavlja personalno sredstvo obezbeđenja, iako pre njenog izdavanja najčešće dolazi do sklapanja ugovora o hipoteci, ili deponovanju određenog iznosa sredstava koga zaključuju banka i dužnik iz osnovnog kontrakta.

Jemstvo je, kao i bankarska garancija, jednostrano obavezni pravni posao, zato što se ovim sredstvom obezbeđenja konstituiše obaveza samo za jemca, odnosno, u slučaju garancije, za banku. Kauza, odnosno pravni cilj⁴ oba instituta je obezbeđenje poveriočevog potraživanja iz osnovnog pravnog posla. Prema tome, najvažnija sličnost između ugovora o jemstvu i bankarske garancije ogleda se u tome što se kod oba sredstva obezbeđenja jemac obavezuje prema poveriocu da će ispuniti punovažnu i dospelu obavezu dužnika, ako ovaj to ne učini. Jemstvo i bankarska garancija predstavljaju imenovane pravne poslove, jer su regulisani našim pozitivnim zakonodavstvom. Ugovor o jemstvu, prema ZOO, obavezuje jemca samo ukoliko je izjavu o jemstvu učinio pismeno. Slično tome, i bankarska garancija je formalan pravni posao, koji mora biti zaključen u pisanoj formi. Dakle, oba sredstva obezbeđenja imaju karakter formalnih ugovora.

Odnos ova dva instituta, pored evidentnih i brojnih sličnosti, karakterišu i značajne razlike između njih. Osnovnu razliku prepoznavamo u činjenici da je jemstvo akcesorno sredstvo obezbeđenja potraživanja, a kod bankarske garancije nema akcesornosti. Obaveza koju banka garant izdavanjem garancije preuzima na sebe nije, po definiciji, vezana za osnovni odnos poverioca i dužnika. Banka odgovara za svoju, a ne za dužnikovu obavezu, tačnije, naplata bankarske garancije ne zavisi od ispunjenja ili neispunjenja dužnikove obaveze prema poveriocu.⁵ Iz navedenog se mo-

³ Jožef Salma, *Jemstvo*, Pravni život, Beograd, 1993, 716.

⁴ Detaljnije o kauzi ugovora vid. Atila Dudaš, *Kauza ugovorne obaveze prema Zakonu o obligacionim odnosima Republike Srbije*, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/2010, 145–169; Atila Dudaš, *Kauza ugovorne obaveze – francuski uticaj na Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije*, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2011, tom II, 663–679.

⁵ Miodrag Orlić, *Odvojeno mišljenje arbitra u odnosu na Arbitražnu odluku Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije*, u slučaju broj T-14/11, od 30. maja 2013. godine. U njemu se, u tački 34, ističe: Naime, kada dođe do naplate bankarske ga-

že zaključiti da bankarska garancija obezbeđuje poveriocu iz osnovnog ugovora znatno viši stepen pravne sigurnosti u realizaciji njegovog potraživanja, nego jemstvo. Oba sredstva obezbeđenja pružaju poveriocu sigurnost u situaciji u kojoj dužnik postaje insolventan, ali bankarska garancija obezbeđuje poverioca i za slučaj prestanka postojanja obaveze dužnika iz glavnog pravnog posla, zbog prestanka postojanja osnovnog pravnog posla u slučaju ništavosti, ili prestanka usled nekog drugog razloga.⁶ Očigledna je razlika i u subjektima koji su ovlašćeni da budu garanti izvršenja obaveze. Širok je spektar potencijalnih jemaca, jer ovaj pravni posao mogu zaključiti kako poslovno sposobna fizička, tako i pravna lica, dok bankarsku garanciju može izdati samo banka koja ima licencu za rad na prostoru države u kojoj se bankarska garancija izdaje.⁷ Iz ovog razgraničenja proističe još jedna razlika između ova dva instituta. Član 1084. Zakona o obligacionim odnosima, ukazuje da „banka izmiruje obavezu iz garancije u novcu i u slučaju da se garancijom obezbeđuje novčana obaveza“. Dakle, bez obzira na prirodu osnovne prestacije, obaveza iz bankarske garancije može se ispuniti samo davanjem određenog novčanog iznosa. Kod ugovora o jemstvu ovakvog ograničenja nema.

Jedan od prigovora koji stoje na raspolaganju jemcu je prigovor reda prvenstva. Zakon jasno opredeljuje da se od jemca može zahtevati ispunjenje obaveze tek nakon što je glavni dužnik ne ispuni u roku određenom u pismenom pozivu. Zakonodavac isti principijelan pristup primenjuje i kod bankarske garancije. Prema članu 1083. Zakona o obligacionim odnosima, kod izdavanja bankarske garancije banka se „obavezuje prema primaocu garancije (korisniku) da će mu za slučaj da mu treće lice ne ispuni obavezu o dospelosti izmiriti obavezu ako budu ispunjeni uslovi navedeni u garanciji“. Izuzetak od ovog pravila ustanovljen je u članu 1087. istog zakona, prema kome, „ako bankarska garancija sadrži klauzulu „bez prigovora“, „na prvi poziv“⁸ ili sadrži reči koje imaju isto značenje, banka ne može isticati prema

rancije, poveriocu se veruje da je njegovo prosuđivanje o postojanju prava ispravno i dužnik se ne može suprotstaviti naplati garancije tako što bi isticao prigovore iz osnovnog ugovora (izvan onih navedenih u garanciji) i tako osporio naplatu. Čvrsto pravilo u ovoj oblasti glasi: „Erst zahlen, dann prozesieren“ (prvo platite, a potom osporavajte), čime se poveriocu omogućava da bez obraćanja sudu naplati iznos iz bankarske garancije.“

⁶ Radomir Bijorac, *Štete po osnovu bankarskih garancija – vezano za „jemčenje“ banaka u privredi*, Pravni život, Beograd, 1992, 1611. – 1614.

⁷ Bojan Pajtić, *Fiducijarni sporazumi kao sredstvo obezbeđenja obligacionopravnih potraživanja*, magistrarska teza, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Novi Sad, 2000, 21.

⁸ Miodrag Orlić U odvojenom mišljenju arbitra u odnosu na Arbitražnu odluku Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije, u slučaju broj T-14/11, od 30. maja 2013. godine, u tački 68. ukazuje se na benefite koje ovakva bankarska garancija do-

korisniku prigovore koje nalogodavac kao dužnik može isticati prema korisniku po obezbeđenoj obavezi. U ovoj fazi ne samo banka nego ni dužnik kao nalogodavac ne može isticati prigovore osim onih koji se odnose na formalnu stranu garancije.⁹ Bankarska garancija na prvi poziv pojavljuje su u uporednom zakonodavstvu tek 1982, kada je paragrafom 2321. Francuskog građanskog zakonika definisano ovo sredstvo obezbeđenja.

Uporedno pravo otišlo je korak dalje i uspostavilo klauzulu „na prvi poziv“ i za ugovor o bankarskom jemstvu. Ovo je poseban institut i razlikuje se od bankarske garancije koja sadrži klauzulu „na prvi poziv“, ali u sudskoj praksi evropskih zemalja ne nailazi uvek na afirmativan pristup. Primera radi, odredbe opštih uslova poslovanja osiguravajućih društava, koje predviđaju mogućnost da se osiguravanje vrši izdavanjem bankarskog jemstva, u parničnim postupcima pred nemačkim sudovima proglašavane su ništavim¹⁰. Klauzula „na prvi poziv“ kod bankarskog jemstva obezbeđuje poveriocu mogućnost brze naplate potraživanja. Banka u ovoj situaciji odgovara kao jemac platac, budući da poverilac nema obavezu da uputi zahtev glavnom dužniku da izvrši obavezu iz osnovnog ugovora pre nego što se obrati banci kao jemcu. Banka tek ukoliko je već izvršila isplatu, može pokrenuti regresni, odnosno parnični postupak za osporavanje korisnikove pretenzije.¹¹ Budući da je jedno od osnovnih načela Zakona o obligacionim odnosima – načelo slobode ugovaranja, te da sklapanje pravnog posla o bankarskom jemstvu (na prvi poziv) nije u suprotnosti sa prinudnim pravnim propisima, moralom i javnim poretком, nema prepreke da u domaćoj pravnoj praksi zaživi ovaj institut.

Bankarsko jemstvo na prvi poziv i bankarska garancija na prvi poziv razlikuju se, pre svega, po pitanju akcesornosti ova dva sredstva obezbeđenja potraživanja. U svojoj suštini, bankarsko jemstvo na prvi poziv predstavlja institut koji u sebi sadrži odlike oba pravna posla. Teorija ističe da „obaveza preuzeta jemstvom zavisi od dužnikove osnovne obaveze prema korisniku jemstva. Nasuprot tome, garant odgovara apstraktno, ne-

nosi poveriocu iz osnovnog pravnog posla. U mišljenju se ističe da: Bankarska garancija na prvi poziv označava izuzetno efikasno sredstvo obezbeđenja zbog svoje apstraktnosti (automatske, bezuslovne ili kako se već naziva u raznim sistemima) prirode. Ali, naplata bankarske garancije ima samo provizoran (privremen karakter). Smisao i cilj (Das sinn und Zweck) garancije je da obezbedi poveriocu mogućnost da se iz naplaćene svote lako namiri, ako uspe sa svojim zahtevom u sporu.

⁹ Ibidem, tačka 67.

¹⁰ Friedrich Graf von Westphalen, Unwirksamkeit der Bürgschaft auf erstes Anfordern – Wirksamkeit der Bankgarantie, 2004, 1433.

¹¹ Petar Miladin, Bankarsko jemstvo na prvi poziv, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 2006, 341 i 342.

zavisno od toga postoji li uopšte osnovna obaveza trećeg, najčešće nalogodavca, prema korisniku garancije. Garant će stoga odgovarati korisniku i kada treći, za čiju činidbu korisniku banka kao garant garantuje, u stvarnosti ništa ne duguje korisniku. Zbog svoje nezavisnosti od osnovnog odnosa, bankarskom garancijom ne osigurava se samo namirenje nekog korisnikovog postojećeg potraživanja, nego se njome korisniku pribavlja novo, samostalno potraživanje prema banci kao garantu kojim se osigurava postojanje nekog korisnikovog potraživanja. Samo od teksta garancije zavisi koliko je korisnik prilikom naplate upućen na osnovni odnos između korisnika i glavnog dužnika.¹²

Odnos ugovora o jemstvu i meničnog avala zaslužuje posebnu pažnju zbog toga što menica (posle čeka), predstavlja najčešće korišćenu vrstu hartije od vrednosti u našem pravnom prometu. Menično jemstvo, odnosno, kako naše pozitivno zakonodavstvo ističe, menični aval, blizak je institutu jemstva. Avalista unosi u meničnu ispravu jemstvo, da će neko od potpisnika menice, isplatiti iznos novca označen u menici. Time se obezbeđuje veća sigurnost meničnom poveriocu da će realizovati potraživanje uneto u menicu. Prema članu 29. Zakona o menici,¹³ isplata menice može se za celu meničnu svotu ili za izvestan njen deo obezbediti avalom (meničnim jemstvom). Ovo obezbeđenje može dati treće lice ili čak i neko od potpisnika menice. Avalista može biti kako trasant do momenta akceptiranja, tako i akceptant, odnosno izdavalac sopstvene menice. Status avaliste može imati i bilo koji dužnik po menici, osim glavnog meničnog dužnika.¹⁴

Sličnost jemstva i meničnog avala ogleda se u tome što se radi o imenovanim poslovima, kojima zakon daje formalan karakter, odnosno, Zakon o obligacionim odnosima i Zakon o menici propisuju obaveznu pisanu formu za ova dva sredstva obezbeđenja potraživanja. I njihove kauze su podudarne, jer je pravni cilj oba instituta obezbeđenje poveriočevog potraživanja iz osnovnog kontrakta. Osnovna razlika između njih ogleda se u izričitom opredeljenju stava drugog člana 31. Zakona o menici, koji ističe da obaveza avaliste vredi i onda ako je obaveza za koju jemči ništava iz makog drugog razloga osim zbog formalnog nedostatka. Iz navedenog je lako izvući zaključak da, bez obzira što davanju meničnog jemstva najčešće prethodi ugovor između avaliste i honorata, obaveza avaliste ne deli pravnu sudbinu obaveze iz osnovnog kontrakta. Menično jemstvo može biti dato i ukoliko pravni posao između avaliste i honorata nije ni sklopljen.

¹² Ibidem: str. 342 i 343.

¹³ Zakon o menici „Sl. list FNRJ“ br. 104/46, „Sl. list SFRJ“ br. 16/65, 54/70 i 57/89 i „Sl. list SRJ“ br. 46/96.

¹⁴ Stevan Milićević, *Hartije od vrednosti – menica i ček*, Savremena administracija, Beograd, 1981.

*Bojan L. Pajtić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

The Relation between Suretyship and Related Institutes of Commercial Law

***Abstract:** This paper analyses the surety contract and institutes of commercial law arising from this personal asset to secure claims. The roots of the institute of surety may be traced to the Law of the Twelve Tables. Assets to secure claims are important instruments of developing legal transactions and establishing legal security in the economy. A comparative approach to institutes which have evolved from the surety contract indicate the potentials of new assets to secure claims on the one, and possible courses of further development of these legal affairs on the other hand.*

***Key words:** guarantee, mortgage, the Law of Obligations*

Datum prijema rada: 26.02.2015.

*Dr Radojica S. Lazić, vanredni profesor
Akademija za nacionalnu bezbednost
lazicr@orion.rs*

SUDSKA KONTROLA ZAKONITOSTI U RADU SLUŽBI BEZBEDNOSTI U SRBIJI

Sažetak: *Princip svakog savremenog demokratskog društva podrazumeva podelu vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku. Ako nema podele između ove tri grane vlasti i ako nisu ispunjeni uslovi da sudska vlast bude nezavisna od zakonodavne i izvršne, to neminovno dovodi do nepoštovanja ljudskih prava i sloboda, kršenja političkih sloboda i nepostojanja vladavine prava. Nezavisnost sudstva je osnovni element za ostvarivanje ustavne parlamentarne države, pre svega kao garanta zaštite ljudskih, političkih i manjinskih prava.*

Uobičajena je praksa da služba bezbednosti u demokratskoj državi mora tražiti sudski nalog kada želi da izvrši nadzor i druge istražne postupke protiv nekog lica ili grupe lica. Taj nalog je, obično, prilično konkretan u pojedinostima u vezi sa vrstom nadzora koji se odobrava, protiv koga i koliko dugo traje, kao i koji je zakonski osnov za sprovođenje. Sudovi i pravosudni organi imaju direktan uticaj na zaštitu prava pojedinaca i na sprovođenje demokratske kontrole nad državnim institucijama, a posebno nad institucijama izvršne vlasti gde spadaju i službe bezbednosti.

U ovom radu istraživaće se i analizirati na koji način sudske vlasti u Republici Srbiji vrše kontolu poštovanja ustavnosti i zakonitosti u primeni posebnih postupaka i mera i posebnih mera, odnosno posebnih dokaznih radnji, koje službe bezbednosti primenjuju u zaštiti nacionalne bezbednosti.

Ključne reči: *sudska vlast, službe bezbednosti, ljudska prava i slobode, demokratija, kontrola, posebni postupci i mere.*

UVOD

Tokom 1990. godine doneta je Pariska povelja za novu Evropu, koja je kao jedno od tri bitna načela demokratije istakla „nepristrasno vršenje pravde“. Kopenhagenski dokument iz 1990. godine navodi da je od zna-

čaja za ljudsko dostojanstvo postojanje „nezavisnosti sudija i nepristrasno funkcionisanje javnog sudstva“.¹

Sudska vlast se poverava sudovima kao samostalnim i nezavisnim organima državne vlasti, što je bitna i suštinska odlika sudske vlasti koja determiniše kako položaj suda, tako i položaj sudija u ustavno-pravnom sistemu jedne države. Ustavno-pravni sistem organizacije vlasti određuje status suda kroz više načela: načelo podele vlasti; načelo nezavisnosti; načelo legaliteta; načelo stalnosti; načelo dvostepenosti; načelo jedinstvenog sudskog sistema i načelo materijalne nezavisnosti.

Sudska kontrola se zasniva najpre na kontroli zakonitosti mera tajnog prikupljanja podataka, odnosno ostvaruje se time što službe bezbednosti za njihovu zakonsku upotrebu moraju dobiti pismenu sudsku saglasnost. Takođe, sudovi su nadležni da odlučuju o zakonitosti konačnih upravnih akata u upravnom sporu, o eventualnoj krivičnoj odgovornosti pripadnika, kao i o naknadi štete koju službe bezbednosti nanese građanima pojedinačno. Takve nadležnosti imaju viši sudovi i Vrhovni kasacioni sud Srbije.

Stoga, nametljive mere, kao što su pretresi i prisмотра lica ili objekata, prisluškivanje telefonskih razgovora, te naredbe za prikupljanje podataka o pojedincima, treba da podležu ograničenjima. U tako osetljivim područjima nije samo izvršna vlast ta koja odlučuje kada će se sprovesti pretresi i nadzor. Sudovi, dakle, imaju veoma važnu ulogu u određivanju da li je takva aktivnost opravdana i u postavljanju jasnih granica za izvršnu vlast, radi sprečavanja zloupotreba.

1. PRAVNI OSNOV ZA KONTROLU

Savremene službe bezbednosti mogu svojim aktivnostima da na različite načine narušavaju zagarantovana ljudska prava i slobode. U zakonodavstvima mnogih država različito su tretirane zakonske odredbe kojima se reguliše primena specijalnih istražnih metoda i tehnika u prikupljanju podataka značajnih za bezbednost zemlje. Ta materija u pravnom zakonodavstvu države Srbije, na žalost, nije na jedinstven način regulisana, kao ni terminološke odrednice koje se odnose na ograničavanje ustavom utvrđenih i zagarantovanih ljudskih prava i sloboda.

U postojećem pravnom sistemu Srbije uočljive su različite terminološke i pravne odrednice kojima se označavaju načini na koji postojeće službe bezbednosti uskraćuju i ograničavaju ustavnim odredbama zaga-

¹ Vid. tačka 5. stav 12. Kopenhagenskog dokumenta OEBS.

rantovana pojedinačna prava i slobode građana. Iz tih razloga i nastaju određene nedoumice u kom pravnom režimu i na koji način službe bezbednosti primenjuje neke od odobrenih i naloženih mera.

U Zakonu o Bezbednosno-informativnoj agenciji koristi se odrednica „posebne mere kojima se odstupa od načela nepovredivosti tajne pisma i drugih sredstava opštenja“,² dok se u Zakonu o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji koristi izraz „tajno prikupljanje podataka primenom posebnih postupaka i mera“.

U ranijem Zakoniku o krivičnom postupku (Glava 29a.), takve pravne radnje su označene kao „preduzimanje mera organa gonjenja za dokazivanje krivičnih dela iz člana 504a.“,³ a novi Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine sve te, uslovno rečeno, specijalne mere i metode (o kojima ćemo kasnije govoriti), koje su svrstane u posebno poglavlje, označio je kao „posebne dokazne radnje“.⁴

Uloga bezbednosnih službi u preduzimanju, odnosno sprovođenju tih mera nije ista. Na osnovu odredbi Zakonika o krivičnom postupku, službe bezbednosti sprovode naloge sudskih vlasti i njihovi zadaci su izvršnog karaktera. Naime, radi se o merama krivičnog postupka koje službe bezbednosti (BIA i VBA) neposredno preduzimaju na osnovu predloga tužioca i pismene naredbe sudijske za prethodni postupak.

Dok, s druge strane, preduzimanje posebnih postupaka i mera, odnosno posebnih mera, na osnovu zakonskih odredbi kojim je regulisan rad službi bezbednosti, samo je posredno u funkciji krivičnog gonjenja. Te mere ne moraju dovesti do krivičnog gonjenja. Njihova primena je, pre svega, u funkciji obavljanja poslova i zadataka koji su u nadležnosti službi bezbednosti. Osnovna svrha mera koje se primenjuju u tom pravnom režimu je prikupljanje i obrada operativnih podataka i saznanja radi „zaštite bezbednosti Republike Srbije i otkrivanja i sprečavanja delatnosti usmerenih na podrivanje ili rušenje Ustavom utvrđenog poretka Republike Srbije; istraživanje, prikupljanje, obradu i procenu bezbednosno-obaveštajnih podataka i saznanja od značaja za bezbednost Republike Srbije i informisanje nadležnih državnih organa o tim podacima“,⁵ odnosno „pre-

² Vid. član 13. Zakona o BIA, *Službeni glasnik RS*, br. 42/02, 111/09, 65/14 - oduka US i 66/14.

³ Vid. Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije, *Službeni list SRJ*, br. 70/01 i 68/02; *Službeni glasnik RS*, br. 58/04, 85/05, 115/05 i dr. zakon, 49/07, 20/09 i dr. zakon, 72/09 i 76/10.

⁴ Vid. Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14.

⁵ Vid. član 2. Zakona o BIA, *Službeni glasnik RS*, br. 42/02, 111/09, 65/14 - oduka US i 66/14.

vashodno u preventivne svrhe, sa ciljem da se preduprede pretnje koje su usmerene prema Ministarstvu odbrane i Vojsci Srbije“.⁶

Podaci prikupljeni primenom tih mera poslužiće da izgrade stepen osnova sumnje protiv određenog lica, grupe lica ili organizacije za određeno krivično delo. Tako će na osnovu jasnih i sigurnih pretpostavki inicirati i omogućiti podnošenje krivične prijave.⁷

Prema tome, primene posebnih postupaka i mera, odnosno posebnih mera koje službe bezbednosti preduzimaju na osnovu zakonskih odredbi kojima se reguliše rad službi bezbednosti⁸ – **preventivnog su karaktera**. Njihov je osnovni cilj da putem operativnih metoda delovanja prikupe i obrade podatke od značaja za zaštitu nacionalne bezbednosti Republike Srbije. Nije isključena mogućnost da na ovakav način pribavljeni podaci mogu dovesti do pokretanja krivičnog postupka, ali materijali prikupljeni u preventivne svrhe ne mogu poslužiti kao dokazno sredstvo u sudskom postupku.

Važno je naglasiti da je prikupljanje bezbednosno interesantnih podataka veoma retko povezano sa potrebom procesuiranja određenog krivičnog dela, već sa potrebom da se preduprede i osujete pretnje delatnosti ekstremista, terorista ili stranih država i međunarodnih organizacija koje su usmerene na zaštićena dobra (ustavno uređenje, odbrana i bezbednost zemlje, vitalni ekonomski i drugi nacionalni interesi). Na osnovu tako prikupljenih podataka, službe bezbednosti analiziraju i procenjuju ugroženost dobara koja se štite i preduzimaju preventivne mere iz nadležnosti i upućuju svoje analize i procene najvišim donosiocima spoljnopolitičkih i drugih državnih odluka.⁹

Upravo sama činjenica postojanja različitih pravnih osnova za tajnu primenu posebnih postupaka i mera, odnosno posebnih mera, koje u

⁶ Vid. član 11. stav 2. Zakona o VBA i VOA, *Službeni glasnik RS*, br. 88/09 i 55/12 – odluka US i 17/13.

⁷ Dakle, službe bezbednosti – na osnovu primenjenih posebnih postupaka i mera, odnosno posebnih mera u tzv. „preventivne svrhe“, kao i podataka do kojih su prilikom primene tih mera došle – mogu podneti krivičnu prijavu nadležnom javnom tužilaštvu. U tom slučaju, materijal prikupljen na osnovu „preventivnog postupanja“ ne može poslužiti kao dokazno sredstvo na sudu.

⁸ Zakona o BIA i Zakona o VBA i VOA – Zakon o službama bezbednosti SRJ, odnosno DZ SCG nije imao odredbe koje su se odnosile na primenu posebnih postupaka i mera u preventivne (operativne) svrhe. Izostanak pomenutih odredbi iz tog zakona doveo je u vrlo nezavidnu operativnu poziciju tadašnju Vojnu službu bezbednosti. Zakonodavac je posle 7 godina, u novom Zakonu o VBA i VOA, predvideo odredbe za primenu posebnih postupaka i mera, koje će u ovom odeljku biti predmet analize.

⁹ Kome i na koji način BIA dostavlja prikupljene podatke regulisano je Uredbom o korisnicima eksternih informacija BIA i vrstama edicija, *Službeni glasnik RS*, br. 83/04 i 52/07.

svom radu koriste službe bezbednosti, nameće potrebu da budu analizirane kao posebne celine.

2. OSNOV ZA PRIMENU POSEBNIH POSTUPAKA I MERA, ODNOSNO POSEBNIH MERA

U Republici Srbiji, na osnovu zakonskih ovlašćenja,¹⁰ Bezbednosno-informativna agencija i Vojnobezbednosna agencija imaju pravo na primenu posebnih istražnih radnji ili „posebnih postupaka i mera, odnosno posebnih mera“.¹¹ Pored navedenih službi, takvo pravo ima i Ministarstvo unutrašnjih poslova.¹² Treba naglasiti (što neki autori prenebegavaju) da Vojnoobaveštajna agencija nema, niti je u ranijem periodu imala, ovlašćenja da primenjuje bilo koju od navedenih mera tajnog nadzora.

Ustavom Republike Srbije garantuje se tajnost pisma i drugih sredstava opštenja, njihova nepovredivost, ali se uređuje i dozvoljava odstupanje od ovog prava samo na određeno vreme i isključivo na osnovu odluke suda, kada i ako je to neophodno radi vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije.¹³

Ustav je, dakle, vrlo jasno i precizno definisao da odstupanje od osnovnog prava može biti zasnovano isključivo na odluci suda u zakonom predviđenoj proceduri. Time je uspostavljen sudski nadzor nad mogućnošću odstupanja od ustavnih i zakonskih odredbi i njihovih eventualnih zloupotreba. Takođe, Srbija je ratifikovala Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala sa dopunskim protokolima,¹⁴ kao i Protokol za suzbijanje trgovine ljudima, naročito ženama i decom, Konvenciju o pranju, traženju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom,¹⁵ Konvenciju o suzbijanju finansiranja terorizma.¹⁶

¹⁰ Na osnovu Zakona o BIA, Zakona o VBA i VOA i Zakonika o krivičnom postupku.

¹¹ U krivično-procesnom zakonodavstvu termin „posebne istražne radnje“ je adekvatniji, ali, s obzirom da ćemo u ovom istraživanju analizirati i druge aspekte rada dozvoljene zakonima, iz tih razloga za sve mere i postupke koje u svom delovanju koriste i primenjuju službe bezbednosti biće korišćena odrednica „posebni postupci i mere, odnosno posebne mere“ (gde se, pre svega, misli na „tehnički metod“) koji se primenjuju u prikupljanju informacija.

¹² Posebne postupke i mere, odnosno posebne mere Ministarstvo unutrašnjih poslova može primenjivati isključivo na predlog tužioca, a na osnovu pismenog naloga sudije za prethodni postupak, shodno odredbama Zakonika o krivičnom postupku.

¹³ Vid. član 41. Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/06.

¹⁴ Vid. *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 6/01.

¹⁵ Vid. *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/02.

¹⁶ Vid. *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/02.

3. POSEBNE DOKAZNE RADNJE NA OSNOVU ZKP

Posebne dokazne radnje¹⁷ otkrivanja i dokazivanja krivičnih dela na osnovu Zakonika o krivičnom postupku su: 1) tajni nadzor komunikacije;¹⁸ 2) tajno praćenje i snimanje;¹⁹ 3) simulovani poslovi;²⁰ 4) kontrolisana isporuka;²¹ 5) računarsko pretraživanje podataka;²² 6) prikriveni islednik²³ i 7) svedok saradnik.²⁴

Poslednje dve navedene mere (prikriveni islednik i svedok saradnik) mogu biti upotrebljene samo za krivična dela organizovanog kriminala.

¹⁷ Novim Zakonikom o krivičnom postupku iz 2011. godine „posebnim dokaznim radnjama“ obuhvaćena su sledeća krivična dela: za koja je posebnim zakonom određeno da postupaju javno tužilaštvo posebne nadležnosti: teško ubistvo (član 114. KZ); otmica (član 134. KZ); prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju (član 185. st. 2. i 3. KZ); iznuda (član 214. stav 4. KZ); falsifikovanje novca (član 223. st. 1. do 3. KZ); pranje novca (član 231. st. 1. do 4. KZ); neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. st. 1. do 3. KZ); ugrožavanje nezavisnosti (član 305. KZ); ugrožavanje teritorijalne celine (član 307. KZ); napad na ustavno uređenje (član 308. KZ); pozivanje na nasilnu promenu ustavnog uređenja (član 309. KZ); diverzija (član 313. KZ); sabotaza (član 314. KZ); špijunaža (član 315. KZ); odavanje državne tajne (član 316. KZ); izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (član 317. KZ); povreda teritorijalnog suvereniteta (član 318. KZ); udruživanje radi protivustavne delatnosti (član 319. KZ); pripremanje dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije (član 320. KZ); teška dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije (član 321. KZ); nedozvoljena proizvodnja, držanje, nošenje i promet oružja i eksplozivnih materija (član 348. stav 3. KZ); nedozvoljeni prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi (član 350. st. 2. i 3. KZ); zloupotreba službenog položaja (član 359. KZ); trgovina uticajem (član 366. KZ); primanje mita (član 367. KZ); davanje mita (član 368. KZ); trgovina ljudima (član 388. KZ); uzimanje talaca (član 392. KZ) i krivično delo iz člana 98. st. 3. do 5. Zakona o tajnosti podataka; sprečavanje i ometanja dokazivanja (član 336. stav 1. KZ, ako je učinjeno u vezi sa krivičnim delom iz tač. 1 i 2 ovog stava); neovlašćeno iskorišćavanje autorskog dela ili predmeta srodnog prava (član 199. KZ); oštećenje računarskih podataka i programa (član 298. stav 3. KZ); računarska sabotaza (član 299. KZ); računarska prevara (član 301. stav 3. KZ) i neovlašćeni pristup zaštićenom računaru, računarskoj mreži i elektronskoj obradi podataka (član 302. KZ).

¹⁸ Vid. član 166. Zakonika o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13 i 45/13.

¹⁹ Vid. član 171. istog zakonika. Pomenuta mera uvedena je kao posebna mera Zakonikom iz 2011. godine.

²⁰ Vid. član 174. istog zakonika.

²¹ U Zakoniku iz 2011. godine navedena mera sadržana je u članu 181.

²² U Zakoniku iz 2011. godine, ta mera je označena: „Računarsko pretraživanje podataka“ (član 178.).

²³ Vid. član 183. istog zakonika.

²⁴ Pomenuta mera nije našla mesto kao posebna dokazna radnja u ZKP iz 2011. godine, već se u delu Zakonika (čl. 311. do 330.) koji se odnosi na nagodbu, odnosno sporazum javnog tužioca i okrivljenog, daje mogućnost za zaključenje sporazuma o svedočenju okrivljenog i sporazuma o svedočenju osuđenog – kao svedoka saradnika.

Zakonikom o krivičnom postupku predviđeno je da predlog za primenu mera podnosi javni tužilac (osim mere kontrolisane isporuke, o čijoj primeni odlučuje republički javni tužilac). Naredbu za primenu donosi sudija za prethodni postupak,²⁵ a izvršavaju je Ministarstvo unutrašnjih poslova, Bezbednosno-informativna agencija ili Vojnobezbednosna agencija.

Posebne dokazne radnje „mogu se odrediti prema licu koje je učinilo krivično delo ili za koje postoje osnovi sumnje da priprema krivično delo“, pod uslovom da se „na drugi način ne mogu prikupiti dokazi za krivično gonjenje ili bi njihovo prikupljanje bilo znatno otežano“, odnosno ako „okolnosti slučaja ukazuju da se na drugi način krivično delo ne bi moglo otkriti, sprečiti ili dokazati ili bi to izazvalo nesrazmerne teškoće ili veliku opasnost“.²⁶

Zakonikom je predviđeno da, prilikom odlučivanja o određivanju i trajanju posebnih dokaznih radnji, organ postupka (sudija za prethodni postupak) posebno će ceniti da li bi se isti rezultat mogao postići na način kojim se manje ograničavaju zagarantovana ljudska prava i slobode, odnosno prava građana, te da naredba za primenu mere mora biti jasno i precizno obrazložena, sa podacima o licu prema kojem se primenjuje, osnovama sumnje, načinu sprovođenja, obimu i trajanju i ko će meru sprovesti.

Veoma važno je napomenuti da službe bezbednosti navedene mere mogu koristiti samo za ona krivična dela koja su u njihovoj nadležnosti. Prema tome, samo određena krivična dela, navedena u članu 162. ZKP, u nadležnosti su BIA i VBA. Najveći deo, koji se podvodi pod klasična dela kriminala, u nadležnosti je MUP i policije.

Odredbama Zakonika o krivičnom postupku definisano je na koji način Bezbednosno-informativna agencija i Vojnobezbednosna agencija u toku sprovođenja primene mera dostavljaju izveštaje sudiji koji je izdao naredbu i javnom tužiocu. Tako član 168. ZKP iz 2011. godine predviđa da se: „o sprovođenju tajnog nadzora komunikacije sačinjavaju dnevni izveštaji koji se zajedno sa prikupljenim snimcima komunikacije, pismima i drugim pošiljkama koje su upućene osumnjičenom ili koje on šalje dostavljaju sudiji za prethodni postupak i javnom tužiocu na njihov zahtev. Poštanska, telegrafska i druga preduzeća, društva i lica registrovana za prenošenje informacija dužna su da državnom organu“ – u ovom slučaju službama bezbednosti – „omoguće sprovođenje nadzora i snimanja komunikacije i da, uz potvrdu prijema, predaju pisma i druge pošiljke“.

²⁵ Kako je to regulisano novim Zakonikom o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13 i 45/13.

²⁶ Vid. član 161. Zakonika o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14.

U članu 169. istog zakonika regulisan je način na koji se ostvaruje proširenje tajnog nadzora komunikacije, ukoliko tokom sprovođenja pomenute mere „dođe se do saznanja da osumnjičeni koristi drugi telefonski broj ili adresu“. U tom slučaju, predviđeno je da BIA ili VBA mogu na osnovu pomenutih odredbi proširiti tajni nadzor komunikacije i na taj telefonski broj ili adresu, ali su dužne da o tome odmah obaveste javnog tužioca. Nakon prijema obaveštenja javni tužilac je u obavezi da podnese predlog za proširenje pomenute mere. Sudija za prethodni postupak o tome odlučuje u roku od 48 časova od momenta prijema predloga i o tome sačinjava službenu zabeležku. Ukoliko sudija za prethodni postupak usvoji predlog i odobri proširenje mere tajnog nadzora komunikacija, on će doneti naknadno odobrenje za proširenje pomenute mere, a ukoliko se ne saglasi i odbije predlog, materijal prikupljen na taj način mu se dostavlja i on će ga po posebno utvrđenoj proceduri uništiti.²⁷

U članu 170. definisano je da se „po završetku mere tajnog nadzora komunikacije dostavljaju sudiji za prethodni postupak snimci komunikacije, pisma i druge pošiljke i poseban izveštaj koji sadrži: vreme početka i završetka nadzora, podatke o službenom licu koje je nadzor sprovedo, opis tehničkih sredstava koja su primenjena, broj i raspoložive podatke o licima obuhvaćenim nadzorom i ocenu o svrsishodnosti i rezultatima primene nadzora“. Takođe, zakonske odredbe pružaju mogućnost sudiji da naloži da se materijali nastali primenom navedenih tehničkih mera u potpunosti ili samo u neophodnom obimu reprodukuju u formi transkripata.

Posebno je važna odredba člana 163. novog zakonika kojom je regulisano da ako na bazi prikupljenog materijala, uz primenu neke od posebnih dokaznih radnji, javni tužilac ne pokrene krivični postupak u roku od šest meseci ili ako izjavi da ga neće koristiti u postupku, odnosno da protiv osumnjičenog neće zahtevati vođenje postupka, sudija za prethodni postupak donosi rešenje o uništenju prikupljenog materijala. U tom slučaju, sudija može obavestiti lice prema kome je sprovedena posebna dokazna radnja tajnog nadzora komunikacije samo ukoliko su kumulativno ispunjena dva uslova: 1) ako je u toku sprovođenja radnje utvrđena istovetnost lica i 2) ako to ne bi ugrozilo mogućnost vođenja krivičnog postupka.²⁸ Kompletan prikupljeni materijal uništava se pod nadzorom sudije za prethodni postupak, koji o tome sastavlja zapisnik.²⁹

²⁷ Vid. član 163. st. 1. i 2. Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine.

²⁸ U zakonodavstvima mnogih evropskih država postoje odredbe kojima je regulisana obaveza obaveštavanja pojedinaca nad kojima su upotrebljena neka od specijalnih istražnih mera. Tako u Nemačkoj stručno nadzorno telo (Komisija G10) nadgleda poštova-

3.1. Krivična dela u nadležnosti službi bezbednosti

Treba posebno naglasiti da je samo jedan manji deo iz palete taksoativno nabrojanih krivičnih dela u nadležnosti službi bezbednosti. Sasvim je opravdana kritika stručne javnosti da zakonodavac nije vodio računa kada je određivao vrste krivičnih dela koja spadaju pod posebne postupke i mere, odnosno posebne mere.³⁰ Jasno je da se država povela za činjenicom da je posle poznatog terorističkog akta od 11. septembra 2001. godine došlo do nesrazmerne upotrebe posebnih istražnih postupaka, kako bi se predupredilo narastajuće zlo terorizma i organizovanog kriminala. Verovatno i iz tih razloga povodeći se za rešenjima u zakonodavstvima drugih zemalja, i u pomenutom članu otišlo se predaleko u normiranju krivičnih dela za koja se mogu upotrebiti posebni postupci i mere, odnosno posebne mere. Ako ovome dodamo i činjenicu da BIA i VBA, a naročito MUP, nemaju odgovarajućih tehničkih mogućnosti, niti kadrovskih kapaciteta za primenu i obradu prevelikog broja naloženih specijalnih mera, jasno se nameće činjenica da će one biti veoma restriktivne. Sve to ukazuje da je u praksi i zaista tako.

Upravo iz tih razloga, ima ideja da bi bilo celishodno objediniti sve tehničke kapacitete rečenih službi (BIA, VBA i MUP) i na jednom mestu formirati zaseban Telekomunikacioni operativno-tehnički centar koji bi se bavio tehničkom primenom posebnih postupaka i mera, odnosno posebnih mera. Time bi se na sveobuhvatan način stvorila i mogućnost da službe bezbednosti, koje su autonomne u odnosu jedne na druge, kao i MUP, formiraju zajedničko operativno-kontrolno telo, koje bi na osnovu donetih zakonskih propisa imalo sprovedbeni karakter – primenu odobrenih mera. Navedeno telo ili zasebna agencija bila bi autonomna i za svoj rad odgovorna Narodnoj skupštini, Vladi Republike Srbije i Savetu za nacionalnu bezbednost. Kontrolu zakonitosti tehničke primene mera ostvarivali bi nadležni skupštinski odbor, zajednička komisija službi bezbednosti i Vlada. Slične primere imamo u državama iz najbližeg okruženja (Mađarska i Hrvatska).

nje ovih propisa; više o tome vid. Aidan Wills, *Understading Intelligence Oversight*, DCAF, Geneva 2010.

²⁹ U članu 84. novog Zakonika iz 2011. godine taj rok je predviđen. Tako se nezakoniti dokazi izdvajaju iz spisa, stavljaju u poseban zapečaćeni omot i čuvaju kod istražnog sudijskog do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka. Nakon toga se uništavaju i o tome se sastavlja zapisnik. Izuzetno, nezakoniti dokazi mogu se čuvati do pravnosnažnog okončanja sudskog postupka koji se vodi zbog pribavljanja takvih dokaza.

³⁰ Vid. Momčilo Grubač, „Posebna ovlašćenja organa krivičnog gonjenja i ustavna prava i slobode građana“, u: Miroslav Hadžić i Predrag Petrović (urs.), *Demokratski nadzor nad primenom posebnih ovlašćenja*, op. cit., 58.

Novim ZKP iz 2011. godine, kao posebna dokazna radnja izdvojeno „tajno praćenje i snimanje“ (tajni zvučni i optički nadzor osumnjičenog – u starom ZKP). Pojedini kritičari osporavaju, sa ustavno-pravnog aspekta, primenu tajnog praćenja i snimanja, iznoseći ocene da se ta mera zloupotrebljava i da se, suprotno odredbama člana 40. Ustava RS,³¹ navodno, koristi za tajno snimanje i praćenje lica u stanovima.³² Međutim, zakon je, polazeći i od ustavnih ograničenja, sasvim jasno predvideo da se ta mera ne može primenjivati u prostorijama koje su stanovi. Primera radi, ako postoje indicije da određena kriminalna ili teroristička grupa ili organizacija koristi iznajmljeni privatni stan za pripremu i izvršenje nekog krivičnog dela, osnovano se postavlja pitanje da li se na taj prostor može primeniti mera „tajnog praćenja i snimanja“.

U članu 171. stav 1. novog Zakonika, predviđeno je da se posebna dokazna radnja „tajno praćenje i snimanje“ može preduzimati isključivo za „otkrivanja kontakata ili komunikacije osumnjičenog na javnim mestima i mestima na kojima je pristup ograničen ili u prostorijama, osim u stanu“. Iz navedene odredbe jasno se može videti neprikosnovenost stana i time su lišene osnovanosti sve vrste špekulacija da se ova mera može primenjivati i u stanovima.

Novi Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine kod primene posebne dokazne radnje „tajni nadzor komunikacije“ predviđa da naredba treba da „sadrži raspoložive podatke o licu prema kojem se tajni nadzor komunikacije određuje, zakonski naziv krivičnog dela, označenje poznatog telefonskog broja ili adrese osumnjičenog, odnosno telefonskog broja ili adrese za koju postoje osnovi sumnje da je osumnjičeni koristi, razloge na kojima se zasniva sumnja, način sprovođenja, obim i trajanje posebne dokazne radnje“. U tom postupku, ukoliko se dođe do saznanja da osumnjičeni koristi drugi telefonski broj ili adresu, BIA ili VBA će proširiti tajni nadzor komunikacije i na taj telefonski broj ili adresu i o tome će odmah obavestiti javnog tužioca.³³

³¹ Član 40. Ustava Republike Srbije glasi: „niko ne može bez pismene odluke suda ući u tuđi stan ili druge prostorije protiv volje njihovog držaoca, niti u njima vršiti pretres. Držalac stana i drugih prostorija ima pravo da sam ili preko svoga zastupnika i uz još dva punoletna svedoka prisustvuje pretresanju. Ako držalac stana ili njegov zastupnik nisu prisutni, pretresanje je dopušteno u prisustvu dva punoletna svedoka. Bez odluke suda, ulazak u tuđi stan ili druge prostorije, izuzetno i pretresanje bez prisustva svedoka, dozvoljeni su ako je to neophodno radi neposrednog lišenja slobode učinioca krivičnog dela ili otklanja neposredne i ozbiljne opasnosti za ljude ili imovinu, na način predviđen zakonom“.

³² Vid. Dejan Milenković, Slobodan Koprivica, Vladimir Todorčić, *Kontrola službi bezbednosti*, op. cit., 80–81.

³³ Po prijemu obaveštenja, javni tužilac će odmah podneti predlog da se naknadno odobri proširenje tajnog nadzora komunikacije. O predlogu odlučuje sudija za prethod-

4. PRIMENA MERA NA OSNOVU ZAKONA O SLUŽBAMA BEZBEDNOSTI U REPUBLICI SRBIJI

Već smo rekli da suštinsko obeležje delovanja službi bezbednosti čini primena najrazličitijih operativnih metoda, mera, radnji i postupaka. Osnovna svrha tog delovanja preduzima se u cilju prikupljanja, obrade i analiziranja određenih podataka, kako bi se zaštitili državni interesi i nacionalna bezbednost. Službe bezbednosti, u korišćenju najraznovrsnijih operativnih mera, metoda i postupaka koji im stoje na raspolaganju, na najrazličitije načine dolaze do traženih podataka, i to: 1) prikupljanjem iz javnih izvora; 2) prikupljanjem putem tajne saradnje „od živih izvora“ (agenturni metod); 3) primenom tehničkih mera i metoda (tehnički metod); 4) razmenom podataka sa partnerskim službama (metod saradnje).

Posebni postupci i specijalne mere i radnje koje preduzimaju predstavljaju veoma bitan segment rada svake službe bezbednosti. Ako bi se ukinule mogućnosti da u radu koriste najraznovrsnije operativne mere, radnje i metode, kao i najraznovrsnija tehnička dostignuća za prikupljanje podataka, izgubila bi se njihova osnovna specifičnost i ne bi postojala bitna razlika u odnosu na klasične policijske poslove.

Nisu sve operativne mere, radnje i metode koje u svojim aktivnostima primenjuju službe bezbednosti podložne sudskom postupku. Samo određene, zakonom propisane mere, zahtevaju da se sprovede utvrđeni sudski postupak kako bi ih „na osnovu odluke suda“ mogle primeniti službe bezbednosti. Čitav spektar mera kojima službe prikupljaju podatke moguće je razvrstati u dve grupe: „one čijim se korišćenjem manje ili neznatno zadire u individualna prava i slobode i one čijim se korišćenjem privremeno i bez saznanja lica ograničavaju pojedina od zajemčenih individualnih prava i sloboda, naročito pravo na privatnost“.³⁴

Pažljivom analizom ranijih odredbi Zakona o Bezbednosno-informativnoj agenciji može se utvrditi da je bilo vrlo uopšteno propisano koje posebne postupke i mere ova služba bezbednosti je mogla da primenju-

ni postupak u roku od 48 časova od prijema predloga i o tome sastavlja belešku u zapisniku. Ukoliko sudija za prethodni postupak ne odobri proširenje mere nadzora komunikacije, materijal prikupljen na taj način se dostavlja sudiji za prethodni postupak, koji ga na propisan način uništava. O tom postupku sačinjava se poseban zapisnik; više o tome vidi: član 169. ZKP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 45/14.

³⁴ Vid. Bogoljub Milosavljević, „Ovlašćenja policije i drugih državnih organa za tajno prikupljanje podataka – domaći propisi i evropski standardi“, u: Miroslav Hadžić, Predrag Petrović (urs.), *Demokratski nadzor nad primenom posebnih ovlašćenja*, Centar za civilno vojne odnose, Beograd 2008, 59–75.

je.³⁵ U tom zakonu je upotrebljen izraz „da se prema određenim fizičkim i pravnim licima preduzmu određene mere kojima se odstupa od načela nepovredivosti tajne pisama i drugih sredstava opštenja“.³⁶ Međutim, koje su to mere, na koji način i kojim sredstvima se one mogu preduzimati, u pomenutom zakonu je to prilično uopšteno učinjeno.³⁷

Pomenutu odredbu člana 13. Zakona o BIA, kao i 14. i 15. koje su u direktnoj vezi sa prvim, Ustavni sud Srbije 26. decembra 2013. godine proglasio je neustavnom, ali je, imajući u vidu pravne posledice prestanka njihovog važenja koje bi nastupile po nacionalnu bezbednost posle objavljivanja Odluke, za šest meseci odložio objavljivanje u „Službenom glasniku“, kako bi se donosiocu osporenog zakona pružila mogućnost da u datom roku uredi sporna pitanja na način koji je saglasan sa Ustavom.³⁸

4.1. BIA – osnov za primenu posebnih mera

Na osnovu ranijeg zakona koji je regulisao rad BIA, primena posebnih postupaka i mera (izmenama tog zakona navedene mere su definisane

³⁵ Taj zakon je regulisao primenu posebnih postupaka i mera na osnovu odluke suda, ali samo u preventivne svrhe za potrebe zaštite nacionalne bezbednosti.

³⁶ Vidi: član 13. ranijeg Zakona o BIA, Službeni glasnik RS, br. 42/02 i 111/09. Izmenama i dopunama pomenutog zakona od 28.06.2014 godine rečene mere su jasnije definisane i učinjene predvidljivim (vid. Službeni glasnik RS, br. 66/14).

³⁷ Vid. presudu *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, u kojem postupku je Evropski sud za ljudska prava stao na stanovište da je došlo do povrede člana 8. EKLP zbog nerazumljivosti i nepouzdanosti odgovarajućih domaćih propisa primenljivih u tom trenutku. Takođe, u predmetu *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva* sud je utvrdio povredu člana 8. Konvencije iz razloga što je upotreba sredstava za prisluškivanje od strane policije bila regulisana samo smernicama Ministarstva unutrašnjih poslova, koje nisu bile na nivou zakona, Nav. prema: Dejan Milenković, Slobodan Koprivica, Vladimir Todorčić, *Kontrola službi bezbednosti*, Misija OEBS u Srbiji i Centar za novu politiku, Beograd 2011.

³⁸ U obrazloženju ovakve odluke US navodi se: „Ustavni sud je ocenio da osporena odredba člana 13. Zakona, kojom je propisano odstupanje od načela nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava opštenja, nije formulisana dovoljno jasno i precizno. Bez obzira na to što BIA obavlja poslove koji pretpostavljaju visok stepen tajnosti, Ustavni sud smatra da odredbe Zakona, koje uređuju način obavljanja poslova Agencije, moraju biti predvidljive do stepena koji je razuman u datim okolnostima. Odredba osporenog člana 13. Zakona, kojom se definišu lica kojima se ograničava Ustavom zajemčeno pravo i mere kojima se to čini, nije ni precizna, ni određena, niti je određiva. Time se građanima i drugim pravnim subjektima onemogućava da saznaju šta je pravno pravilo koje će se u datim okolnostima primeniti, a time im se uskraćuje i mogućnost da se štite od nedopustivog ograničenja prava ili od proizvoljnog mešanja u pravo na poštovanje privatnog života i prepiske. Sud je ocenio da osporene odredbe člana 14. i člana 15. Zakona nisu saglasne s Ustavom, jer su u pravnoj i logičkoj vezi sa odredbama člana 13. Zakona, koje su prethodno ocenjene kao neustavne.“

kao: „posebne mere“) koje je ova služba mogla pod određenim uslovima da koristi, bio je definisan članovima 13. 14. i 15. tog zakona.

Članom 13. bilo je regulisano da „direktor Agencije može, ako je to potrebno iz razloga bezbednosti Republike Srbije, svojim rešenjem, a na osnovu prethodne odluke suda, odrediti da se prema određenim fizičkim i pravnim licima preduzmu određene mere kojima se odstupa od načela nepovredivosti tajne pisama i drugih sredstava opštenja, u postupku utvrđenim ovim zakonom“.

U zakonu nije bilo definisano koji su to posebni postupci i mere koje ova služba primenjuje, već se koristila uopštena formulacija: „mere kojima se odstupa od načela nepovredivosti tajne pisama i drugih sredstava opštenja“. Te mere dovođene su u direktnu vezu sa članom 41. Ustava Republike Srbije.³⁹ Dakle, članom 14. istog zakona bilo je utvrđeno da direktor Agencije podnosi pismeni i obrazloženi predlog, a da predsednik Vrhovnog kasacionog suda, odnosno sudija koji je ovlašćen da postupa po tom predmetu, ima rok od 72 časa u kome treba da odluči o predlogu za primenu mere. Bilo je predviđeno da je predlog morao da sadrži podatke i činjenice koje su od značaja za odlučivanje o primeni mere. U slučaju neprihvatanja predloga, predsednik Vrhovnog kasacionog suda, odnosno postupajući sudija, u obrazloženju odluke morao je navesti razloge odbijanja. Zakonom je bilo predviđeno da su se odobrene mere mogle primanjivati šest meseci, te da su se na osnovu novog predloga mogle produžiti, još jednom, najduže na šest meseci.⁴⁰

Takođe, istim zakonom, na osnovu odredbi člana 15. bilo je uređeno da je BIA mogla započeti primenu posebnih postupaka i mera i bez prethodne odluke suda, a na osnovu rešenja direktora Agencije, s tim što je imala obavezu da pribavi prethodnu pismenu saglasnost predsednika Vrhovnog kasacionog suda. Pomenuta mera odnosila se na izuzetno hitne i retke slučajeve, koji su mogli imati veze sa terorizmom i organizovanim kriminalom.⁴¹ Od momenta kada je dobijena (preuzeta) prethodna pismena saglasnost, počinje da teče vreme od 24 časa u kojem je Agencija ima-

³⁹ U navedenoj odredbi je rečeno da: „Tajnost pisama i drugih sredstava komuniciranja je nepovrediva. Odstupanja su dozvoljena samo na određeno vreme i na osnovu odluke suda, ako su neophodna radi vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, na način predviđen zakonom“.

⁴⁰ Vid. član 14. ranijeg Zakona o BIA, *Službeni glasnik RS*, br. 42/02 i 111/09.

⁴¹ Nije zorega podsetiti kakve posledice može proizvesti nepreduzimanje ili neprihvatanje navedene mere od strane nadležne pravosudne instance. S druge strane, kakve posledice mogu nastupiti po podnosioca zahteva i službu kojom rukovodi, ako bi tražena „ad hoc“ primena mere bila neka vrsta lažne uzbune. Ko bi i u jednoj i u drugoj okolnosti preuzeo odgovornost za nesavesno postupanje. Ostaje samo da nagađamo.

la obavezu da podnese redovan predlog za primenu mere. Rok za donošenje odluke o nastavku ili obustavi primeni mere bio je 72 časa. Počinjao je da teče od momenta podnošenja predloga. Odluka o obustavi primene mere morala je biti pismeno obrazložena.⁴²

Izmenama i dopunama Zakona o BIA od 28. juna 2014. godine zamenjene su osporene odredbe sa novih 7 članova (13, 14, 15, 15a, 15b, 15v, 15g).

Članom 13. sada su posebni postupci i mere preciznije definisani kao: „posebne mere kojima se odstupa od nepovredivosti tajne pisama i drugih sredstava opštenja“ (u daljem tekstu: osebne mere), koje sadrže: 1) tajni nadzor i snimanje komunikacije bez obzira na oblik i tehnička sred-

⁴² Navedenu odredbu člana 15. ranijeg Zakona o BIA (*Službeni glasnik RS*, br. 42/02 i 111/09), veći deo stručne javnosti smatrao je neprimerenom, jer ostavljala mogućnosti za eventualne zloupotrebe ili, pak, samo njeno tumačenje izazivalo je određene sumnje i nedoumice. Iz tih razloga primena je izbegavana, što je, koliko je poznato, i bila sadašnja praksa u BIA.

U Odluci Ustavnog suda Republike Srbije navodi se da je „Ustavni sud na sednici održanoj 26. decembra 2013. godine, u predmetu IUz-252/02 doneo Odluku kojom je utvrdio da odredbe čl. 13. 14. i 15. Zakona o Bezbednosno-informativnoj agenciji (*Službeni glasnik RS*, br. 42/02 i 111/09) nisu u saglasnosti s Ustavom. Sud je, u smislu člana 58. stav 4. Zakona o Ustavnom sudu, odložio objavljivanje ove Odluke u „Službenom glasniku Republike Srbije“ za četiri meseca od dana njenog donošenja. Ustavni sud je ocenio da osporena odredba člana 13. Zakona, kojom je propisano odstupanje od načela nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava opštenja, nije formulisana dovoljno jasno i precizno. Bez obzira na to što BIA obavlja poslove koji pretpostavljaju visok stepen tajnosti, Ustavni sud smatra da odredbe Zakona koje uređuju način obavljanja poslova Agencije moraju biti predvidljive do stepena koji je razuman u datim okolnostima. Odredba osporenog člana 13. Zakona, kojom se definišu lica kojima se ograničava Ustavom zajemčeno pravo i mere kojima se to čini, nije ni precizna, ni određena, niti je određiva. Time se građanima i drugim pravnim subjektima onemogućava da saznaju šta je pravno pravilo koje će se u datim okolnostima primeniti, a time im se uskraćuje i mogućnost da se štite od nedopustivog ograničenja prava ili od proizvoljnog mešanja u pravo na poštovanje privatnog života i prepiske. Sud je ocenio da osporene odredbe člana 14. i člana 15. Zakona nisu saglasne s Ustavom, jer su u pravnoj i logičkoj vezi sa odredbama člana 13. Zakona, koje su prethodno ocenjene kao neustavne. Imajući u vidu pravne posledice prestanka važenja osporenih odredaba Zakona o Bezbednosno-informativnoj agenciji, koje nastupaju posle objavljivanja ove odluke, Sud je, za četiri meseca, odložio njeno objavljivanje u „Službenom glasniku Republike Srbije“, da bi se donosiocu osporenog zakona pružila mogućnost da u tom roku uredi sporna pitanja na način koji je saglasan Ustavu“. Na 96. sednici Odbora za ustavna pitanja i zakonodavstvo, koja je održana 29. januara 2014. godine, razmotren je dopis Odbora za kontrolu službi bezbednosti i, nakon rasprave, Odbor je doneo odluku da predloži Ustavnom sudu da odloži objavljivanje Odluke IUz-252/02 od 26. decembra 2013. godine, do maksimalnog roka koji je predviđen članom 58. stav 4. Zakona o Ustavnom sudu, odnosno za 6 meseci od dana donošenja navedene odluke; Ustavni sud je na 8. sednici, održanoj 27. februara 2014. godine, prihvatio taj zahtev i odlučio da odloži objavljivanje Odluke IUz-252/02 od 26. decembra 2013. godine u „Službenom glasniku RS“ za šest meseci od dana njenog donošenja.

stva preko kojih se obavlja ili nadzor elektronske ili druge adrese; 2) tajni nadzor i snimanje komunikacije na javnim mestima i mestima kojima je pristup ograničen ili u prostorijama; 3) statistički elektronski nadzor komunikacije i informacionih sistema u cilju pribavljanja podataka o komunikaciji ili lokaciji korišćene mobilne terminalne opreme; 4) računarsko pretraživanje već obrađenih ličnih i drugih podataka i njihovo upoređivanje sa podacima koji su prikupljeni primenom mera iz tač. 1. 2. i 3. ovog stava.⁴³

Najznačajnija novina u novim zakonskim rešenjima sadržana je u opredeljivanju nadležnosti sudske instance koja odlučuje o predlogu za primenu „posebne mere“. Novo zakonsko rešenje određuje nadležnost predsednika Višeg suda u Beogradu, odnosno sudije Posebnog odeljenja Višeg suda u postupajućem predmetu, umesto, kao što je to ranije bilo, predsednika Vrhovnog kasacionog suda, odnosno sudije tog suda koji je određen da postupa po određenom predmetu. Novina je sadržana i u činjenici da nadležni sud na osnovu predloga za primenu posebne mere donosi naredbu (ranije je to bio nalog) – koju je Agencija u obavezi da sprovede. U slučaju odbijanja predloga za primenu mere direktor BIA može podneti žalbu tročlanom veću Posebnog odeljenja Apelacionog suda, za koje je zakonom određeno da postupa u predmetima krivičnih dela organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela, a koje je u obavezi da o tome donese odluku 48 sati od pristizanja žalbe.

Isto tako, značajnu novinu predstavlja i mogućnost da direktor Agencije u toku primene posebnih mera može izdati naredbu o proširenju mere i na drugo sredstvo komunikacije, elektronsku i drugu adresu, ukoliko pripadnik, kome je mera odobrena, uoči da određeno lice, grupa lica ili organizacija koristi drugo sredstvo komunikacije ili drugi prostor. U tom slučaju naknadno se podnosi predlog za proširenje primene posebne mere, a ukoliko u roku od 48 sati postupajući sudija Posebnog odeljenja Višeg suda u Beogradu ne odobri proširenje mere, materijal prikupljen na taj način se u prisustvu sudije uništava, uz sačinjavanje zapisnika o tom predmetu.⁴⁴

Svakako da novinu predstavlja i činjenica za materijali prikupljeni na ovakav način, u ovom pravnom režimu, prevashodno u preventivne svrhe, mogu se dostaviti javnom tužilaštvu i poslužiti kao početni ili inicijalni dokaz za pokretanje krivičnog postupka, odnosno preduzimanja pravnih radnji na osnovu Zakonika o krivičnom postupku.⁴⁵

⁴³ Vid. član 13. Zakona o BIA, *Službeni glasnik RS*, br. 42/02, 111/09 i 64/14.

⁴⁴ Vid. član 15b Zakona o BIA, *Službeni glasnik RS*, br. 42/02, 111/09 i 64/14.

⁴⁵ Vid. član 15v Zakona o BIA, *Službeni glasnik RS*, br. 42/02, 111/09 i 64/14.

Značajna novina sadržana je u činjenici da je zakonskom odredbom regulisan način vođenja evidencije o određivanju i proširenju primene posebnim merama, odluka o predlogu, naredba o proširenju posebne mere i zapisnik o uništavanju materijala (što ranije nije bio slučaj – iako su vođene slične evidencije) u posebnom upisniku i posebnom omotu, označenom „posebne mere“, sa stepenom tajnosti, određenim na osnovu Zakona o tajnosti podataka.⁴⁶

4.2. VBA – osnov za primenu posebnih postupaka i mera

Na osnovu zakona koji reguliše rad vojnih službi bezbednosti (VBA i VOA), predviđeno je da je „VBA ovlašćena da prikuplja podatke primenom posebnih postupaka i mera kada se ne mogu prikupiti na drugi način ili je njihovo prikupljanje onemogućeno na neki drugi način i može biti u vezi sa nesrazmernim rizikom po život i zdravlje ljudi i imovinu, odnosno sa nesrazmernim troškovima“.⁴⁷

Kao što je već rečeno, ranijim zakonskim rešenjima iz 2002. i 2004. godine tadašnja Vojna služba bezbednosti, odnosno VBA, nije imala zakonski osnov za prikupljanje podataka primenom posebnih postupaka i mera u preventivne svrhe. Treba podsetiti da rečena vojna služba na osnovu ove zakonske odredbe podatke prikuplja i koristi kako bi se predupredile pretnje koje su usmerene prema Ministarstvu odbrane i Vojski Srbije. Zakonom je regulisano da će, poštujući principe srazmernosti i minimalizacije, VBA primeniti posebne postupke i mere kojima se najmanje zadire u Ustavom zajemčena ljudska prava i slobode.

Zakonom o VBA detaljno su uređene odredbe kojima se reguliše primena posebnih postupaka i mera u preventivne svrhe. Propisano je da predsednik Vrhovnog kasacionog suda, odnosno postupajući sudija, na osnovu podnetog predloga direktora VBA, najkasnije u roku od 24 časa, odlučuje povodom podnetog predloga za primenu sledećih mera: 1) tajno snimanje i dokumentovanje razgovora na otvorenom i u zatvorenom prostoru uz korišćenje tehničkih sredstava; 2) tajni nadzor sadržine pisama i drugih sredstava komuniciranja, uključujući tajni nadzor sadržaja telekomunikacija i informacionih sistema; 3) tajni nadzor i snimanje unutrašnjosti objekata, zatvorenih prostora i predmeta.

Predsednik Višeg suda u sedištu Apelacionog suda, na osnovu podnetog predloga direktora VBA, najkasnije u roku od 8 časova, ima obavezu da donese odluku o primeni mere tajni elektronski nadzor telekomuni-

⁴⁶ Vid. član 15g Zakona o BIA, *Službeni glasnik RS*, br. 42/02, 111/09 i 64/14.

⁴⁷ Vid. član 11. Zakona o VBA i VOA, *Službeni glasnik RS*, br. 88/09, 55/12 – odluka US i 17/13.

kacija i informacionih sistema radi prikupljanja zadržanih podataka o telekomunikacionom saobraćaju, bez uvida u njihov sadržaj.

Isto tako, VBA može započeti primenu posebnih postupaka i mera na osnovu naloga direktora VBA i uz prethodnu pismenu saglasnost predsednika Vrhovnog kasacionog suda/predsednika Višeg suda u sedištu Apelacionog suda, isključivo ako postoje razlozi za hitnost, a koja se naročito odnosi na slučajeve unutrašnjeg ili međunarodnog terorizma. Nakon toga predsednik Vrhovnog kasacionog suda/predsednik Višeg suda u sedištu Apelacionog suda, odnosno sudija koga je ovlastio da postupa po tom predmetu, na osnovu uredno podnetog predloga za primenu, donosi odluku o nastavku ili obustavi primene, u roku od 24 sata od početka primene mere. Ako je odluka negativna, direktor VBA je dužan da odmah prekine dalju primenu mere i u obavezi je da naloži komisijsko uništavanje prikupljenih podataka. Zapisnik o uništenim dokazima dostavlja se predsedniku Vrhovnog kasacionog suda, odnosno predsedniku Višeg suda u sedištu Apelacionog suda.

4.3. Sporne odredbe zakona o BIA i VBA, koje se odnose na primenu mera

Već smo ranije napomenuli da su neki autori, ocenjujući i analizirajući način prikupljanja podataka, došli do zaključka da u pojedinim operativnim merama, radnjama i metodama koje koriste službe bezbednosti postoje oblici **neznatnog i znatnog narušavanja** ljudskih prava i sloboda. U takozvana „neznatna narušavanja“ spadaju svakodnevne operativne aktivnosti kojima se služe u operativnom postupanju, dok su „znatnija narušavanja“, kojima se ograničavaju određena zajemčena ljudska prava i slobode, uređena onim delom oba zakona o agencijama, kao i odredbama Krivičnog zakonika i Zakonika o krivičnom postupku. Dakle, naloge za njihovo prikupljanje, odnosno za „neznatne povrede“, u svakodnevnim postupanjima izdaju direktori službi bezbednosti hijerarhijski podređenim rukovodiocima, a oni neposrednim izvršiocima.

Iz tih razloga, veoma je važno da je zakonom precizno utvrđeno koji se to podaci i u kom pravnom režimu se mogu prikupljati isključivo na osnovu odluke predsednika Vrhovnog kasacionog suda i predsednika Višeg suda u Beogradu. Takođe, postoji izražena potreba da se precizno i na predvidljiv način uredi postupak primene posebnih postupaka i mera službi bezbednosti, na osnovu odluke suda. U praksi, kao što je već rečeno, primena tih mera prema određenom licu, grupi lica ili organizaciji može trajati do tri, odnosno šest meseci. Na osnovu novog predloga, primena se može produžiti još tri puta po tri meseca, na osnovu Zakona o BIA, odnosno za još šest meseci, na osnovu Zakona o VBA i VOA.

U nekim državama ta mera je nešto restriktivnija (može se sprovesti od tri do šest meseci), u pojedinim najviše do jedne godine (u Velikoj Britaniji), dok u drugim postoji mogućnost za neograničeno produžavanje (takav slučaj, recimo, imamo u Hrvatskoj i Crnoj Gori).

Ako se imaju u vidu i rokovi primene mere nadzora i snimanje telefonskih i drugih razgovora ili komunikacije na osnovu Zakonika o krivičnom postupku,⁴⁸ a koja se, takođe, može primeniti kumulativno, najduže do 12 meseci, prosta računica govori da mera tajnog nadzora prema određenom licu može trajati čak i do dve godine, što predstavlja nezanemarljiv period u kojem se ograničava Ustavom zagarantovano pravo na privatnost.

S druge strane, ograničenje vremenskog roka za primenu tih mera veoma često dovodi u inferiornu poziciju službe bezbedosti. Naročito u okolnostima kada je potrebno mnogo više vremena za pribavljanje značajnih podataka o aktivnostima organizovanih kriminalnih ili terorističkih grupa.

Odredbe Zakona o službama bezbednosti SRJ iz 2002. godine omogućavale su primenu posebnih postupaka i mera samo na osnovu Zakonika o krivičnom postupku.⁴⁹ Drugi pravni osnov za njihovu primenu nije postojao. Takvim zakonskim rešenjem tadašnjoj Vojnoj službi bezbednosti bile su, takoreći, „vezane ruke“, jer nije mogla koristiti posebne postupke i mere u preventivne svrhe. Zato je prilikom izrade i donošenja novog zakona o vojnim službama 2009. godine zakonodavac uslišio primedbe i primenio slična rešenja poput Zakona o BIA. Razlika je samo u tome što je navedene zakonske odredbe koje regulišu tu materiju nadogradio i proširio.

Ranije odredbe zakona o BIA primenu posebnih mera tretirale su na prilično nejasan i uopšten način, propisujući jednu uopštenu formulaciju: „podatke i činjenice koje su od značaja za odlučivanje o primeni mere“, tako da su ostavljale mogućnost za najrazličitije procene i nedoumice kada je u pitanju njihova primena. Iz tih razloga, velika je odgovornost bila na predsedniku Vrhovnog kasacionog suda, odnosno sudiji koji je određivan da odlučuje u tom postupku, a na osnovu izmena i dopuna Zakona o BIA od 28. juna 2014. godine predsednika Višeg suda u Beogradu, odnosno sudija kojeg on odredi među sudijama koji su raspoređeni u Posebno odeljenje tog suda za koje je zakonom određeno da postupa u predmetima krivičnih dela organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela. S druge strane, i onaj ko predlaže pomenutu meru mora je valjano obrazložiti, kako bi mogao dobiti dozvolu za primenu. Iz svih pobrojanih razloga proizlazi da je, ipak, veoma važna uloga postupa-

⁴⁸ U zavisnosti na koje krivično delo se odnosi.

⁴⁹ Dakle, primena posebnih postupaka i mera u preventivne svrhe nije postojala.

jućeg sudije, koji na bazi obrazloženog predloga treba da donese meritornu odluku za primenu neke od pobrojanih mera. S druge strane, trebalo bi prilikom donošenja novog ili novih zakona o službama bezbednosti ovu materiju na identičan način regulisati, kako bi poslovi nacionalne bezbednosti bili uspešno obavljeni, uz poštovanje zagarantovanih ljudskih prava i sloboda.⁵⁰

Oba zakona (Zakon o BIA i Zakon o VBA) određuju uslove u kojima se prema određenom licu, grupi lica ili organizaciji mogu primenjivati posebne mere, odnosno posebni postupci i mere. Tako je Zakonom o BIA predviđeno da „predlog sadrži naziv posebne mere, raspoložive podatke o licu, grupi ili organizaciji prema kojoj će biti primenjivana, postojanje uslova za njeno određivanje i rok trajanja“,⁵¹ dok je Zakonom o VBA regulisano da predlog „sadrži naziv posebnog postupka i mere koji će se primenjivati, podatke o licu, grupi i organizaciji prema kojima će se primenjivati poseban postupak i mera, razloge zbog kojih se poseban postupak i mera sprovode, kao i mesto i rok trajanja primene“.⁵²

U ranijem Zakonu o BIA pogrešno je bilo uređeno da direktor, nakon donete odluke o odobrenju od predsednika Vrhovnog kasacionog suda, odnosno postupajućeg sudije, donosi posebno rešenje o primeni posebnog postupka i mere. Ovakvo zakonsko rešenje osporavao je i Zaštitnik građana, kao i jedan deo stručne javnosti.⁵³ Izmenama i dopunama Zakona o BIA iz juna 2014. godine taj problem je rešen. Identično rešenje postojalo je i u Zakonu o VBA i VOA iz 2009. godine, te je izmenama i dopunama tog zakona iz 2013. godine pomenuta pogreška ispravljena.

ZAKLJUČAK

Dakle, službe bezbednosti na osnovu zakonskih ovlašćenja, a u zaštiti nacionalne bezbednosti, primenjuju posebne mere (BIA), posebne postupke i mere (VBA) u dva potpuno odvojena pravna režima, Na osno-

⁵⁰ Iz tih razloga, sasvim je razumljiva Odluka Ustavnog suda Srbije kada su u pitanju osporene odredbe članova 13. 14. i 15. ranijeg Zakona o BIA.

⁵¹ Vid. član 15. Zakona o BIA, *Službeni glasnik RS*, br. 42/02, 111/09 i 64/14.

⁵² Vid. član 14. stav 6. Zakona o VBA i VOA, *Službeni glasnik RS*, br. 88/09, 55/12 – odluka US i 17/13.

⁵³ Vid. Izveštaj o preventivnoj kontrolnoj poseti Zaštitnika građana BIA – sa preporukama i mišljenjima; kao i: Dejan Milenković, Slobodan Koprivica, Vladimir Todorčić, *Kontrola službi bezbednosti*, Misija OEBS u Srbiji i Centar za novu politiku, Beograd 2011; izmenama Zakona o VBA i VOA iz 2013. godine ta nelogičnost je otklonjena, tako da direktor VBA, na osnovu dobijene odluke, više ne donosi rešenje, već samo nalog za primenu određene mere.

vu zakona o službama bezbednosti (Zakon o BIA i Zakon o VBA i VOA), te mere sprovode u preventivne svrhe, radi prikupljanja određenih podataka i saznanja u cilju osujećivanja i sprečavanja pretnji po bezbednost države. Dok na osnovu Zakonika o krivičnom postupku posebne dokazne radnje primenjuju, po nalogu suda, u cilju procesuiranja određenih krivičnih dela.

Iz svega rečenog jasno je da neprecizna i nejasna zakonska rešenja dovode u ozbiljnu dilemu i neugodnu situaciju i podnosioca zahteva i donosioca odluke za primenu neke od mera. Ali, polazeći od činjenice da su postupci svih aktera, od inicijalnog predloga, koji ne koncipiraju direktori agencija, već niži u rangu rukovodioci operativnih organizacionih jedinica, uspostavljajući unutrašnju hijerarhijsku kontrolu, može da se desi da pojedini postupak ili mera, prolazeći kroz nekoliko filtera unutrašnje strukture, veoma često, u formi predloga, i ne stigne do direktora službe bezbednosti. U instancionom smislu, postupak oko predloga za primenu mera u unutrašnjoj hijerarhiji službi bezbednosti veoma je komplikovan i podleže vrlo rigoroznoj subordinacionoj filtraciji.

Direktor službe bezbednosti ne može tek tako predložiti predsedniku Vrhovnog kasacionog suda ili predsedniku Višeg suda u Beogradu primenu mere prema određenom licu, grupi lica ili organizaciji, a da pre toga nema jasan i dobro pripremljen predlog. Ne treba zaboraviti da pored nadležnosti sudske instance, u ovom slučaju Vrhovnog kasacionog suda i Višeg suda u Beogradu, kontrola rada službi bezbednosti potpada i pod parlamentarni Odbor za kontrolu službi bezbednosti, Savet za nacionalnu bezbednost, Vladu Republike Srbije, nezavisne državne institucije i civilni sektor i javnost. Tako da, pored direktne nadležnosti koja je namenjena sudskoj vlasti, postoje i drugi oblici prilično isprepletenih mehanizama, koji će, svaki sa svoje strane, doprineti da službe bezbednosti budu na zakonit način kontrolisane od svih aktera demokratskog društva.

Međusobna koordinacija i rad sudskih organa i službi bezbednosti veoma je važna radi zaštite i bezbednosti Republike Srbije, njenog ustavnog poretka, te suzbijanja i otkrivanja organizovanog kriminala, terorizma, kao i krivičnih dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava. Ekspanziji organizovanog kriminala i terorizma u velikoj meri doprinosi razvoj visokih tehnologija, otvaranje granica, transparentnost finansijskog sektora, kao i siromaštvo i socijalna slabost društva.

Posebno treba istaći da je u krivičnom zakonodavstvu Srbije dozvoljena mogućnost da službe bezbednosti sprovode neke od navedenih posebnih istražnih radnji, čime se rad BIA i VBA obavlja i po odredbama Zakonika o krivičnom postupku. Kako Zakonik o krivičnom postupku na-

laže naredbu suda, primena posebnih dokaznih radnji istovremeno znači i uspostavljanje sudske kontrole nad radom službi bezbednosti.

Preporuka Saveta Evrope iz 1999. i 2002. godine da u „određenim situacijama“ unutrašnje službe bezbednosti mogu obavljati poslove kriminalističkih policija ostavlja mogućnost da službe bezbednosti, pa time i BIA i VBA, u suprotstavljanju organizovanom kriminalu, posebno u situaciji kada su vitalne funkcije države ugrožene, obave u određenom vremenskom periodu i deo tih poslova.⁵⁴

Međutim, da bi ostvarile svoju društvenu ulogu, službe bezbednosti u svom radu moraju, svakako, primenjivati posebne istražne tehnike, pa je sudska kontrola u odobrenju posebnih postupaka i mera, odnosno posebnih mera, tim pre, još značajnija.

⁵⁴ Vid. tačka 6 *Preporuke 1402* Parlamentarne skupštine Saveta Evrope.

*Radojica S. Lazić, Ph.D., Associate Professor
National Security Academy*

Judicial Control of Legality of Work of Security Services in Serbia

Abstract: *The principle of each contemporary democratic society implies division of power into legislative, executive and judicial. If there is no division into these three branches of power and if preconditions have not been satisfied for judicial power to be independent from the legislative and executive power, that inevitably leads to disrespect of human rights and freedoms, violation of political freedoms and absence of the rule of law. Independence of judiciary is the principal element for realization of a constitutional parliamentary state, primarily as the guarantor of protection of human, political and minority rights.*

The usual practice is that a security service in a democratic state has to ask for a court order if it wants to perform monitoring and other investigative procedures against a person or a group of persons. The order is usually pretty concrete concerning particulars with regard to the type of monitoring to be approved, against whom and for how long, as well as what is the legal basis for implementation. Courts and judicial bodies have a direct impact on protection of rights of individuals and on implementation of a democratic control over governmental institutions, especially over institutions of executive power, which include security services.

This paper examines and analyzes the ways judicial authorities in the Republic of Serbia perform control of respect of constitutionality and legality in implementation of special procedures and measures and special measures, i.e., special evidence gathering actions, which security services apply for protecting of national security.

Key words: *judicial power, security services, human rights and freedoms, democracy, control, special procedures and measures.*

Datum prijema rada: 13.05.2015.

*Dr Zoran J. Lončar, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
lonzor@pf.uns.ac.rs*

ODLUČIVANJE U UPRAVNOM POSTUPKU*

Sažetak: *Nesumnjivo da odlučivanje u upravnim stvarima od strane službenog lica koji vodi upravni postupak može da ima brojne prednosti u odnosu na odlučivanje od strane starešine koji rukovodi organom uprave. Međutim, da bi takva novina mogla da ima pozitivne efekte u našem pravnom sistemu neophodno je, pored izmene Zakona o opštem upravnom postupku, stvoriti i mnoge pravne, kao i faktičke pretpostavke, na kojima danas funkcionišu visoko depolitizovani i profesionalizovani upravni sistemi.*

Ključne reči: *organi uprave, upravni postupak, odlučivanje u upravnim stvarima, službeno lice, rukovođenje organima uprave.*

1. Uvodne napomene

U okviru opsežne reforme državne uprave, koja je u cilju usklađivanja sa evropskim pravnim standardima sprovedena u Republici Srbiji prethodnih godina, preostalo je da se završi reforma upravno-procesnog zakonodavstva. Do sada je značajno reformisana oblast upravnog spora, najpre obrazovanjem posebnog Upravnog suda, a zatim i donošenjem bitno drugačijeg Zakona o upravnim sporovima,¹ ali je neophodno osavremeniti i oblast upravnog postupka.² Poređenja radi, Republika Srbija je danas jedina država od svih bivših jugoslovenskih republika, koja nema

* Rad predstavlja rezultat istraživačkog rada na Projektu „*Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija)*“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

¹ Vid.: Dragan Milkov, „Reforma upravno-procesnog zakonodavstva u Srbiji“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (Zbornik radova PFNS) 4/2012, 33-4; Zoran Lončar, „Primena evropskih standarda u upravnom sporu u Srbiji“, *Pravni život* 5-6/2013 - a, 83-100.

² Vid.: Zoran Lončar, „Modernizacija upravnog postupka“, *Zbornik radova sa međunarodnog naučnog skupa „Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva“*, 7-11. juni 2010, Budva, 351-362.

novi Zakon o opštem upravnom postupku.³ U Republici Srbiji je još uvek na snazi Zakon o opštem upravnom postupku Savezne Republike Jugoslavije iz 1996. godine,⁴ koji je za prethodne skoro dve decenije menjan dva puta, i to neznatno, terminološki.⁵ Neophodnost reforme upravnog postupka je posledica potrebe primene, ne samo nekih od pravnih standarda uspostavljenih u ovoj oblasti uprave, vezanih pre svega za načela i pravila Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, već pre svega potrebe njegovog osavremenjivanja, u cilju stvaranja pravnih uslova za efikasniji i ekonomičniji rad organa uprave pri ostvarivanju prava i pravnih interesa građana, i ujedno stvaranja uslova za efikasnije funkcionisanja celokupne države.⁶

Prethodnih godina je zabeleženo nekoliko pokušaja izrade novog Zakona o opštem upravnom postupku. Prvi je bio vezan za Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku iz decembra 2004. godine, koji je prošao kroz fazu javne rasprave, ali zbog plana zakonodavne aktivnosti Vlade nije upućen u skupštinsku proceduru. Nakon usvajanja Ustava iz 2006. godine,⁷ umesto izrade novog zakona, usledile su 2010. godine samo izmene kojima je postojeći Zakon formalno usaglašen sa novim Ustavom,⁸ što je bila jedna od ustavnih obaveza iz Ustavnog Zakona za sprovođenje Ustava (član 15).⁹ Naredni pokušaj izrade novog zakona je bio vezan za

³ Nakon sticanja samostalnosti sve države nastale od bivših jugoslovenskih republika su donele svoje nove zakone kojima su uredile upravni postupak, pri čemu se neke od njih, poput Hrvatske i Crne Gore, do sada to učinile čak dva puta. Tako je u Hrvatskoj danas u primeni Zakon o općem upravnom postupku iz 2009. godine, kojim je zamenjen Zakon iz 1991. godine. U Crnoj Gori je još u vreme postojanja Državne zajednice Srbija i Crna Gora, najpre 2003. godine donet novi Zakon opštem upravnom postupku, kojim je zamenjen savezni Zakon o opštem upravnom postupku iz 1996. godine, a krajem 2014. godine je usvojen potpuno novi Zakon o upravnom postupku. U Sloveniji je u primeni Zakon o opštem upravnom postupku (Zakon o splošnem upravnom postupku) iz 1999. godine, a u Makedoniji Zakon o opštem upravnom postupku (Zakon za opštata upravna postapka) iz 2005. godine, pri čemu se u poslednje dve godine i tamo ponovo radi na pripremi novog zakona. U Bosni i Hercegovini se danas na nivou federacije primenjuje Zakon o upravnom postupku iz 2002. godine, u Republici Srpskoj Zakon o opštem upravnom postupku iz 2002. godine, a u Distriktu Brčko Zakon o upravnom postupku iz 2000. godine.

⁴ Zakon o opštem upravnom postupku - ZUP, *Službeni list SRJ*, br. 33/97.

⁵ Zakon o izmenama ZUP-a, *Službeni list SRJ*, br. 31/2001 i *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010.

⁶ Vid.: Zoran Lončar, „Pledoaje za novi Zakon o opštem upravnom postupku“, *Zbornik radova PFNS* 3/2009, 181-193.

⁷ Ustav Republike Srbije – Ustav RS, „*Službeni glasnik Republike Srbije*“, br. 98/2006.

⁸ Zakon o izmenama ZUP-a, *Službeni glasnik RS*, br. 30/2010.

⁹ Ustavni zakon za sprovođenje Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2008.

Predlog Zakona o opštem upravnom postupku iz februara 2012. godine, koji je, usled formiranja tada nove Vlade, povučen iz zakonodavne procedure u julu 2012. godine. Poslednji takav slučaj je vezan za Predlog Zakona o opštem upravnom postupku iz decembra 2013. godine, koji je, takođe, zbog formiranja aktuelne Vlade aprila 2014. godine povučen iz zakonodavne procedure. Trenutno se u nadležnom Ministarstvu za državnu upravu i lokalnu samoupravu, u okviru stručne radne grupe, ponovo radi na novoj verziji budućeg Zakona.

Proces izrade novog Zakona o opštem upravnom postupku pratile su, u pogledu snage iznetih argumenata i broja osporenih odredbi, značajne stručne polemike, što do sada uglavnom nije bio slučaj za važnim pravnim propisima u oblastima državne uprave, koje ovom pravnom propisu daju dodatni kvalitet.¹⁰

Kritičkoj analizi stručne pravne javnosti su do sada bile podvrgnute gotovo sve odredbe koje su vodile suštinskom diskontinuitetu u odnosu na današnji pravnom režim opšteg upravnog postupka, koji je faktički u primeni već više od osam decenija, počev od prvog Zakona o opštem upravnom postupku donetog još 1930. godine, u vreme postojanja Kraljevine Jugoslavije.¹¹ Međutim, promena načina odlučivanja u upravnom postupku predstavlja novinu koja do sada nije bila predmet posebne pažnje. Za razliku od ostalih novina koje svoj osnov nalaze u pokušaju primene određenih pravnih standarda koji su, ili direktno već predviđeni nekim relevantnim međunarodnim dokumentom,¹² ili, pak, predstavljaju sa-

¹⁰ Vid.: Dragan Milkov, „Povodom Nacrta Zakona o opštem upravnom postupku – korak napred ili deset u stranu“, *Zbornik radova PFNS* 1/2013, 85-99 – a.; Dragan Milkov, „Upravni postupak u Srbiji i evropsko pravo“, *Zbornik Harmonizacija srpskog i međarskog prava sa pravom Evropske unije*, Novi Sad 2014, 91-102; Zoran Lončar, „O Nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku“, *Pravna riječ* 35/2013, Banja Luka, 425-444 – b; Zoran Lončar, „Neka pitanja reforme upravno-procesnog zakonodavstva“, *Pravni život* 10/2013, 319-333. – v; Predrag Dimitrijević, „U susret novom zakonu o opštem upravnom postupku u Republici Srbiji“, *Facta universitatis – series: Law and Politics* 1/2010, 33-42; Dobrosav Milovanović, Dragan Vasiljević, „U susret novim zakonskim rešenjima u upravnom postupku Republike Srbije“, *Zbornik radova sa međunarodnog naučnog skupa Razvojne tendencije u upravnom zakonodavstvu*, 24-26. juni 2011, Ohrid, 69-80; Mirjana Rađenović, „Novi Zakon o opštem upravnom postupku“, *Pravna riječ* 31/2012, Banja Luka, 403-422; Predrag Dimitrijević, „Aporije Zakona o opštem upravnom postupku“, *Pravni život* 10/2014, 197-210.

¹¹ Vid. posebno: Primedbe na Nacrt Zakona o opštem upravnom postupku Katedre za javno pravo Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu, <http://www.pf.uns.ac.rs/pocetna/info-tabla/431-2013-06-26-12-27-51&Itemid=82>, 24. oktobar 2014.

¹² Za pravila upravnog postupka od određenog značaja su dokumenti poput: Povelje o osnovnim pravima EU iz Nice 2000. godine (Charter of Fundamental Rights of the European Union), Evropskog kodeksa dobrog upravnog postupanja Evropskog ombud-

mo željeni standard proklamovan od strane SIGME,¹³ sa promenom načina odlučivanja u upravnom postupku to nije slučaj. Pitanje načina na koji se donose odluke u upravnom postupku ne predstavlja pravni standard uređen nijednim relevantnim međunarodno-pravnim dokumentom,¹⁴ pa čak nijedan od dosta proizvoljno propisanih standarda SIGME, o kojima bi države koje se, poput Republike Srbije, nalaze u procesu evropskih integracija, trebalo da vode računa prilikom pripreme Zakona o opštem upravnom postupku. To bi, samo po sebi, trebalo da znači da svaka država prilikom normiranja svog opšteg upravnog postupka uživa potpunu slobodu da ovo pitanje uredi na za sebe najprihvatljiviji način. Cilj rada je da se utvrdi da li ova planirana novina može da unapredi naš upravni postupak, i da li je stoga njeno propisivanje u budućem Zakonu o opštem upravnom postupku opravdano.

2. Rukovođenje u upravi

Rukovođenje u upravi, kao i u bilo kom drugom organu, može biti zasnovano na **kolektivnom** ili **inokosnom** principu. Istorijski posmatrano u upravi se najpre se razvio kolektivni princip rukovođenja. Osnovni razlog za nastanak ovog principa rukovođenja treba tražiti, pre svega, u želji šefova izvršne vlasti (monarha) u periodu apsolutističkih država da se osiguraju od mogućeg uticaja pojedinih jakih funkcionera nekih upravnih resora.¹⁵ U okviru kolektivnog principa rukovođenja razvile su se vremenom različite vrste kolektivnog odlučivanja, poput **višestrukosti**, u okviru koje se mogu razlikovati *paralelizam*, koji podrazumeva istovremeno ili naizmenično vršenje od strane dva ili više lica iste funkcije, i *stepenovanje*, koje podrazumeva postojanje višeg i nižeg nivoa odlučivanja, kao i **kolegijalnost**, u okviru koje se razlikuju *homogeni kolegijum*, koji podrazumeva istovetnu ulogu svih lica koja učestvuju u odlučivanju, i *stepeno-*

smana iz 2005. godine (The European Code of Good Administrative Behaviour, Luxembourg, European Communities, The European Ombudsman); a posebno Direktive EU o službama u unutrašnjem tržištu (Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market), kao i određene preporuke Saveta Evrope, poput Preporuke REC (1977) 31 o zaštiti pojedinaca u odnosu prema aktima upravnih tela, Preporuke REC (2003) 16 o izvršavanju upravnih i sudskih odluka, Preporuke REC (2004) 6 o poboljšanju domaćih pravnih lekova, Preporuke REC (2007) 7 o dobrom upravljanju, Preporuke REC (2010) 3 o efektivnim pravnim lekovima u slučaju postupaka koji predugo traju itd.

¹³ Vid.: *Checklist for a General Law on Administrative Procedure*, SIGMA, 2005.

¹⁴ Vid.: D. Milkov (2014) 92 i 97.

¹⁵ "Naročito višestrukost funkcinera bila je omiljeno sredstvo apsolutističkih vlada da se osiguraju od prejakih vodećih funkcinera svoje uprave". Eugen Pusić, *Nauka o upravi*, I, Narodne novine, Zagreb 1989, 96.

vani *kolegijum*, koji podrazumeva različitu ulogu lica koja učestvuju u odlučivanju.¹⁶

Zbog specifičnosti delatnosti uprave, koja zahteva osobenu organizaciju zasnovanu na vlasti i autoritetu, kolektivni princip rukovođenja u upravi je vremenom prepustio mesto inokosnom rukovođenju.¹⁷ Danas je inokosni princip dominantan princip rukovođenja u upravi. Štaviše, inokosni način rukovođenja predstavlja i jedno od bitnih obeležja po kome se organi uprave razlikuju od drugih državnih organa, kod kojih je isključivo ili u najvećoj meri prisutan kolegijalni princip odlučivanja (parlament, vlada, sudovi...).¹⁸

Hijerarhijski odnosi u upravi, zasnovani na odnosima nadređenosti i podređenosti, a koji prizlaze iz odnosa vlasti i autoriteta, na kojima počiva upravna delatnost, kao osnovna delatnost organa uprave, zahtevaju inokosnost pri odlučivanju. Stoga se u teoriji veoma često ističe da inokosni princip predstavlja idealan princip rukovođenja za organe uprave i sve organizacije koje su zasnovane na sličnim osnovama.¹⁹

Teorijski posmatrano i kolegijalno i inokosno rukovođenje imaju određenih svojih prednosti, kao i nedostataka. Kao prednost kolegijalnog odlučivanja javlja se povećavanje kvaliteta donetih odluka, veći stepen kontrole pri odlučivanju, kao i veći stepen odgovornosti za done-

¹⁶ O vrstama kolektivnog odlučivanja vid.: Pavle Dimitrijević, *Osnovi upravnog prava*, Savremena administracija, Beograd 1989, str. 166 i dalje; E. Pusić (1989) 96, 164 i 298-304.

¹⁷ Pod vlašću se u teoriji obično podrazumeva mogućnost nosilaca pojedinih organizacionih uloga da sprovedu neke svoje odluke u upravnoj organizaciji i bez obzira na volju drugih, a pod autoritetom takav odnos gde nosilac jedne organizacione uloge prihvata svesno i dobrovoljno odluke nosioca druge uloge, odnosno prihvata pravila nosilaca koji nije poznat. Tako: Pavle Dimitrijević, *Javna uprava*, Niš 1964, 63; Eugen Pusić, *Upravni sistemi*, Narodne novine, Zagreb 1988, 15-16; E. Pusić (1989) 298.

¹⁸ Vid.: Dragan Milkov, *Upravo pravo*, I, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta, Novi Sad 2013, 64 - b; P. Dimitrijević (1964) 53-55; Ratko Marković, *Upravno pravo*, "Slovo" AD Kraljevo, Beograd 2002, 122; Zoran Tomić, *Opšte upravno pravo*, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2012, 148-153; Charles Debbsch, Frédéric Colin, *Droit Administratif*, Economica, 7-e édition, Paris 2004, 139-148; René Chapus, *Droit administratif général*, I, Monthrestien, 15-e édition, Paris 2001, 219-232.; Jean Waline, *Droit administratif*, Dalloz, 23-e édition, Paris 2010, 66-72, Yves Gaudemet, *Droit administratif*, LGDJ, 19-e édition, Paris 2010, 426-436.

¹⁹ Najpoznatiji zagovornik inokosnog rukovođenja u upravi je Maks Veber (Max Weber), prema kome se "hijerarhija službi i instancioni put, tj. čvrsto uređeni sistem nadređenosti i podređenosti ustanova uz nadziranje nižih od strane viših" može smatrati jednim od osnovnih obeležja birokratsko-monokratske uprave, koja je "sa čisto pravnog stanovišta, onaj vid vršenja vlasti koji može postići najveću efikasnost i koji je u tom značenju formalno najracionalniji". Maks Veber, *Privreda i društvo*, I, Beograd 1976, 175-176.

te odluke, dok se kao prednost inokosnog odlučivanja javlja, pre svega, efikasnije donošenje odluka, jednostavnije, pa samim tim, i ekonomičnije odlučivanje, lakše utvrđivanje odgovornosti za eventualno pogrešno donete odluke itd. Nedostatak kolektivnog rukovođenja, pak, predstavlja uglavnom sve ono što je prednost inokosnog rukovođenja, a tiče se brzine donošenja odluke, ekonomičnosti procesa upravljanja itd, dok je sa nedostacima inokosnog rukovođenja obrnut slučaj, i kao njegovi najčešći nedostaci se javljaju, netransparentnost postupka odlučivanja, mogući niži kvalitet donetih odluka, teže uspostavljanje kontrole pri odlučivanju itd.²⁰

Danas se uprava u Republici Srbiji obrazuje isključivo na inokosnom principu. Svi organi državne uprave, nezavisno od organizacionog oblika (ministarstva, uprave, inspektorati), funkcionišu kao inokosni organi. Identična situacija je i sa organima pokrajinske uprave (pokrajinski sekretarijati), odnosno lokalne uprave (opštinska i gradska uprava). Isti princip rukovođenja u primeni je i kod i drugih mogućih vršioaca upravne delatnosti, poput posebnih organizacija (zavodi, direkcije, sekretarijati, agencije ...), Narodne banke Srbije, javnih preduzeća i javnih ustanova itd.

Uopšte, kolegijalni princip rukovođenja je bio retko zastupljen u našoj upravi. Poslednji takav slučaj je bio sedamdesetih godina prošlog veka, kada su nakon Zakona o osnovama sistema državne uprave i o Saveznom izvršnom veću i saveznim organima uprave iz 1978. godine,²¹ u većini tadašnjih društveno-političkih zajednica bili uvedeni *komiteti* kao kolegijalni organi, i to najpre savezne, a zatim i republičke i pokrajinske uprave.²² Pored njih, kao kolegijalni organi uprave su mogli da se obrazuju još i *saveti* i *odbori*, ali oni nisu zaživeli u praksi.²³

²⁰ Prema Maks Veberu (M. Veber, 175), prednosti inokosnog principa rukovođenja, kao osnovi savremene birokratsko-monokratske uprave, ogledaju se u: preciznosti, brzini, stručnosti, kontinuitetu, diskreciji, jedinstvenosti, strogom podređivanju, uštedi na troškovima, stvarnim i ličnim troškovima. Stoga, on inokosnost smatra idealnim principom rukovođenja u upravi, a kolegijalnost sredstvom slabljenja vlasti. O prednostima i nedostacima kolektivnog i inokosnog rukovođenja u upravi vid.: P. Dimitrijević (1964) 63 i dalje; E. Pusić (1989) 164; E. Pusić (1988) 15-16.

²¹ Zakon o osnovama sistema državne uprave i o Saveznom izvršnom veću i saveznim organima uprave, *Službeni list SFRJ*, br. 23/78, 58/79, 21/82, 18/85, 37/88, 18/89, 40/89, 72/89, 42/90, 44/90, 74/90, 35/91 i *Službeni list SRJ*, br. 1/92, 31/93 i 50/93.

²² Komiteti su imali uglavnom koordinativnu funkciju, koja je trebala da obezbedi neophodno jedinstvo uprave u sprovođenju utvrđene politike. Tako su se, prema navedenom saveznom Zakonu, savezni komiteti formirali za one upravne, stručne i druge poslove kod kojih je trebalo osigurati saradnju, dogovaranje i usklađivanje s odgovarajućim saveznim, republičkim i pokrajinskim organima uprave, i to u onim upravnim oblastima u

Elementi kolektivnog odlučivanja se kod nas danas sreću veoma retko, i to samo kod pojedinih organa, koji nisu vršioci upravne delatnosti, ali koji u vršenju svoje osnovne delatnosti mogu ponekad, supsidijarno, da primenjuju pravila opšteg upravnog postupka. Takav je slučaj, na primer, sa Savetom Državno-revizorske institucije, Odborom Agencije za borbu protiv korupcije, Savetom guvernera Narodne banke Srbije, Republičkom izbornom komisijom itd. Njihova osnovna delatnost, koju samo ponekad vrše prema pravilima opšteg upravnog postupka, ne tiče se nikada upravne delatnosti, stoga ni kolektivni princip rukovođenja kod ovakvih subjekata nema poseban značaj za pitanje odlučivanja u upravnom postupku, kao osnovnog pravno uređenog postupka prema kome se vrši upravna delatnost.

S obzirom na to da se organi uprave danas obrazuju isključivo na inokosnom principu i da ministarstvo predstavlja osnovni, ali ujedno i najvažniji, organizacioni oblik organa državne uprave, već samim Zakonom o državnoj upravi²⁴ i Zakonom o Vladi,²⁵ kao i drugim propisima, poput: Zakona o državnim službenicima,²⁶ Zakona o platama državnih službenika i nameštenika²⁷ itd, navedena su brojna ovlašćenja ministra kao starešine ovog organa državne uprave, koja se u osnovi odnose i na starešine drugih organa uprave. Među njima su ovlašćenja da: predstavlja ministarstvo, donosi sve pravne (opšte i pojedinačne) akte u ministarstvu, organizuje i obezbeđuje zakonito i efikasno obavljanje poslova, odlučuje o pravima, dužnostima i odgovornosti zaposlenih, vrši nadzor i kontrolu nad radom svih zaposlenih lica, odlučuje o raspoređivanju sredstava za zarade, materijalne troškove, posebne namene, opremu i posebne naknade itd. U pogledu upravnog postupka, ministar raspolaže nizom veoma različitih ovlašćenja, koja se tiču, ne samo donošenja (potpisivanja) rešenja, već i odlučivanja o licima ovlašćenim za vođenje upravnog postupka, odlučivanja o izuzeću službenog lica, staranja o stručnom usavršavanju zaposlenih koji rade na rešavanju upravnih stvari, kao i obaveze da u okviru godišnjeg izveštaja

kojima savezna uprava, u pravilu, nije bila ovlašćena na neposredno izvršavanje saveznih zakona i propisa.

²³ Vid.: E. Pusić (1988) 240-241; P. Dimitrijević (1989) 166-167.

²⁴ Zakon o državnoj upravi - ZDU, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 101/2007, 95/2010 i 99/2014.

²⁵ Zakon o Vladi, *Službeni glasnik RS*, br. 55/2005, 71/2005, 101/2007, 65/2008, 16/2011, 68/2012, 72/2012, 7/2014 i 44/2014.

²⁶ Zakon o državnim službenicima - ZDS, *Službeni glasnik RS*, br. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009 i 99/2014.

²⁷ Zakon o platama državnih službenika i nameštenika, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2006, 63/2006, 115/2006, 101/2007, 99/2010, 108/2013 i 99/2014.

o radu, koji se podnose Narodnoj skupštini, obevesti Narodnu skupštinu i o radu na rešavanju u upravnom postupku.²⁸

3. Promena načina odlučivanja u upravnom postupku

Planirana promena u pogledu načina odlučivanja u upravnom postupku se ogleda u tome što bi ubuduće, umesto starešine koji rukovodi organom uprave, ova najvažnija procesna radnja bila u nadležnosti službenog lica koje vodi upravni postupak. Naime, Predlozima Zakona o opštem upravnom postupku iz 2012. i 2013. godine je bilo predviđeno da ovlašćeno službeno lice može, ne samo da vodi upravni postupak, kao do sada, nego i da odlučuje i da preduzima druge radnje u postupku na koje je ovlašćeno.²⁹ Dakle, ubuduće ne bi trebalo da se razlikuje ovlašćenje za vođenje upravnog postupka, od ovlašćenja za odlučivanje. Isto službeno lice bi bilo istovremeno nadležno i za vođenje i za odlučivanje u upravnom postupku.

Danas se u upravnom postupku razlikuju procesne radnje vođenja postupka, za koju je nadležno službeno lice koje, u skladu sa zakonom, ovlasti starešina koji rukovodi organom uprave, od samog odlučivanja, za koje je ovlašćen isključivo starešina organa uprave.³⁰ Ovlašćenje za odlučivanje u upravnom postupku starešine je posledica inokosnog principa rukovođenja u organima uprave. Međutim, bez obzira na to što odlučivanje, kao najvažnija procesna radnja u upravnom postupku, predstavlja isključivo ovlašćenje i dužnost starešine organa uprave, ipak i danas postoji pravna mogućnost da neko službeno lice bude ovlašćeno, ne samo za vođenje upravnog postupka, već i za odlučivanje. Naime, starešina organa uprave svoje ovlašćenje za odlučivanje u upravnom postupku može da prenese, u skladu sa zakonom, na druga lica u organu upravu. U praksi se kao takva lica najčešće javljaju državni sekretar u ministarstvu, odnosno zamenik funkcionera koji rukovodi organom uprave u sastavu ili pomoćnik ministra nadležan za odgovarajući sektor, ali to svakako može da bude i bilo koji državni službenik koji je u skladu sa zakonom ovlašćen za vođenje upravnog postupka, odnosno koji u konkretnom upravnom postupku predstavlja ovlašćeno službeno lice. Jedini zakonski uslovi o kojima starešina organa uprave mora voditi računa prilikom donošenja odluke da

²⁸ Vid.: D. Milkov (2013 – b) 172-176.

²⁹ "Ovlašćeno službeno lice može da vodi postupak, odlučuje i/ili preduzima pojedine radnje u postupku, saglasno ovlašćenjima". Predlog ZUP-a od 18. decembra 2013. godine, čl. 42. st. 2.

³⁰ "Ministar ... donosi propise i rešenja u upravnim i drugim pojedinačnim stvarima i odlučuje o drugim pitanjima iz delokruga ministarstva". ZDU, čl. 23. st. 2. "Direktor rešava u upravnim stvarima iz delokruga organa u sastavu ...". ZDU, čl. 30. st. 2.

neko državnog službenika, pored ovlašćenja na vođenje upravnog postupka, istovremeno ovlasti i za odlučivanje, je da on ima stečeno visoko obrazovanje i položen državni stručni ispit.³¹ Međutim, takva pravna mogućnost, za razliku od Predloga Zakona, zavisi isključivo od volje starešine organa uprave.³²

Bez obzira na aktuelni pravni režim, samo postojanje formalne nadležnosti za odlučivanje u upravom postupku isključivo starešine organa uprave, ne znači istovremeno da on i u praksi stvarno sam odlučuje. U praksi službeno lice koje vodi upravni postupak priprema i nacrt rešenja (odluke), koje pre nego što dođe na potpisivanje pred starešinu organa uprave, po pravilu prolazi prethodnu kontrolu od strane pomoćnika nadležnog za odgovarajući sektor, kao osnovne unutrašnje organizacione jedinice u organima uprave, koji na takvo rešenje stavlja svoj paraf. Na taj način se u praksi uspostavlja svojevrsna prethodna, neformalna, interna kontrola. Pri oceni stvarnog značaja ovakvog vida kontrole rešenja (odluke) koje treba doneti u upravnom postupku treba uzeti u obzir, pre svega, činjenicu da su pomoćnici ministara, po pravilu, stručnija lica od državnih službenika na izvršilačkim radnim mestima koji kao službena lica vode upravni postupak, bar prema uslovima koji se formalno traže za postavljenje na položaj.³³

Promena pravila o načinu odlučivanja u upravnom postupku bi mogla kao pozitivan efekat da ima povećanje stepena profesionalizacije državne uprave, kao i njenu dodatnu depolitizaciju, koji predstavljaju neke od osnovnih principa na kojima je planirana reforma državne uprave u Republici Srbiji, i to u svim strateškim dokumentima usvojenim u poslednjih deset godina.³⁴ Naime, stavljanjem u nadležnost službenih lica koja

³¹ ZDU, čl. 84. st. 2 i 3.

³² S obzirom na to da Zakon o državnoj upravi ne poznaje nikakvo generalno ovlašćenje državnog službenika koji vodi upravni postupak da može u njemu i da odlučuje, već je to uvek ovlašćenje starešine koji rukovodi organom uprave (čl. 23. st. 2. i čl. 30. st. 2), moglo bi se reći da je uvođenje takvog pravila Zakonom o opštem upravnom postupku u suprotnosti sa Zakonom o državnoj upravi, koji je osnovni sistemskim pravni propis u ovoj oblasti.

³³ Za izbor pomoćnika ministra se kao zakonski uslov, pored visoke stručne spreme, traži još i najmanje devet godina radnog iskustva u struci, što nije uvek slučaj sa svim državnim službenicima, koja mogu biti ovlašćena službena lica u upravnom postupku. ZDS, čl. 45. st. 2.

³⁴ Vid.: *Strategija reforme državne uprave za period 2004-2009*, Vlada Republike Srbije, Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu, Beograd novembar 2004; *Strategija reforme državne uprave za period 2009-2013*; Vlada Republike Srbije, Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu, Beograd oktobar 2009; *Strategija reforme javne uprave za period od 2014-2016. godine*; Vlada Republike Srbije, Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu, Beograd avgust 2014.

vode upravni postupak istovremeno i prava na odlučivanje, kao najvažnije procesne radnje u upravnom postupku, dodatno bi se mogao povećati stepen njihove zakonom garantovane samostalnosti. Istovremeno, u značajnoj meri bi se mogao umanjiti i uticaj vanpravnih (političkih) činilaca, koji mogu da budu od značaja za odlučivanje u upravnim postupcima u situaciji kada se tako važna procesna radnja nalazi isključivo u nadležnosti lica koje na funkciju u upravi dolaze prvenstveno zahvaljujući političkim kvalifikacijama. Time bi mogli biti stvoreni važni pravni uslovi za preuzimanje pune lične odgovornosti državnih službenika za sve radnje preduzete u upravnom postupku u svojstvu ovlašćenog službenog lica, što danas nije slučaj, a predstavlja jedan od osnovnih pravnih problema u ostvarivanju sistema odgovornosti uprave za zakonitost njenog rada. Međutim, prilikom planiranja svih pravnih mogućnosti za dalju profesionalizaciju i depolitizaciju državne uprave, kojima bi mogla da posluži i navedena izmena pravila o odlučivanju u upravnom postupku, trebalo bi uzeti u obzir da još uvek pravnim propisima predviđen stepen depolitizacije i profesionalizacije državne uprave kod nas nije ostvaren ni na približno propisanom nivou. Uprkos izričitim zakonskim odredbama, koje su u najvećem delu u potpunosti u skladu sa međunarodnim standardima, mnogi problemi u ovom procesu se i dalje javljaju, i to ne samo u pogledu postupka regrutovanja državnih službenika, već i kretanja u karijeri.³⁵

Pored profesionalizacije i depolitizacije vršenja upravne delatnosti, kao moguće prednosti uvođenje pravila o odlučivanju u upravnom postupku od strane službenog lica koje vodi postupak, u literaturi se navode još i: jačanje želje za stručnim usavršavanjem kod službenika, stvaranje uslova za predvidljivije delovanje uprave i učvršćivanje legitimnih očekivanja građana, smanjenje korupcije itd.³⁶

Osnovni problem za realizaciju ideje o promeni načina odlučivanja u upravnom postupku, koja je planirana novim Zakonom o opštem upravnom postupku, međutim, predstavlja činjenica da je danas celokupan pravni položaj državnih službenika zasnovan na inokosnom principu rukovođenja. Naime, gotovo svi elementi njihovog pravnog položaja, počev od prijema u službu, preko odlučivanja o pravima i dužnostima, ocenjivanja, napredovanja, stručnog usavršavanja, pa sve do pitanja pravne zaštite i ostvarivanja odgovornosti, u većoj ili manjoj meri, zavise od volje starešine organa uprave. Tako na primer, odlukom starešine organa uprave se

³⁵ Vid.: Zoran Lončar, „Depolitizacija i profesionalizacija uprave u Republici Srbiji“, *Zbornik radova PFNS* 4/2013, 185-202 – g.

³⁶ Vid.: Ivan Koprić, „Zakon o općem upravnom postupku i tehnološko unapređenje uprave“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* (Zbornik radova PFNS) LVII/2011, 63.

uvek vrši prijem državnog službenika u radni odnos, nezavisno od toga da li se prima na osnovu javnog ili internog konkursa, ili po osnovu premeštaja unutar istog organa državne uprave ili po osnovu sporazuma o preuzimanju itd.³⁷ Takođe, odlukom starešine se vrši i raspoređivanje državnih službenika na sva izvršilačka radna mesta u organu uprave,³⁸ odlučuje o privremenom radu državnog službenika na poslovima koji nisu u opisu njegovog radnog mesta, kao i o radu na nižem radnom mestu,³⁹ daje saglasnost za dodatni rad državnog službenika,⁴⁰ ali i odlučuje o njihovom redovnom ili vanrednom ocenjivanju,⁴¹ o vrsti i načinu napredovanja,⁴² o trajnom ili privremenom premeštaju u okviru istog ili drugog državnog organa,⁴³ o sadržini Programa opšteg stručnog usavršavanja i o upućivanju državnog službenika na stručno usavršavanje,⁴⁴ kao i o njihovom dodatnom obrazovanju.⁴⁵ Isto tako, odlukom starešine organa uprave se odlučuje o pokretanju postupka disciplinske odgovornosti državnih službenika i izriču se sankcije,⁴⁶ odlučuje o materijalnoj odgovornosti državnog službenika, odnosno odgovornosti za štetu koju državni službenik na radu ili u vezi s radom namerno ili iz krajnje nepažnje prouzrokuje državnom organu ili trećem licu,⁴⁷ o prestanku radnog odnosa državnog službenika,⁴⁸ kao i o svim pravima i dužnostima državnih službenika.⁴⁹ Na kraju, od odluke starešine koji rukovodi organom uprave zavisi i samo ovlašćenje državnih službenika za vođenje upravnog postupka,⁵⁰ bez koga nijedno lice, nezavisno od rešenja budućeg Zakona o opštem upravnom postupku, ne može da dođe u situaciju da odlučuje u upravnom postupku.⁵¹

³⁷ ZDU, čl. 47, 49, 52 i 57.

³⁸ ZDS, čl. 49.

³⁹ ZDS, čl. 20 i 21.

⁴⁰ ZDS, čl. 26 i 27.

⁴¹ ZDS, čl. 84.

⁴² ZDS, čl. 88.

⁴³ ZDS, čl. 90-95.

⁴⁴ ZDS, čl. 96-97.

⁴⁵ ZDS, čl. 98-99.

⁴⁶ ZDS, čl. 112-113.

⁴⁷ ZDS, čl. 121-124.

⁴⁸ ZDS, čl. 126-132.

⁴⁹ ZDS, čl. 140.

⁵⁰ ZDS, čl. 84. st. 3 i 4.

⁵¹ Upravo takvo ovlašćenje, ako se ostane pri zamisli o promeni pravila o načinu odlučivanja u budućem Zakonu, otvara mogućnost starešinama organa uprave da pažljivim izborom lica koja će u skladu sa zakonskim uslovima ovlastiti da vode upravni postupak, unapred obezbede i donošenje odgovarajuće odluke, a bez direktne lične odgovornosti. Time se pod vidom dodatne profesionalizacije uprave može faktički stvoriti potpuno

Prilikom promene pravila o načinu odlučivanja u upravnom postupku dodatni problem se može javiti na pokrajinskom i lokalnom nivou organizacije uprave, gde danas još uvek ne postoji posebno izgrađen službenički sistem, već se na sve zaposlene u organima pokrajinske i lokalne uprave i dalje primenjuje Zakon o radnim odnosima u državnim organima iz 1992. godine,⁵² prema kome je stav starešine organa od odlučujućeg značaja za gotovo sva pitanja njihovog pravnog položaja, počev od prijema u radni odnos, koji se vrši bez ikakve konkursne procedure, raspoređivanja na radno mesto, napredovanja u službi, nagrađivanja, ostvarivanja odgovornosti, zaštite prava itd.⁵³ U takvoj pravnoj poziciji pokrajinskih i lokalnih službenika, izlišno je uopšte govoriti o bilo kakvoj njihovoj značajnijoj samostalnosti u odnosu na starešinu organa pokrajinske ili lokalne uprave prilikom eventualnog rešavanja u upravnim stvarima.

Nameri povećavanja nivoa profesionalizacije državne uprave kroz uvođenje pravila o odlučivanju ovlašćenog službenog lica u upravnom postupku, kao osnovnog pravila, a ne samo mogućnosti, ne idu u prilog ni pojedina rešenja važećih propisa u pogledu vrste stručnih znanja koja se danas formalno traže od državnih službenika, kao jednog od uslova da bi uopšte mogli da budu ovlašćena službena lica u upravnom postupku. Naime, Zakonom o državnoj upravi (čl. 84) se od državnih službenika traži da pored odgovarajuće (visoke) stručne spremlje,⁵⁴ imaju obavezno i položen državni stručni ispit. Međutim, od 2009. godine su iz programa ovog ispita izostavljena znanja koja su vezana za upravni postupak.⁵⁵ Od tada kandidati sa visokim obrazovanjem na ovom ispitu polažu samo predmete Ustavno uređenje, Osnovni sistema EU, Osnovi sistema državne uprave, Radno zakonodavstvo i Kancelarijsko poslovanje, ali ne više i upravi postupak. Dakle, od kandidata se na ovom ispitu traži da poznaje, na primer,

suprotni efekat. Umesto pune samostalnosti službenog lica u vođenju i rešavanju predmeta u upravnom postupku, može se javiti dodatni pritisak na službena lica za uspunjavanje naloga starešina, uz istovremeno njihovo izuzimanje od odgovornosti za eventualne nezakonito donete odluke.

⁵² Zakon o radnim odnosima u državnim organima, *Službeni glasnik RS*, br. 48/1991, 66/1991, 44/1998, 49/1999, 34/2001, 39/2002, 79/2005, 81/2005, 83/2005 i 23/2013.

⁵³ Vid.: Zoran Lončar, "Pravni položaj pokrajinskih službenika", *Radno i socijalno pravo* 1/2012, 145-165.

⁵⁴ U prelaznom periodu primene Zakona o državnoj upravi, koji je trajao do 2010. godine, ovlašćeno službeno lice je moglo da ima i visoku školsku spremu (čl. 92), a od tada mora da ima isključivo visoko obrazovanje, i to stečeno na osnovnim akademskim studijama u obimu od najmanje 180 ESPB boda ili osnovnim strukovnim studijama, odnosno na studijama u trajanju do tri godine (čl. 84. st. 2.).

⁵⁵ Uredba o programu i načinu polaganja državnog stručnog ispita, *Službeni glasnik RS*, br. 16/2009 i 84/2014, čl. 6.

organizaciju pravosuđa ili organizaciju i funkcionisanje Evropske Unije, a pri tome ne mora uopšte da zna i pravila upravnog postupka u Republici Srbiji, za čije vođenje je Zakonom o državnoj upravi, kao osnovnim sistemskim propisom u oblasti državne uprave, upravo i propisano da službeno lice u upravnom postupku mora da ima položen državni stručni ispit.

Kao direktan uzor ideji o promeni načina odlučivanja u upravnom postupku pri izradu Predloga Zakona poslužio je novi hrvatski Zakon o općem upravnom postupku iz 2009. godine,⁵⁶ kao što je to uostalom bio slučaj i sa većinom drugih planiranih novina.⁵⁷ Naime, u Hrvatskoj je danas osnovno pravilo da u upravnom postupku odlučuje službeno lice kome je u opisu poslova vođenje postupka ili rešavanje u upravnim stvarima, saglasno propisima o organizaciji javnopravnih tela (čl. 23. st. 1.). Da bi neko lice moglo da rešava u upravnim stvarima mora da ima odgovarajuću stručnu spremu, potrebno radno iskustvo i položen državni stručni ispit (čl. 23. st. 2). Međutim, hrvatski je Zakon ipak zadržao i mogućnost da u upravnom postupku odlučuje starešina organa, i to uvek u slučaju ako nema osobe ovlašćene za rešavanje o upravnoj stvari (čl. 23. st. 3.),⁵⁸ što bi po prirodi stvari trebalo da znači uvek kada se pojavi neko radno mesto, na kome je aktom o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mesta predviđeno rešavanje u upravnim stvarima, a da na njemu nije raspoređen nijedan službenik. Time je osnovno pravilo o generalnoj nadležnosti službenih lica za odlučivanje u upravnim stvarima značajno relativizovano i ova vrsta nadležnosti službenika indirektno dovedena u zavisnost od volje starešine koji rukovodi organom uprave. Ako starešina ne želi da u nekim, za njega možda važnim, upravnim stvarima odlučuju pojedini državni službenici, on može određeno radno mesto jednostavno da ne popuni, i time formalno stvori pravni osnov da sam donosi rešenja u takvim upravnim stvarima.⁵⁹

⁵⁶ Zakon o općem upravnom postupku - ZUPHR, *Narodne novine*, br. 47/2009.

⁵⁷ Vid.: D. Milkov (2013-a) 88 i 94; Z. Lončar (2013-v) 322, 324 i 331-332.

⁵⁸ "Ako u javnopravnom tijelu nema osobe ovlašćene za rješavanje o upravnoj stvari, riješenje donosi čelnik tijela". ZUPHR, čl. 23. st. 3.

⁵⁹ Bez obzira na to što je možda namera zakonodavca pri normiranju ovakvog ovlašćenja starešine organa uprave bila da se obezbedi rezervno pravilo samo za slučaj da u nekom organu uprave na određenom radnom mestu u datom trenutku ne postoji stručno lice koje bi moglo da rešava u određenim upravnim stvarima, pa se stoga takvo ovlašćenje zakonom direktno prenosi na starešinu organa, o čemu inače postoji stav u hrvatskoj pravnoj teoriji (Vid.: I. Koprić, 63.), ipak se može opravdanim postaviti pitanje, ko će u tom slučaju voditi upravni postupak, s obzirom na to da u praksi neko lice koje je ovlašćeno na vođenje upravnog postupka istovremeno i odlučuje u postupku. Zakon je pružio rešenje samo za slučaj da se u nekom organu

Veoma slična situacija je i sa nedavno donetim novim Zakonom o upravnom postupku Crne Gore iz decembra 2014. godine,⁶⁰ koji je takođe izrađen po modelu hrvatskog Zakona. Njime je vođenje upravnog postupka i donošenje rešenja predviđeno kao nadležnost službenog lica, koja se određuje aktom o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji organa uprave. Jedino u slučaju ako u nekom organu uprave nije određeno (raspoređeno) ovlašćeno službeno lice, rešenje u upravnom postupku će doneti starešina organa (čl. 46. st. 2), a upravni postupak će voditi službeno lice koje ovlašti starešina (čl. 46. st. 3.), što predstavlja nešto bolje rešenje od hrvatskog zakona.

4. Završne napomene

Nesumnjivo da odlučivanje u upravnim stvarima od strane službenog lica koji vodi upravni postupak može da ima određene prednosti u odnosu na odlučivanje od strane starešine koji rukovodi organom uprave. One posebno mogu da dođu do izražaja u visoko depolitizovanim i profesionalizovanim upravnim sistemima, kojima bi, u osnovi, svaka savremena država trebala da stremi. Međutim, u Republici Srbiji sa ovakvim stanjem državne, a zatim i pokrajinske i lokalne uprave, u kojima proces reformi zasnovan na osnovnim principima na kojima funkcionišu savremene uprave još uvek nije završen, a u pogledu pojedinih procesa, poput depolitizacije, gotovo je potpuno zaustavljen, promena načina odlučivanja u upravnom postupku, sa starešine organa na službeno lice koje vodi upravni postupak, na način kako je bilo planirano odredbama donedavno aktuelnog Predloga Zakona o opštem upravnom postupku, mogla bi da ima sasvim suprotan efekat. Umesto dodatne profesionalizacije uprave i povećanja kvaliteta vršenja upravne delatnosti, moglo bi da dođe do pojave prebacivanja odgovornosti sa starešina organa uprave na državne službenike koji vode upravne postupke. Starešine organa bi mogli da postanu formalno pravno neodgovorni za vršenja upravne delatnosti, koja predstavlja osnovnu delatnost organa uprave kojim rukovode, a pri tome bi i dalje ostali podjednako politički uticajni, sa nizom ovlašćenja u pogledu pravnog statusa državnih službenika. Zahvaljujući takvom pravnom polo-

uprave razlikuje radno mesto za vođenje upravnog postupka od radnog mesta za rešavanje u upravnim stvarima. Izlišno je uopšte očekivati od starešine organa uprave, kao formalnog nosioca celokupne nadležnosti organa, da može pored samog rešavanja u upravnoj stvari, koje se praktično svodi samo na potpisivanje rešenja prethodno već pripremljenog u upravnom postupku, da preduzima i sve druge procesne radnje, na svim radnim mestima na kojima ne postoji službeno lice raspoređeno za vođenje upravnog postupka.

⁶⁰ Zakon o upravnom postupku, *Službeni list CG*, br. 56/2014.

žaju, bili bi u prilici da ostvare gotovo svaki zahtev, na zakonit ili nezakonit način. Državni službenici bi, pak, kao ovlašćena službena lica u upravnom postupku, dobili samo formalno nadležnost za samostalno odlučivanje u svim upravnim stvarima, ali bi postali potpuno pravno odgovorni za zakonitost vršenja upravne delatnosti, dok bi njihov pravni položaj i dalje zavisio od starešine organa uprave. Da bi ovakva novina u našem pravnom sistemu mogla da ima pozitivne efekte neophodno je stvoriti, najpre sve pravne, a zatim i faktičke pretpostavke, na kojima danas funkcionišu visoko depolitizovani i profesionalizovani upravni sistemi, od kojih Republiku Srbiju, u ovom momentu, čini nam se, dele još godine doslednog sprovođenja započetih reformi.

Ako se ovakva novina želi već danas uvesti u naš pravni sistem, onda je nikako ne bi trebalo uvoditi procesnim propisom, kakav je Zakon o opštem upravnom postupku, a pogotovo ne na način koji je u suprotnosti sa osnovnim pravilom o odlučivanju u upravnim stvarima, predviđenim Zakonom o državnoj upravi, kao osnovnim sistemskim pravnim propisom u ovoj oblasti, sa kojim bi svi drugi pravni propisi morali da budu u saglasnosti. Pre unošenja pravila o odlučivanju ovlašćenog službenog lica u upravnim stvarima u sam Zakon o opštem upravnom postupku, na odgovarajući način bi trebalo izmeniti, najpre Zakon o državnoj upravi, a onda i Zakon o državnim službenicima, kao osnovni službenički statusni propis, i to u delu o odgovornosti službenika i napredovanja u službeničkoj karijeri, kako bi se ona učinila manje zavisnom od volje starešine i ostalih funkcionera organa uprave (državnih službenika na položaju).

Umesto planirane promene načina odlučivanja u upravnom postupku, čini nam se da bi bilo mnogo celishodnije kada bi se, bar dok se ne stvore svi faktički uslovi da celokupna uprava postane stvarno depolitizovana, išlo postepeno, korak po korak. Umesto potpune izmene pravila o odlučivanju, kako je bilo predviđeno Predlogom Zakona o opštem upravnom postupku, moglo bi se uvesti pravilo o supotpisu, odnosno zajedničkom potpisivanju rešenja koja se donose u upravnim stvarima od strane ovlašćenog službenog lica koje vodi upravni postupak i starešine organa uprave ili lica koje on ovlasti. Uvođenjem ovakve međusobne kontrole praktično bi se formalizovali odnosi koji već postoje unutar većine organa uprave pri rešavanju upravnih stvari, uspostavljeni neformalnim pravilom o parafiranju rešenja pre potpisivanja od strane starešine organa. Ali, što je mnogo važnije, stvorio bi se konačno i pravni osnov za odgovornost državnih službenika, koji kao ovlašćena službena lica vode celokupni upravni postupak, u okviru koga pripremaju i sam nacrt rešenja, a koje na kraju starešina organa svojim potpisom najčešće samo overava, i time formalno preuzima svu odgovornost za njegovu zakonitost. Uvođenje

pravila o odgovornosti za zakonitost vršenja upravne delatnosti istovremeno i ovlašćenih službenih lica koji vode upravne postupke, a ne samo starešina koje rukovode organom uprave, mogao bi se dodatno unaprediti sistem odgovornosti uprave i značajno podići nivo zakonitosti vršenja upravne delatnosti, s obzirom na to da se u praksi pokazalo da pravilo o obavezi državnih službenika o odbijanju izvršenja nezakonitog naloga pretpostavljenog lica, propisanog Zakonom o državnim službenicima (čl. 18), ne daje gotovo nikakve značajnije rezultate. Nakon skoro pune decenije primene ovog Zakona gotovo da nije zabeležen niti jedan slučaj odbijanja izvršenja nezakonito izdatog nalog ponovljenog u pisanoj formi i obaveštavanja o tome neposredno višeg pretpostavljenog lica.

U slučaju da se pri pripremi teksta budućeg Zakona o opštem upravnom postupku, ipak ostane pri nameri o promeni pravila o odlučivanju u upravnom postupku na način na koji je to do sada planirano, neophodno bi bilo na adekvatan način pravno rešiti, ne samo pitanje načina odlučivanja u upravnom postupku kroz formalnu izmenu jedne zakonske odredbe, već i niz drugih pitanja koja se u tom slučaju mogu postaviti, kao što su: način ujednačavanje upravne prakse, radi izbegavanja različitog postupanja od strane istog organa uprave u sličnim upravnim stvarima; drugačijeg načina rešavanja po žalbi u slučaju prvostepenih rešenja donetih od strane samostalnog organa uprave, pošto bi se u tom slučaju dvostепенost u odlučivanju mogla obezbediti unutar organa, drugačijih pravila o sprečavanju sukoba interesa kod državnih službenika koji bi mogli biti ovlašćena službena lica u upravnom postupku, radi sprečavanja pojave korupcije itd. Sva ta pitanja je neophodno rešiti pre uvođenja novog pravila da u upravnom postupku umesto starešine koji rukovodi organom uprave, odlučuje službeno lice koje vodi upravni postupak. Svako drugačije postupanja pri normiranju ovog pravila bi bilo pravno naopako, a u praksi takva novina ne bi dala rezultate, koje bi objektivno mogla da ima.

Zoran J. Lončar, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

Decision-Making in Administrative Proceeding

Abstract: *Administrative decision-making by official who conducting the administrative procedure may have a number of advantages over the decision-making by the senior official which manages by the administrative authority. However, to make that such a novelty have positive effects, it is necessary, next to the amendments to the Law on Administrative Procedure, to create a number of legal and factual assumptions, on whom are based highly politicized and professionalised administrative systems today. In order to create the legal conditions for the introduction of innovations in administrative proceedings in the Republic of Serbia, it is necessary to appropriately modify, firstly certain provisions of the Law on Public Administration, as the basic systemic regulation in this area, and then the Law on Civil Servants, as the basic status regulation, so the civil servant career become less dependent on the will of officials who manage by the administrative authorities. Also, it is essential to solve a number of other issues on a proper legal way, such as way of harmonizing administrative practice within the same administrative authority, a way of solving the appeals in the case of first instance decisions made by independent administrative authority, different rules for conflict of interest with the state officers who may be authorized officials in administrative proceedings, etc.*

Key words: *administrative authorities, administrative proceedings, administrative decision-making, official, management of administrative authorities.*

Datum prijema rada: 18.02.2015.

*Dr Atila I. Dudaš, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
a.dudas@pf.uns.ac.rs*

NASTANAK I RAZVOJ IDEJE O RASKIDANJU ILI IZMENI UGOVORA ZBOG PROMENJENIH OKOLNOSTI*

Sažetak: *U radu se daje prikaz razvoja ideje o potrebi omogućavanja raskidanja ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti, počev od rimskog do savremenog prava, s posebnim naglaskom na razvoj doktrinarnih shvatanja i njihovog uticaja na uobličavanje pravnog instituta u zakonodavstvu ili sudskoj praksi evropskih zemalja. Institut promenjenih okolnosti omogućava raskidanje ili izmenu ugovora u situaciji kada ispunjenje ugovorne obaveze nije nemoguće, ali bi iziskivalo nesrazmerne troškove ili bi bilo necelishodno, te predstavlja jedan od najmarkantnijih izuzetaka od načela pacta sunt servanda. Spada u red malobrojnih pravnih instituta za koje se ne može tvrditi da svoje neposredno izvoriste imaju u rimsko-pravnoj zaostavštini. U delima istaknutih rimskih pravnika samo se sporadično pominje. Za razliku od pravne nauke, rimska filozofija je bila znatno naklonjenija teoriji promenjenih okolnosti o čemu svedoče dela Cicerona i Seneke.*

*U razvijenom srednjem veku najveći doprinos razvoju teorije promenjenih okolnosti dali su kanonisti i, naročito, postglosatori. Škola postglosatora je promenjene okolnosti smatrala opštim institutom, koji se prećutno podrazumeva u svakoj izjavi volje kojom se stvaraju obaveze. Ideje postglosatora su izvršile snažan uticaj na dalji razvoj doktrine, o čemu najbolje svedoči i sam naziv instituta, *clausula rebus sic stantibus*, opšte usvojen u doktrini, koji potiče od njih.*

Posle škole postglosatora sledi period do kraja XVIII veka u kojem dalje vlada interesovanje u nauci za teoriju promenjenih okolnosti, ali se

* Članak je nastao kao rezultat rada na naučnoistraživačkom projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu pod nazivom *Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)*.

pod uticajem škole prirodnog prava artikulišu restriktivniji stavovi, pre svega u nemačkoj doktrini. U ovom periodu postaje dominantan stav da klauzula rebus sic stantibus ne bi trebalo pretpostavljati u svakom ugovoru, već bi se primenjivala izuzetno, pod tačno određenim uslovima. Prvi građanski zakonici, bavarski, pruski i austrijski uređuju promenjene okolnosti, na način i sadržini koji su u skladu sa ovim doktrinarnim shvaćanjima.

U XIX veku se pravna nauka gotovo u potpunosti okreće od teorije promenjenih okolnosti, što se može pripisati posledici tadašnjem nepriko-snovenom primatu načela pacta sunt servanda. S tim u skladu, ni najznačajniji zakonici iz tog perioda, kao što su francuski, a kasnije nemački i švajcarski, nisu uredili promenjene okolnosti u vidu opšteg pravnog instituta.

Do priznavanja instituta promenjenih okolnosti postepeno dolazi u sudskoj praksi posle Prvog svetskog rata, dok period od Drugog svetskog rata obeležava tendencija njegovog zakonskog uređivanja. U sve brojniju grupu zemalja u kojima je u drugoj polovini XX veka klauzula rebus sic stantibus postala zakonski institut spada i nekadašnja SFRJ, odnosno Republika Srbija, i ostale države koje su bile u sastavu bivše zajedničke savezne države.

Ključne reči: promenjene okolnosti, raskidanje ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti, clausula rebus sic stantibus

1. Uvodne napomene

Pravila ugovornog prava o obavezujućem dejstvu ugovora i mogućnosti prestanka takvog dejstva bez ispunjenja obaveza ugovornih strana (i bez nastupanja odgovornosti za neispunjenje obaveze) gravitiraju između dve koordinate. Jednu krajnost predstavlja drevno pravilo *pacta sunt servanda*, koje nalaže obavezujuće dejstvo ugovornih odredaba, tj. ugovor strane obavezuje kao zakon, dok drugu mogućnost raskidanja¹ ili izmene ugovora zbog naknadne promene okolnosti koje ispunjenje ne čine nemogućim, već neracionalnim, i čiju promenu strane u momentu zaključenja ugovora nisu mogle predvideti. Ovo drugo načelo se tradicionalno označava sintagmom *clausula rebus sic stantibus*², koju su stvorili postglosatori.³

¹ U domaćoj doktrini se za raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti upotrebljava glagolska imenica „raskidanje“ umesto „raskida“, čime se želi naglasiti veća uloga suda u ovom slučaju za razliku od ostalih slučajeva raskida ugovora. Vid. Marko Đurđević, *Raskidanje ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti*, magistarski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Beograd, 1994, 25.

² U doslovnom prevodu „ako stvari ostane kakve su“.

U strogom tumačenju, načelo *pacta sunt servanda* znači da je svaka strana dužna da ispunji svoje obaveze bez obzira na naknadnu promenu okolnosti koje su strane imale ili mogle imati u vidu, kada su zasnovale ugovorne obligacije. Tako, ovo načelo izražava koncept ugovora koji nje-nu svrhu vidi u alokaciji između strana rizika od nastupanja nepredviđenih okolnosti, koje ispunjenje obaveza čine necelishodnim, isključivo na način i u srazmeri kako su strane ugovorom utvrdile.⁴

Ovakvo strogo poimanje načela *pacta sunt servanda*, odnosno ugovorne alokacije rizika bilo bi vrlo nepravično, tj. ne sme da ima apsolutno važenje. Stoga, neophodno je da se u nekom obliku omogućiti raskid ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti, ako ih strane nisu mogle predvideti u momentu zaključenja ugovora, koje ispunjenje ugovora čine necelishodnim. Tom cilju služi ustanova raskidanja ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti. Ona zapravo znači najznačajniji udarac po načelo *pacta sunt servanda*⁵, jer omogućava ukidanje, ograničenje ili promenu pravnog dejstva ugovoru koji u momentu kada je nastao nije imao nikakav nedostatak.

U literaturi se uobičajeno ističe da je teorija o raskidanju ili izmeni ugovora zbog promenjenih okolnosti uobličena u opšti pravni institut u prvoj polovini XX veka, pri čemu se kao preciznije vreme njegovog nastanka simbolično uzima čuvena odluka francuskog Državnog saveta iz 1916. godine u slučaju *Gaz de Bordeaux*.⁶ Ovakav pristup je ispravan, jer zaista do kraja XIX, odnosno početka XX veka se o promenjenim okolnostima ne može govoriti kao pravnom institutu koji bi imao opštu primenu u većini evropskih pravnih poredaka. On, međutim, nosi u sebi opasnost da se stavi u drugi plan viševjekovni razvoj ove ustanove, koji je bio neophodan da klauzula *rebus sic stantibus* postane opšteprihvaćeni institut, sa sadržinom i dejstvom u kojem je danas poznajemo.

³ Vid. Đorđe Čobeljić, *Promenjene okolnosti u privrednom i građanskom pravu (clausula rebus sic stantibus)*, Savremena administracija – Beograd, 1972, 11.

⁴ Vid. Guenter Treitel, *Frustration and Force Majeure*, 3rd edition, Sweet & Maxwell – London, 2014, 1.

⁵ Vid. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Oxford University Press – Oxford, 1996, 579.

⁶ Vid. na primer Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, šesto izdanje, Službeni list SFRJ, Beograd 1986, 425-426.; Jožef Salma, *Obligaciono pravo*, šesto izdanje (reprint), Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 2009, 378-379.; Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, sedmo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu - Centar za izdavaštvo i informacije, Beograd 2012, 414-415.; Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, osmo izdanje, Nomos, Beograd 2008, 162.; Živorimir Đorđević, Vladan Stanković, *Obligaciono pravo*, peto izdanje, Naučna knjiga, Beograd 1987, 281. itd.

U ovom radu se daje prikaz razvoja ideje o potrebi omogućavanja raskida ili izmene ugovora zbog promjenjenih okolnosti, počev od rimskog do savremenog, evropsko-kontinentalnog prava, s glavnim naglaskom na razvoj doktrinarnih shvatanja i njihovog uticaja na uobličavanje pravnog instituta u zakonodavstvu ili u sudskoj praksi evropskih zemalja.

2. Uticaj promjenjenih okolnosti na ispunjenje ugovornih obaveza u rimskom pravu i rimskoj pravnoj filozofiji

Rimsko pravo nije poznavalo opšti institut raskidanja ili izmene ugovora zbog promjenjenih okolnosti.⁷ Na postojanje pojedinačnih pravila, prema kojima su se promjenjene okolnosti uzimale u obzir, ukazuju pojedini stavovi istaknutih pravnika, ali se čini nespornim da promjenjene okolnosti, kao opšti institut ugovornog prava, u smislu da se zbog ekonomske necelishodnosti ili otežanog ispunjenja obaveze ugovor raskida ili menja, nije postojao u rimskom pravu.⁸ Promjenjene okolnosti su u rimskom pravu dobijale pravni značaj ako su dovele do potpune nemogućnosti ispunjenja obaveze, a ne samo do njene necelishodnosti.⁹ Tada je obligacija, odnosno i ugovor, ako se radilo o neskrivljenoj nemogućnosti ispunjenja, prestajala zbog nemogućnosti, prema načelu *impossibilum nulla obligatio est*.¹⁰

Pojedinačni stavovi istaknutih pravnika u kojima se mogu identifikovati konture teorije promjenjenih okolnosti ostale su na periferiji interesovanja pravne nauke.¹¹ Tako, tragovi teorije o promjenjenim okolnostima mogu se identifikovati kod Paula (*Paulus*), Marcela (*Marcellus*) i Afrikana (*Africanus*). Paul ističe da u tumačenju ugovora treba imati u vidu vreme kada je zaključen. Međutim, smatra da bi obligacija ipak trebalo da ostane na snazi, ako kasnije nastupi slučaj koji se protivi njenom nastanku i postojanju.¹² Marcel odlučnije zauzima stav u prilog pravne relevantnosti promjenjenih okolnosti. U kontekstu uslovnih stipulacija i mogućnosti njihovog raskidanja, smatra da bi ugovorne obaveze trebalo da prestanu, ako nastupe takve okolnosti u kojima uopšte ne bi bile zasnovane.¹³ Najzad, Afrikan u kontekstu pravila o mogućnosti ispunjenja obaveze poveriocu ili trećem licu, isključuje ispunjenje trećem licu, ako treće lice pretrpi promenu ličnog

⁷ Vid. R. Zimmerman, 579.

⁸ Vid. Đ. Čobeljić, 8.

⁹ Vid. M. Đurđević, 28.

¹⁰ Vid. S. Perović, 424.

¹¹ Vid. M. Đurđević, str. 27.

¹² Digesta L. 17. Navedeno i tumačenje prema Đ. Čobeljić, 8.

¹³ Digesta XIV, 1, De verb. oblig. fr. 140. Navedeno i tumačenje prema Đ. Čobeljić, 8.

statusa koja ga onemogućava u prijemu ispunjenja, bez obzira na to da li su takvu moguću promenu okolnosti strane izričito predvidele u svom ugovoru. Smatra da se podrazumeva da stipulacija sadrži prećutnu odredbu da se ispunjenje može izvršiti trećem licu, samo ako se ne promeni okolnost u vezi sa njegovom sposobnošću da primi ispunjenje.¹⁴

Kao razlog slabog interesovanja rimske pravne nauke da razvije opšti institut raskidanja ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti, u domaćoj doktrini se ističu uglavnom dva. S jedne strane, Čobeljić smatra da se taj razlog identifikuje u pretežnoj prirodnoj prirodi privrednih odnosa u Rimu.¹⁵ S druge strane, Krulj ističe da su u Rimu poslovni odnosi, odnosno povezanost između privrednika, bili rudimentarni, te dugoročna poslovna povezanost u današnjem smislu nije postojala. U takvim okolnostima nepravda koju bi promenjene okolnosti mogle da prouzrokuju u ugovornim odnosima nisu bile masovna pojava na koju je pravni poredak trebalo da reaguje.¹⁶ Kritiku ovih stavova nalazimo kod Đurđevića, koji smatra da su polazne pretpostavke na kojima se oni zasnivaju samo delimično tačne.¹⁷ Najpre, netačno je privredu Rima tokom celog perioda postojanja označiti prirodnom. Ona jeste bila prirodna u početku, ali je u razvijenoj fazi (kada se razvija i pravna nauka – napomena autora) ona bila pretežnim delom robno-novčana, koju su karakterisali dugoročni ugovorni odnosi između privrednih subjekata.¹⁸ Zatim, čak i ako se prihvati teza da rimsko pravo zbog prirodnog karaktera privrede nije uspelo da razvije teoriju promenjenih okolnosti, kako onda objasniti da se ona razvila u srednjem veku, u uslovima prirodne privrede koja je bila na nižem stepenu razvoja od onog postignutog u Rimu.¹⁹ Đurđević, stoga, razlog zbog kojeg teorija promenjenih okolnosti nije razvijena u rimskom pravu vidi na drugoj strani. Ističe, i sa njegovim stavom se možemo složiti, da je koncept ugovora u rimskom pravu podrazumevao strogu obavezujuću snagu između strana, koja je bez ispunjenja mogla da prestane samo u strogo određenom krugu slučajeva koji su se ticali nemogućnosti ispunjenja.²⁰ U početku svog razvoja, ugovorne obaveze su u rimskom pra-

¹⁴ Digesta XLVI, 3, De solutionibus et liberationibus, fr. 38. Navedeno i tumačenje prema Đ. Čobeljić, 8.

¹⁵ Vid. Đ. Čobeljić, 8.

¹⁶ Vid. Vrleta Krulj, *Promenjene okolnosti i ugovorna odgovornost, nemogućnost ispunjenja, viša sila, klauzula Rebus sic stantibus*, Institut za uporedno pravo - Beograd, 1967, 13-14.

¹⁷ Vid. M. Đurđević, 29.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

vu nastajale izgovaranjem svečanih religijskih formula, te je ugovor svoju obavezujuću snagu crpeo ne iz volje strana, već iz religijskih formula, jer je neispunjenje ugovornih obaveza povlačilo religijsku kaznu.²¹ U kasnijoj fazi razvoja rimskog prava je ovakav koncept obavezujućeg dejstva ugovora postepeno napuštan, ali nikad sasvim do kraja.²² Međutim, postepenim slabljenjem uticaja religijskih verovanja, kao osnova obavezujućeg dejstva ugovora i glavne prepreke nastanku teorije promenjenih okolnosti, nije došlo do ustanovljavanja pravila koja bi bila motivisana teorijom promenjenih okolnosti, kao što se to logički moglo pretpostaviti. Nestankom forme gotovo bezizuzetno pravilo o obavezujućem dejstvu ugovora i nemogućnost njegovog raskidanja ili izmene zbog promenjenih okolnosti obrazloženje je nađeno u konceptu dobrih običaja, koja nalažu ispunjenje ugovornih obaveza u svemu kako glase.²³ Smatralo se protivnim dobrim običajima da se dužnik oslobodi odgovornosti za neispunjenje obaveze zbog nastupanja promenjenih okolnosti.²⁴

Za razliku od rimske pravne nauke, rimska filozofija je pokazivala neuporedivo veću naklonost prema idejama na kojima se zasniva teorija uticaja promenjenih okolnosti na opstanak ugovornih obaveza.²⁵ Zapravo pravi razvoj doktrine o promenjenim okolnostima, koji će uslediti u srednjem veku, posebno kod kanonista i postglosatora, zasnovan je na shvatanjima rimskih filozofa, i to pre svega dvojice najznačajnijih, Cicerona (*Cicero*) i Seneke (*Seneca*).²⁶ Tako, Ciceron na jednom mestu ističe primer da ne treba vratiti ostavodavcu mač koji je bio predmet ostave, ako je ostavodavac u međuvremenu izgubio razum.²⁷ Na drugom mestu Ciceron zauzima još opštiji stav u prilog teorije o promenjenim okolnostima. Ističe da ne treba ispuniti obećanja koja bi bila štetna onima kojima su data, ako bi ispunjenje obaveze donelo više štete onom licu koje je dalo obećanje od koristi koju donosi obećajniku, te ne bi bilo protivno dužnosti ako bi se veći interes suprotstavio manjem.²⁸ Seneka je još određeniji. Ističe da čovek ne menja svoju odluku ako stanje stvari ostane isto kako je bilo

²¹ Vid. Slobodan Perović, *Raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti i načelo pravne sigurnosti*, Naučni pregled, 1974, 186.

²² *Ibid.*

²³ Vid. M. Đurđević, 29.

²⁴ Vid. S. Perović, 186. Navedeno prema M. Đurđević, 30., fn. 52.

²⁵ Vid. Đ. Čobeljić, 9.

²⁶ Vid. André Bruzin, *Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle*, Le Puy – Bordeaux, 1922, 91. Navedeno prema Đ. Čobeljić, 9.

²⁷ Cicero, *De officiis*, 3, XXV – 95. Navedeno i tumačenje prema. R. Zimmerman, 579.

²⁸ Cicero, *De officiis*, 1, X. Navedeno prema. A. Bruzin, 91. Tumačenje prema Đ. Čobeljić, 9.

u momentu kada ju je doneo, te da će izneveriti svoju obavezu samo ako situacija ostane ista kakva je bila u momentu preuzimanja obaveze, a ona se ipak ne ispuni. Ako se bilo šta izmeni u okolnostima, čovek je slobodan da donese novu odluku i oslobađa se date reči, tj. sve mora da bude u onom stanju koje je postojalo kada je dato obećanje, smatra Seneka.²⁹

3. Teorija promenjenih okolnosti u radu glosatora, kanonista i postglosatora

Posle pada Zapadnog rimskog carstva 476. godine, ne računajući kratak period ponovnog uspostavljanja rimske vlasti za vreme cara Justinijana u VI veku, rimsko pravo i rimska pravna tradicija postepeno pada u zaborav u Zapadnoj Evropi. U prirodnoj privredi srednjeg veka naprosto nije bilo potrebe za sofisticiranim institutima rimskog privatnog prava. U ranom srednjem veku se pravo vraća u stanje u kojem je načelo *pacta sunt servanda*, u svom nerazvijenom obliku, neprikosnoveno. Varvarski zaklonici koji su vulgarizovali rimsku pravnu zaostavštinu predstavljali su nepodoban okvir za razvoj ideje o promenjenim okolnostima.³⁰

Do ponovnog interesovanja za rimsko pravno nasleđe dolazi u XI veku razvojem robno-novčane privrede u trgovačkim gradovima Severne Italije. Rimska pravna zaostavština, međutim, nije mogla da ponudi srednjovekovnim pravnicima zaokruženu teoriju, niti razvijen pravni institut, o uticaju promenjenih okolnosti na dužnost ispunjenja ugovornih obaveza, jer takvu teoriju, odnosno opštu pravnu ustanovu ni razvijeno rimsko pravo nije poznavalo. Ipak, okretanje rimskoj pravnoj zaostavštini u srednjem veku je svakako bilo presudno u pogledu daljeg razvoja teorije o promenjenim okolnostima, jer je razvijeni sistem instituta privatnog prava iz rimskog prava pružalo pogodno tlo za razmišljanja o uticaju promenjenih okolnosti na ispunjenje ugovornih obaveza.

Rimskoj pravnoj zaostavštini su se prvi okrenuli *glosatori*. Iz najznačajnijeg rezultata škole glosatora, iz Akurzijeve (*Accursius*) *Glossa ordinaria*, ne može se, međutim, zaključiti da su uspeli da razviju teoriju o uticaju promenjenih okolnosti na ispunjenje ugovornih obaveza.³¹ U praktičnoj primeni prava u tom periodu se, međutim, jasno ukazala potreba da se ugovori raskinu ili izmene ako su se nakon njihovog zaključenja bitno promenile okolnosti na kojima su strane zasnovalе saglasnost volja. Tako se u ediciji sudskih odluka *Selectae Questiones Juris* iz 1570. godi-

²⁹ Seneca, *De beneficiis*, Lib. IV. XXXIV-XXXV. Navedeno prema. A. Bruzin, 92. Tumačenje prema Đ. Čobeljić, 9.

³⁰ Vid. M. Đurđević, 30.

³¹ Vid. A. Bruzin, 95. Navedeno prema Đ. Čobeljić, 9.

ne ističu dve odluke iz perioda glosatora. Obe su se ticale ugovora o zakupu. Prema jednoj, zakupac neće biti u obavezi da plaća zakupninu za zemlju na kojoj je mlin izgrađen, ako je nabujala reka odnela mlin³², dok se prema drugoj ne mora plaćati zakupnina ako su se okolnosti u međuvremenu promenile, jer postoji prećutni uslov, da stanje ostane identično.³³ Ove dve odluke imaju naročito veliki značaj, jer se u njima mogu identifikovati određeni elementi pojmovnog određenja promenjenih okolnosti koje će dati tek postglosatori.³⁴

Razvoju teorije promenjenih okolnosti naročito veliki doprinos dali su **kanoninisti**. Ideja o promenjenim okolnostima se u radu kanonista razvijala u vezi sa zahtevom ekvivalentnosti prestacija strana, pre svega potrebe da cena bude pravična u ugovorima o kupoprodaji, čime je pitanje pravičnosti u ugovornim odnosima i zahtev da ciljevi strana, koje žele da postignu zaključenjem ugovora, budu u skladu sa moralnim normama, dobilo na značaju.³⁵ Idejnu podlogu za razvoj teorije o promenjenim okolnostima u delima kanonista predstavljala su hrišćanska pravila koja su zabranjivala svaki vid bogaćenja jedne strane na račun druge.³⁶ Svoju pažnju su u ovom kontekstu usmerili na potrebu otklanjanja bogaćenja jedne strane na račun druge u momentu zaključenja ugovora, tj. na otklanjanje lezije (*laesio*).³⁷ U pogledu oštećenja koje nastaje po zaključenju ugovora kanonisti nisu uspeali da ponude pravno rešenje, ali su problem ipak uočili.³⁸ Dobrim delom inspirisani stavovima Cicerona i Seneka, smatrali su nepoštenim svako bogaćenje jedne strane na teret druge, pri čemu su prilikom takve ocene uzimali u obzir ne samo povrede ugovora pri njegovom zaključivanju, već i one povrede koje bi se desile kao rezultat promenjenih okolnosti i koje se ne bi mogle pripisati krivici ni jedne strane.³⁹ Isticali su da strana koja se ugovorom na nešto obavezala, dužna je to ispuniti samo ako stanje stvari ostane takvo kakvo je bilo u vreme kada je ugovor nastao.⁴⁰ Ovakav stav jasno su zauzimali Gracijan (*Gra-*

³² Vid. A. Bruzin, 96-97; C. Stoyanovitch, *De l'intervention du juge dans le contrat*, Marseilles – 1941, 217-218. Navedeno prema Đ. Čobeljić, 10.

³³ Vid. A. Bruzin, 96-97. Navedeno prema Đ. Čobeljić, 10.

³⁴ Vid. A. Bruzin, 97. Navedeno prema Đ. Čobeljić, 10.

³⁵ Vid. Henri Capitant, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, treće izdanje, Librairie Dalloz - Paris, 1927, 140; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, deveto izdanje, Dalloz - Paris, 2005, 248.

³⁶ Vid. M. Đurđević, 31.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Vid. Đ. Čobeljić, 10.

⁴⁰ *Ibid.*

tianus), Bartolomej (*Bartolomeus*) i Toma Akvinski (*Thomas Aquinas*).⁴¹ Tako Gracijan u svom glavnom delu, *Decretum Gratiani*, zauzima stav da se ne može smatrati dvoličnošću i laži, ako obećanje nije održano jer su nastupile takve nepredvidljive okolnosti koje ispunjenje obećanja čine opasnim za lice koje ga je dalo.⁴² Slično njemu, Toma Akvinski u delu *Summa theologiae* ističe da se neispunjenje datog obećanja smatra neverstvom, ali da se davalac obećanja može osloboditi moralnog prekora, između ostalog, ako je neispunjenje posledica promena u pogledu lica ili stvari u vezi sa kojima je obećanje dato. U obrazloženju svog stava poziva se na gore navedene misli Seneke prema kojima da bi neko ostao dužan da ispuni preuzetu obavezu potrebno je da sve okolnosti ostanu iste.⁴³ Najzad, Bartolomej u svojim razmatranjima o uticaju promenjenih okolnosti na ispunjenje preuzetih obaveza, na osnovu analize primene ove ideje na pojedinačne situacije, dolazi do opšteg zaključka da svi sporazumi podrazumevaju uslov da stvari ostanu u istom stanju.⁴⁴

Najzaslužniji za razvoj ideje o raskidu ili izmeni ugovora zbog promenjenih okolnosti u srednjem veku bili su *postglosatori*, koji su dalje razvili stavove kanonista i pokušali da ih uopšte.⁴⁵ Razvoju doktrine promenjenih okolnosti najveći doprinos dali su Bartol (*Bartolus*), Baldo (*Baldus de Ubaldis*) i Jason (*Jason de Mayno*). Bartol, osnivač škole postglosatora, smatra da svaka izjava o odricanju od nekog prava podrazumeva klauzulu „*rebus sic se habentibus*”, tj. da izjava o odricanju ima pravno dejstvo ako postoje iste stvari koje su postojale u vreme njenog nastanka. Bartolov učenik, Baldo proširuje dejstvo ove klauzule na sva obećanja. Prema njegovom shvatanju sva obećanja smatraju se pravno obavezujućim samo ako se faktičko stanje u kojem su data ne promeni do momenta njihovog ispunjenja.⁴⁶ Jason još više proširuje dejstvo klauzule *rebus sic se habentibus*. Ističe da sve izjave volje sadrže takvu klauzulu, čak i izjave poslednje volje, svi ugovori, zakletve i izjave o odricanju od prava.⁴⁷ Vremenom se, umesto formulacije *rebus sic se habentibus*, koju je koristio Bartol, i drugih (*cassante causa cessat effectus* – ako prestane uzrok, prestaje i posledica, *voluntas non porrigitur as incognitata* – volja se ne odnosi na ono što se nije imalo u vidu, *quae de novo emergent novo*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Vid. A. Bruzin, 93-94; Navedeno prema Đ. Čobeljić, 10.

⁴³ Vid. Thomas Aquinatis, *Summa theologiae*, II part. II sek. *Questio* sx, art. 3. Navedeno prema A. Bruzin, 94.

⁴⁴ Vid. A. Bruzin, 97; Navedeno prema Đ. Čobeljić, 10.

⁴⁵ Vid. A. Bruzin, 98; Navedeno prema Đ. Čobeljić, 11.

⁴⁶ Vid. A. Bruzin, 98; Navedeno prema Đ. Čobeljić, 11.

⁴⁷ Vid. A. Bruzin, 98; Navedeno prema Đ. Čobeljić, 11.

indigent auxilio – ono što se novo pojavi iziskuje i nova sredstva, itd.) za označavanje uticaja promjenjenih okolnosti na važenje izjava volje ustalila sintagma *rebus sic stantibus*, koja se zadržala do današnjeg dana.⁴⁸

4. Teorija promjenjenih okolnosti u periodu od XVI do XVIII veka

Pravna nauka posle ere glosatora i postglosatora uglavnom nije prihvatila njihov stav da svaki ugovor obavežno podrazumeva klauzulu *rebus sic stantibus*. Isticano je da takvo tumačenje ove klauzule stvara pravnu nesigurnost, jer bi i najmanja, čak i neznatna naknadna promena okolnosti predstavljala osnov za raskidanje ili izmenu ugovora, što bi obesmisliilo zaključivanje ugovora sa trajnim izvršenjem prestacija.⁴⁹ U skladu sa ovim shvatanjem promenjeno je poimanje klauzule *rebus sic stantibus*. Ona se više nije smatrala obaveznim sastojkom svakog ugovora, već samo onog u vezi sa kojim se tumačenjem zajedničke namere ugovornih strana moglo zaključiti da su pravno dejstvo ugovora uslovili nepromenljivošću okolnosti koje su strane uzele u obzir prilikom njegovog zaključenja.⁵⁰ Ovakav stav su zauzeli jusnaturalisti u XVII i XVIII veku, pre svega Grocijus (*Grotius*) i Pufendorf (*Puffendorf*).⁵¹ Tako, Grocijus ističe da se zbog primene prećutnog uslova ugovor može raskinuti samo izuzetno, ako je iz sporazuma strana očigledno da su strane preuzele obavezu s obzirom na postojeće stanje, dok Pufendorf smatra da primenu prećutnog uslova treba ograničiti na slučajeve kada to proizilazi iz namere strana, ili bi dosledna primena ugovora imala preterano teške posledice, s obzirom na strane i predmet ugovora, odnosno cilj ugovora.⁵² Međutim, i Grocijus i Pufendorf su ovo ograničenje primene klauzule *rebus sic stantibus* predlagali samo u kontekstu međunarodnog javnog prava, tj. u vezi sa ugovornim odnosima između država.⁵³

Slično, restriktivno tumačenje primene klauzule *rebus sic stantibus* i u domenu privatnopravnih ugovora predlagali su u nemačkoj doktrini Kooceji (*Cooceji*), Lejzer (*Leyser*), Kop (*Koop*), Eberhard (*Eberhard*) i Veber (*Weber*).⁵⁴ Oni su nastojali da utvrde stroge uslove pod kojima se može pretpostaviti da su strane pri zaključenju ugovora prećutno pristale na primene klauzule *rebus sic stantibus*. Eberhard i Veber su zauzeli stav da nije dovoljno da se iz tumačenja saglasnosti volja strana može zaključiti da

⁴⁸ Vid. M.C. Popescu, *Essai d'une théorie de l'imprevision en droit français et comparé*, thèse, Paris, 1937, 11; Navedeno prema Đ. Čobeljić, 11.

⁴⁹ Vid. M. Đurđević, 33.

⁵⁰ Vid. M. Đurđević, 34.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Vid. Đ. Čobeljić, 12.

⁵³ Vid. M. Đurđević, 34.

⁵⁴ *Ibid.*

su prećutno pristale na primenu klauzule. Po Eberhardu klauzula će se primeniti samo ako promena okolnosti bitno utiče na glavni cilj ugovora, dok po Veberu samo ako bitno utiče na prirodu ugovora.⁵⁵ Koceji promene okolnosti smatra opštim pravnim institutom sa primenom u međunarodnom, građanskom, crkvenom i drugim granama prava. Međutim, u pogledu njene primene u domenu obligacionih ugovora takođe zauzima restriktivan stav, tj. smatra da se klauzula *rebus sic stantibus* ne podrazumeva u svim ugovorima.⁵⁶ Klauzulu smatra primenjivom, na primer, u vezi sa ugovorom o nalogu, ugovorom o depozitu i testamentalnim raspolaganjima.⁵⁷ Lejzer se zalaže za nešto širu primenu klauzule *rebus sic stantibus*. Smatra da svako obećanje neke činidbe (što podrazumeva i veridbu) podrazumeva mogućnost opoziva obećanja, ako se promene okolnosti, pri čemu bi primena klauzule *rebus sic stantibus* bila ograničena jedino predvidljivošću promene okolnosti.⁵⁸ Najzad, Kop prihvata slično gledište kao Lejzer, ali se zalaže za još širu primenu klauzule *rebus sic stantibus* u materiji ugovornog prava.⁵⁹

Rasprave o uticaju promenjenih okolnosti na dejstvo ugovora razvijane u okrilju škole postglosatora ostvarile su na francusku doktrinu znatno manji uticaj u odnosu na njihov uticaj na nemačku doktrinu. Tako, na francusko-italijanskom pravnom području se teorijom promenjenih okolnosti bavio Alcijat (*Alciatus*)⁶⁰, jedan od najznačajnijih predstavnika škole elegantne jurisprudencije⁶¹. On uglavnom nastavlja tradiciju postglosatora, ali ističe da je klauzula *rebus sic stantibus* u materiji ugovornog prava u koliziji sa voljom strana, te se zapravo i on zalaže za njenu restriktivniju primenu. Smatra da bi raskidanje ili izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti trebalo dopustiti samo ako se radi o takvoj promeni koju strane nisu mogle predvideti.⁶² Alcijatova shvatanja, međutim, nisu ostvarila neki značajniji uticaj na kasniju francusku doktrinu, jer najznačajniji autori u tom periodu (*Doneau, Cujas, Godefroy*)⁶³, kao ni velikani predrevolucionarne francuske pravne misli (*Domat i Pothier*), nisu posvetili naročitu pažnju teoriji promenjenih okolnosti⁶⁴.

⁵⁵ Vid. M. Đurđević, 35.

⁵⁶ Vid. L. Pfaff, 8-9. Navedeno prema Đ. Čobeljić, 12.

⁵⁷ Vid. C. Stoyanovitch, 222-223. Navedeno prema Đ. Čobeljić, 13.

⁵⁸ Vid. L. Pfaff, 24-30. Navedeno prema Đ. Čobeljić, 13.

⁵⁹ Vid. Đ. Čobeljić, 13.

⁶⁰ Vid. C. Stoyanovitch, 219. Navedeno prema Đ. Čobeljić, 11.

⁶¹ Vid. Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo – Uvodne teme*, Pravni fakultet Univerziteta Union – Službeni glasnik – Beograd, 2012, 134-136.

⁶² Vid. A. Bruzin, 99; Navedeno prema Đ. Čobeljić, 11.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Vid. C. Stoyanovitch, 219. Navedeno prema Đ. Čobeljić, 11.

5. Raskid ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti u prvim građanskim zakonicima u Evropi

Interesantno je da su promenjene okolnosti u prvim kodifikacijama građanskog prava, tj. u Bavarskom građanskom zakoniku, Pruskom zemaljskom zakoniku i Austrijskom opštem građanskom zakoniku izričito uređene⁶⁵, dok znatno naprednije kodifikacije, kao što je Francuski građanski zakonik, Nemački građanski zakonik (u svojoj izvornoj redakciji) i Švajcarski zakonik o obligacijama, teoriju o promenjenim okolnostima nisu uobličili u opšti zakonski institut. Navedeni prvi građanski zakoni⁶⁶, nastali na germanskom pravnom području pod uticajem nemačke doktrine, prihvatili su restriktivniju koncepciju promenjenih okolnosti, prema kojoj ne podrazumeva svaki ugovor prećutni uslov da se okolnosti u međuvremenu ne promene, kako su to predlagali postglosatori.⁶⁷

Tako, Bavarski građanski zakonik iz 1756. godine propisivao je da se sve obaveze gase zbog prećutnog uslova klauzula *rebus sic stantibus*, ako se promena okolnosti ne može pripisati krivici dužnika, niti nekoj njegovoj radnji, ako su promene bile nepredvidive, i ako su takve prirode da dužnik ne bi zasnovao obavezu, da je unapred mogao da predvidi njihovu promenu, po nepristrasnom i poštenom osećanju razumnih lica.⁶⁸ Pruski zemaljski zakonik iz 1794. godine imao je znatno restriktivniji odnos prema promenjenim okolnostima od Bavarskog građanskog zakonika, pre svega zbog toga što je usvojen četiri decenije kasnije, u vreme kada je ubedljivo većinsko mišljenje u nemačkoj doktrini bilo da raskidanje ili izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti treba dozvoliti samo izuzetno.⁶⁹ Izričito je propisivao da van slučajeva stvarne nemogućnosti izvršenja, zahtev da se ispuni obaveza po pravilu ne može biti odbijen zbog promene okolnosti. Raskidanje ugovora zbog promenjenih okolnosti omogućavao je samo izuzetno, ako je zbog nepredvidenih promena okolnosti za jednu ili drugu stranu postalo nemoguće

⁶⁵ Vid. Đ. Čobeljić, 12.

⁶⁶ Bavarski građanski zakonik i Pruski zemaljski zakonik se samo uslovno mogu smatrati građanskim zakonicima u savremenom smislu reči, pre svega zbog drugačije sistematike i obuhvatnosti materije u odnosu na savremene građanske zakone, ali i zbog toga što su sadržavale brojne odredbe koje su još uvek odražavale socijalne razlike iz feudalnog pravnog poretka. Vid. Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union – Službeni glasnik – Beograd, 2012, 96, 97 i 98.

⁶⁷ Vid. M. Đurđević, 35.

⁶⁸ Bavarski građanski zakonik, V x 13, deo četvrti, glava petnaesta. Navedeno prema V. Krulj, 20, fn. 29.

⁶⁹ Vid. M. Đurđević, 35.

ostvarenje cilja koji je izričito utvrđen ugovorom ili proizilazi iz njegove prirode.⁷⁰

Za razliku od Bavorskog građanskog zakonika i Pruskog opšteg zemaljskog zakonika, Austrijski opšti građanski zakonik iz 1811. godine ne uređuje promenjene okolnosti u obliku opšteg pravnog instituta, koji bi bio primenjiv u vezi sa svakim ugovorom.⁷¹ Uređuje ih isključivo u kontekstu predugovora, propisujući da se sporazum strana da u budućnosti zaključe ugovor smatra obavezujućim, između ostalog, ako se u međuvremenu okolnosti ne promene u meri da obesmišljavaju cilj ugovora, izričito utvrđenog ili koji proizilazi iz okolnosti, odnosno ako se usled te promene izgubi poverenje jedne ili druge strane.⁷² Opšti institut raskida ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti je u austrijskom pravu počev od kraja Prvog svetskog rata razvijan kao vankodeksni pravni institut, u sudskoj praksi i doktrini, pozivom na tzv. "nedostižnost davanja".⁷³

Doktrina o promenjenim okolnostima izvršila je snažan uticaj na zakonodavstvo u drugoj polovini XVIII veka, o čemu najbolje svedoče navedene kodifikacije sa germanskog pravnog područja iz ovog perioda⁷⁴, ali gubi na značaju u XIX veku⁷⁵, pre svega zbog toga što je to period tzv. klasične teorije o ugovoru, koja ne uvažava skoro nikakve izuzetke od načela slobode ugovaranja, slobode privređivanja i pravne sigurnosti.⁷⁶ Ovakav restriktivan stav prema klauzuli *rebus sic stantibus* imao je uticaja i na zakonodavstvo.

Francuski građanski zakonik, na primer, koji je usvojen 1804. godine, tj. čak i pre Austrijskog, ali u drugačijem doktrinarnom ambijentu, nije na opšti način uredio raskidanje ili izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti. Francuska civilistika je bila gotovo jednoglasna u stavu protiv uvođenja klauzule *rebus sic stantibus*.⁷⁷ Neke izuzetke od načela *pacta sunt servanda* u kojima se može prepoznati izvesna pravna relevantnost naknadno promenjenih okolnosti poznaje i sam Zakonik i posebni zakoni usvojeni nakon njega, ali se o opštem zakonskom institutu promenjenih okolnosti ne može govoriti u francuskom pravu. Klauzula *rebus sic stan-*

⁷⁰ Pruski zemaljski zakonik, deo prvi, glava peta, § 377. i § 378. Navedeno prema V. Krulj, 20.

⁷¹ Vid. Đ. Čobeljić, 12.

⁷² Austrijski građanski zakonik, § 936.

⁷³ Vid. detaljnije Atila Dudaš, *Kauza obligacionih ugovora*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu – Novi Sad, 2012, 226-228.

⁷⁴ Vid. M. Đurđević, 36.

⁷⁵ Vid. Leopold Pfaff, „Die Clausel: Rebus sic stantibus in der Doktrin und der österreichischen Gesetzgebung“, *Festschrift für Joseph Unger*, 1898, 272.

⁷⁶ Vid. R. Zimmerman, 579.

⁷⁷ Vid. M. Đurđević, 36.

tibus postaje prihvaćena u sudskoj praksi početkom XX veka, najpre u praksi Državnog saveta, a zatim i u praksi Vrhovnog kasacionog suda.⁷⁸

O promeni stava u nemačkoj doktrini da raskidanje ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti ne treba da bude uređeno u obliku opšteg pravnog instituta, najočiglednije svedoči Nemački građanski zakonik sa samog kraja XIX veka u kojem, kao ni u Francuskom, klauzula *rebus sic stantibus* nije podignuta na nivo opšteg zakonskog instituta. Nju je sudska praksa počela da priznaje početkom XX veka, najpre pozivom na zahtev ponašanja u skladu sa načelom savesnosti i poštenja u ugovornim odnosima, a kasnije pozivom na teoriju o otpadanju osnova pravnog posla (*Störung der Geschäftsgrundlage*).⁷⁹ Raskidanje ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti je u Nemačkom građanskom zakoniku konačno uređeno izmenama i dopunama 2000. godine⁸⁰, kada su izvršene najopsežnije reforme od njegovog usvajanja.

Raskidanje ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti nije uređeno ni u švajcarskom Zakoniku o obligacijama iz 1911. godine. Kao i u Austriji, odnosno u Nemačkoj do 2000. godine, klauzula *rebus sic stantibus* nastaje i razvija se u sudskoj praksi, ekstenzivnim tumačenjem pravila o prestanku ugovora zbog nemogućnosti ispunjenja, najpre pozivanjem na tzv. „praktičnu nemogućnost“ ispunjenja, a kasnije na „ekonomsku nemogućnost“⁸¹, ali se mogu identifikovati i odluke u kojima je osnov za raskidanje ili izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti nađen u institutu bitne zablude.⁸²

Tendencija zakonskog uređivanja raskida ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti postaje uočljiva tek posle Prvog svetskog rata i Velike ekonomske krize u trećoj i četvrtoj deceniji XX veka. Prvi zakonik koji je u prošlom veku, u vidu opšteg instituta, uređio promenjene okolnosti bio je poljski Zakonik o obligacijama iz 1934. godine, koga su sledili italijanski Građanski zakonik iz 1942. godine, grčki Građanski zakonik iz 1946 godine, portugalski Građanski zakonik, mađarski Građanski zakonik iz 1959. godine (a i novi Zakonik iz 2013. godine), Civilni zakonik Nemačke Demokratske Republike, kao i pomenuti nemački Građanski zakonik, izmenama i dopunama iz 2000. godine.⁸³ U grupu zemalja u kojima je klauzula *rebus sic stantibus* zakonski uređena, s domenom

⁷⁸ Vid. detaljnije. A. Dudaš (2012), 204-206.

⁷⁹ Vid. detaljnije. Atila Dudaš, „Pravna relevantnost cilja ugovora u nemačkom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2013, 271-289, 278.

⁸⁰ Vid. detaljnije. A. Dudaš (2013), 278-280.

⁸¹ Vid. M. Đurđević, 87.

⁸² Vid. V. Krulj, 47, fn. 24.

⁸³ Vid. detaljnije M. Đurđević, 88-92.

primene na sve vrste ugovora, spada i nekadašnja SFRJ, odnosno Republika Srbija.⁸⁴ Pravnu tekovinu nasleđenu iz saveznog Zakona o obligacionim odnosima u pogledu ovog instituta nisu suštinske napustile ni ostale države članice bivše SFRJ: Hrvatska⁸⁵, Slovenija⁸⁶, Bosna i Hercegovina⁸⁷, Crna Gora⁸⁸ i Makedonija⁸⁹.

6. Zaključna razmatranja

Pravni institut koji omogućava raskidanje ili izmenu ugovora ukoliko po zaključenju ugovora, ali pre njegovog izvršenja, nastupe takve nepredvidljive i neotklonjive okolnosti koje ispunjenje obaveze jedne strane u preteranoj meri otežavaju ili ga čine necelishodnim, u doktrini se tradicionalno označava sintagmom *clausula rebus sic stantibus*. Naziv potiče od postglosatora koji su prvi pokušali da razviju opštu teoriju o promenjenim okolnostima.

Klauzula *rebus sic stantibus* spada u red malobrojnih savremenih pravnih instituta privatnog prava za koje se može tvrditi da svoje osnove nema u rimskom pravu. Rimsko pravo čak ni u najrazvijenijom, klasičnom periodu, nije razvilo opšti pravni institut koji bi omogućavao raskidanje ili izmenu ugovora zbog naknadno promenjenih okolnosti. Osim nekoliko sporadičnih stavova, ideja o pravnom dejstvu promenjenih okolnosti zaobišla je interesovanje učenih pravnika. Za razliku od prava, rimska filozofija je već pokazivala znatnije interesovanje za ovu teoriju.

U srednjem veku, zbog opšteg vulgarizovanja prava, čak i ovi skromni začeci teorije o promenjenim okolnostima, nasleđeni iz perioda Rima, padaju u gotovo potpuni zaborav. Interesovanje za nju ponovo oživljava u radovima kanonista, dok pravi svoj vrhunac dostiže u školi post-

⁸⁴ Vid. Zakon o obligacionim odnosima - ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89 i *Službeni list SRJ*, br. 31/93, čl. 133-136. Vid. detaljnije Jožef Salma, „Ugovorna odgovornost - u Evropskom, uporednom i domaćem pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2011, 69-107, 89-90.

⁸⁵ Vid. Zakon o obveznim odnosima, *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 35/2005, čl. 369-372.

⁸⁶ Vid. Obligacijski zakonik, *Uradni list Republike Slovenije*, br. 83/2001, 32/2004, 40/2007 i br. 28/2006 i 29/2007 – odluke Ustavnog suda, čl. 112-115.

⁸⁷ U Republici Srpskoj još nije usvojen novi zakon iz oblasti obligacionog prava, već se dalje primenjuje nekadašnji savezni ZOO. Vid. Zakon o obligacionim odnosima Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/93, 3/96, 39/03 i 74/04, čl. 133-136.

⁸⁸ Vid. Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list Crne Gore*, br. 47/2008, čl. 128-131.

⁸⁹ Vid. Zakon za obligacionite odnosi, *Služben vesnik na Republika Makedonija*, br. 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008 i 81/2009, čl. 122-125.

glosatora. U delima postglosatora klauzula *rebus sic stantibus* postaje opšti pravni institut, jer su smatrali da svaka obaveza podrazumeva prećutni uslov da se okolnosti ne promene.

Period posle postglosatora obeležava restriktivniji pristup teoriji promenjenih okolnosti. Ona gotovo nestaje na francusko-italijanskom području, dok germanska pravna kultura, pod uticajem škole prirodnog prava u XVIII i XVIII veku napušta postulat o opštoj primeni klauzule na sve obaveze i obeležava je nastojanje da se na nju gleda kao na izuzetak i da se utvrde uslovi njene izuzetne primene.

Prvi građanski zakonic, bavarski iz 1756, pruski iz 1794. i austrijski iz 1811. godine, izričito su uredili promenjene okolnosti, ali su nastojali da ograniče domen njene primene, što se može pripisati uticaju tadašnje doktrine na zakonodavstvo.

Tokom XIX veka se, međutim, jasno pokazuje tendencija marginalizacije teorije o promenjenim okolnostima u nemačkoj doktrini, što je logična posledica gotovo neprikosnovenog važenja načela *pacta sunt servanda* u tom periodu. S tim u skladu zakonic iz XIX i prvih decenija XX veka nisu uredili klauzulu *rebus sic stantibus*, kao pravni institut sa opštim važenjem na sve ugovore. Tako promenjene okolnosti nisu uređene u francuskom i nemačkom građanskom zakoniku, niti u švajcarskom Zakoniku o obligacijama. Do priznavanja instituta promenjenih okolnosti postepeno dolazi u sudskoj praksi posle Prvog svetskog rata, dok period od Drugog svetskog rata obeležava tendencija njegovog zakonskog uređivanja. U sve brojniju grupu zemalja u kojima je u drugoj polovini XX veka klauzula *rebus sic stantibus* postala zakonski institut spada i nekadašnja SFRJ, odnosno Republika Srbija, i ostale države koje su bile u sastavu nekadašnje zajedničke savezne države.

Attila I. Dudás, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

The Emergence and Evolution of the Idea of Discharge or Modification of Contract due to Supervening Events

Abstract: *In this paper the author gives an overview of the emergence and evolution of the idea of discharge or modification of contract due to supervening events, from Roman to contemporary law, with special emphasis on the evolution of the doctrine and its development as a legal institution in the European legislation or case law. The institution of changed circumstances (supervening events) allows the discharge or (judicial) modification of a contract in a situation when the performance of an obligation has not become impossible, but it would require unreasonable costs or the performance would be inexpedient, hence it is considered one of the most striking exceptions to the principle of pacta sunt servanda. It belongs to the group of a very few institutions in relation to which one cannot claim to have direct and clear roots in Roman law. In the works of learned lawyers one may find only sporadic traces of it. In contrast to Roman legal science, Roman philosophy was more favourable to the theory of supervening events, a fact very well proven by the works of Cicero and Seneca.*

*In the late Middle Ages the canonists and, especially, postglossators gave the greatest contribution to the evolution of the theory of supervening events. The school of postglossators considered supervening events a general legal institution, tacitly implied in every legal statement constituting obligation. The ideas of postglossators left a great impact on further evolution of the theory. Even the designation of the institution, *clausula rebus sic stantibus*, generally accepted in contemporary literature, derives from them.*

*In the period following the postglossators' time, lasting until the end of the 18th century, there is still an interest in the theory of supervening events in literature. However, under the influence of the school of natural law a somewhat restrictive approach is adopted, in the German doctrine in the first place, according to which the *clausula rebus sic stantibus* should not be implied in all contracts, but applied exceptionally, if speci-*

fic conditions are met. The first European civil codes, the Bavarian, Prussian and Austrian, do regulate the effect of supervening events explicitly, in content which is, in general, in line with these theoretical stand-points.

It seems that in the 19th century legal science nearly abandoned the idea of supervening events, which could be considered as a consequence of the inviolable primacy of the tenet of pacta sunt servanda, at the time. In line with that, the most important civil codes of this era, such as the French, German and Swiss did not govern the effect of supervening events as a general legal institution.

The institution of supervening events is gradually accepted in the case law after the First World War, while the period after the Second World War is heralded by the tendency of its statutory regulation. The ever-growing number of states that regulated supervening events as a general legal institution of contract law included the former Socialist Federative Republic of Yugoslavia, too, as well as the Republic of Serbia and the other states that were once members of the common, South Slavic federal state.

Key words: *changed circumstances, supervening events, discharge or modification of contract due to supervening events, clausula rebus sic stantibus*

Datum prijema rada: 17.03.2015.

Milana M. Pisarić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
mpisarić@pf.uns.ac.rs

PRETRESANJE RAČUNARA RADI PRONALASKA ELEKTRONSKIH DOKAZA¹

Sažetak: *Da bi se odgovorilo na specifičnu prirodu kriminalnih aktivnosti učinjenih korišćenjem računarskih mreža i sistema, razumljivo je nastojanje država da prilagode, odnosno upotpune postojeće krivično zakonodavstvo svrsishodnim odredbama. Za stvaranje odgovarajućeg pravnog okvira za suprotstavljanje visokotehnološkom kriminalu, osim što se u propisima krivičnog materijalnog prava određena ponašanja predviđaju kao krivična dela protiv poverljivosti, celovitosti i dostupnosti računarskih podataka, računarskih sistema i mreža, neophodno je da propisi krivičnog procesnog prava sadrže ovlašćenja nadležnih organa adekvatna za otkrivanje izvora nedozvoljene radnje, odnosno prikupljanje podataka o učinjenom krivičnom delu i učiniocu, koji mogu biti iskorišćeni kao dokaz u krivičnom postupku, a vodeći računa o specifičnostima visokotehnološkog kriminala i okruženja u okviru kog se nedozvoljene aktivnosti preduzimaju. Shodno tome, odredbama krivičnog procesnog prava bi trebalo omogućiti da se prevaziđu određeni izazovi u otkrivanju i dokazivanju dela visokotehnološkog kriminala, a naročit značaj imaju odredbe kojima se uređuje pretresanje računara radi pronalaska elektronskih dokaza.*

Ključne reči: *visokotehnološki kriminal, računari, pretresanje, elektronski dokazi.*

1. Uvodna razmatranja

Pojedina krivična dela izvršena zloupotrebom dostignuća informacione tehnologije donekle su slična, uslovno rečeno, tradicionalnim krivičnim delima. Krađa, prevara, vandalizam, neovlašćen pristup privatnoj

¹ Ovaj rad je nastao kao rezultat naučno-istraživačkog rada na Projektu „Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)“ čiji nosilac je Pravni fakultet u Novom Sadu.

sferi pojedinca, iskorišćavanje dece u pornografske svrhe i kršenje autorskih prava su problemi koji su postojali i pre pojave računara i Interneta. Stoga *postojeći propisi* mogu predstavljati *solidnu osnovu* za otkrivanje i hvatanje lica koja su izvršila krivična dela slična navedenim ali u kiber prostoru. Ono što treba imati na umu je da problemi u vezi sa otkrivanjem krivičnih dela i gonjenjem učinilaca nastaju, ne toliko usled prirode nedozvoljenih aktivnosti, već *zbog svojstava informacionih tehnologija* koje su omogućile njihovo izvršenje na način kvantitativno i kvalitativno drugačiji u odnosu na tradicionalna krivična dela. Moglo bi se reći da pojedine karakteristike savremenih računarskih sistema i mreža predstavljaju ozbiljnu prepreku za obezbeđivanje dokaza potrebnih za optuženje i vođenje krivičnog postupka za dela visokotehnološkog kriminala². Ovi aspekti čine visokotehnološki kriminal specifičnim oblikom kriminala, pa moraju biti uzeti u obzir, kako bi se što potpunije razumele i prevazišle teškoće u otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela i suđenju učiniocima istih. Imajući u vidu navedeno, a da bi se odgovorilo na specifičnu prirodu kriminalnih aktivnosti učinjenih korišćenjem računarskih mreža i sistema, *razumljivo je nastojanje država da prilagode, odnosno upotpune postojeće krivično zakonodavstvo svrsishodnim odredbama*³. Za stvaranje odgovarajućeg pravnog okvira za suprotstavljanje ovoj vrsti kriminala, osim što se u propisima krivičnog materijalnog prava određena ponašanja predviđaju kao krivična dela protiv poverljivosti, celovitosti i dostupnosti računarskih podataka, računarskih sistema i mreža, neophodno je da propisi krivičnog procesnog prava sadrže ovlašćenja nadležnih organa adekvatna za otkrivanje izvora nedozvoljene radnje, odnosno prikupljanje podataka o učinjenom krivičnom delu i učiniocu, koji mogu biti iskorišćeni kao dokaz u krivičnom postupku, a vodeći računa o specifičnostima visokotehnološkog kriminala i okruženja u okviru kog se nedozvoljene aktivnosti preduzimaju.

2. Normativni okvir za pretresanje računara

Po saznanju da je učinjeno krivično delo zloupotrebom informacionih tehnologija, potrebno je odgovoriti na sledeća pitanja: Šta se desilo? Kakva je priroda napada na računarski sistem/mrežu? Da li je uopšte došlo do napada? Na koji način je izvršen napad na računarski sistem koji je objekt napada? Da li je bilo više napada? Šta se traži? Koje bezbednosne

² B. Maier, „How Has the Law Attempted to Tackle the Borderless Nature of the Internet?“, *International Journal of Law and Information Technology* 2/2010, 153.

³ Vid. M. Pisarić, „Potrebni normativni odgovor na probleme otkrivanja i dokazivanja dela visokotehnološkog kriminala“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2013, 291-309.

mere su bile aktivne u sistemu u momentu napada? Koje lice je bilo u poziciji da uzrokuje/omogući izvršenje napada? Odgovor na sva ova pitanja mogu dati određeni računarski podaci koji su pohranjeni ili se prenose u računarskom sistemu i/ili računarskoj mreži, a koji time mogu imati značaj dokaza u krivičnom postupku. Takvi računarski podaci se mogu označiti kao *elektronski dokazi*⁴.

Računarski podaci se mogu pronaći u računarskoj mreži ili u nekom računarskom sistemu u posedu osumnjičenog lica, oštećenog lica ili trećeg lica (npr. pružalaca komunikacionih usluga), a osim toga, mogu se presresti u toku prenosa kroz računarsku mrežu. Pravila krivične procedure uređuju pod kojim uslovima i na koji način organi postupka mogu na zakonit način doći do relevantnih računarskih podataka i na koji način podaci postaju dokaz o izvršenom krivičnom delu. Da bi se računarski podaci mogli koristiti kao dokaz u krivičnom postupku, potrebno je utvrditi da su prikupljeni i obrađeni u skladu sa zakonom (*uslov zakonitosti*), da nije bilo namerne ili slučajne izmene/gubitka elektronskih zapisa, odnosno da su zapisi predstavljeni kao dokaz pred sudom ni manje ni više u odnosu na vreme kada su bili prikupljeni (*uslov autentičnosti*) i da su podobni za utvrđivanje postojanja i istinitosti određene činjenice u krivičnom postupku (*uslov relevantnosti*). Da bi bio zadovoljen uslov zakonitosti, radnje i mere koje služe prikupljanju elektronskih dokaza moraju biti preduzete u skladu sa zakonom koji uređuje krivičnu proceduru, prilikom čega moraju biti poštovana pravila digitalne forenzike u cilju ispunjenja uslova, autentičnosti dok se uslov relevantnosti vezuje za okolnosti konkretnog slučaja. Primena tehnika digitalne forenzike ne podrazumeva prosto kopiranje i pregledanje uskladištenih računarskih podataka. Rezultati preduzetih radnji ne mogu i neće uvek biti dokaz na sudu – nekada imaju samo značaj operativnih saznanja koji će usmeriti dalji tok postupanja nadležnih organa a mogu se upotrebiti kao dokaz samo ako su prikupljeni na način u skladu sa odredbama krivičnog procesnog zakonodavstva⁵. Iako je tehnički izvodljivo mnogo toga, samo ono do čega sa došlo pod uslovima, na način i u obliku koji propisuje zakonodavstvo moći će da bude dokaz u krivičnom postupku.

Pretres računara i drugih uređaja za elektronsku obradu i prenos podataka zauzima centralno mesto među radnjama i merama koje nadle-

⁴ Vid. T. Bugarski, "Digitalni dokazi", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 2/2012, 177-193.

⁵ A. Wolfson, "Electronic fingerprints: doing away with conception of computer-generated records as hearsay", *Michigan Law review* 1/2005, 156.

žni organi preduzimaju radi pronalaska pohranjenih računarskih podataka kao tragova o izvršenom krivičnom delu protiv/posredstvom računarskih sistema i mreža a koji mogu biti dokaz u krivičnom postupku. Stoga je u procesnom zakonodavstvu *potrebno da se odgovarajućim odredbama stvori osnov za pretres uređaja koji sadrže elektronske dokaze za potrebe konkretnog krivičnog postupka*. Pretres se odnosi na pretragu radi pronalaska pohranjenih podataka u memoriji računara i drugih uređaja, ali ne i podataka o saobraćaju ili sadržaju komunikacija koje se ostvaruju posredstvom informacionih tehnologija.

U nastojanju da se pronađu inspirišuća rešenja, analizirana su zakonodavstva pojedinih država, a *analiza je potvrdila izuzetan doprinos Konvencije o visokotehnološkom kriminalu*⁶, kao sveobuhvatnog okvira za prilagođavanje krivičnog procesnog zakonodavstva posebnostima dokazivanja dela visokotehnološkog kriminala. Naime, član 19. Konvencije Konvencije o visokotehnološkom kriminalu sadrži obavezu država potpisnica da u svojim zakonodavstvima regulišu pretres i oduzimanje računara i drugih uređaja koji mogu sadržati elektronske dokaze, regulišući sledeća ovlašćenja nadležnih organa:

1. Da vrše pretres ili sličan pristup:
 - računarskom sistemu ili delu računarskog sistema i računarskim podacima pohranjenim u njima;
 - uređaju za skladištenje podataka u kom su pohranjeni računarski podaci.
2. Da inicijalni pretres prošire, ukoliko prilikom vršenja pretresa ili drugog sličnog pristupa računaru postoji verovatnoća da se podaci koji se traže nalaze pohranjeni u drugom računarskom sistemu ili delu sistema na teritoriji države a takvim podacima je moguće na zakonit način pristupiti iz računara ili su tom računaru dostupni⁷;
3. Da oduzmu ili na drugi način obezbede računarske podatke kojima se pristupilo tokom vršenja pretresa ili sličnog pristupa, tako što:
 - oduzmu ili na drugi način obezbede (radi očuvanja integriteta elektronskih dokaza) računarski sistem ili deo računarskog sistema ili uređaj za skladištenje podataka;

⁶ Zakon o potvrđivanju Konvencije o visokotehnološkom kriminalu („Sl. glasnik RS“, br.19/2009).

⁷ Pri tome se način na koji se vrši proširenje pretresa prepušta državama. U pratećem izveštaju uz Konvenciju se kao primeri navode: a) sud koji je odobrio inicijalni pretres konkretnog računarskog sistema proširuje naredbu/odobrenje i na drugi sistem ukoliko proceni da postoji dovoljan stepen verovatnoće u skladu sa propisima nacionalnog zakonodavstva da se u povezanom računaru nalaze određeni podaci koji se traže, ili b) nalog za pretres se izvršava na obe lokacije istovremeno na koordinisan i ekspeditivan način. Vid. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/185.htm>.

- naprave i zadrže kopiju računarskih podataka;
- održe integritet relevantnih računarskih podataka;
- privremeno učine nedostupnim (npr. primenom tehnologije enkripcije) ili obrišu podatke u računaru kom je pristupljeno.

4. Da narede licu, koje ima saznanja o funkcionisanju računarskog sistema ili merama primenjenim za zaštitu pohranjenih podataka, da pruži potrebna obaveštenja u cilju omogućavanja vršenja pretresa računara.

S obzirom na neadekvatnost tradicionalnih istražnih ovlašćenja i odsustvo u većini zemalja posebnih proceduralnih pravila koja bi se primenjivala u kiber prostoru, rešenja u Konvenciji su poslužila kao polazna osnova za pravno regulisanje ovlašćenja nadležnih organa neophodna za istragu krivičnih dela učinjenih u vezi sa računarskim sistemima i mrežama.

3. Pretresanje računara u propisima pojedinih država

U *Italiji* su izmenama Zakonika o krivičnom postupku iz 2008. godine⁸ unete odredbe koje imaju za cilj da omoguće vršenje pretresa računara⁹. Naime, u članu 247. koji određuje uslove za preduzimanje radnje pretres prostorija, dodat je stav 1-*bis*. Ukoliko postoje razlozi da se veruje da se računarski podaci relevantni za konkretno krivično delo nalaze u informacionom ili telekomunikacionom sistemu, pre pretrage tih sistema, preduzimaju se tehničke mere radi zaštite originalnih podataka od izmena ili uništenja. Ukoliko se tokom pretresa pronađu podaci koji mogu imati značaj dokaza za krivičnu istragu, od držaoca računara se traži predaja predavanja, a ukoliko odbije da učini, sud može izdati naredbu za privremeno oduzimanje podataka. U vezi sa vršenjem uviđaja, sudska policija je dužna da u odnosu na računarske podatke i programe ili računarske i telekomunikacione sisteme preduzme tehničke mere i obezbedi neophodne uslove kako bi se osiguralo njihovo očuvanje i predupredilo mešanje i onemogućavanje pristupa, te da, uz adekvatnu stručnu podršku, sprovede dupliranje, odnosno pravljenje kopija na licu mesta tih uređaja, kroz proceduru koja obezbeđuje usklađenost sa originalnim primerkom i njegovu nepromenljivost (član 354. stav 2). Vredna pomena je i odredba koja se odnosi na čuvanje zaplenjenih predmeta, koja između ostalog predviđa da kada su oduzeti elektronski uređaji i računari, od originala uređaja i podataka pohranjenih u njima stvaraju se kopije na odgovarajućem medijumu

⁸ Codice di Procedura Penale (*Testo coordinato ed aggiornato del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 447*), <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36800>.

⁹ U okviru naslova tri: „sredstva za prikupljanje dokaza“ Treće knjige, drugo poglavlje uređuje pretres prostorija.

u postupku koji obezbeđuje potpunu saobraznost originala i kopije (član 259. stav 2. i član 260. stav 2). U skladu sa članom 352. stav 1bis ukoliko je lice zatečeno u izvršenju krivičnog dela, pre nego što pristupi pretraživanju računarskog/informacionog sistema, sudska policija je ovlašćena da preduzme tehničke mere u cilju obezbeđenja originalnih podataka i sprečavanja izmena ili uništenja ako postoje razlozi za bojazan da računarski podaci/programi relevantni za istragu mogu biti izbrisani/uništeni.

U **Španiji** Zakon o krivičnom postupku¹⁰ ne sadrži odredbe o pretresu računara, pa se shodno primenjuju odredbe o pretresu prostorija.

Portugalski Zakon o kompjuterskom kriminalu¹¹ u članu 15. reguliše pretres radi pretrage računarskih podataka. Kada je u toku istrage potrebno izvršiti pretres određenog računara, da bi se u njemu pronašli određeni podaci, sud izdaje naredbu koju kriminalistička policija izvršava u roku do 30 dana, o čemu sastavlja zapisnik koji prosleđuje sudu. Ipak, policija može i bez naredbe suda da izvrši pretres računara u dve situacije : a) ukoliko pristanak da lice koje je držalac računara ili pod čijom je računar kontrolom (a pristanak se dokumentuje u odgovarajućoj pisanoj formi), ili b) u slučaju istrage terorizma ili drugih krivičnih dela sa visokim stepenom nasilja ili organizovanosti ili ukoliko postoji neposredna opasnost po život ili telo nekog lica. U ove dve situacije je policija dužna da o vršenju pretresa bez odlaganja obavesti sud koji procenjuje neophodnost ove radnje i može je poništiti, odnosno ne odobriti. Ukoliko se tokom vršenja pretresa pojavi verovatnoća da su traženi podaci pohranjeni u drugom računarskom sistemu ili delu sistema i da im se može zakonito prestatupiti iz inicijalno pretraživanog računara, pretres se može proširiti i na taj drugi računar, ukoliko se za to pribavi saglasnost pomenutih lica ili naredba suda.

Član 16. Zakona predviđa da ukoliko se tokom pretresa pronađu računarski podaci koji su potrebni kao dokaz za utvrđivanje istine u krivičnom postupku, kriminalistička policija je ovlašćena izdatom naredbom za pretres da te podatke oduzme. Ukoliko se pretres vrši bez naredbe suda, podaci se mogu pre dobijanja sudske naredbe oduzeti samo ukoliko to nalažu razlozi hitnosti ili opasnost od gubitka podataka. Oduzimanje podataka u svakom slučaju mora odobriti sud u roku od 72 časa inače se ne mogu koristiti kao dokaz. Predviđeno je ograničenje u pogledu oduzimanja određenih kategorija podataka. Naime, ako tokom pretresa radi pretrage računarskih podataka policija nađe dokumente sa ličnim ili intimnim

¹⁰

<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036&tn=1&p=20140725&vd=#preamble>.

¹¹ http://www.gdcd.pt/codigos/code_criminal_procedure.html.

sadržajem čije bi saznavanje povredilo privatnost držaoca računara ili trećeg lica, ti dokumenti se predaju sudiji koji donosi odluku o upotrebi tih podataka ceneći okolnosti konkretnog slučaja. Podaci koji se odnose na vršenje pravničkih, medicinskih ili bankarskih poslova mogu se koristiti samo uz poštovanje ograničenja koje predviđa Zakon o krivičnom postupku a prilikom pretresa računara koje koriste novinari uzimaju se u obzir odgovarajuće odredbe Zakona o novinarstvu. Osim toga, ovaj član upućuje na Zakon o krivičnom postupku u pogledu režima državne, službene i profesionalne tajne. Potrebni računarski podaci se oduzimaju na tri načina (utvrđuje se način koji je u najvećoj meri odgovarajući ili proporcionalan na osnovu procene okolnosti slučaja): 1. Računarski sistem sa svom opremom, uređaji za skladištenje podataka i uređaji za očitavanje podataka se oduzimaju sa lica mesta i transportuju u forenzičku laboratoriju; 2. Pravi se kopija samo potrebnih računarskih podataka na licu mesta (prave se dve kopije od kojih se jedna predaje u sudski depozit i overava digitalnim potpisom a druga se prosleđuje na obradu u forenzičku laboratoriju); 3. Primenom tehničkih sredstava se obezbeđuje integritet podataka, bez kopiranja ili uklanjanja podataka iz sistema; 4. Uklanjaju se računarski podaci ili se onemogućava pristup njima u sistemu.

U vezi sa vršenjem pretresa radi pretrage računarskih podataka je i član 14. Zakona po kom sud može narediti licu koje je držalac računara ili ima kontrolu nad njim da preda, odnosno omogućiti kriminalističkoj policiji pristup potrebnim podacima (koji se određuju u naredbi). Ukoliko to lice odbije da postupi po naredbi, protiv njega se može pokrenuti krivični postupak za krivično delo ometanja pravde. Naredbom se mogu obavezati i pružaoci telekomunikacionih usluga da predaju podatke o korisniku usluga, i to: a. Podatke o vrsti komunikacione usluge, tehničkim uslovima i periodu korišćenja usluga; b. Podatke o identitetu korisnika, adresi, broju telefona, plaćanju usluge na osnovu ugovora sa korisnikom; v. Podatke o opremi koja je predata korisniku na osnovu ugovora. Ipak, Zakon predviđa da se na predaju podataka ne može obavezati okrivljeni, kao ni lica koja nisu dužna da svedoče u krivičnom postupku usled postojanja obaveze čuvanja državne, službene i profesionalne tajne (što se odnosi na određene profesije).

U *Francuskoj* u skladu sa članom 97. Zakonika o krivičnom postupku¹² sudska policija vrši pretres stana okrivljenog ili drugog lica za koje se sumnja da u posedu ima računarske podatke koji mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku o čemu sastavlja izveštaj. Pre oduzimanja

računarskih podataka, vrši se pretres računara na licu mesta, uz poštovanja prava okrivljenog i dokumenata koji predstavljaju profesionalnu tajnu. Oduzimaju se samo oni računarski podaci koji mogu biti korisni za utvrđivanje istine u krivičnom postupku, a na osnovu odobrenja suda. Podaci se oduzimaju ili tako što se uređaj u kom su pohranjeni izuzima sa lica mesta i predaje u sudski depozit ili tako što se *in situ* pravi kopija potrebnih podataka. Kopiranje se vrši u prisustvu držaoca prostorije ili lica koje on odredi ili dva svedoka. Lica koja mogu dati korisna obaveštenja o funkcionisanju računarskog sistema se zadržavaju na licu mesta koliko je potrebno da se radnja izvrši, a ukoliko lice odbije da preda potrebne računarske podatke, sudska policija može kazniti novčanom kaznom od 4500 eura (član 98). Odlukom suda računarski podaci čije posedovanje ili upotreba su nezakoniti ili predstavljaju opasnost po opštu bezbednost mogu se trajno obrisati iz uređaja koji nisu predati u sudski depozit. U skladu sa članom 57-1, sudska policija je ovlašćena da proširi pretres računara na drugi računarski sistem u toj prostoriji ili na drugom mestu, ukoliko se istom može pristupiti iz inicijalnog računara, te da pristupi u njima pohranjenim relevantnim podacima i da ih kopira na odgovarajući uređaj.

Nemački Zakon o krivičnom postupku¹³ ne sadrži posebne odredbe o pretresu računara, nego se primenjuju opšte odredbe o pretresu prostorija i pokretnih stvari sadržane u Odeljku VIII Zakona¹⁴. Ipak, u članu 110. stav 3, koji se odnosi na pregledanje dokumentacije (isprava) na licu mesta, navedeno je da se pretres elektronskog medija za pohranjivanje podataka u posedu lica koje se pretresa može proširiti i na medije za pohranjivanje podataka koji su od istog prostorno udaljeni, ako se njima može pristupiti sa tog medija za pohranjivanje podataka, te ako postoji bojazan da će u suprotnom doći do gubitka traženih podataka. Podaci koji se tom prilikom pronađu, a mogu biti od značaja za istragu mogu se oduzeti radi obezbeđenja. Kako su računarski podaci izjednačeni sa ispravama, potrebno je ukazati na obavezu lica, koje drži predmete koji mogu biti od značaja kao dokaz za krivični postupak, da ih na zahtev organa predloži i preda, a ako to ne učini, predmeti će se privremeno oduzeti na osnovu odluke suda (u izuzetnim okolnostima to mogu učiniti i policija i tužilaštvo, ali su o tome dužni da obaveste sud u roku od 3 dana). Lice koje odbija da preda predmete se može kazniti prekršajnom kaznom ili merama koje se primenjuju prema licima koja odbijaju da svedoče. Naime prema lici-

¹³ http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p0430.

¹⁴ Ovaj odeljak se odnosi na regulisanje oduzimanja predmeta, nadzor telekomunikacija, kompjutersko sravivanje ličnih podataka, korišćenje tehničkih sredstava, korišćenje prikrivenih istražitelja i pretresanje.

ma sudija za prethodni postupak može odrediti obavezu snošenja troškova nastalih zbog takvog odbijanja, novčanu kaznu, a ako je ne plati, i zatvor (može se kazniti zatvorom kako bi pristao da svedoči, a zatvor ne sme trajati duže od vremena trajanja postupka, niti duže od šest meseci) uz napomenu da kad se iskoriste sve ove mere, novčane kazne se ne mogu ponovo odrediti u istom postupku. Obaveza predavanja predmeta ne odnosi se na lica koji imaju pravo da ne svedoče (vid. član 52¹⁵ i 53¹⁶). Od pojedinih kategorija lica nije dozvoljeno ni oduzimanje predmeta dokle god se koriste pravom da ne svedoče (vid. član 97. stav 4), odnosno određenih vrsta predmeta¹⁷, ali je i u ovim slučajevima oduzimanje dozvoljeno ako je isto, uvažavajući osnovna prava iz člana 5. stava 1. rečenice 2. Ustava, srazmerno značaju predmeta i razjašnjavanju činjeničnog stanja ili se mesto boravka učinioca ne može na drugi način utvrditi ili bi utvrđivanje bilo otežano. U pogledu zaštite podataka koji se sravnjuju, važne su odredbe koje određuju tretman podataka. Naime, ako su podaci prosleđeni na nosiocima podataka, isti se moraju vratiti odmah nakon okončanja sravnjivanja, a lični podaci koji su preneseni na druge nosioce

¹⁵ U skladu sa članom 52. pravo da odbije svedočenje ima: 1. lice sa kojom je okrivljeni veren, odnosno sa kojim je razmenio obećanje da stupi u životnu zajednicu; 2. bračni drug okrivljenog, čak i nakon prestanka braka; 2a. vanbračni drug okrivljenog, čak i nakon prestanka vanbračne zajednice; 3. srodnik osumnjičenog po krvi u pravoj liniji do bilo kojeg stepena, u pobočnoj liniji do trećeg stepena, a po tazbini do drugog stepena.

¹⁶ Pravo da odbiju svedočenje imaju i sledeća lica: 1. verski službenik o onome što mu je povereno ili je saznao u svojstvu ispovednika; 2. branilac o onome što mu je povereno ili je saznao u obavljanju svog zanimanja; 3. advokati, advokati za patente, notari, nezavisni revizori, ovlašćene računovođe, porezni savetnici i punomoćnici, lekari, stomatolozi, psihoterapeuti, dečiji psihoterapeuti, farmaceuti i babice o činjenicama koje su im poverene ili su saznali u obavljanju svog zanimanja; članovi advokatske komore imaju isti rang kao advokati; 3a. članovi ili ovlašćeni predstavnici licenciranog savetovališta, u skladu Zakonom o konfliktu trudnoće, o onome što im je povereno ili su saznali u obavljanju svog zanimanja; 3b. savetnici za pitanja zavisnosti od narkotika u savetovalištu koje je licencirano ili osnovano od strane državnog organa ili pravnog lica, ustanove ili fondacije, o onome što im je povereno ili su saznali u obavljanju svog zanimanja; 4. članovi Parlamenta, Savezne skupštine, Evropskog parlamenta ili pokrajinskog parlamenta o licima koje su im u svojstvu članova tih organa poverile činjenice ili kojima su one poverili činjenice, kao i o samim tim činjenicama; 5. lica koje profesionalno učestvuju ili su učestvovali u pripremi, izradi ili širenju štampanih materijala, u radio i TV emisijama, filmskim izveštajima ili informativnim ili komunikacijskim službama koje služe informisanju ili stvaranju mnjenja.

¹⁷ Nije dozvoljeno oduzimanje nosilaca audio i video snimaka i nosilaca podataka, slika i drugih ilustracija koja drže lica koje profesionalno učestvuju ili su učestvovali u pripremi, izradi ili širenju štampanih materijala, u radio i TV emisijama, filmskim izveštajima ili informativnim ili komunikacijskim službama koje služe informisanju ili stvaranju mnjenja

podataka, moraju se odmah izbrisati čim prestane potreba za njihovim korišćenjem u krivičnom postupku. Osim toga, nakon završetka mere obaveštavaju se državni organi koji su nadležni za nadzor nad poštovanjem propisa o zaštiti podataka.

Holandski Zakon o krivičnom postupku¹⁸ uređuje pretres računara među odredbama kojima se reguliše pretres prostorija i pretres drugih predmeta. Razlikuje se situacija u kojoj računar pristupa istražni sudija od situacije u kojoj to čini javni tužilac, što je predmet određenih ograničenja. U slučaju postojanja sumnje da je izvršeno teško krivično delo, tužilac može ući u bilo koju prostoriju (osim mesta stanovanja) bez saglasnosti držaoca prostorije. U hitnim slučajevima javni tužilac može za to da ovlasti i svog zamenika, a u ostalim slučajevima je to moguće samo na osnovu odobrenja istražnog sudije, na pisani i obrazloženi predlog tužioca. Član 125i reguliše pretres prostorija u cilju obezbeđenja računarskih podataka koji su pohranjeni na uređaju koji se nalazi u toj prostoriji, tako što se policija ovlašćuje da preduzme mere radi sprečavanja gubitka, oštećenja ili izmene podataka koji se imaju oduzeti, a do dolaska istražnog sudije (ili javnog tužioca) koji su ovlašćeni da vrše pretres prostorije. Zakon propisuje da se pokretne stvari mogu oduzeti ukoliko su potrebne za krivični postupak, a što se tiče oduzimanja računara i drugih elektronskih uređaja koji sadrže elektronske dokaze, isti se mogu oduzeti, ali ovlašćenje za oduzimanje ne sadrži ovlašćenje pregledanja i korišćenja računara ili kopiranja podataka, nego se oduzimanje vrši u cilju odnošenja u laboratoriju radi pregleda od strane forenzičara. Da bi se mogao pregledati računar radi uočavanja prisustva podataka potrebnih za krivični postupak, najpre je potrebno obezbediti pristup mestu na kom se računarski sistem nalazi, a zakon određuje ko, u kojim slučajevima i po kom osnovu je ovlašćen da pristupi sistemu. Član 125j predviđa mogućnost da se prilikom pretresa računara pristupi sa njim povezanim računarom koji se nalazi na drugoj lokaciji radi pronalaska dokaza koji su „opravdano potrebni“ za utvrđivanje istine, a ukoliko se takvi dokazi pronađu, oni se obezbeđuju, odnosno kopiraju. Na osnovu odredbe člana 125k može se obavezati lice za koje se pretpostavlja da ima saznanja o primenjenim sigurnosnim merama u računarskom sistemu da pruži obaveštenja o tome, odnosno u slučaju enkripcije da omogući pristup podacima. Međutim, izričito je navedeno da se ovako nešto ne može narediti okrivljenom niti licu koje je u skladu sa Zakonom oslobođeno dužnosti svedočenja (u pogledu dužnosti čuvanja profesionalne tajne). Isto tako, u članu 125l je navedeno da se ne mogu oduzeti računarski podaci koje su u računar unela lica (ili u

¹⁸ <http://www.wetboek-online.nl/wet/Wetboek%20van%20Strafvordering.html>.

njihovo ime) sa dužnošću čuvanja profesionalne tajne (državni službenici, javni beležnici, medicinsko osoblje), osim ako ne budu oslobođeni te dužnosti. Takođe je relevantan član 125o koji predviđa da se prilikom pretresa uređaja za automatsku obradu, prenošenje i skladištenje podataka pronađu podaci koji ukazuju na izvršenje krivičnog dela, javni tužilac, odnos istražni sudija (u fazi prethodnog saslušanja) može odlučiti da se takvi podaci učine nedostupnim dok je to potrebno da se spreči dovršenje ili pokušaj drugog krivičnog dela, pri čemu činjenje nedostupnim podrazumeva: preduzimanje mera radi sprečavanja korisnika automatskog uređaja ili trećeg lica da sazna za postojanje takvih podataka, odnosno da se onemogući njihovo korišćenje, kao u uklanjanje tih podataka iz uređaja (uz prethodno obezbeđenje podataka za potrebe krivičnog postupka). Osim toga, predviđeno je da se, ukoliko je pretres rezultirao kopiranjem podataka, o tome obaveštavaju što je pre moguće (obaveštavanje se može odložiti na osnovu odluke istražnog sudije ukoliko bi ono ugrozilo krivični postupak) u pisanom obliku sledeća lica: okrivljeni, kontrolor podataka, držalac prostorije u kojoj je vršen pretres. Zakon sadrži i odredbu kojom se, radi zaštite privatnosti lica koja su pogođena ovom merom, prikupljeni podaci uništavaju, čim se utvrdi da prikupljeni podaci do kojih se došlo pretresom računara nisu više potrebni za krivičnu istragu, osim ukoliko javni tužilac ne proceni da bi bili korisni za istragu u drugom predmetu (član 125n).

U *Finskoj* je pretres računarskih uređaja regulisan u okviru poglavlja 8. Zakona o merama procesne prinude¹⁹ (tačnije članovima 20-23) kao pretraga podataka koji su pohranjeni u računaru, drugom tehničkom sredstvu ili informacionom sistemu u vreme preduzimanja radnje. Da bi se pretraga podataka izvršila potrebno je da budu ispunjena dva materijalna uslova: 1. da postoji razlog za sumnju da je izvršeno krivično delo za koje je moguće izreći kaznu zatvora od najmanje 6 meseci; 2. da se može pretpostaviti da pretraga može dovesti do pronalaženja dokumenata ili podataka koji se imaju oduzeti za potrebe krivičnog postupka. Ukoliko su ispunjeni ovi uslovi, organ koji je ovlašćen da naredi lišenje slobode (na osnovu člana 9. Zakona), ovlašćen je i da izda naredbu za pretragu podataka pohranjenih u uređaju. Odluka kojom se odobrava vršenje pretresa prostorija može da obuhvata i pretragu tehničkih uređaja i informacionih sistema za koje se pretpostavlja da su u prostoriji. U tom slučaju se primenjuju sve odredbe Zakona koje važe za pretres stana (određene procedure i prisustvo određenih lica u smislu članova 5-13 i 19. Zakona). Pretraga uređaja se može izvršiti i da bi se uređaj vratio vlasniku, ukoliko

¹⁹ <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2011/en20110806.pdf>.

postoji sumnja da je oduzet od tog lica u vezi sa izvršenjem krivičnog dela. Pretraga podataka se, po pravilu, vrši na licu mesta, a ukoliko je nije moguće izvršiti na licu mesta, policija može oduzeti uređaj. Lice koje poseduje ili obrađuje informacioni sistem je dužno da na zahtev organa postupka pruži informacije potrebne za sprovođenje pretrage podataka sadržanih u uređaju (o čemu se licu može na njegov zahtev izdati potvrda). Ovakava obaveza se ne može nametnuti okrivljenom niti licima koja u skladu sa zakonom imaju pravo, odnosno obavezu da odbiju svedočenje (u skladu sa poglavljem 7, članom 3, stavovima 1. i 2).

U Zakonu o krivičnom postupku *Letonije* je u članu koji reguliše vršenje uviđaja (član 160) navedeno da ukoliko se tokom vršenja uviđaja pojavi potreba da se izvrši pretres prostorije ili predmeta, to je moguće samo u skladu sa odredbom koja reguliše vršenje pretresa, za šta je potrebno odobrenje istražnog sudije. Istražni sudija naređuje pretres sistema za automatsku obradu podataka (ili dela sistema) ukoliko postoji verovatnoća da se u sistemu nalaze elektronski dokazi (a to su u smislu člana 136. informacije o određenim činjenicama u elektronskom obliku koja je obrađena, pohranjena ili se prenosi u uređajima ili sistemima za automatsku obradu podataka). Izričito je predviđeno da se pregled sistema za automatsku obradu podataka ne vrši na licu mesta, nego da se sistem (ili njegov deo) oduzima, na način da se ne izmeni integritet podataka koje sadrži (član 160. stav 6). U skladu sa članom 219. pretres računara se vrši radi pronalaženja pohranjenih računarskih podataka i ostvarivanja pristupa tim podacima, a moguće je odrediti i uklanjanje određenih podataka bez znanja lica koje je vlasnik ili držalac sistema, kao i pravljenje kopija podataka i sistema u celini. Ukoliko postoji potreba za pristup podacima kojima je moguće pristupiti preko sistema koji je predmet pretresa, policija je ovlašćena da to učini i bez nove odluke istražnog sudije. Policija može narediti licu koje je vlasnik ili držalac elektronskog informacionog sistema (a to je i fizičko i pravno lice koje obrađuje, skladišti ili prenosi podatke u elektronskom informacionom sistemu, uključujući i pružaoca usluga elektronskih komunikacija) da preduzme sve neophodne radnje da se očuva potpunost određenih računarskih podataka za potrebe krivičnog postupka, kao i nedostupnost tih podataka drugim licima, i to za period do 30 dana, koji se može produžiti za još toliko na osnovu odluke istražnog sudije. Takođe, policija može narediti licu koje nadgleda funkcionisanje računarskog sistema ili obavlja zadatke u vezi sa obradom, skladištenjem ili prenosom podataka u sistemu da pruži informacije potrebne za preduzimanje pretresa, kao i da preduzme neophodne tehničke mere da se osigura integritet računarskih podataka, a naročito da se učine nedostup-

nim trećim licima. Osim toga, ta lica se obavezuju na dužnost da kao tajnu čuvaju činjenicu da se preduzima pretres, kao i na posledice nepostupanja po istoj.

Među posebnim dokaznim radnjama Zakonik u članu 215. predviđa i kontrolu podataka koji su pohranjeni u sistemima za automatsku obradu podataka (tačka 3). Ova posebna dokazna radnja može odrediti u pogledu lakših, teških i naročito teških krivičnih dela²⁰, radi prikupljanja samo onih informacija potrebnih za dokazivanje činjenica u krivičnom postupku za konkretno krivično delo ili za dokazivanje drugog krivičnog dela za sprečavanje neposredne i značajne pretnje po javnu bezbednost (član 211). Krivična dela povodom kojih se može odrediti ova radnja su sva za koja je moguće odrediti kaznu zatvora od najmanje tri meseca, tako da Zakon ovu radnju tretira kao posebnu ne s obzirom na težinu krivičnog dela, već zato što su prikrivene, odnosno vrše se bez obaveštavanja lica na koje se odnose.

U procesnom zakonodavstvu *Norveške* se na pretres računara primenjuju generalne odredbe o pretresu prostorija²¹ a samo jedna odredba se izričito odnosi na pretres uređaja i sistema za automatsku obradu podataka (član 199a) kojom je predviđeno da su sva lica koja imaju kontrolu nad sistemom dužna da pruže obaveštenja neophodna za pristup podacima pohranjenim u njima, jer se u suprotnom protiv njih može pokrenuti postupak za krivično delo ometanja pravde.

U *Velikoj Britaniji* u skladu sa drugim odeljkom Zakona o policiji i krivičnoprocesnim dokaznim radnjama²² policija može tražiti od suda donošenje naredbe za pretres ukoliko postoje verovatnoća određenog stepena (opravdani razlozi za verovanje: *reasonable grounds for believing*) da je izvršeno krivično delo za koje se može podići optužnica (*indictable of-*

²⁰ Krivični zakon određuje kategorije krivičnih dela, tako što su manje ozbiljna ona krivična dela za koje je moguće izreći kaznu zatvora od 3 meseca do 3 godine, teška su ona krivična dela za koje je moguće izreći kaznu zatvora od 3 do 8 godina, a naročito teška su krivičnih dela za koje je moguće izreći kaznu zatvora od najmanje 8 godina ili doživotnu kaznu. Vid. član 7. KZ: http://www.knab.gov.lv/uploads/eng/the_criminal_law2014.pdf.

²¹ Vid. članove 190-202. <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19810522-025-eng.pdf>.

²² *Police and Criminal Evidence Act 1984*, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60>.

Na osnovu ovog Zakona donet je Pravilnik o pretresu prostorija i oduzimanju predmeta (*Code of practice for searches of premises by police officers and the seizure of property found by police officers on persons or premises*) kojim se preciziraju relevantne odredbe Zakona, ali se nijedna izričito ne odnosi na pretres računara. Vid. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/117591/pace-code-b-2011.pdf.

fence), da se u određenoj prostoriji mogu pronaći predmeti od značaja za istragu krivičnog dela koji mogu biti relevantni dokazi, a na koje se ne odnose zakonske privilegije ili se ne primenjuju posebne procedure (član 15). Ukoliko su ispunjeni navedeni uslovi, sud ovlašćuje policiju da uđe u određene prostorije, izvrši pretres i oduzme određene predmete (član 16). Mogu se oduzeti predmeti u vezi sa navedenim ili bilo kojim drugim krivičnim delom, kao i predmeti za koje postoji opasnost da budi izmenjeni, izgubljeni ili uništeni (član 19.stav 3). Sledeći stav se odnosi na proširenje ovlašćenja na oduzimanje kompjuterizovanih informacija. Naime, izričito je navedeno da lice ovlašćeno da izvrši pretres prostorije ima pravo i da zahteva da se informacije sačuvane u elektronskom obliku, a koje su sadržane u računaru i kojima se može pristupiti iz prostorije obuhvaćene naredbom za pretres, predaju u vidljivom i opipljivom obliku podobnom da se izuzme sa lica mesta ili u obliku iz kog se može provesti u vidljivu i čitljivu formu, ukoliko postoji opravdan razlog da se veruje da predstavljaju dokaz za krivično delo povodom kog se vrši pretres ili bilo kog drugog krivičnog dela ili su nastali izvršenjem bilo kog krivičnog dela (član 19. stav 4). Predmeti se oduzimaju radi forenzičke obrade za potrebe korišćenja u postupku pred sudom (član 22. stav 3).

Treći deo Zakona o uređenju istražnih ovlašćenja²³ posvećen je postupanju sa računarskim podacima zaštićenim enkripcijom, a koji su prikupljeni ili u vezi sa pretresom računara ili u vezi sa presretanjem komunikacija koje se ostvaruju preko pružalaca usluga elektronskih komunikacija. Ukoliko postoji verovatnoća (u vidu opravdanih razloga za verovanje) da lice poseduje ključ za enkripciju koji omogućava pristup zaštićenim računarskim podacima, policija može zahtevati da otkrije te podatke, ukoliko je to potrebno i neophodno za ostvarivanje određenih ciljeva (između ostalog, i radi otkrivanja i sprečavanja krivičnih dela) a ti podaci se ne mogu prikupiti ni na koji drugi način. Licu koje odbije da postupi po zahtevu, može biti određen zatvor u trajanju do 2 godine²⁴.

U **SAD** sudija pregleda dokumentaciju koju preko tužilaštva dostavlja policija u vidu predloga za izdavanje naloga za pretres, te procenjuje da li postoji verovatnoća (*probable cause*) da se u određenom računaru koji se nalazi na određenom mestu mogu pronaći određeni digitalni dokazi. Ukoliko sudija proceni da su ispunjeni svi potrebni formalni i materijalni uslovi (dovoljan stepen određenosti i verovatnoća), izdaje nalog za pretres računara radi prikupljanja podataka pohra-

²³ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/contents>

²⁴ Vid. članove 49-56.

njenih u elektronskom obliku (*Warrant Seeking Electronically Stored Information*²⁵). Nalog ovlašćuje nadležni organ da oduzme uređaj ili da oduzme ili kopira podatke pohranjene u elektronskom obliku, a osim toga, ukoliko nije drugačije određeno, nalog sadrži i ovlašćenje za naknadni pregled oduzetog uređaja. U pogledu izdavanja naloga za pretres računara, međutim, osim pomenutih uslova, pojedini sudovi traže od tužilaštva ispunjenje dodatnih uslova pre izdavanja naloga za pretres računara²⁶, i to da se saglasi, između ostalog, da se odriče od mogućnosti pozivanja na tzv. *plain view doctrine*²⁷ kao i da pretres računara ne obavljaju ista lica koja vrše pretres prostora (odnosno, da policijski istražitelji koji dobiju ovlašćenje da izvrše pretres prostora neće imati nikakvu ulogu u pretresu računara koji su identifikovani u nalogu za pretres, nego će te zadatke obaviti nezavisna treća strana ili stručnjak digitalne forenzike (koji je u sistemu krivičnog pravosuđa)²⁸.

²⁵ Pretres je regulisan pravilom br. 41. Federalnih pravila o krivičnoj proceduri, a pravilom br. 41(e)(2)(B) predviđeno je izdavanje naloga radi pronalaska elektronskih dokaza, vid. *Federal Rules of Criminal Procedure*, <http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp>.

²⁶ Sudovi se pozivaju na dodatne restriktivne uslove (tzv. *CDT II uslovi*) koji su ustanovljeni 2009.godine u precedentu *United States v. Comprehensive Drug Testing, Inc.*, 579 F.3d 989 9th Cir. (2009). Više o tome vid. J. Saylor, „Computers as Castles: - Preventing the Plain View Doctrine from Becoming a Vehicle for Overbroad Digital Searches“, *Fordham Law Review* 6/ 2011, 2839-2845.

²⁷ Četvrti amandman na Ustav SAD štiti građane od pretresa prostora u kom imaju razumno očekivanje privatnosti, osim ukoliko su nadležni organi za to ovlašćeni nalogom koji je izdao sudija. Ipak postoji nekoliko izuzetka od tog pravila, odnosno nekoliko mogućnosti da se pretres izvrši i bez takvog naloga, a jedan od tih izuzetaka je i „*plain view doctrine*“ (ustanovljena u precedentu *Horton v. California*, 496 US 128 (1990). Po ovoj doktrini, organu nije potreban nalog da pribavi dokaz ukoliko 1) se nalazi u zakonitoj poziciji da nešto posmatra, odnosno uoči (npr. ima nalog za pretres računara); 2) ima zakonito pravo da pristupi određenom predmetu koji je u „*plain view*“ (odnosno nalazi se pred njim, npr. da otvori određenu datoteku tokom vršenja pretresa računara); 3) a inkriminišuća priroda tog dokaza je neminovno uočljiva odmah („*immediately apparent*“) (npr. datoteka koju otvori sadrži grafički prikaz zlostavljanja deteta). Ukoliko su ispunjeni ovi uslovi, organ može i bez naloga da oduzme predmete, odnosno dokaze koji nisu bili određeni u nalogu jer ga je upravo prvobitno izdati nalog (iako nije predvideo mogućnost pronalaska tog dokaza) doveo u zakonitu poziciju da posmatra i uoči dokaze na zakonit način.

²⁸ Što se tiče uslova da pretres računara mogu da vrše od strane suda određeni stručnjaci, i to: ili nezavisna treća strana (po osnovu Zakona o pohranjenim podacima o komunikacijama (*Stored Communications Act*), pružaoci usluga elektronskih komunikacija i usluga udaljenog računarstva izvršavaju naloge za pretres) ili specijalizovana lica u okviru organa (koja se pri tom obavezuju da informacije do kojih su došli pretresom a koje se ne odnose na krivična dela povodom kojih je nalog za pretres izdat ne otkrivaju policiji, odnosno tužilaštvu), a da se tužilac i istražitelj (koji imaju saznanja o konkretnom slučaju) u potpunosti isključuju iz vršenja pretresa računara (čak ni u vidu nadgledanja ili

Primenu ovih ograničenja sudovi pravdaju činjenicom da se pretres računarskog sistema koji sadrži enormne količine podataka izvršava primenom metoda i tehnika koje su u daleko većoj meri intruzivne od onih koje se primenjuju tokom pretresa u fizičkom svetu, pa je potrebno dodatno obezbediti zaštitu prava privatnosti korisnika računara²⁹. Ukoliko prilikom pretresa naiđe na datoteku koja je imanentan dokaz za drugo krivično delo, pozivanjem na *plain view* izuzetak policija bi mogla da opravda pribavljanje dokaza iako za njega nije imala nalog za pretres, odnosno da pronađenu datoteku iskoristi kao *probable cause*, odnosno neophodni formalni uslov za izdavanje drugog naloga za pretres radi pronalaska dodatnih dokaza o drugom krivičnom delu. Međutim, uslovljavanjem izdavanja naloga za pretres nepozivanjem na pomenutu doktrinu sud štiti slobodu korisnika računara od neosnovanog pretresa (ukida se izuzetak od važenja 4. Amandmana). Iako pojedini autori smatraju da je takvo postupanje suda ne samo prihvatljivo, nego je to i njihova obaveza radi zaštite privatnosti korisnika računara³⁰, ne postoji nijedan pravni osnov da sud u svakom konkret-

davanja smernica), to se dovodi u pitanje efektivnost i efikasnost pretresa, jer je neminovno da takvo rešenje prouzrokuje povećanje troškova, vremensko odugovlačenje, širi - obuhvat pretresa nego što je neophodno, odnosno predviđanje bitnih dokaza za konkretan slučaj. Ipak, smisao ovakvog ograničenja je da se stvori brana prevelikom diskrecionom - ovlašćenju državnih organa poveravanjem izvršenja radnje pretresa nepristrasnom i nezainteresovanom licu. Vid. B. Simpson, "Preemptive suppression" – judges claim the right to find digital evidence inadmissible before it is even discovered", *Journal of Digital Forensics, Journal of Digital Forensics, Security and Law* 4/2012, 34.

²⁹ Pozivanjem na ovu doktrinu bi policija mogla, nakon što bude ovlašćena izdavanjem naloga za pretres računara, svaki dokaz koji pronađe u računaru (jer je u zakonitoj poziciji da uoči podatke *in plain view*) da koristi protiv određenog lica (vid. R. Chang, „Why the plain view doctrine should not apply to digital evidence“, *Suffolk journal of trial and appellate advocacy* 1/2007, 43). Postoji ozbiljan rizik da se svaki nalog za pretres radi pronalaska elektronskih informacija može pretvoriti u nezakoniti opšti nalog (koji je u - suprotnosti sa zahtevima 4. Amandmana) zloupotrebom ovlašćenja u nalogu da pretresu računar radi pronalaska određenog dokaza da je određeno lice izvršilo određeno krivično delo kako bi pronašli dokaz o izvršenju bilo kog krivičnog dela. (više tome vid. R. Moore., „To view or not to view: examining the plain view doctrine and digital evidence“, *American Journal of Criminal Justice* 1/2004, 55-73; O.Kerr, „Searches and Seizures in Digital World“, *Harvard Law Review* 2/2005, 531-585). Time što sud uslovljava izdavanje naloga za pretres saglašavanjem tužilaštva da se ne pozivaju na ovu doktrinu znači da pojedini dokazi koji se ne odnose na delo povodom kog je izdat nalog za pretres ne mogu koristiti (iako zakonito pribavljeni). Vid. B. Simpson, "Preemptive suppression" – judges - claim the right to find digital evidence inadmissible before it is even discovered", *Journal of Digital Forensics, Security and Law* 4/2012, 25.

³⁰ O potrebi da se policiji na ovaj način onemogućí korišćenje širokih diskreционih ovlašćenja, više vid. P. Ohm, „Massive Hard Drives, General Warrants, and the Power of Magistrate Judges“, *Virginia Law Review* 1/2011, 97-130; J.Stinsman, „Computers and

nom slučaju prilikom odobravanja pretrage računara unapred oglašava dokaze do kojih se došlo pomenutom doktrinom nedozvoljenim, jer postoji mehanizam kontrole pojedinačnih dokaza³¹ (pravilo o izdvajanju nezakonitih dokaza, tzv. *exclusionary rule*³²) primenom kog bi nezakonito postupanje policije bilo sankcionisano nemogućnošću upotrebe dokaza do kog se došlo na taj način, odnosno protivno nalogu³³.

Hrvatski Zakon o krivičnom postupku propisuje da se pretres preduzima ako je verovatno da će se pronaći tragovi i predmeti potrebni za krivični postupak³⁴, na osnovu naloga sudije istrage (koji rešava o zahtevu odmah, a najkasnije u roku od četiri sata od prijema zahteva) a koji se izvršava se u roku od tri dana od dana izdavanja (nakon proteka roka, pretres se više ne može izvršiti na osnovu tog naloga). Osim toga, javni tužilac ili policija prilikom vršenja uviđaja lica mesta za krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti može sprovesti pretres odmah, a najkasnije osam sati nakon što je krivično delo otkriveno, ukoliko je to preko potrebno radi otklanjanja opasnosti po život i zdravlje ljudi ili imovinu većeg opsega ili radi osiguranja tragova i dokaza koji su u neposrednoj vezi s krivičnim delom zbog kojeg se obavlja uviđaj (osim ako se radi o pretrazi doma). U članu 257. kojim se uređuje pretres pokretne stvari, posebno je navedeno da

Searches, Rethinking the Applicability of the Plain View Doctrine“, Temple Law Review 4/2011, 1097-1120; M. Dodovich, „The Plain View Doctrine Strikes Out In Digital File Searches“, A Journal of Law and Policy for the Information Society 6/2011, 659- 691.

³¹ B. Simpson, *op.cit.*, 31.

³² Pravilo ustanovljeno (u precedentu *Weeks v. US*, 232 US 383 (1918) da bi se onemogućilo da tužilaštvo zasniva optužbu na dokazima koji su pribavljeni protivno zakonu, odnosno kršenjem Ustavom zagarantovanih prava.

³³ Pojedini autori smatraju da bi jedino sledeća ograničenja u nalogu za pretres, a koja se tiču načina izvršavanja radnje, bila opravdana: 1) ograničenje u pogledu hardvera koji se pretresa; 2) ograničenja vremenskog trajanja pretresa; 3) ograničenja u pogledu faza izvršenja pretresa kako bi se ograničio pristup dokazima koji nisu obuhvaćeni nalogom; 4) ograničenja u pogledu momenta vraćanja hardvera korisniku. Ukoliko se prilikom pretresa računara ne bi poštovala ova ograničenja predviđena nalogom, takvi dokazi bi bili nezakoniti i po pravilu o izdvajanju nedozvoljenih dokaza, ne bi se mogli koristiti u postupku (vid. O. Kerr, „Ex Ante Regulation of Computer Search and Seizure“, *Virginia Law Review* 6/2010, 1241-1293). Značajna su i sledeća ograničenja: 1) nalog bi trebalo da odredi odgovarajući metod kojim se vrši pretres spram okolnosti slučaja; 2) *plain view doctrine* je moguće primeniti samo u pogledu dokaza koji su u vezi sa dokazima povodom kojih je nalog za pretres izdat; 3) nalog treba da odredi način izvršavanja kojim se otkrivaju samo oni dokazi povodom kojih se nalog i izdaje; 4) nalog određuje koje lice izvršava pretres (J Saylor, „Computers as Castles: Preventing the Plain View Doctrine from - Becoming a Vehicle for Overbroad Digital Searches“, *Fordham Law Review* 6/ 2011, 2854-2857).

³⁴ <http://www.zakon.hr/z/174/Zakon-o-kaznenom-postupku>, vid. članove 240-250.

ova radnja obuhvata i pretres računara i s njim povezanih uređaja, drugih uređaja koji služe prikupljanju, pohranjivanju i prenosu podataka, telefonskim, računarskim i drugim komunikacijama i nosilaca podataka. Lice koje koristi računar ili ima pristup računaru ili drugom uređaju ili nosiocu podataka, te pružalac usluga elektronskih komunikacija, dužno je da organu koji sprovodi pretres omogući pristup računaru, uređaju ili nosiocu podataka i da pruži potrebna obaveštenja za nesmetanu upotrebu i ostvarenje ciljeva pretresa. Osim toga, lica su dužna po nalogu organa koji preduzima radnju da preduzmu mere kojima se sprečava uništenje ili menjanje podataka, a koje radnje organ može naložiti i stručnom pomoćniku. Lice koje koristi računar ili ima pristup računaru ili drugom uređaju, kao i pružalac telekomunikacijskih usluga, a koji ne postupe u skladu sa pomenutim obavezama, sudija istrage može na predlog javnog tužioca kazniti (novčanom kaznom u iznosu do 50.000,00 kuna, a ako i nakon toga ne postupi po zahtevu, lice se može se kazniti zatvorom do izvršenja zahteva, a najduže mesec dana), ali se odredba o kažnjavanju ne odnosi na okrivljenog. U vezi sa pretresom računara je radnja privremenog oduzimanja predmeta. Privremeno se oduzimaju predmeti koji se oduzimaju prema krivičnom zakonu ili koji mogu poslužiti pri utvrđivanju činjenica u postupku. Sva lica koja drže takve predmete, dužna su da ih predaju na zahtev javnog tužioca ili policije, koji držaoce predmeta upozoravaju na posledice koje proizlaze iz odbijanja postupanja po zahtevu. Članom 263. predviđena je shodna primena opštih pravila o oduzimanju predmeta i na podatke pohranjene u računariima i s njim povezanim uređajima, te uređajima koji služe prikupljanju i prenosu podataka, nosioce podataka i na pretplatničke informacije kojima raspolaže pružalac usluga. Podaci se na pisani zahtev javnog tužioca u kom se određuje rok u kom se podaci predaju, i u celovitom, izvornom, čitljivom i razumljivom obliku. U slučaju odbijanja predaje, sudija istrage lica (osim okrivljenog i lica koje su oslobođene dužnosti svedočenja) koja odbiju da predaju predmete (a za to ne postoje opravdani razlozi), može na obrazloženi predlog javnog tužioca kazniti (novčanom kaznom u iznosu do 50.000,00 kuna, a ako i nakon toga ne postupi po zahtevu, lice se može se kazniti zatvorom do izvršenja zahteva, a najduže mesec dana). Podaci se snimaju u realnom vremenu, a pri pribavljanju, snimanju, zaštiti i čuvanju podataka posebno se vodi računa o propisima koji se odnose na čuvanje tajnosti određenih podataka. Prema okolnostima, podaci koji se ne odnose na krivično delo zbog kog se postupa, a potrebni su licu prema kojoj se sprovodi radnja, mogu se snimiti na odgovarajuće sredstvo i vratiti tom licu i pre okončanja postupka. Na predlog javnog tužioca sudija istrage može rešenjem odrediti zaštitu i čuvanje svih računarskih podataka, dok je to po-

trebno, a najduže šest meseci, a nakon toga se vraćaju, osim ako su uključeni u izvršenje krivičnih dela protiv računarskih sistema, programa i podataka ili drugog krivičnog dela za koje se goni po službenoj dužnosti a učinjeno je pomoću računarskog sistema.

4. Pretres računara u Zakoniku o krivičnom postupku

Srpski Zakonik o krivičnom postupku³⁵ sadrži nekoliko odredaba koje bi mogle biti relevantne za ostvarivanja pristupa i uvida u sadržaj pohranjenih računarskih podataka. Međutim, mogu se uočiti nedoslednosti u regulisanju mogućnosti preduzimanja uviđaja na stvarima i pretresanja predmeta. Naime, kada je za utvrđivanje ili razjašnjenje neke činjenice u postupku potrebno neposredno opažanje organa postupka, može se preduzeti uviđaj na stvarima, prilikom čega organ postupka po pravilu traži pomoć stručnog lica forenzičke struke, koje, po potrebi, preduzima i pronalazi, obezbeđuje ili opisuje tragove, vrši potrebna merenja i snimanja, sačinjava skice ili prikuplja druge podatke (član 133). Pretresanje stana i drugih prostorija ili lica može se preduzeti ako je verovatno da će se pretresanjem pronaći okrivljeni, tragovi krivičnog dela ili predmeti važni za postupak, a u članu 152. stav 3. predviđeno je da predmet pretresanja mogu biti i uređaji za automatsku obradu podataka i opreme na kojoj se čuvaju ili se mogu čuvati elektronski zapisi. U članu 152. stav 2. predviđeno je da se pretresanje stana i drugih prostorija ili lica, po pravilu, preduzima na osnovu naredbe suda, ali i da se izuzetno može preduzeti bez naredbe (u skladu sa članovima 158-160). Međutim, kako *pretresanje uređaja* za automatsku obradu podataka i opreme na kojoj se čuvaju ili se mogu čuvati elektronski zapisi *bez naredbe nije izričito uređeno (čak šta više izričito je predviđeno da se preduzima na osnovu naredbe suda), niti je predviđena shodna primena pravila* o pretresanju stana i drugih prostorija bez naredbe, prostim jezičkim tumačenjem se dolazi do zaključka da je za pretresanje ovih uređaja i opreme u svakom slučaju potrebna sudska naredba. Ukoliko bi se prilikom uviđaja mesta pronašli računari u kojima mogu biti pohranjeni elektronski dokazi, organ postupka bi, dakle, bio ovlašćen samo da preduzme mere obezbeđenja, odnosno da uz pomoć stručnog lica *preduzima i pronalazi, obezbeđuje ili opisuje tragove*, ne i da ostvari pristup u smislu pretresanja računara, dok ne dobije naredbu suda. Ove odredbe su neusklađene, jer se obezbeđivanje tragova koje stručno lice treba da izvrši ne može da se preduzme bez ostvarivanja pri-

³⁵ Zakonik o krivičnom postupku, „Službeni glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

stupa računaru i pregleda. Zato bi bilo korisno predvideti mogućnost da organ postupka može samo u izuzetnim okolnostima, preduzeti pretres i bez naredbe, uz obaveznu pomoć stručnog lica, a ustanoviti obavezno obezbeđivanje tragova prilikom vršenja uviđaja na način da se poštuju prava okrivljenog i drugih lica.

Prilikom preduzimanja uviđaja sva lica su dužna da organu postupka omoguće pristup stvarima i pruže potrebna obaveštenja. Slično tome, prilikom pretresanja držalac uređaja i opreme ili prisutno lice se obavezuje da omogući pristup i pruži obaveštenja potrebna za njihovu upotrebu, međutim, izričito je propisano da se to ne odnosi na okrivljenog, lica isključena (član 93) i oslobođena (člana 94. stav 1) od dužnosti svedočenja, kao ni na lica za koja je verovatno da bi time izložilo sebe ili blisko lice (iz člana 95. stav 2) teškoj sramoti, znatnoj materijalnoj šteti ili krivičnom gonjenju. Iz ovoga bi se mogao izvesti zaključak da je okrivljeni dužan da kao i sva druga lica prilikom preduzimanja uviđaja sarađuje u navedenom smislu, što je suprotnosti sa privilegijom od samoopuživanja, pa je potrebno ovu odredbu izmeniti i pri tome je usaglasiti sa članom 157. stavom 3.

Ukoliko se tokom uviđaja ili pretresa stana i drugih prostorija pronađu predmeti koji mogu imati značaj dokaza, pod uslovima iz člana 147, mogu se privremeno oduzeti, i to predmeti koji se po Krivičnom zakoniku moraju oduzeti ili koji mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku privremeno oduzeti (po potrebi, uz prethodni pregled predmeta u prisustvu stručnog lica). Lica koja drže te predmete dužna su da organu postupka omoguće pristup predmetima, pruže obaveštenja potrebna za njihovu upotrebu i da ih na zahtev organa predaju (osim okrivljenog i lica koja su isključena od dužnosti svedočenja), a ukoliko to ne učine, javni tužilac ili sud može ih kazniti novčano do 150.000 dinara, a ako i posle toga odbije da ispuni svoju dužnost, može ga još jednom kazniti istom kaznom. U predmete koji se privremeno mogu oduzeti spadaju i uređaji za automatsku obradu podataka i uređaji i oprema na kojoj se čuvaju ili se mogu čuvati elektronski zapisi. Iako Zakonik nije predvideo shodnu primenu ovih pravila i na računarske podatke, obaveza bi se mogla odnositi i na predavanje računarskih podataka jer se oni u smislu člana 2. stava 26. smatraju ispravom ukoliko su podobni ili određeni da služe kao dokaz činjenice koja se utvrđuje u postupku.

U pogledu pretpostavki za pretresanje i postupka pretresanja Zakonik ne sadrži više nijednu odredbu koja bi se odnosila na pretresanje računara niti predviđa shodnu primenu pravila o pretresanju stana i drugih prostorija.

Iako je pohvalno to što je zakonodavac pomenuo da uređaji za automatsku obradu podataka i opreme mogu biti predmet pretresa, potrebno je uneti pojedine odredbe koje bi omogućile efektivno preduzimanje pretresa tih uređaja i opreme uzimajući u obzir pravila digitalne forenzike, a ne pretpostavljati primenu opštih pravila o vršenju pretresa. Analogno posmatranje pretresa u fizičkom svetu i u virtuelnom okruženju je pojednostavljivanje koje ignoriše činjenicu da se pretres računarskog sistema, koji sadrži enormne količine podataka, izvršava primenom metoda i tehnika koje su u daleko većoj meri intruzivne od onih koje se primenjuju tokom pretresa u fizičkom svetu, pa je potrebno dodatno obezbediti zaštitu prava privatnosti korisnika računara³⁶, kako u pogledu uslova i pretpostavki, tako i postupka pretresanja. Da li ovlašćenje za pretres računara radi pretrage elektronskih dokaza treba da podrazumeva pravo organa da pregleda i analizira svaku datoteku radi pronalaska dokaza i mogućnost oduzimanja svih eventualno inkriminišućih podataka? Smatramo da ne. Iako je Zakonik propisao da predmeti koji nisu u vezi sa krivičnim delom zbog koga je pretresanje preduzeto, ali koji ukazuju na drugo krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, mogu privremeno oduzeti, nije prihvatljiva prosta shodna primena pravila na računarske podatke. Smatramo da je naredbom za pretres potrebno ograničiti mogućnost pretresa radi pronalaska računarskih podataka potrebnih za konkretno krivično delo, tako da se u naredbi odredi odgovarajući metod kojim se vrši pretres spram okolnosti slučaja, odnosno način izvršavanja kojim se otkrivaju samo oni dokazi povodom kojih se naredba i izdaje.

S obzirom na prirodu računarskih podataka pohranjenih u računaru, bilo bi korisno omogućiti i da se pretres uređaja iz razloga hitnosti može preduzeti u pojedinim slučajevima kada to nalažu razlozi hitnosti i bez odluke suda, kao i ovlastiti javnog tužioca ili policiju da prilikom vršenja uviđaja lica mesta za krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti može sprovesti pretres uređaja odmah, ukoliko je to preko potrebno radi osiguranja tragova i dokaza koji su u neposrednoj vezi s krivičnim delom zbog kojeg se obavlja uviđaj (osim ako se radi o pretresu doma), uz oba-

³⁶ Više o razlikama pretresa u fizičkom i virtuelnom okruženju vid: M. Adler, „Cyberspace, General Searches, and Digital Contraband: The Fourth Amendment and the Net- Wide Search“, *The Yale Law Journal* 4/1996, 1093-1120; J. Saylor, „Computers as Castles: Preventing the Plain View Doctrine from Becoming a Vehicle for Overbroad Digital Searches“, *Fordham Law Review* 6/ 2011, 2822-2824; B. Weir, „It's (Not So) Plain To See: The Circuit Split On The Plain View Doctrine In Digital Searches“, *Civil Rights Law Journal* 1/2010, 83-121.

vezu obaveštavanja suda podnošenjem izveštaja sa svim prikupljenim dokaznim materijalom radi naknadnog odobrenja radnje i mogućnosti korišćenja prikupljenih dokaza.

Osim propisivanja obaveze lica da omoguće pristup računaru i pruže potrebna obaveštenja, potrebno je predvideti sankcije za lica koje bez opravdanog razloga odbije da postupi u skladu sa pomenutim obavezama (predvideti shodnu primenu člana 148. stav 2.).

U vezi sa oduzimanjem predmeta potrebno je predvideti shodnu primenu pravila o oduzimanju predmeta i na pohranjene računarske podatke. Osim toga, potrebno je propisati način na koji se računarski podaci oduzimaju, kao i ovlašćenje organa da zahteva predaju potrebnih računarskih podataka, pohranjenih u računaru i onih kojima se može pristupiti iz prostorije obuhvaćene naredbom za pretres, i to u celovitom, izvornom, vidljivom i opipljivom obliku podobnom da se izuzme sa lica mesta ili u obliku iz kog se može provesti u vidljivu i čitljivu formu, ukoliko postoji opravdan razlog da veruje da mogu predstavljati dokaz. Pri tome, potrebno je ograničiti mogućnost oduzimanja pojedinih kategorija računarskih podataka, s obzirom na njihov sadržaj kao i ograničiti mogućnost obavezivanja okrivljenog kao i određenih kategorija lica (lica koja nisu dužna da svedoče u krivičnom postupku usled postojanja obaveze čuvanja državne, službene i profesionalne tajne ili određenog stepena srodstva sa okrivljenim). Takođe, bilo bi celishodno predvideti sankcije za lica koja odbiju da predaju potrebne podatke, odnosno shodnu primenu pravila o sankcijama za nepostupanje po dužnosti predavanja predmeta. Osim toga, potrebno je propisati koje podatke nadležni organi mogu tražiti od pružalaca usluga elektronskih komunikacija. Od pružalaca usluga bi se moglo tražiti *predavaju komunikacije koje su uskladištene u elektronskom komunikacionom sistemu* samo na osnovu odobrenja suda a u skladu sa pravilima krivične procedure kojom se odobrava pretres računara, dok bi se *podaci o korisniku* (ime i prezime, adresa, dužina korišćenja i vrsta komunikacionih usluga koje koristi i način plaćanja i sl) mogli zahtevati posebnom naredbom suda. Iz tog razloga je potrebno predvideti mogućnost da javni tužilac do dobijanja naredbe suda može narediti pružiocima usluga da zadrže, odnosno obezbede u neizmenjenom obliku određene podatke.

U pogledu mogućnosti proširenja inicijalnog pretresa računara na drugi računar koji nije obuhvaćen naredbom a kom se preko pretresanog računara može pristupiti, neophodno je uneti izričitu odredbu u Zakonik, a tu mogućnost usloviti opravdanim razlozima (ako je ispunjen uslov u vidu postojanja verovatnoće da će u suprotnom doći do gubitka tih podataka).

5. Zaključna razmatranja

Na osnovu navedenog, procesna zakonodavstva koja predviđaju da se odredbe o pretresu i oduzimanju predmeta primenjuju na računare i računarske podatke *nisu u skladu sa članom 19. Konvencije*, jer ne omogućavaju obezbeđenje računarskih podataka ni na koji način osim obezbeđenja uređaja koji je izvor elektronskih dokaza, što nije dovoljno. Ukoliko bi se napravila analogija između pretresa radi pronalaska i oduzimanje isprave i pretresa računara radi pronalaska elektronskih dokaza (ukoliko se elektronski dokazi posmatraju samo kao vrsta isprava), mogle bi se razlikovati dve situacije. “Tradicionalni” pretres i oduzimanje isprava podrazumeva potragu za podacima koji su registrovani u prošlosti u nekom opipljivom obliku (npr. zapisi na papiru), te pregled sadržaja isprave i oduzimanje sa lica mesta, pri čemu se prikupljaju podaci koji postoje u vreme pretresa. Međutim, za pretres računara radi pronalaska elektronskih dokaza *potrebne su dodatne odredbe* kako bi se obezbedilo da se računarski podaci prikupe na jednako efektivan način kao prilikom prikupljanja isprave kao pokretnog predmeta, i to *iz više razloga*: podaci su u neopipljivom obliku i mogu biti čitani samo kroz upotrebu računarskog uređaja; usled nepostojane prirode podataka, a radi očuvanja integriteta elektronskih dokaza, stvara se klon uređaja, odnosno kopija podataka još na licu mesta, pored oduzimanja uređaja; podaci mogu usled povećane umreženosti računarskih sistema biti pohranjeni na nekom drugom računaru a kom se može bez teškoća pristupiti preko računara koji se pretresa. *Iz tog razloga je potrebno stvoriti mehanizam da se računarski podaci prilikom pretresa računara obezbede u skladu sa svojom prirodom*. Iako se taj cilj ostvaruje primenom pravila digitalne forenzike, pojedina pravila je nužno inkorporisati među odredbe koje uređuju krivičnu proceduru.

*Milana M. Pisarić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

Search of Computers for Discovery of Electronic Evidence

Abstract: *In order to address the specific nature of criminal activities committed using computer networks and systems, the efforts of states to adapt or complement the existing criminal law with purposeful provisions is understandable. To create an appropriate legal framework for suppressing cybercrime, except the rules of substantive criminal law predict certain behavior as criminal offenses against the confidentiality, integrity and availability of computer data, computer systems and networks, it is essential that the provisions of the criminal procedure law contain adequate powers of competent authorities for detecting sources of illegal activities, or the collection of data on the committed criminal offense and offender, which can be used as evidence in criminal proceedings, taking into account the specificities of cyber crime and the environment within which the illegal activity is undertaken. Accordingly, the provisions of the criminal procedural law should be designed to be able to overcome certain challenges in discovering and proving high technology crime, and the provisions governing search of computer for discovery of electronic evidence is of special importance.*

Key words: *Cyber crime, computer, search, electronic evidence.*

Datum prijema rada: 22.04.2015.

Ivan D. Milić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
imilic@pf.uns.ac.rs

EVIDENCIJA PREKRŠAJNO KAZNJENIH LICA¹

Sažetak: Predmet autorove pažnje jeste Registar sankcija prekršajno kažnjenih lica, koji predstavlja novinu u Zakonu o prekršajima. U uvodnom delu rada govori se uopšte o evidencijama učinilaca krivičnih dela, privrednih prestupa i prekršaja. Zatim se ukazuje na zakonsko regulisanje upisa, brisanja i davanja podataka iz Registra sankcija. Glavni cilj rada se ogleda u nastojanju da se prikaže da zakonodavac nije posvetio mnogo pažnje uređenju vođenja Registra, tako da će se u praksi pojaviti ni malo jednostavni problemi s obzirom na to da je Zakon u jednom delu kontradiktoran i nedorečen. Autor u radu nastoji i da otkrije koji je ratio uvođenja Registra sankcija i koje posledice snosi lice koje je u nje ga upisano.

Ključne reči: registar, prekršaj, posledica, kazna.

Uvod:

S obzirom da u Republici Srbiji postoje tri vrste kaznenih dela, postoji i nekoliko evidencija o licima koja su osuđena ili kažnjena u nekom kaznenom postupku. Tako se vodi kaznena evidencija, gde se „upisuju“ punoletni učinioци krivičnih dela.² Kada je reč o maloletnicima koji su

¹ Rad je napisan u okviru projekta Teorijski i praktični problemi u stvaranju i primeni prava (EU i Srbija) koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu.

² 1) Kaznena evidencija sadrži lične podatke o učiniocu krivičnog dela, o krivičnom delu za koje je osuđen, podatke o kazni, uslovnoj osudi, sudskoj opomeni, oslobodenju od kazne i oproštenoj kazni, kao i podatke o pravnim posledicama osude. U kaznenu evidenciju se unose i kasnije izmene podataka sadržanih u kaznenoj evidenciji, podaci o izdržavanju kazne, kao i poništenje evidencije o pogrešnoj osudi. (2) Podaci iz kaznene evidencije mogu se dati samo sudu, javnom tužiocu i policiji u vezi sa krivičnim postupkom koji se vodi protiv lica koje je ranije bilo osuđeno, organu za izvršenje krivičnih sankcija i organu koji učestvuje u postupku davanja amnestije, pomilovanja, rehabilitacije ili odlučivanja o prestanku pravnih posledica osude, kao i organima starateljstva, kad je to potrebno

učinili krivično delo, Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, propisuje da se za njih vode posebne evidencije koje vode nadležni sudovi,³ dok o pravnim licima kao učiniocima krivičnih dela kaznenu evidenciju vodi prvostepeni sud na čijem području je sedište domaćeg pravnog lica, odnosno sedište predstavništva ili ogranka stranog pravnog lica.⁴ Poseban način vođenja evidencije postoji kada je reč o drugoj vrsti kaznenih dela, privrednim prestupima. Tako, Zakon o privrednim prestupima, propisuje da prvostepeni sudovi vode evidenciju o pravnom i odgovornom licu u pravom licu koji su u postupku za privredne presteupe osuđeni.⁵ Prethodni Zakon o prekršajima⁶, nije propisivao vođenje prekršajne evidencije kada je reč o punoletnim učiniocima prekršaja. S obzirom da se nije vodila evidencija bilo je skoro nemoguće utvrditi da li je neko ranije učinio prekršaj, tako da se u prekršajnom postupku nije moglo ni znati da li je okrivljeni možda „recidivista“, pa je prilikom odmeravanja kazne ta okolnost često ostajala nepoznata.⁷ Novi Zakon o prekršajima⁸ (ZP) u svojim odredbama propisuje vođenje evi-

za vršenje poslova iz njihove nadležnosti. Podaci iz kaznene evidencije mogu se dati i drugim državnim organima koji su nadležni za otkrivanje i sprečavanje izvršenja krivičnih dela, kada je to posebnim zakonom propisano. (3) Podaci iz kaznene evidencije mogu se, na obrazložen zahtev, dati i državnom organu, preduzeću, drugoj organizaciji ili preduzetniku, ako još traju pravne posledice osude ili mere bezbednosti i ako za to postoji opravdani interes zasnovan na zakonu. (4) Niko nema prava da traži od građanina da podnosi dokaz o svojoj osuđivanosti ili neosuđivanosti. (5) Građanima se, na njihov zahtev, mogu davati podaci o njihovoj osuđivanosti ili neosuđivanosti. (6) Podaci o brisanju osudi ne mogu se nikom dati. Čl. 102 Krivičnog zakonika, *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014. S tim da Zakon o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima, *Sl. glasnik RS*, br. 32/2013. propisuje vođenje posebne Evidencije o učiniocima krivičnih dela protiv polne slobode izvršenih prema maloletnim licima, koju vodi Uprava za izvršenje krivičnih sankcija. Više o nastanku registra za učinioce krivičnih dela protiv polne slobode vid. Thomas Terry, *Criminal Records - A Database for the Criminal Justice System and Beyond*, New York, 2007, 38-39.

³ Evidenciju o izrečenim **vaspitnim merama i kazni maloletničkog zatvora** vodi sud koji je sudio u prvom stepenu. Čl. 37 Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, *Sl. glasnik RS*, br. 85/2005.

⁴ Čl. 32 Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela, *Sl. glasnik RS*, br. 97/2008.

⁵ Vid. čl. 41 Zakona o privrednim prestupima, *Sl. list SFRJ*, br. 4/77, 36/77 - ispr., 14/85, 10/86 (prečišćen tekst), 74/87, 57/89 i 3/90 i "*Sl. list SRJ*", br. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96 i 64/2001 i "*Sl. glasnik RS*", br. 101/2005 - dr. zakon).

⁶ *Sl. glasnik RS*, br. 101/2005, 116/2008, i 11/2009.

⁷ O klasifikacijama povratnika vid. Andrew Katbi, *Crossing the Line: An Analysis of Problems with Classifying Recidivist Misdemeanor Offenses as Felonies*, *Alaska Law Review*, Vol. 31:1, 106-130.

⁸ *Sl. glasnik RS*, br. 65/13.

dencije o prekršajno kažnjenim licima. Zapravo, jedna od većih novina Zakona o prekršajima jeste, svakako, uvođenje Registra sankcija (Registar). Čini se da je zakonodavac sledio rešenja iz Krivičnog zakonika, Zakona o privrednim prestupima, ali, i sasvim sigurno zakonodavna rešenja država u okruženju, te je po tim uzorima „pokušao“ da uredi i vođenje prekršajne evidencije. Po pravilu, kada se donosi nov zakon, koji za uzor ima neka već postojeća zakonska rešenja, logično je da se očekuje da će se pojedini instituti urediti na bolji način od rešenja koja su mu bila uzor, ali videćemo da to nije slučaj i kada je reč o Zakonu o prekršajima u delu koji se odnosi na Registar sankcija.

1. Vođenje Registra sankcija

Za razliku od ostalih evidencija, vođenje Registra sankcija je u nadležnosti ministarstva nadležnog za poslove pravosuđa. Registar se čuva na centralnom elektronskom nosaču podataka pri ministarstvu nadležnom za poslove pravosuđa koje je odgovorno za njegovo održavanje i čuvanje i koje je dužno da preduzme tehničke, kadrovske i organizacione mere zaštite podataka, u skladu sa utvrđenim standardima i postupcima, koje su potrebne da bi se podaci zaštitili od gubitka, uništenja, nedopuštenog pristupa, promene, objavljivanja i svake druge zloupotrebe, kao i da utvrdi obavezu lica koja su zaposlena na obradi da čuvaju tajnost podataka.⁹ Prema zakonskom rešenju reč o jednoj centralnoj bazi podataka, koja se vodi u elektronskoj formi, što znatno olakšava način vođenja evidencije i dobijanja podataka iz Registra.

Predsednik prekršajnog suda imenuje rukovaoca podataka koji ima sledeća ovlašćenja i obaveze: 1) da se stara o zakonitom, sistematičnom i ažurnom unosu, brisanju i izmeni podataka u registru; 2) obezbeđuje ovlašćenim licima uvid u registar; 3) izdaje overene izvode iz registra i potvrde da lice **nije** upisano u registar; 4) obezbeđuje čuvanje i arhiviranje dokumentacije koja predstavlja osnov za upis, brisanje ili izmene podataka u registru; 5) preduzima druge radnje neophodne za nesmetano i pravilno ažuriranje podataka u registru, u skladu sa zakonom.¹⁰ Prvo, vidimo da je zakonodavac ostavio, teorijski, neograničenu mogućnost predsedniku prekršajnog suda u određivanju rukovaoca, tako što ne određuje preciznije koje lice može da obavlja te poslove u pogledu ispunjenosti nekih opštih ili posebnih uslova. Drugo, iz ovakvog zakonskog uređenja nije ni jasno da li rukovalac podataka može da izda potvrdu iz Registra licu

⁹ Čl. 325 Zakona o prekršajima.

¹⁰ Čl. 326 Zakona o prekršajima.

koje je upisano u Registar, s obzirom da Zakon govori o izdavanju potvrde samo onim licima koja **nisu** upisana u Registar?¹¹

2. Lica koja se upisuje u Registar sankcija

Ukoliko je neko lice kažnjeno u prekršajnom postupku, nakon nastupanja pravnosnažnosti, odnosno nakon što odluka postane konačna, takvo lice se upisuje u Registar. Interesantno je da ZP u ovom delu ne pravi razliku između maloletnog i punoletnog učinioča prekršaja, već propisuje da se obe kategorije učinilaca upisuju u isti Registar.¹² Međutim, iz odredbi ZP-a zaključuje se, ali ne u delu koji se odnosi na Registar sankcije, da se maloletni učinioči prekršaja kojima je izrečena **vaspitna mera** upisuju u posebnu evidenciju koju vodi prekršajni sud.¹³ Zakon o prekršajima je vrlo eksplicitan u pogledu podataka koji se upisuju u Registar. Tako, u Registar sankcija upisuju se sledeći podaci: 1) ime i prezime i jedinstveni matični broj kažnjenog fizičkog lica, preduzetnika, odnosno odgovornog lica u pravnom licu, **odnosno broj putne isprave stranog fizičkog lica**, za preduzetnika i naziv i sedište radnje; 2) za kažnjeno pravno lice naziv i sedište, PIB i matični broj; 3) pravnosnažna, odnosno konačna odluka kojom je izrečena prekršajna sankcija; 4) pravna kvalifikacija učinjenog prekršaja; 5) vrsta i opis izrečene prekršajne sankcije; 6) trajanje izrečene zaštitne mere; 7) prekršajni sud koji je doneo presudu, odnosno organ koji je izdao prekršajni nalog; 8) prekršajni sud koji je izvršio upis; 9) datum upisa.¹⁴

Vidimo da se u Registar upisuje prekršajno kažnjeno lice kojem je prekršajni sud izrekao kaznu, ali isto tako u Registar se upisuje i ono lice protiv koga je prekršajni nalog postao konačan. Nije teško iz napred navedenog zaključiti da se svako lice koje je platilo polovinu izrečene nov-

¹¹ Uporedi sa kontradiktornim rešenjem Zakona u delu rada koje se odnosi na davanje podataka iz Registra. O osnovnim novinama novog Zakona o prekršajima vid. Aleksandar Martinović, U susret početku primene novog Zakona o prekršajima, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2014, 189-207; Ivan Milić, Novi Zakon o prekršajima i stari problemi sa zaštitnom merom obaveznog lečenja zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2014, 263-273.

¹² Ne pravi se razlika ni između uračunljivih i neuračunljivih učinilaca prekršaja, odnosno lica koja su učinila delo koje je zakonom ili drugim propisom na osnovu zakona propisano kao prekršaj.

¹³ Vid. čl. 80 st. 2 Zakona o prekršajima. Više o evidenciji u uporednom pravu vid. Snježana Oset, Zakon o prekršajima - novosti u primjeni prekršajnih sankcija i postupka prema maloljetnicima, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, (Zagreb) 2/2002, 479.; Jadranka Kos, Izvršavanje maloljetničkih sankcija, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, (Zagreb) 2/2006, 807-865.

¹⁴ Čl. 327 Zakona o prekršajima.

čane kazne, koja je utvrđena prekršajnim nalogom, upisuje u Registar. Čini nam se da je zakonodavac ili zakonodavac na ovakav način olako uređio ovo pitanje. Lice koje je platilo polovinu novčane kazne povodom izdatog prekršajnog naloga najčešće i ne zna da će biti upisano u Registar. Interesantno je i to da se licu kojem se izdaje prekršajni nalog i ne ukazuje na takvu konsekvencu. Postavlja se i pitanje koliko je opravdano da se svaki učinilac prekršaja koji je kažnjen novčanom kaznom prekršajnim nalogom upisuje u Registar? Nismo sigurni da je svrsishodno i neophodno da se sva lica koja su kažnjena tako što im je izdat prekršajni nalog upisuju u Registar. Možda je ipak trebalo da se u Registar upisuju samo oni učinioци kojim je prekršajni sud izrekao sankciju. Nadalje, vidimo da se u Registar upisuju i strani državljani koji su u Republici Srbiji kažnjeni zbog učinjenog prekršaja.

Problem se javlja i sa upisom sankcije koju je izrekla Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki. Nije nam jasno zašto je zakonodavac propustio da eksplicitno propiše da se i izrečena novčana kazna od strane Komisije upisuje u Registar ili je možda namerno želeo da se o tim učinioциma ne vodi evidencija.¹⁵ Sada ostaje nejasno da li se novčana kazna koju je Komisija izrekla upisuje ili se ne upisuje u Registar? Zakonodavac je morao da bude i ovde precizniji te da nedvosmisleno reguliše pitanje upisa izrečene novčane kazne u Registar.

3. Davanje podataka iz Registra sankcija

ZP je uređio i proceduru davanja podataka iz Registra. **Podaci o kažnjenim**¹⁶ licima iz Registra sankcija mogu se dati samo drugom sudu, nadležnom tužilaštvu, policiji i organima inspekcije, u vezi sa krivičnim postupkom ili postupkom za prekršaj koji se vodi protiv lica koje je ranije bilo kažnjavano za prekršaj, organima nadležnim za izvršenje sankcija za prekršaje ili nadležnim organima koji učestvuju u postupku brisanja kazne. Na obrazložen zahtev ovih organa mogu se dati podaci iz Registra za **kažnjeno lice** ako još traju određene **pravne posledice** kazne ili zaštitne mere

¹⁵ S tim da Zakon propisuje da se na postupak koji vodi Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki shodno primenjuju odredbe ZP-a, osim ako zakonom kojim se uređuju javne nabavke nije drugačije propisano. Vid. čl. 100 st. 3 Zakona o prekršajima.

¹⁶ U delu rada koji se tiče nadležnosti za vođenje Registra naveli smo da rukovodac podataka izdaje overene izводе iz Registra da lice **nije upisano** u Registar, dok se ovde govori o davanju podataka o prekršajno kažnjenim licima, dakle o licima koja su upisana u Registar. Nije teško izvući zaključak da su ova dva člana kontradiktorna i da se nikako ne mogu istovremeno primeniti.

ili ako za to postoji opravdan interes zasnovan na zakonu.¹⁷ Vidimo da ZP jasno propisuje kome se sve mogu dati podaci iz Registra, s tim da je ovakvo uređenje, koje je po našem mišljenju jako bitan segment prekršajnog prava, uređeno na neprecizan i dosta nejasan način. ZP je morao jasno da precizira da se mogu dati podaci o licima koja su upisana u Registar samo ako nije izvršeno brisanje. Drugim rečima, prema ovakvom uređenju proizlazi da se podaci mogu dati kada postoji opravdan interes zasnovan na zakonu, čak, i kada je izvršeno brisanje iz Registra.¹⁸ Po našem mišljenju ukoliko je izvršeno brisanje iz Registra, podatak da je neko prekršajno kažnjavao ne sme ni da postoji u Registru. Koji je onda smisao brisanja, ako se podaci o prekršajnoj sankciji i dalje nalaze u Registru i ako se mogu dati određenim organima?

Nadalje, ZP propisuje da: **građanima** i pravnim licima se na njihov zahtev moraju dati podaci o njihovom kažnjavanju za prekršaje.¹⁹ Ovakvo zakonsko rešenje osim terminoloških ima i suštinskih manjkavosti. Logično je da svako ko se upisuje u Registar može i da traži podatke iz njega. Tako, ako se **upisuje fizičko lice, odgovorno lice u pravnom licu, pravno lice i preduzetnik**, onda svi oni mogu i da traže podatke iz Registra. Međutim, ZP govori da se samo **građanima i pravnim licima** moraju dati podaci o njihovom kažnjavanju za prekršaj. S tim u vezi sad se postavlja pitanje šta je sa davanjem podataka preduzetniku i odgovornom licu u pravnom licu? Videli smo i da se u Registar upisuju i **strani državljani**, a sa druge strane samo **građani** mogu da dobiju izvod iz Registra, tako da je nelogično da se strani državljani upisuju a da pri tom ne mogu dobiti izvod iz Registra. ZP govori da se daju samo podaci o kažnjavanju za prekršaj, da li to znači da se može dobiti izvod iz Registra samo ako je neko kažnjen? Drugim rečima, da li, na primer, ako neko nije prekršajno kažnjen a kome je potreban izvod iz Registra radi ostvarivanja nekog prava ne može dobiti izvod, jer ZP govori da se izvod daje samo ako je reč o kažnjenom licu?²⁰ Međutim, već u sledećem stavu ZP propisuje: od **građana i pravnih lica** se ne može tražiti da podnesu dokaze da nisu kažnja-

¹⁷ Čl. 330 st. 1 i 2 Zakona o prekršajima. Vidimo da ovde Zakon ništa ne govori o **opomeni**.

¹⁸ Čl. 102 Krivičnog zakonika jasno propisuje da se podaci o brisanju osudi ne mogu nikom dati.

¹⁹ Čl. 330 st. 3 Zakona o prekršajima. Ovde se govori o davanju podataka o kažnjavanju, što se može tumačiti *argumentum a contrario* da se podaci o nekažnjavanju ne mogu davati. Krivični zakonik u članu 102 jasno propisuje da: Građanima se, na njihov zahtev, mogu davati podaci o njihovoj **osuđivanosti** ili **neosuđivanosti**.

²⁰ Upoređi sa kontradiktornim rešenjem ZP-a u delu ovog rada gde se govori o vođenju Registra.

vani za prekršaje **osim** ako je to izričito predviđeno zakonom.²¹ Ovaj stav govori da, ipak, od „građana i pravnih lica“ može da se traži da podnesu dokaz da nisu kažnjavani, što je kontradiktorno sa prethodnim stavom koji govori da se izvod iz Registra daje samo ukoliko je neko kažnjavan. Ovo vodi i ka zaključku da se od preduzetnika, odgovornog lica u pravnom licu i stranog fizičkog lica ne može nikada tražiti da podnesu dokaz da nisu kažnjavani. Smatramo da se u nekoj izmeni Zakona ovi članovi moraju izmeniti, uskladiti i jasno precizirati. Uz zahtev za izdavanje podataka iz Registra sankcija dostavlja se i dokaz o uplati naknade za traženju uslugu koja se propisuje posebnim aktom ministra nadležnog za poslove pravosuđa.²²

4. Pravne posledice kažnjavanja i brisanje podataka iz Registra sankcija

Podaci o prekršajno kažnjenim licima se nakon proteka određenog vremenskog perioda brišu iz Registra, odnosno prekršajno kažnjeno lice se rehabilituje. ZP poznaje samo zakonsku rehabilitaciju, što je po našem mišljenju sasvim opravdano. Brisanjem podataka iz Registra znači da se lice koje je „brisan iz Registra“ smatra da nije prekršajno kažnjavano, i prema tom licu prestaju sve pravne posledice izrečene sankcije. S tim u vezi, postavlja se pitanje koje su to **pravne posledice** koje nastupaju upisom u Registar sankcija, odnosno koji je *ratio* takvog upisa? Da bismo odgovorili na ovo pitanje moramo prvo ukazati na odredbe Krivičnog zakonika kojim se propisuje da: Osude za određena krivična dela ili na određene kazne mogu imati za pravnu posledicu prestanak, odnosno gubitak određenih prava ili zabranu sticanja određenih prava. Pravne posledice osude **ne mogu** nastupiti kad je za krivično delo učiniocu izrečena **novčana kazna, uslovna osuda, ako ne bude opozvana, sudska opomena ili kad je učinilac oslobođen od kazne**. Pravne posledice **osude** mogu se predvideti samo **zakonom** i nastupaju po sili zakona kojim su predviđene. Pravne posledice **osude** koje se odnose na prestanak ili gubitak određenih prava su: 1) prestanak vršenja javnih funkcija; 2) prestanak radnog odnosa ili prestanak vršenja određenog poziva ili zanimanja; 3) gubitak određenih dozvola ili odobrenja koja se daju odlukom državnog organa ili organa lokalne samouprave. (2) pravne posledice osude koje se sastoje u **zabrani sticanja određenih prava su**: 1) zabrana sticanja određenih jav-

²¹ Čl. 330 st. 4 Zakona o prekršajima. Vid. Igor Vuković, Prekršajno pravo, Beograd 2015, 210.

²² Čl. 330 st. 4 i 5 Zakona o prekršajima.

nih funkcija; 2) zabrana sticanja određenog zvanja, poziva ili zanimanja ili unapređenja u službi; 3) zabrana sticanja čina vojnog starešine; 4) zabrana dobijanja određenih dozvola ili odobrenja koja se daju odlukom državnih organa ili organa lokalne samouprave. Vidimo da je Krivičnim zakonikom jasno uređeno koje pravne posledice osude postoje, kada nastupaju, kada prestaju i kojim propisom mogu da se propišu, pa sa razlogom postavljamo pitanje koje su to pravne posledice kažnjavanja za prekršaj, za koje sankcije nastupaju, kojim propisom mogu biti propisane, kada prestaju? ZP o tome ne govori ništa! onda nije jasna ni svrha upisa u navedeni Registar sankcija, osim da se ta okolnost može uzeti kao otežavajuća ukoliko je reč o recidivisti.²³ Tako se može pojaviti problem ukoliko se nekim drugim propisima, čak i nižim od zakona, propisuju pravne posledice kažnjivosti, u smislu da se za bilo koju sankciju²⁴ koja je izrečena za prekršaj propišu pravne posledice.²⁵ Posebno je interesantno pitanje - koje sve pravne posledice mogu da nastupe za učinioce najblažih kazne-

²³ Zakon o prekršajima Republike Crne Gore propisuje da: (1) Pravne posledice osude koje se sastoje od gubitka ili zabrane sticanja određenih prava propisuju se **zakonom**. (2) Pravne posledice osude koje se sastoje u sticanju kaznenih bodova propisuju se posebnim **zakonom**. Čl. 56 Zakona o prekršajima Republike Crne Gore, *Službeni list Crne Gore*, br. 1/2011. Tekst Zakona dostupan na: <http://www.sluzbenilist.me/PravniAktiDetalji.aspx?tag=%7B04562DA3-C0B9-4853-9DA9-8C9B8FC4CDF8%7D> na dan: 20.02.2015. Takođe, isti rešenje propisano je i čl. 79 Prekršajnog zakona Republike Hrvatske, tekst Zakona dostupan na: <http://www.zakon.hr/z/52/Prekr%C5%A1ajni-zakon>, na dan 26.02.2015. Vid. Lana Milivojević Antoliš, *Prekršajno pravo i materijalnopravne odredbe Prekršajnog zakona* (Narodne novine, 107/07.), Zagreb 2012, 83.

²⁴ Posebno ako je reč o sankciji koja se izriče neuračunljivim licima onih dela koji su zakonom ili drugim propisom u skladu sa zakonom propisani kao prekršaj.

²⁵ Tako na primer: Zakon o oružju i municiji (*Sl. glasnik RS*, br. 9/92, 53/93, 67/93, 48/94, 44/98, 39/2003, 101/2005 - dr. zakon, 85/2005 - dr. zakon, 27/2011 - odluka US i 104/2013 - dr. zakon), u čl. 8 uređuje kome se odobrenje za nabavljanje vatrenog oružja neće izdati. Tako se odobrenje ne može izdati ni licu koje je u poslednje **tri godine** od dana podnošenja zahteva za izdavanje odobrenja za nabavljanje oružja kažnjavano za prekršaj javnog reda i mira za koji je propisana kazna zatvora ili prekršaj iz Zakona o oružju i municiji. Vid. čl. 11 novog Zakona o oružju i municiji, *Sl. glasnik RS*, br. 20/2015. Međutim, **Pravilnik** o posebnim uslovima koje treba da ispunjavaju zaposleni u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija koji se upućuju na rad u Posebno odeljenje za izdržavanje kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminala i način njihovog izbora pre upućivanja, *Sl. glasnik RS*, br. 13/2010 i 111/2013. u čl. 4 propisuje nekoliko uslova koje zaposleni mora da ispuni da bi se mogao uputiti na rad u Posebno odeljenje, a jedan od uslova je i: „da nije osuđivan, odnosno **prekršajno kažnjavan** na безусловnu kaznu zatvora za krivično delo, odnosno **prekršaj** i da se protiv njega ne vodi krivični postupak za krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti“. Više o sankcijama u uporednom pravu vid. Lipatova, Э. Г. Канова, S. E. *Postatejnyj Kommentarij k Kodeksu RF ob administrativnyh pravonarushenijah*, Moskva 2008, 18.

nih dela (prekršaje) kada pravne posledice osude ne mogu da nastupe kada je za **krivično delo** učinio izrečena novčana kazna, uslovna osuda, ako ne bude opozvana, sudska opomena ili kada je učinilac oslobođen od kazne? Drugim rečima, koliko su opravdane pravne posledice kažnjavanja ukoliko je neko lice platilo novčanu kaznu za prekršaj u iznosu od 3000.00 dinara, zato što nije platilo **doplatu kartu u javnom gradskom prevozu**, a da sa druge strane učinilac krivičnog dela koji je uslovno kažnjen ne trpi pravne posledice osude?²⁶

Podaci iz Registra sankcija se brišu po službenoj dužnosti nakon proteka određenog vremenskog perioda od dana nastupanja pravnosnažnosti, odnosno nakon što je odluka postala konačna o prekršajno kažnjenom licu. Tako: izrečena **sankcija**²⁷ pravnom, fizičkom i odgovornom licu kao i preduzetniku briše se iz evidencije po službenoj dužnosti ako kažnjeno lice u roku od četiri godine od dana pravnosnažnosti odluke kojom je izrečena sankcija ne učini novi prekršaj.²⁸ Potpuno neopravdano ZP propisuje da se svaka izrečena sankcija²⁹ punoletnom učinio prekršaja briše nakon proteka četiri godine. Na ovakav način se isto gleda kao na lice koje je na osnovu izdatog prekršajnog naloga platilo novčanu kaznu od 2.500,00 dinara i na onog učinio prekršaja kojem je izrečena kazna zatvora od maksimalnih 90 dana, odnosno oba učinio prekršaja „brišu“ se iz Registra nakon proteka perioda od četiri godine.³⁰ Prema ovakvom re-

²⁶ Tako je Odlukom o javnom linijskom prevozu putnika na teritoriji Grada Beograda, *Sl. list Grada Beograda*, br. 61/2009, 10/2011, 55/2011, 69/2014 i 2/2015. prekršaj ukoliko putnik ne kupi posebnu kartu u javnom linijskom prevozu. Propisana je novčana kazna od 6000.00 dinara. U ovom slučaju posebno je problematičan sam način izdavanja prekršajnog naloga. Više o tome vid. Ivan Milić, Stefan Samardžić, *Prekršajna odgovornost putnika u oblasti javnog prevoza, Usluge i zaštita korisnika: Zbornik referata sa Međunarodnog naučnog skupa održanog 8. maja 2015. godine, na Pravnom fakultetu u Kragujevcu*, 143-159. O klasifikaciji kaznenih dela vid. Thomas J. Gardner, Terry M. Anderson, *Criminal Law*, Eleventh Edition, USA, 2006, 13-15.

²⁷ Smatramo da je zakonodavac trebao da ovo pitanje uredi terminološki ispravnije, te da propiše da se **kazna** briše a ne **sankcija**, s obzirom da u istom članu samo u drugom stavu sadrži pravila o brisanju zaštitnih mera. S tim u vezi, i lice kojem je izrečena zaštitna mera „Obavezno psihijatrijsko lečenje“ upisuje se u Registar, na period od četiri godine.

²⁸ Čl. 329 st. 1 Zakona o prekršajima.

²⁹ Osim opomene, o čemu se u Zakonu govori u sledećem stavu.

³⁰ O brisanju podataka iz Registra prekršajno kažnjenih lica vid. Zakon o prekršajima Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 63. od 18. jula 2014. godine, (član 227), tekst Zakona dostupan na: [http://www.mup.vladars.net/zakoni/rs_lat/ZAKON%20O%20PREKRSAJIMA%20REPUBLIKE%20SRPSKE%20\(Službeni%20glasnik%20RS%20broj%2063.14\).pdf](http://www.mup.vladars.net/zakoni/rs_lat/ZAKON%20O%20PREKRSAJIMA%20REPUBLIKE%20SRPSKE%20(Službeni%20glasnik%20RS%20broj%2063.14).pdf), na dan: 26.02.2015.; Zakon o prekršajima Republike Crne Gore, *Službeni list Crne Gore*, broj 1/2011. Čl. 55 koji sadrži odredbe o rehabilitaciji. Tekst Zakona dostupan na: <http://www.sluzbenilist.me/PravniAktDetalji.aspx?tag=%7B04562DA3-C0B9-4853-9DA9-8C9B8FC4CDF8%7D> na dan: 26.02.2015.

šenju prekršajno kažnjeno lice duži vremenski period ostaje upisano u Registar, nego što pojedini učinioci krivičnih dela ostaju upisani u kazneni evidenciju. Tako na primer, za lice koje je **osuđeno** na novčanu kaznu, kaznu rada u javnom interesu, oduzimanja vozačke dozvole ili kaznu zatvora do šest meseci nastupa **zakonska rehabilitacija** nakon proteka tri godine od dana kad je ta kazna izvršena, zastarela ili oproštena, pod uslovom da ne učini novo krivično delo.³¹ Nije teško da se zaključi da kraći vremenski period ostaju upisana navedena lica koja su osuđena na određene kazne za krivična dela, nego učinioci prekršaja.³² Opomena koja je izrečena u prekršajnom postupku briše se iz Registra nakon proteka godine dana od pravnosnažnosti odluke kojom je izrečena.³³ Izrečena opomena se briše nakon proteka istog vremenskog perioda koji se traži i za brisanje **sudske opomene** koja je izrečena učiniocu krivičnog dela, što opet smatramo neprihvatljivim. Interesantno je da Zakon ništa ne govori u pogledu brisanja iz Registra ukoliko je učinilac prekršaja **oslobođen od kazne**.³⁴ Tumačenjem ZP-a dolazi se do zaključka da se i ta sankcije upisuje u Registar, iz čega proizlazi da se i ona briše nakon proteka vremenskog perioda od četiri godine od nastupanja pravnosnažnosti presude, što opet smatramo neprihvatljivim, jer ukoliko se učinilac u krivičnom postupku oslobodi od kazne on se iz kaznene evidencije briše nakon proteka **jedne godine** od nastupanja pravnosnažnosti.³⁵ Prema ovakvom rešenju „opasniji“ je učinilac prekršaja od učinioca krivičnog dela. Zaštitna mera se neće brisati iz prekršajne evidencije dok se ne izvrši ili dok ne istekne rok zastarelosti izvršenja zaštitne mere.³⁶

Maloletnom učiniocu prekršaja brisaće se izrečena kazna maloletničkog zatvora u roku od dve godine od kada je ta kazna izvršena, zastarela ili oproštena, ako ne izvrši novi prekršaj.³⁷ Vidimo da ZP propisuje

³¹ Čl. 98 st. 2 tač. 3 Krivičnog zakonika. Takođe, zakonska rehabilitacija nastaje, ako: 1) lice koje je oglašeno krivim, a oslobođeno od kazne ili kojem je izrečena sudska opomena, u roku od godinu dana od pravnosnažnosti presude, odnosno rešenja ne učini novo krivično delo; 2) lice kojem je izrečena uslovna osuda, u vreme proveravanja i u roku od godinu dana po isteku roka proveravanja, ne učini novo krivično delo. Čl. 98 st. 2 tač. 1 i 2 Krivičnog zakonika.

³² O značaju prekršajnog prava vid. Jenny M. Roberts, *Why Misdemeanors Matter: Defining Effective Advocacy in the Lower Criminal Courts*, *American University Washington College of Law*, 2011, 290-294.

³³ Čl. 329 st. 2 Zakona o prekršajima.

³⁴ Vid. Mirjana Šušnjara, *Izмене u sistemu prekršajnih sankcija, Primena novih odredbi u Zakonu o prekršajima, Program obuke za sudije prekršajnih sudova*, Beograd, 2013, 81.

³⁵ Čl. 98 st. 2 tač. 1 Krivičnog zakonika.

³⁶ Čl. 329 st. 3 Zakona o prekršajima.

³⁷ Čl. 329 st. 3 Zakona o prekršajima.

kraće vreme za brisanje iz Registra ukoliko je kazna maloletničkog zatvora izrečena starijem maloletniku.³⁸ S tim da u ovom slučaju rok za brisanje počinje da teče od dana **kada je kazna izvršena**, a ne od dana kada je presuda kojom je izrečena kazna maloletničkog zatvora postala pravno-snažna. Zatim, ova kazna može da se briše i nakon proteka dve godine od kada je zastarela ili oproštena, gde se zapravo radi o slučaju kada kazna nije izvršena. Nije sporno kada izvršenje kazne maloletničkog zatvora zastareva,³⁹ ali je sporno kada je ta kazna oproštena? Naime, ZP nigde ne reguliše kada se kazna maloletničkog zatvora može oprostiti. Opet se sada pojavljuje problem sa **novčanom kaznom** koja je izrečena starijem maloletniku. ZP ništa ne govori u pogledu te kazne, pa ostaje nedoumica da li se ona upisuje ili se ne upisuje u Registar? S obzirom na to da se o izrečenim vaspitnim merama, kao najblažim sankcijama, vodi posebna evidencija, smatramo da je to jedan od razloga da treba da postoji i neka evidencija o izrečenim novčanim kaznama maloletnicima. Međutim, ova-ko rešenje, po našem mišljenju, treba tumačiti da se stariji maloletnici kojima je izrečena novčana kazna ne upisuju u Registar.

Zaključak

U nastojanju da „kontroliše“ učinioce prekršaja, na način što će se upisivati u evidencije, zakonodavac je suštinski otišao predaleko, tako da se svaki učinilac kojeg sud ili ovlašćeno lice kazni zbog učinjenog prekršaja upisuje u Registar sankcija. Regulisanje vođenja evidencije o prekršajno kažnjenim licima, prema Zakonu o prekršajima Republike Srbije, prema našem mišljenju, ne možemo oceniti kao dobro rešenje. Iako je ZP, pretpostavljamo, sledio rešenja iz Krivičnog zakonika i uporednog prekršajnog zakonodavstva smatramo da je problematika Registra sankcija morala biti uređena na mnogo jasniji i precizniji način. Glavno pitanje koje se postavlja jeste koji je *ratio* vođenja Registra sankcija, odnosno koje pravne posledice ima ono lice koje je upisano u Registar? Prema ovakvom zakonskom uređenju izgleda da ni zakonodavcu nije jasan cilj, jer nije propisao koje konsekvence može da ima onaj učinilac prekršaja koje je upisan u Registar, i ono što je još bitnije kojim propisom te posledice mogu da se propisuju. Videli smo u radu da se kako zakonom, tako i podzakonskim aktom propisuju pravne posledice za učinioce prekršaja,

³⁸ O kontradiktornim rešenjima ZP-a u delu koji se odnosi na maloletnike vid. Stefan Samardžić, Ivan Milić, Kontradiktornosti Zakona o prekršajima u delu koji se odnosi na maloletnike sa posebnim osvrtnom na mere medicinskog karaktera, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2014, 381-394.

³⁹ Vid. čl. 85 Zakona o prekršajima

što će se i ubuduće dešavati ukoliko se ovakvo zakonsko rešenje ne izmeni i jasno uredi. Osim neregulisanja pravnih posledica kažnjivosti, ne možemo reći da je na adekvatan način regulisan ni upis, kao ni davanje podataka iz Registra. Zakon je ostao nedorečen i u pogledu upisa novčane kazne u Registar koju je izrekla Republička komisija za zaštitu prava u postupcima javnih nabavki, kao i u odnosu na novčanu kaznu koja je izrečena starijem maloletniku. Nedopustivo je i uređenje brisanja podataka iz Registra. Smatramo da nije opravdano da se svaka kazna, sem opomene, koja je izrečena punoletnom učiniocu prekršaja briše iz Registra nakon proteka perioda od četiri godine. Ostaje da se vidi kako će nadležni sudovi u praksi primenjivati kontradiktorne odredbe, gde nije moguće primeniti jedan član a da se istovremeno ne prekrši neki drugi član Zakona o prekršajima.

*Ivan D. Milić, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad*

The Record of the Perpetrators of Misdemeanors

Abstract: *A focus of the author's attention in this article is the Register of Penalties of misdemeanor perpetrators which figures as a novelty in the Misdemeanor Law. In the introduction, the records of the perpetrators of criminal acts, economic offenses and misdemeanors will be generally discussed. Thereupon, the Law stipulations on the entry, deletion, and providing of the data contained in the Register of Penalties will be presented. The main aim of the article is reflected in the author's endeavors to show that the legislator did not pay much attention to the regulation of the Register keeping, which consequently will cause substantial problems in practice giving that the Law is to some extent contradictory and incomplete. The author, furthermore, seeks to detect the ratio of the introduction of the Register of Penalties and the consequences to be borne by a person inscribed in this Register.*

Key words: *Register, misdemeanor, consequence, penalty.*

Datum prijema rada: 15.04.2015.

*Dalibor B. Đukić, asistent
Univerzitet u Beogradu
Pravni fakultet u Beogradu
dalibor.djukic@ius.bg.ac.rs*

PRAVNI POLOŽAJ I ORGANIZACIJA MONAŠTVA NA SVETOJ GORI NAKON PRVOG BALKANSKOG RATA

Sažetak: *U ranu zoru 2. novembra 1912. godine vojni brodovi grčke ratne mornarice pojavili su se u vodama atonskog poluostrva. Posada brodova bila je svesna da ima sveti zadatak: oslobođenje od petovekovne turske vlasti dragulja pravoslavlja – Svete Gore. Svetogorski monasi nastanjeni u priobalnim manastirima ubrzo su na pučini primetili dugo očekivani prizor: brodovi jednog hrišćanskog kraljevstva sa krstom na zastavi dolaze da im podare vekovima sanjanu slobodu. Nastali su trenuci opšte euforije i radosti. Sa manstirskih zvonika začula se zvonjava. Pucnji topova i pušaka odjekivali su širom poluostrva. Kao odgovor na ovakvu dobrodošlicu, oklopna krstarica „Averof“, koja je zbog uloge u oslobodilačkim ratovima stekla mitsku slavu, ispaljuje 21 počasni hitac. Na simboličan način sklopljen je sporazum između vojnika i monaha. Jedinica grčke vojske iskrcala se u luci Dafni i uputila se ka Kareji, administrativnom centru poluostrva, gde je zarobila nekolicinu turskih vojnika i turske civilne vlasti. Iako je u tom trenutku izgledalo da se ovim činom konačno rešava budući status Svete Gore, ispostavilo se da je on bio okidač koji će aktivirati ranije sukobe i nesuglasice kako među monasima, tako i među zainteresovanim državama.*

Ključne reči: *Sveta Gora; Rusija; Grčka; Londonska konferencija; Organizacija monaštva.*

1. UVOD

Nakon okončanja balkanskih ratova, Sveta Gora se, kao i cela Halkidika, našla među teritorijama oslobođenim od strane grčke vojske. Iako je grčka država *de facto* uspostavila vlast nad Svetom Gorom, međunarodno

priznanje grčkog suvereniteta nije učinjeno na Londonskoj mirovnoj konferenciji. Tome se protivila jedna od velikih sila, koja je bila direktno zainteresovana za budućnost poluostrva Atos – Rusija. Tako je otvoreno tzv. „*atonsko pitanje*“, odnosno svojevrsna diplomatska borba oko konačnog definisanja međunarodnog položaja Svete Gore. Zanimljivo je da se borba nije vodila na nivou ruske i grčke diplomatije, već su se ruskim težnjama suprotstavili svetogorski monasi grčkog porekla bez ozbiljnog oslonca u grčkoj vladi.¹ Ni do danas nije u potpunosti istraženo koji su sve bili motivi ruske politike prema atonskom pitanju. U literaturi se sreću brojne hipoteze: panslavističke težnje, potreba za lukom na Mediteranu, zaštita ruskih državljana i njihove imovine, stavljanje hrišćana pod visoku zaštitu Rusije i sl. Ipak najznačajnija činjenica koja je Rusiji otvorila mogućnost da se umeša u rešavanje atonskog pitanja jeste prisustvo mnogobrojnog ruskog monaštva na Svetoj Gori.²

Ako se uzmu u obzir dešavanja pre balkanskih ratova, jasno se može zaključiti da je ruska politika prema Svetoj Gori bila je deo širih ruskih nastojanja da se svi hrišćani Otomanske imperije, kao i njihova najznačajnija sveta mesta stave pod visoku zaštitu Rusije.³ Mirovni ugovori koji su sklapani između Rusije i Turske potvrđuju ove namere. Tako je još Kučukkainardžijskim mirom iz 1775. godine predviđena gradnja crkve u Istanbulu, koja će se nalaziti pod zaštitom ruskih poslanika u Carigradu. Ovo je osnova na kojoj je kasnije ruska vlada zasnivala svoje pravo da štiti pravoslavnu crkvu i pravoslavne narode u Otomanskoj imperiji.⁴ Tim ugovorom je predviđeno da ruski podanici imaju pravo da posećuju Jerusalim i druga mesta za koja su zainteresovani, bez obaveze plaćanja poreza i drugih nameta.⁵ Tako je otvoren put pravoslavnim Rusima da putuju

¹ Grčka država se u sporu oko Svete Gore držala dosta uzdržano, jer su njeni interesi u Epiru i Makedoniji zavisili od ruske podrške. Radmila Radić, *Hilandar u državnoj politici Kraljevine Srbije i Jugoslavije*, Beograd 1998, 78.

² Postoje dosta precizni podaci o broju monaha na Atosu u 19. i 20. veku, zbog poreskih obaveza kojima su bili opterećeni od strane turskih vlasti. Γιώργιος Σιδηρόπουλος, *Άγιον Όρος-Αναφορές στην ανθρωπογεωγραφία*, Εκδόσεις Καστανιώτη, Αθήνα 2000, 110.

³ Deo takvih nastojanja predstavljaju i ruski projekti uređenja države Pravog srpskog ustanka: Srđan Šarkić, „Ruski projekti državnog uređenja ustaničke Srbije (Prvi deo-takozvana „Paulučijeva konvencija“)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2013, 25-37; Srđan Šarkić, „Ruski projekti državnog uređenja ustaničke Srbije (Drugi deo-Rodofinikinov projekt)“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2014, 25-37;

⁴ Roderic H. Davison, „The 'Dosografa' Church in the Treaty of Küçük Kaynarca“, *Bulletin of the School of Oriental and African Studies* Vol. 42, 1/1979, University of London, 46.

⁵ Jacob. C. Hurewitz, *The Middle East and North Africa in World Politics: A Documentary Record Volume 1 European Expansion, 1535 – 1914*, Yale University Press, 1975.

širom Osmanskog carstva i to posebno u one oblasti koje su od izuzetnog značaja za hrišćanstvo. U trenutku potpisivanja ovog ugovora nije postojalo značajnije rusko prisustvo na Svetoj Gori,⁶ ali je svakako sloboda kretanja doprinela ekspanziji ruskog monaštva u narednim decenijama.

Broj ruskih monaha ubrzano je rastao nakon Krimskog rata i to posebno u manastiru Svetog Pantelejmona,⁷ koji je i u prethodnim vekovima bio nastanjen monasima poreklom iz Rusije. U tom manastiru je 1875. godine prvi put izabran iguman poreklom Rus, što je označilo početak dominacije ruskih monaha.⁸ Sveta Gora je zahvaljujući delima Pajsija Veličkovskog u ruskom narodu stekla veliki ugled, pa je značajan broj pobožnih hrišćana iz Rusije dolazio na Svetu Goru sa željom da na njoj i ostanu. Igumani grčkih manastira, videći šta se dogodilo u manastiru Svetog Pantelejmona izbegavali su da primaju iskušeničke i monahe iz Rusije. Zato se oni usmeravaju na kupovinu manastirskih podružnih ustanova: skitova i kelija.⁹ U tom periodu manastirske područne ustanove uglavnom su bile ekonomski iscrpljene, zbog dažbina koje su plaćale turskim vlastima. Takve monaške ustanove su dosta teže izlazile

⁶ Σταύρος Παπαδάτος, *Η πολιτειακή θέσις του Αγίου Όρους*, Αθήναι 1965, 33 fn. 5.

⁷ O dešavanjima koja su prethodila ruskom preuzimanju manastira Sv. Pantelejmona detaljne i objektivne informacije mogu se naći u: Ιωάννης . Δ. Τανταλίδης, *Περί του ζητήματος της εν Αθω ιεράς μονής του Αγίου Παντελεήμονος*. Τύποις Βυζαντίδος, Κωνσταντινουπόλη 1874.

⁸ Panajotis Hristu, *Sveta Gora Atonska*, Društvo prijatelja Svete Gore Atonske, Beograd 2009, 258.

⁹ Kelije su najpre monaške sobe u manastirima, dok na Svetoj Gori kelije podrazumevaju monaške ustanove (naseobine) koje mogu biti i veoma udaljene od manastira kojem pravno pripadaju, a u kojima obično boravi manji broj monaha sa jednim starcem-duhovnikom koji ih vodi i podučava monaškom životu. Ovakav oblik podvižništva od davnina važi za najteži i najzahtevniji. Kelije po pravilu poseduju zgradu sa monaškim sobama, malu crkvu za vršenje bogoslužjenja i zemlju oko kelije za izdržavanje monaha koji u njoj žive. Pored kelija postoje i kolibe, staništa i isposnice, koje predstavljaju takođe monaška boravišta ali se razlikuju po veličini i imanju koje im pripada. Često se u literaturi termin kelija koristi kao genusni pojam, koji podrazumeva sve gore pomenute različite vrste monaških naseobina, od kojih svaka ima svoje specifične karakteristike i naziv. Kada kelije dostignu određenu veličinu i broj monaha mogu biti uzdignute u rang *skita*. Skitovi (od reči asketa) predstavljaju međukategoriju između kelija i manastira. Najčešće skitove čini veći broj koliba ili kelija koje se nalaze pod zajedničkom upravom dikeja (*δίκαιος* – sudija). Skitovi izgrađeni u 19. veku izgledom podsećaju više na manastire, poseduju velike zgrade i ogromne hramove, a život u njima bio je organizovan na principu opštežića. Značajno je napomenuti da sve manastirske područne ustanove (skitovi, kelije itd.) bez obzira na faktičke razlike imaju identičan pravni položaj: ne poseduju pravni subjektivitet i u potpunosti su zavisni od manastira kojem pripadaju. P. Hristu, 334, Χρήστος Κτενάς, *Τα εν Αγίω Ορει ιερά καθιδρύματα και ο διέπων αυτά οργανισμός*, Θεσσαλονίκη 1925, 8-14.

na kraj sa fiskalnim nametima nego sami manastiri uglavnom iz dva razloga: prvi razlog je to što nisu posedovale metohe,¹⁰ a drugi činjenica da većina tih ustanova nije bila poznata van granica Svete Gore, pa samim tim nisu dobijale priloge i pomoć iz drugih pravoslavnih država. Disproporcija između prava i obaveza predstavlja glavni razlog postojanja tenzija između zavisnih manastirskih područnih ustanova i samovlasnih manastira kojima su one pripadale (tzv. *kelijsko pitanje*).¹¹ Ruski monasi su otkupljivali područne manastirske ustanove, obnavljali ih i gradili bogata zdanja, često sa namerom da vremenom te ustanove dobiju viši rang: skita ili čak manastira.¹² Tako su tenzije koje su od ranije postojale između monaha nastanjenih u manastirima i onih u manastirskim područnim ustanovama prerasle u tenzije između monaha grčkog porekla (nastanjenih u manastirima) i monaha ruskog porekla (nastanjenih u područnim ustanovama). Postojanje tako velikog broja ruskih monaha na Svetoj Gori i njihov zavisni položaj privukao je pažnju ruske države i ruske međunarodne politike. O tome veoma jasno govore odredbe Sanstefanskog mirovnog ugovora kao i ruski stavovi izneti na Londonskoj mirovnoj konferenciji prilikom rasprave o međunarodnom položaju Svete Gore.

U ovom radu biće izložen sam početak diplomatske borbe oko dva veoma značajna aspekta organizacije svetogorskog monaštva: prvi je međunarodnopravni položaj Svete Gore, a drugi se odnosi na njenu unutrašnju organizaciju. Predmet rada jeste analiza međunarodnih ugovora, kao i drugih pravnih akata koji su im prethodili, a kojima se pokušavaju urediti oba gorepomenuta aspekta organizacije svetogorskog monaštva. Analizirani su samo oni pravni akti koji su nastali u periodu između dva balkanska rata i Sanstefanski mir. Cilj je da se analizom ponuđenih rešenja, kako statusa Svete Gore u odnosu na subjekte međunarodnog prava, tako i njene unutrašnje organizacije ukaže na ulogu koju su različiti faktori imali u formiranju današnjeg svetogorskog pravnog poretka. Na taj način biće prikazan jedan od perioda svetogorske istorije koji karakterišu uticaji značajnih geopolitičkih promena, ali istovremeno i velika pravno-kreativna delatnost.

¹⁰ Metosi predstavljaju manastirska imanja koja se nalaze izvan samih manastira. Za svetogorske manastire značajan izvor prihoda su bili metosi u Vlaškoj i Moldaviji.

¹¹ Pod „kelijskim pitanjem“ se podrazumevaju pokušaji reforme svetogorskog pravnog poretka sa ciljem poboljšanja ekonomskog, ali i pravnog položaja manastirskih područnih ustanova.

¹² Δημήτριος Τσάμης, *Άγιον Όρος, Προσέγγιση στην πρόσφατη ιστορία του, Ορθόδοξη Χριστιανική Αδελφότης Λυδία, Θεσσαλονίκη* 1986, 84-85.

2. SANSTEFANSKI MIROVNI SPORAZUM

Odredbama Sanstefanskog mirovnog sporazuma iz 1878. godine, Sveta Gora je po prvi put u svojoj istoriji postala predmet međunarodnog ugovora. Tim ugovorom se u čl. 22 predviđa zaštita svih ruskih klirika, poklonika i monaha koji putuju ili borave u evropskom i azijskom delu Turske. Izričito se spominju dva mesta u kojima su zaštićeni svi posedi i prava ruskih monaha: Sveta Zemlja i Sveta Gora.¹³ To dokazuje već pomenutu tvrdnju da je ruska politika prema Svetoj Gori deo šire politike prema hrišćanskim svetim mestima u Otomanskoj imperiji, a ne osobenost ili izuzetak u ruskoj spoljnoj politici. U odnosu na Svetu Goru sporazum predviđa sledeće: „svetogorski monasi *ruskog porekla* zadržaće svoje posede i stečene privilegije i nastaviće da uživaju, u *tri konventa* koji im pripadaju i njihovim područnim ustanovama, ista prava i privilegije koja su zajamčena ostalim verskim ustanovama i konventima na Svetoj Gori“ (podvukao D.Đ.).¹⁴

Odredbe Sanstefanskog mirovnog sporazuma otkrivaju namere Rusije, pošto je taj međunarodni ugovor zapravo predstavljao jednostrano rusko rešenje istočnog pitanja. Pomenutim čl. 22 se jamči posebna zaštita monaha ruskog porekla na Svetoj Gori. To bi značilo da se monasima poreklom iz drugih pravoslavnih država ne garantuje da će zadržati stečene posede i privilegije. Na taj način se favorizuju monasi ruskog porekla, jer teoretski oni ne bi mogli nikada izgubiti stečena prava, dok bi ostalim svetogorskim monasima to moglo da se dogodi. Međutim, nastojanja Rusije da zaštiti stečene posede svojih monaha nisu u potpunosti izlišna, posebno ako se imaju na umu svojinsko-pravni odnosi na Svetoj Gori. Celokupna teritorija atonskog poluostrva podeljena je između dvadeset samovlasnih manastira.¹⁵ To znači da su sve područne ustanove vlasništvo ma-

¹³ U čl. 22 je predviđeno da carsko poslanstvo i konzulati imaju pravo zvanične zaštite pomenutih lica i njihovih poseda, verskih i dobrotvornih ustanova u Svetoj Zemlji i drugde. To znači da je ovim članom obuhvaćena imovina ruskih verskih službenika na celoj teritoriji Turske, pa samim tim i na Svetoj Gori. Ipak izričito pominjanje Svete Gore pokazuje povećano interesovanje ruske vlade za status ruskih podanika i njihovih ustanova na tom delu turske carevine.

¹⁴ Original teksta na francuskom Gabriel Noradounghian, *Recueil d'actes internationaux de l'Empire ottoman*, t. 3, Paris 1902, 519. Prevod na grčki jezik Σ. Παπαδάτος, 36 fn. 2. Engleski prevod dostupan je u Thomas Holland, *The European concert in the Eastern question, A collection of treaties and other public acts*, Oxford 1885, 346. Prevod na srpski jezik: Ivan Janković, „Međunarodnopravni položaj Svete Gore Atonske“, *Četvrta kazivanja o Svetoj Gori*, Društvo prijatelja Svete Gore Atonske, Beograd 2005, 227.

¹⁵ I današnja organizacija Svete Gore zasniva se na činjenici da su manastiri isključivi vlasnici zemlje na poluostrvu Atos. Dragutin Avramović, „Sveta Gora – između autonomnosti i državnosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2013, 436.

nastira na čijoj zemlji su podignute. Dakle, Rusi su nastanili i izgradili velike i bogate kelije i skitove nad kojima isključivo pravo svojine imaju grčki manastiri. U svetlu tenzija koje su već počele da opterećuju odnose ruskih i grčkih monaha, bilo je neophodno tražiti neku vrstu obezbeđenja, u ovom slučaju u obliku međunarodne obaveze Turske, da će ti objekti ostati u posedu ruskih monaha, koji su ih i izgradili.¹⁶

Sledeću spornu činjenicu predstavlja odredba da ruski monasi na Svetoj Gori poseduju tri „konventa“. U prevodu je uzeta reč iz originalnog teksta ugovora, koji je sastavljen na francuskom (*couvents*) i koja bi u najjednostavnijem prevodu značila manastir. Grčki autori je uglavnom tako i prevode.¹⁷ Međutim termin „manastir“ u svetogorskom pravnom poretku ne označava prostu zajednicu monaha, monašku ustanovu, samostan. On podrazumeva subjekta specifičnih prava sa konstitutivnom ulogom u formiranju organa samouprave i posebnim javnopravnim ovlašćenjima preko kojih se vrši dekoncentracija vlasti organa centralne uprave. Taj *sui generis* pravni položaj svetogorskih manastira priznat i od strane turske države, svrstava manastire u jednu višu klasu monaških ustanova na Svetoj Gori u odnosu na sve ostale monaške naseobine koje su pravno zavisne od njih.¹⁸ Zato je od ključne važnosti kako će se prevesti francuska reč *couvents*. Zapravo, od načina na koji se ta reč prevodi zavisi i kako će se okarakterisati ruska nastojanja koja se kriju iza ovih odredbi.

Najpre, što se tiče činjeničnog stanja na Svetoj Gori treba istaknuti da u trenutku izrade ovog ugovora tri najveće ruske monaške ustanove su već pomenuti manastir Svetog Pantelejmona, zatim skit Svetog Andreje i skit Proroka Ilije. Dakle, ruski monasi su bili većina samo u jednom manastiru, pa se reč konvent ne može prevesti kao „manastir“, barem ne u smislu koji taj termin ima na Svetoj Gori.

Postoje, dakle, dve mogućnosti. Prva, da je ruska vlada bila upoznata sa stanjem na Svetoj Gori, pa je želela da izbegne stvaranje napetosti tako što bi potencirala uzdizanje ruskih skitova u rang manastira. Zato je u tekstu ugovora upotrebljen neutralan termin „konvent“, koji je neopterećen statusno-pravnim elementima. Druga i izvesnija mogućnost jeste da su namere ruske strane bile da se skitovi u kojima su većina bili ruski monasi uzdignu na rang manastira, sa svim pravima koje takav status donosi.

¹⁶ O svojinskopравnim odnosima nad područnim ustanovama: Δημήτριος Πετρακάκος, *Το μοναχικόν πολίτευμα του Αγίου Όρους Αθω*, Αθήναι 1925, 130-160.

¹⁷ Σ. Παπαδάτος, 36 fn. 2.

¹⁸ U literaturi se mogu naći mišljenja da su manastiri predstavljali svojevrstu lokalnu elitu otomanskog carstva. Φωκίων Π. Κοτζαγεώργης, „Τα μοναστήρια ως οθωμανικές τοπικές ελίτ, Μοναστήρια, οικονομία και πολιτική, Ηράκλειο 2011, 163-190.

To znači da se Sanstefanskim mirovnim sporazumom internacionalizuje jedno unutrašnje svetogorsko pitanje, tzv. kelijsko pitanje. Svaki pokušaj izmene ustaljenog svetogorskog poretka uvek je nailazio na čvrst otpor kako svetogorskih manastira, tako i Carigradske patrijaršije. Po prvi put u istoriji takav pokušaj izdignut je na nivo međunarodnog prava. U prilog tome govori više činjenica. Najpre, u ruskim, a i grčkim prevodima Sanstefanskog sporazuma umesto reči konvent koristi se termin manastir.¹⁹ Zatim, nakon revizije Sanstefanskog mira na Berlinskom kongresu pa sve do Oktobarske revolucije Rusija je pokušavala da se izbori za drugačiji položaj manastirskih područnih ustanova. Sa ruske strane sporazum je potpisao grof Ignjatijev, koji je bio veoma dobro upoznat sa situacijom na Svetoj Gori, o čemu, između ostalog, svedoči i njegovo pismo u kojem govori o svojoj ulozi u izboru prvog igumana ruskog porekla u manastiru Svetog Pantelejmona.²⁰

Može se, dakle, zaključiti da je Sanstefanskim mirovnim ugovorom kelijsko pitanje dobilo međunarodnopravnu dimenziju, i to pokušajem da se međunarodnim ugovorom izmeni viševjekovni svetogorski poredak. Naravno, ostaje i do danas nejasno kako bi se sprovele odredbe ovog sporazuma u praksi, imajući u vidu da bi promena broja manastira i relativizacija svetogorskog pravnog poretka naišla na čvrst otpor velike većine manastira i jednog broja monaha. Treba dodati da je zahvaljujući ruskim nastojanjima „kelijsko pitanje“ osim međunarodnopravne, dobilo i nacionalnu dimenziju, prouzrokujući rast netrpeljivosti između ruskih i grčkih monaha. Kasnije će ono poprimiti značaj nacionalnog pitanja od izuzetnog značaja, posebno za monahe grčkog porekla.

Odredbe Sanstefanskog mirovnog ugovora nisu naišle na odobravanje zapadnih sila,²¹ pa se u junu iste godine pristupilo njegovoj reviziji na Berlinskom kongresu. U članu 62 mirovnog ugovora koji je tada potpisan definisane su obaveze Visoke porte, koje se tiču slobode vere. U poslednjem paragrafu tog člana revidiran je čl. 22 Sanstefanskog mira, tako da je predviđeno sledeće: „Monasi Svete Gore Atonske, bez obzira na poreklo, zadržaće predašnje posede i privilegije i uživaće, bez ikakvog izuzetka, potpunu jednakost prava i povlastica“.²² Ovom odredbom izjednačen

¹⁹ Ruski prevod je dostupan na <http://www.hrono.ru/dokum/1800dok/1878sanstef.php>, 11. februar 2015. godine.

²⁰ Μελέτιος Μεταξάκης, *Το Άγιον Όρος και η ρωσική πολιτική εν ανατολή*, Αθήναι 1913, 43.

²¹ Između ostalog, Sanstefanski mirovni sporazum je i sklopljen kao provizorni, sa ciljem da se kasnije sklopi konačan mirovni ugovor.

²² Original teksta na francuskom G. Noradounghian, *Recueil d'actes internationaux de l'Empire ottoman*, t. 4, Paris 1903, 191. Prevod na grčki jezik Σ. Παπαδάτος, 37 fn. 3. Engleski prevod dostupan je u T. Holland, 308. Prevod na srpski jezik: I. Janković, 227.

je pravni položaj svih svetogorskih monaha, bez obzira na poreklo, kao i njihovi posedi i privilegije. Ono što je još značajnije, jeste činjenica da je na štetu ruskih nastojanja, Berlinski ugovor posredno rešio, makar na međunarodnom nivou i kelijsko pitanje. Samim tim što svi monasi zadržavaju stečene posede i privilegije, odbačena je mogućnost da ruski skitovi budu uzdignuti na nivo manastira na osnovu odredaba međunarodnog ugovora. Naravno, Berlinski mirovni ugovor nije eliminisao tenzije koje su postojale između zavisnih područnih ustanova i samovlasnih manastira, ali je svakako doprineo očuvanju svetogorskog poretka i donekle ograničio upliv Rusije u unutrašnja pitanja Svete Gore.

Broj ruskih monaha na Svetoj Gori u periodu posle Berlinskog kongresa bio je u stalnom porastu. Oni se nisu naselili u neki od manastira, ali su nastavili da kupuju kelije širom Svete Gore. Tako je već 1880. godine na celom atonskom poluostrvu bilo 1000 ruskih monaha, a pred samo oslobođenje od turske vlasti 1910. godine bilo ih je preko 3500.

3. LONDONSKA MIROVNA KONFERENCIJA

U toku balkanskih ratova grčka vojska oslobodila je od turske vlasti skoro celokupnu teritoriju današnje severne Grčke, uključujući i Svetu Goru. Dolazak grčke vojske na Svetu Goru označio je kraj skoro petovekovnom turskom prisustvu i rasplamsao nade svetogorskih monaha grčkog porekla o obnovi hrišćanskog Romejskog carstva. Za njih su grčki vojnici bili oslobodioci, a grčki kralj naslednik slavnih romejskih careva. Prvi balkanski rat završen je pobedom saveznika, čiji su se visoki predstavnici uputili u London na mirovnu konferenciju sa ciljem da izrade mirovni ugovor. Istovremeno sa mirovnom konferencijom kojoj su prisustvovali predstavnici država saveznika, zasedala je i ambadorska konferencija u Londonu, koju su sačinjavali ministar spoljnih poslova Engleske kao predsedavajući i ambasadori pet velikih sila: Francuske, Nemačke, Italije, Austro-Ugarske i Rusije. Preko ambadorske konferencije obezbeđen je uticaj velikih sila na rešavanje budućeg statusa bivših turskih teritorija u Evropi.

Rusija je prva među velikim silama pokazala interesovanje za zaštitu svojih interesa na Svetoj Gori. To se moglo i očekivati pošto je veliki broj njenih podanika bio stalno nastanjen na atonskom poluostrvu. Na samom početku pregovora Rusija nije dala konkretne predloge budućeg unutrašnjeg uređenja i međunarodnog statusa Svete Gore, osim zahteva da atonsko poluostrvo bude neutralna teritorija.²³ Pored

²³ M. Μεταξάκης, 31.

Rusije, Svetogorsko pitanje zainteresovalo je i Austro-Ugarsku monarhiju. Kako se vidi iz uputstava, koje je grof Leopold fon Berthold kao ministar spoljnih poslova izdao ambasadoru u Londonu, Austro-Ugarska je bila zainteresovana da se pripadnicima grčke istočne veroispovesti u monarhiji obezbedi pravo da osnivaju sopstvene monaške ustanove na Svetoj Gori, putem prava plodouživanja koje bi sticali od manastira kao sopstvenika zemlje.²⁴ Na Svetoj Gori bilo je monaha koji su bili podanici Austro-Ugarske, ali nikada nije bilo manastira u kojem su oni bili većina. Takođe, ti monasi su dolazili na Svetu Goru iz neke od pravoslavnih etničkih zajednica sa teritorija Dvojne monarhije i često nisu osećali privrženost prema njoj. Bez obzira na to, austrougarski predlog imao je dvostruki karakter. Sa jedne strane, učvršćivao je postojeće odnose na Svetoj Gori, jer se manastirima jemči neprikosnovenost svojine na zemlji. Sa druge strane u predlogu je sadržana i jedna promena koje, njeni autori možda nisu ni bili svesni. Naime, podanici Austro-Ugarske monarhije na Svetoj Gori osnivali bi ustanove koje zasigurno ne bi bile manastiri, već manastirske područne ustanove. Te područne ustanove nikada nisu bile subjekti prava svojine na Svetoj Gori, već su uživale veoma ograničeno pravo plodouživanja. Ako bi se prema austrougarskom predlogu krug njihovih stvarnopravnih ovlašćenja proširio, onda bi i njihov status u svetogorskom pravnom poretku bio povoljniji, u smislu da bi bili manje zavisni od manastira kao jedinih subjekata prava svojine. Iz ovoga se vidi da kelijsko pitanje, odnosno položaj zavisnih manastirskih ustanova, predstavlja suštinu problematike regulisanja unutrašnjeg pravnog poretka na Svetoj Gori.

3.1. Memorandum Sveštene opštine

Internacionalizaciju atonskog pitanja sa nezadovoljstvom su dočekali monasi grčkog porekla, smatrajući prirodnim pripajanje Svete Gore Grčkom kraljevstvu, a svako drugačije rešenje velikom nepravdom.²⁵ Sveštena opština je 25. januara 1913. godine uputila memorandum grčkom Kralju, a istog dana usvojen je i tekst memoranduma upućenog predsedniku vlade E. Venizelosu. Izaslanstvo sačinjeno od tri antiprosopa upućeno je bilo u Solun, a zatim u Atinu kako bi informisali političke

²⁴ Ovaj dokument nosi datum 15. decembar 1912. godine. Dakle zahtevi Austrougarske izneti su još na samom početku pregovora u Londonu. Σταματίου Αντωνοπούλου, *Αι Συνθήκαι Λονδίνου, Βουκουρεστίου και Αθηνών*, Αθήναι 1917, 76.

²⁵ O tome govore zapisnici sa sednica Sveštene opštine, kao i memorandumima koje je ona uputila krajem 1912. i početkom 1913. godine. Deo tih dokumenata objavljen je u: Βησσαρίων Γρηγοριάτης, *Οι αγώνες του Αγίου Όρους κατά της διεθνοποιήσεως αυτού*, Θεσσαλονίκη 1963, 3-11.

krugove u Grčkoj o stanju na Svetoj Gori i o posledicama eventualnog formiranja međunarodnog protektorata na atonskom poluostrvu.²⁶

U memorandumima koje su članovi gorespomenutog izaslanstva predali premijeru i drugim političkim prvacima u Grčkoj, kao i u memorandumu poslatom ambadorskoj konferenciji u Londonu data je jasna slika sistema unutrašnje uprave na Svetoj Gori, kao i predlog budućeg uređenja njenog statusa pod teritorijalnim suverenitetom Grčke. Naime, iz pomenutih dokumenata može se zaključiti da se celokupno poluostrvo Atos nalazi u neotuđivoj svojini dvadeset manastira, od kojih su 17 nastanjeni monasima grčkog porekla, dok po jedan manastir nastanjuju monasi ruskog, bugarskog i srpskog porekla.²⁷ Pored manastira, postoje i manje monaške naseobine koje imaju različite nazive: skitovi, kelije, kolibe i dr. Sve te monaške ustanove se nalaze u vlasništvu nekog od manastira, njima pripadaju i ne učestvuju u radu organa centralne uprave. Pošto takve ustanove nisu mogle delegirati svoje predstavnike u organe uprave, one nisu imale nikakvog uticaja prilikom donošenja odluka od značaja za celokupnu svetogorsku monašku zajednicu. Pored manastira, postoji i Sveštena opština, organ koji sačinjavaju „*antiprosopi*“ (predstavnici) svih dvadeset manastira, i koji predstavlja najviši zakonodavni, sudski i izvršni organ „*monaške autonomne federativne države (πολιτεία)*“. Održavanje javnog reda i bezbednosti povereno je serdari-ma, kojih ima ukupno 24 i nalaze se pod komandom Sveštene epistasiije. Sveštenu epistasiju čine četiri člana, koje naizmenično određuje svih dvadeset manastira. Najviša duhovna vlast je carigradski patrijarh, međutim obavezujuće su samo njegove odluke kanonske i dogmatske prirode, dok sve druge odluke imaju samo savetodavni karakter. Što se tiče odnosa Svete Gore sa državom, ona je predstavljala administrativnu jedinicu u okviru Solunskog vilajeta na čijem čelu se nalazio kajmakam. Njegova ovlašćenja su se sastojala u nadziranju rada monaških organa i u pružanju pomoći kada bi bilo procenjeno da je to neophodno. Kajma-

²⁶ Monah Visarion iz manastira Grigorijata, bio je član pomenutog izaslanstva. On je dosta kasnije objavio knjigu u kojoj se nalaze tekstovi svih memoranduma koji su sa Svete Gore upućeni na različite adrese povodom internacionalizacije svetogorskog pitanja. Iako su njegovi stavovi krajnje pristrasni, a samo izlaganje događaja veoma tendenciozno, objavljeni dokumenti predstavljaju vredan izvor za izučavanje svih aspekata diplomatske borbe oko međunarodnopravnog statusa Svete Gore.

²⁷ U tom periodu se u manastiru Hilandar nalazilo 109 monaha, od kojih su 21 bili Bugari poreklom. Međutim, decenijama ranije većina monaha u Hilandaru bili su bugarskog porekla, pa je Hilandar često ubrajan u bugarske manastire, kao npr. u K. Βλάχος, *Η χερσόνησος του Αγίου Όρους Άθω και εν αυτή μοναί και οι μοναχοί πάλαι τε και νυν*, Βόλος 1903, reprint: Αγιορειτική Εστία, Θεσσαλονίκη 2005.

kam je mogao da vrši zvanične posete manastirima, ali tek nakon dobijene dozvole od strane Sveštene opštine i uz pratnju jednog od epitropa tog manastira.²⁸ Nije imao pravo intervencije u policijskim poslovima, osim uz saglasnost Sveštene Epistasijske. Kompletan gore opisani sistem uprave i pravni položaj Svete Gore, po mišljenju igumana grčkih manastira na Svetoj Gori, nastao je na osnovu manstirskih tipika, carskih hrisovulja, patrijaršijskih singilija, sultanskih berata i starih običaja.²⁹ Njihov predlog budućeg pravnog položaja Svete Gore podrazumeva zaštitu postojećeg režima crkvene autonomije, tako što bi Grčka preuzela ovlašćenja koja je ranije vršila Turska: grčki guverner bi obavljao iste dužnosti kao i kajmakam, dok bi svi monasi sticali grčko umesto otomanskog državljanstva itd.³⁰

Iz datog opisa svetogorske uprave mogu se uočiti namere i ciljevi njegovih autora. Najpre, isticanjem činjenice da su jedino manastiri pravna lica, dok su njihove područne ustanove lišene pravnog subjektiviteta, monasi grčkog porekla žele da ukažu da činjenica da su monasi negrčkog porekla nastanjeni u velikom broju takvih ustanova (daleko većem od broja manastira), zapravo nema veliki značaj na Svetoj Gori. Zatim, gore-spomenuta neprikosnovenost manastirske svojine na Svetoj Gori i podređen položaj područnih ustanova pokazuje još jednom da su svojina na zemlji i predstavljanje u organima centralne uprave čvrsto povezani i zajedno čine jednu međusobno uslovljenu celinu prava i dužnosti. Cilj je da se pokaže da na Svetoj Gori značaj imaju institucije (tj. manastiri), a ne broj monaha koji se u njima nalazi. U prilog tome govori i poređenje iz jednog od memoranduma u kome se manastiri porede sa državama, čiji međunarodnopravni subjektivitet ne zavisi od broj stanovnika koji je u njima nastanjen.³¹ Grčkim monasima je bilo posebno stalo do isticanja te činjenice, pošto je broj ruskih monaha na Svetoj Gori bio veliki, a njihova zastupljenost u organima uprave minimalna. U memorandumima je Sveta Gora prikazana kao teritorija čija autonomija deluje *erga omnes*. To znači da monasi ističu autonomiju svoje zajednice kako u odnosu na duhovnu vlast (Carigradska patrijaršija), tako i u odnosu na državne vlasti. Iako je

²⁸ Epitrop je član manastirske uprave.

²⁹ U vreme kada su nastali dokumenti u kojima se opisuje pravno uređenje Svete Gore nije postojao obavezujući pravni akt na kojem bi se svetogorski pravni poredak zasnivao. Pominjanjem ranijih tipika i vladarskih akata iz srednjeg veka, grčki monasi pokušavaju da obezbede legitimitet i autoritet sistemu samouprave koji je *de facto* primenjivan, ali nije imao pravno utemeljenje.

³⁰ Memorandum koji je upućen premijeru E. Venizelosu i drugi koji dat istaknutim političarima u Grčkoj objavljeni su u Βησσαρίων Γρηγοριάτης, 6-11.

³¹ Βησσαρίων Γρηγοριάτης, 10.

njihov krajnji cilj sukcesija država, pri čemu bi Grčka kao država sledbenik, došla na mesto Turske kao države prethodnika, oni veoma promišljeno pokušavaju da očuvaju, a donekle i prošire svoju samoupravu. To se posebno vidi u veoma uprošćenom opisu kajmakamovih nadležnosti, kojim se njegova uloga u radu centralnih organa uprave potpuno relativizuje i minimizira. Iako se u ovim dokumentima traži dolazak grčkog guvernera koji bi preuzeo prava i obaveze kajmakama, svetogorski monasi grčkog porekla ne žele da on na bilo koji način ograniči samoupravu, privilegije i imunitete koji su vekovima korak po korak zadobijeni. Pored toga, jedan od glavnih razloga njihovog protivljenja stavljanju Svete Gore pod međunarodni protektorat jeste upravo opasnost od sužavanja obima nadležnosti organa samouprave i radikalne izmene svetogorskog pravnog poretka.

3.2. Memorandum ruskih monaha

Agitacija koju je vršilo svetogorsko izaslanstvo u Atini izazvala je reakciju ruskih monaha na Svetoj Gori. Pošto nisu imali mogućnosti da utiču na organe centralne uprave, niti je postojao bilo kakav institucionalni okvir za njihovo organizovanje, nastojatelji 97 ruskih kelija sa svojim bratstvima 12. maja 1913. godine uputili su memorandum ambadorskoj konferenciji u Londonu.³² U opširnom uvodu oni su opisali navodno nepodnošljivo stanje nastalo na Svetoj Gori od kako se ona našla pod grčkom okupacijom, da bi u nastavku izneli u 7 tačaka svoje zahteve u pogledu budućeg uređenja međunarodnopravnog položaja i organizacije svetogorske monaške zajednice. Što se tiče međunarodnog položaja, oni smatraju da bi Sveta Gora trebala da bude neutralna teritorija pod patronatom Rusije i balkanskih država: Rumunije, Srbije, Bugarske, Grčke i Crne Gore, uz očuvanje unutrašnje samouprave, o čijim detaljima bi se kasnije dogovarali predstavnici tih država. Predstavničko telo (Sabor) Svete Gore činili bi predstavnici ne samo manastira, već svih monaha na Svetoj Gori, tako što bi na svakih 150 ili 200 monaha bio biran jedan predstavnik. Pored toga, predviđa se i kodifikacija zakona i pravila koja bi bila obavezujuća za sve sudove i organe uprave na Atosu, kao i strogo razlikovanje građanskih i krivičnih od čisto duhovnih predmeta. Takođe, oni traže i ukidanje postojećih svojinskoopravnih odnosa, tako što bi zemlja koja je plaćena manastirima prelazila u svoju lica koja su je platila bez bilo kakvih ograničenja njihovih svojinskih ovlašćenja.

³² Tekst memoranduma, Βησσαρίων Γρηγοριάτης, 26.

Kritikom memoranduma koji su ruski monasi nastanjeni u manastirskim područnim ustanovama uputili ambasadorskoj konferenciji u Londonu bavio se veći broj grčkih autora koji izučavaju svetogorsko pravo i istoriju.³³ Predlog koji su oni u obliku memoranduma uputili ambasadorskoj konferenciji u Londonu podrazumevao je radikalne promene viševkovnog poretka na Svetoj Gori. To je zapravo i najveća mana i opasnost ovog predloga. Ipak, ne treba zbog toga da bude *a priori* odbačen kao štetan i neprihvatljiv za svetogorsku monašku zajednicu. Kraćom analizom biće ukazano na motive i uzroke koji su podstakli ruske monahe da internacionalizuju problematiku svog pravnog položaja.

Može se samo nagađati koliki uticaj je ruska politika imala na izradu tog dokumenta, ali je svakako njegov sadržaj išao u korist nastojanjima zvanične Rusije. To se posebno vidi u zahtevu da Sveta Gora bude proglašena neutralnom teritorijom pod zaštitom balkanskih država i Rusije. Skoro je izvesno da bi u podeli uticaja Rusija nadvladala sve balkanske države, pa bi se formalni međunarodni protektorat ili konodminijum veoma brzo pretvorio u faktičku vlast Rusije nad Svetom Gorom. No, imajući u vidu da su na ambasadorskoj konferenciji učestvovala i druge velike sile kojima nije bilo u interesu širenje ruskog uticaja u Sredozemlju, ovakav ishod pregovora nije bio izvestan.

Što se tiče unutrašnje organizacije vlasti na Svetoj Gori, predlog ruskih monaha-keliota podrazumeva postojanje jednog organa uprave predstavničkog tipa. Oni se zalažu za napuštanje skoro milenijumske tradicije da glavni organ svetogorske samouprave (Sabor, Opštinu, Veliki sabor itd, nezavisno od naziva) čine predstavnici manastira, kao jedinih pravnih subjekata u svetogorskom pravnom poretku. Predlog da predstavnici u glavnom organu samouprave budu birani po principu da svakih 150 ili 200 monaha bira svog predstavnika deluje dosta pravednije, posebno ako se ima u vidu da je broj monaha koji su nastanjeni u manastirskim područnim ustanovama veći od onog koji živi u samim manastirima. Na taj način obezbedilo bi se učešće u radu organa uprave i monasima koji nisu nastanjeni u manastirima. Iz ovog zahteva se vidi da je kelijsko pitanje na Svetoj Gori još uvek aktuelno i pored intervencije Carigradske patrijaršije iz 1909. godine.³⁴ U ranijim periodima kelijsko pitanje je podrazumevalo

³³ Ισίδωρος Μοναχός, *Απάντησις εις τον κ. Α. Δημητρίεβσκην, ή, Περί διεθνοποιήσεως του Αγίου Όρους*, Εν Σμύρνη 1913; Νικόλαος Αντωνόπουλος, *Η συνταγματική προστασία του αγιορειτικού καθεστώτος*, Τροχαλία, Αθήνα 1997.; Σταύρος Παπαδάτος, *Αι Σλανικαί διεισδύσεις εν Αγίω Όρει και αι εξ αυτών Πολιτικά και νομικά συνέπειαι*, Ηπειρωτική Εστία, Ιωάννινα 1961.

³⁴ Carigradska patrijaršija je 1909. godine izdala Patrijaršijsku gramatu – Singilij o kelijskom pitanju pokušavajući da uvede red u finansijsku eksploataciju manastirskih pod-

borbu oko pravnog položaja manastirskih područnih ustanova i njihove ekonomske eksploatacije od strane manastira kojima pripadaju (pravni i ekonomski aspekt). Međutim, memorandum ruskih monaha-keliota je označio novu etapu kelijskog pitanja u kojoj će dominirati etnički (nacionalni) aspekt. Tako se dogodilo da grčki kelioti koji su svakako želeli poboljšanje svog pravnog položaja,³⁵ ne podrže nastojanja ruskih keliota, dok im sa druge strane podršku nije pružio ni ruski manastir Pantelejmon, koji je ipak odlučio da zaštititi svoja stečena prava.³⁶ Osim što bi se promenom organizacije vlasti na Svetoj Gori radikalno promenili odnosi između monaških ustanova, usvajanje predloga ruskih monaha-keliota promenilo bi i etnički sastav organa centralne uprave. Ukoliko bi se predstavnici monaha u Saboru birali na opštim izborima, nacionalna pripadnost predstavnika bila bi srazmerna nacionalnoj pripadnosti ukupnog broja monaha, ako se usvoji pretpostavka da bi monasi glasali za predstavnike svoje nacionalnosti. To znači da bi uticaj ruskih monaha, koji su bili veći na Svetoj Gori, naglo porastao, dok bi istovremeno uticaj grčkih monaha bio drastično umanjen.³⁷ Istovremeno, pošto je broj monaha u manastirskim područnim ustanovama bio veći od broja monaha u manastirima, celokupna vlast na Svetoj Gori prešla bi u ruke monaha iz manastirskih područnih ustanova, dok bi manastiri bili potpuno marginalizovani.

U skladu sa namerom da se manastirima oduzmu prerogativi vlasti, ruski monasi zahtevaju ukidanje postojećih svojinskopравnih odnosa na Svetoj Gori. To se naravno odnosi najpre na ukidanje neprikosnovenosti manastirske svojine. Pošto je na Svetoj Gori od samih njenih početaka, svojina na zemlji bila neraskidivo povezana sa vršenjem određenih javno-pravnih funkcija i učešćem u organima vlasti, bilo je neophodno da područne ustanove steknu pravo svojine na zemlji i zgradama koje se nalaze

ručnih ustanova od strane manastira. Ovi dokumentom potvrđen je zavisni položaj područnih ustanova. Tekst gramate objavljen je na srpskom jeziku: *Ustav Svete Gore Atonske*, Sveti arhijerejski Sinod Srpske Pravoslavne Crkve, Beograd 1959, 88.

³⁵ U prilog tome govore događaji iz međuratnog perioda, kao i za vreme Drugog svetskog rata. *Ο καταστατικός χάρτης του Αγίου Όρους και αι εξ αυτού αδικίαι κατά των Κελλιωτών*, Εκ των εκδοτικών καταστημάτων "Νέα Ελλ. Ηώς", Αθήναι 1931; Δ. Τσάμης, 84-85.

³⁶ To se vidi iz memoranduma koji je Sveštena opština uputila ambasadorskoj konferenciji u Londonu kao odgovor na predlog ruskih monaha-keliota, a koji je potpisao i predstavnik ruskog manastira. Βησσαρίων Γρηγοριάτης, 33.

³⁷ Ukoliko samo manastiri učestvuju u radu organa centralne uprave, grčki manastiri imaju 17/20 ukupnog broja predstavnika, dok bi u predstavničkom telu koje čine predstavnici svih monaha broj predstavnika grčkog porekla mogao u najboljem slučaju biti približan broju predstavnika ruskog porekla. To bi između ostalog značilo i da predstavnici monaha negrčkog porekla imaju sigurnu većinu u tako konstituisanom organu.

u njihovoj državini. Sticanjem prava svojine koje ne bi podlegalo bilo kakvim ograničenjima, te ustanove bi ujedno stekle samostalnost u odnosu na manastire, pa više ne bi predstavljale zavisne manastirske ustanove. Osim toga, ukoliko bi one postale subjekti prava svojine na Svetoj Gori, to bi *ipso facto* značilo da im je priznat pravni subjektivitet u svetogorskom pravnom poretku. Time bi se područne ustanove u potpunosti izjednačile u pravima i privilegijama sa manastirima.

Interesantan je i zahtev ruskih monaha koji se odnosi na kodifikaciju važećih pravila na Svetoj Gori. Monasi ruskog porekla često su se žalili na grčke monahe zbog zloupotrebe pravila i nedosledne primene istih. Koliko su grčki monasi zaista koristili nedostatak pravnih normi i nepostojanje sistematične zbirke pravila koja bi bila obavezujuća za sve monahe, teško je utvrditi. Sigurno da je bilo pokušaja zloupotrebe prava na obe strane, kao i preterivanja prilikom kritike postojećeg sistema. Najčešći problem sa kojim su se suočavali kelioti bilo je naizmenično pozivanje na crkveno i svetovno pravo, u zavisnosti od efekta koji se želeo postići. Činjenica je da u ovom periodu nije postojao opšti pravni akt kojim su bili uređeni pravni odnosi na Svetoj Gori, niti sistematična zbirka pozitivnopravnih propisa,³⁸ pa je to svakako stvaralo osećaj pravne nesigurnosti, posebno u uslovima izraženih nacionalnih tenzija u veoma osetljivom monaškom okruženju. Takođe, treba imati na umu da je jezik predstavljao jednu od najvećih prepreka u međusobnoj komunikaciji monaha, te da je upravo taj jezički jaz umnogome i doprinosio rastu tenzija i širenju tendicioznih glasina često sa političkom pozadinom. Pošto su postojeća pravna pravila u tom periodu bila napisana na grčkom jeziku, nekodifikovana i atipična (obzirom da se radi o posebnom pravnom režimu u kojem se neprestano prepliću norme crkvenog, kanonskog i svetovnog prava), može se samo pretpostavljati koliko su monasima ruskog porekla bila konfuzna, neshvatljiva i teško primenljiva. Zahtev za kodifikacijom prava, zapravo predstavlja početak borbe za pravnu sigurnost i dostupnost pravnih normi.

Memorandum koji su ruski monasi-kelioti uputili ambadorskoj konferenciji u Londonu označio je novu etapu kelijskog pitanja. Izvesno je, međutim, da bi njihov predlog koji podrazumeva veoma radikalne izmene viševkovnog svetogorskog poretka, ugrozio opstanak svetogorske monaške zajednice, pretvarajući je u neku vrstu parlamentarne monaške kvazidržave. Takav sistem bio bi nepodesan za jednu nadasve senzibilnu duhovnu zajed-

³⁸ Nedostatak pravne sigurnosti karakteriše svetogorski pravni poredak tokom čitavog 19. veka. Pribegavanje svetovnim (turskim) sudovima radi rešavanja manastirskih sporova bilo je toliko često da je postalo pravilo. Takođe, pozivanje na carske hrisovulje, sultanske fermene i običajno pravo čiji sadržaj nije uvek bio svima dostupan, uz nepostojanje zvaničnog tipika (statuta), dodatno je doprinosilo stvaranju osećaja pravne nesigurnosti.

nicu ljudi, koja podrazumeva određene osobenosti i atipičnosti u organizaciji i međusobnim odnosima. Bila bi to svojevrsna laicizacija monaške zajednice suprotna propisima kanonskog prava i isihastičkim načelima monaštva. Tako radikalne promene imale bi za posledicu relativizaciju kompletnog svetogorskog poretka, koji bi postao dosta izloženiji spoljnopoličkim uticajima. Osim toga, iz današnje perspektive može se tvrditi da bi slabljenje svetogorskih institucija imalo teške posledice po opstanak monaške zajednice imajući u vidu burne istorijske događaje koji su usledili: boljševičku revoluciju, Drugi svetski rat i Hladni rat.

Pod pritiskom velikih sila balkanski saveznici potpisali su mirovni ugovor 30. maja 1913. godine u Londonu. Tim ugovorom, međutim, nisu uređene granice između balkanskih saveznika, pa je i pitanje suvereniteta nad Svetom Gorom ostalo nerešeno. U čl. 5 pomenutog ugovora stoji da države saveznice (Srbija, Crna Gora, Bugarska, Grčka) i Otomanska imperija poveravaju velikim silama (Nemačkoj, Austro-Ugarskoj, Engleskoj, Italiji i Rusiji) da odluče o sudbini turskih ostrva u Egeju i poluostrva Atos na kojem se nalazi Sveta Gora.³⁹

Odredbе ovog ugovora nisu same po sebi ugrožavale faktičku vlast Grčke nad Svetom Gorom, niti su prejudicirale buduće *de jure* regulisanje njenog međunarodnog položaja. Međutim, ovim ugovorom otvorena je mogućnost da ruska diplomatija utiče na rešavanje atonskog pitanja. Naravno taj uticaj bio je ograničen, jer je konačno rešenje zavisilo i od stavova drugih velikih sila. Takođe, treba napomenuti da se u tom periodu na Svetoj Gori nalazila jedna jedinica bugarske vojske, što je dodatno usložnjavalo situaciju, s obzirom da se moglo očekivati da i Bugarska ispostavi svoje zahteve u vezi sa atonskim poluostrvom, ali i celom Halkidikom.⁴⁰ Postoji i pogrešno mišljenje da pomenuti ugovor nikada nije proizvodio nikakvo pravno dejstvo.⁴¹ Iako se radi o preliminarnom ugovoru, on je bio obavezujući za države ugovornice, što potvrđuje i kasnija Atinska konvencija od 14. novembra 1913. godine, kojom su se Grčka i Otomanska imperija obavezale da ispoštuju odredbe Londonskog mirovnog ugovora.⁴² Glavni efekat ovog ugovora jeste prolongiranje pat pozicije i odlaganje konačnog definisanja međunarodnog položaja Svete Gore.

³⁹ Robert.B. Mowat, *Select Treaties and Documents 1815-1916*, Clarendon Press, Oxford 1916, 120-121.

⁴⁰ Σ. Παπαδάτος (1965), 37.

⁴¹ Σ. Παπαδάτος (1965), 37.

⁴² Άγγελος Μ. Συρίγος, „Μειονοτικές και άλλες διατάξεις στην ελληνοτουρκική σύμβαση των Αθηνών (1913)“, 100 Χρόνια από τη Διεξαγωγή των Βαλκανικών Πολέμων, Πρακτικά Επιστημονικού Συνεδρίου, Διεύθυνση Ιστορίας Στρατού, Αθήνα 2014, 396 fn. 4.

4. ZAKLJUČAK

Kraj Prvog balkanskog rata i grčka okupacija Svete Gore otvorili su novo poglavlje u njenoj istoriji. U periodu između dva balkanska rata, na sednicama ambasadorske konferencije u Londonu raspravljalo se o budućem međunarodnom pravnom položaju Svete Gore i o njenoj unutrašnjoj organizaciji. Sami svetogorski monasi doprinosili su radu konferencije slanjem memoranduma, u kojima su iznosili svoje stavove u vezi sa statusom njihove zajednice. Na osnovu analiziranih dokumenata, jasno se vidi da su se na Svetoj Gori izdiferencirale dve grupe monaha: u jednu su ulazili oni koji su podržavali postojeći pravni poredak i tražili priznanje grčkog suvereniteta nad Svetom Gorom, dok su drugu grupu činili oni monasi koji su želeli reformu postojeće organizacije i uspostavljanje međunarodne vlasti nad atonskim poluostrvom. Iako u periodu svetogorske istorije koji obrađuje ovaj rad nije konačno rešeno nijedno od spornih pitanja u vezi sa Svetom Gorom, on je veoma značajan jer je to vreme rasta međunarodnog interesovanja za svetogorsko monaštvo i njegovu organizaciju. U tom periodu su velike sile formirale svoje stavove prema atonskom pitanju, što je imalo odlučujući značaj za kasnije međunarodne ugovore kojima je regulisan pravni status Svete Gore.

Posmatrajući iz današnje perspektive događaje koji su predmet ovog rada, može se reći da je njihova najvažnija, ali i najpogubnija posledica stvaranje dubokih podela među svetogorskim monaštvom, koje u određenoj meri ni do danas nisu prevaziđene. Takođe, koliko je predlog o stvaranju međunarodnog protektorata ili kondominijuma pravoslavnih država na teritoriji Svete Gore bio pogrešan najbolje svedoče kasnija dešavanja u Rusiji, gde je zloslutni komunistički režim potpuno ignorisao postojanje ruskog monaštva na Atosu. Posledice Oktobarske revolucije još su vidljive svuda na Svetoj Gori: napušteni i zakorovljeni ogromni manastirski kompleksi i zanemarljiv broj ruskih monaha. Da je došlo do stvaranja konodminijuma pitanje je kakve bi to posledice imalo po celokupno svetogorsko monaštvo, i to posebno nakon Drugog svetskog rata kada su i druge pravoslavne države krenule istom stranputicom. Dobra strana svega je to što se zahvaljujući herojskom otporu koji je rusko monaštvo pokazalo prema sovjetskim vlastima, ponovo grade odnosi poverenja između grčkih i ruskih monaha. U prilog tome govori i činjenica da je tokom skorašnje posete premijera Grčke Rusiji, 2016. godina određena kao godina Rusko-grčkih odnosa, tako da će u toj godini biti organizovan niz kulturnih događaja. Vrhunac će biti proslava hiljadugodišnjice ruskog prisustva na Svetoj Gori, koju zajednički

organizuju vlade dve države.⁴³ Punu podršku održavanju toj proslave dali su i predstavnici Svete Gore tokom posete Moskovskoj patrijaršiji u aprilu 2015. godine. Važno je da i pored svih spoljašnjih uticaja koji stvaraju povremene potrese na Svetoj Gori, ona ostaje mesto zajedništva i jedinstva svih pravoslavnih naroda, bez obzira kako je uređeno pitanje suvereniteta i unutrašnje organizacije.

⁴³ Κοινή συνέντευξη τύπου του Πρωθυπουργού Α. Τσίπρα και του Προέδρου της Ρωσικής Ομοσπονδίας κ. Πούτιν, <http://www.primeminister.gov.gr/2015/04/08/13461>, 15. april 2015.

*Dalibor B. Đukić, Assistant
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade*

Legal Status and Organization of Monastic Community of Mount Athos after the First Balkan War

Abstract: *The end of the First Balkan War and the Greek occupation of the Holy Mountain opened a new chapter in its history. In the period between the two Balkan wars, the Conference of the Ambassadors in London discussed the future international legal position of the Holy Mountain and on its internal organization. The Athonite Community contributed to the conference by sending resolutions in which they express their opinion relating to the status of their community. The division between the monks led to the appearance of two different approaches to the problem. The first group of monks supported the existing legal order and insisted on the recognition of Greek sovereignty over the Holy Mountain. The second group of monks demanded reforms of existing organization and establishing of international authorities over the peninsula. During the period of the two Balkan wars (1912-13) the international position of Mount Athos was not regulated. The most important but also the most disturbing consequence of the events that are the subject of this study, is the existence of deep divisions among the monks of the Holy Mountain.*

Key words: *Mount Athos; Russia; Greece; London Conference of 1912-13; Organization of Monasticism.*

Datum prijema rada: 15.04.2015.

*Milan M. Rapajić, asistent
Univerzitet u Kragujevcu
Pravni fakultet u Kragujevcu
mrpapajic@jura.kg.ac.rs*

EKONOMSKA I SOCIJALNA PRAVA U USTAVU SRBIJE

Sažetak: Rad predstavlja pokušaj autora da se na relativno sistematski način predstave norme o ekonomsko-socijalnim pravima u Ustavu Srbije iz 2006. godine. Pre toga u uvodnim izlaganjima autor se osvrće na opšta mesta u vezi sa ljudskim pravima i njihovom institucionalizacijom, konstitucionalizacijom i internacionalizacijom. Proces institucionalizacije ljudskih prava započet je u Engleskoj donošenjem Velike povelje sloboda (Magna Carta Libertatum) 1215 godine. Konstitucionalizacija ljudskih prava započinje donošenjem prvih deset amandmana na Ustav SAD-a 1791. Francuski ustavotvorac je za razliku od američkog u Deklaraciji prava čoveka i građanina proklamovao i određena nova prava kao što su: sloboda kretanja, sloboda okupljanja, pravo na slobodno ispoljavanje misli, pravo na peticiju ili sloboda kulture. Isprva ljudska prava su predstavljala sredstva za ograničavanje državne vlasti, ali sa novim teorijama po kojima se država ne može posmatrati samo kao politička organizacija, već kao društvena zajednica koja ima socijalnoekonomsku sadržinu, država mora da ustavom garantuje građanima određeni korpus ekonomskih i socijalnih prava. Ekonomska, socijalna i kulturna prava se svrstavaju u drugu generaciju prava. Ekonomski i socijalna prava usmerena su na to da se pojedinci dovedu u položaj da mogu da uživaju građanska i politička prava. Ova prava, nazvana i pravima društvenog blagostanja počivaju na načelima jednakosti i solidarnosti, a svrha im je između ostalog da se socijalno ugroženim članovima društvene zajednice pomogne. Konstitucionni akt koji je važan za svetsku - ustavnu afirmaciju ovih prava je Vajmarski Ustav iz 1919. godine. koji je predvideo zakonodavne mere u cilju primene ovih prava. Za internacionalizaciju ovih prava značajna je Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima iz 1948 i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966 godine. Ustav Republike

Srbije iz 2006. godine reguliše ekonomska prava kao ljudska prava koja doprinose ekonomskoj stabilnosti čoveka u društvu. Srpski Ustav predviđa: pravo svojine; pravo nasleđivanja; pravo na rad; pravo na štrajk i slobodu preduzetništva kao ekonomska prava. U Ustavu Srbije predviđena su i sledeća socijalna prava (kao prava čija je svrha da obezbede socijalnu sigurnost u društvu i ekonomski život dostojan čoveka): pravo na zaštitu zdravlja; pravo na socijalnu zaštitu; pravo na zdravu životnu sredinu; posebna zaštita porodice, majke, samohranog roditelja i detea. Takođe dat je prikaz jedne odluke Ustavnog suda čiji je predmet zaštita prava iz zdravstvenog osiguranja. Na posletku autor konstatuje da ne postoji mogućnost potpunog ostvarenja građanskih i političkih prava, ako većina članova jednog društva nemaju elementarne egzistencijalne uslove za razvoj svojih fizičkih i umnih potencijala. Pojedincu koji vodi bitku za goli fizički opstanak, malo znače prava poput prava na slobodu misli ili izbornu pravo. Država naravno nemože da žrtvuje politička prava za ekonomska i socijalna, već su fizička egzistencija i lični razvoj preduslov za uživanje političkih prava.

Ključne reči: *ljudska prava, Ustav Srbije, ekonomska prava, socijalna prava;*

1. UVOD - KRATAK ISTORIJSKI PREGLED O LJUDSKIM PRAVIMA

Počeci institucionalizovanja ljudskih prava, vežu se za 12. i 13. vek, dok su prve ideje o ljudskim pravima nastale još u starom veku. Tako je proces institucionalizacije ljudskih prava započet u Engleskoj, donošenjem Velike povelje sloboda (Magna Carta Libertatum) 1215. godine. Reč je o dokumentu koji sa sobom nosi ideju ograničenja državne vlasti, objektivnim pravom, koje ostaje van domašaja pojedinačnih nosilaca državne vlasti. Međutim, ideja o svetosti i nepovredivosti ljudskih prava, svoj puni sjaj doživela je u američkoj i francuskoj revoluciji, za koje se može zaključiti, da su nagoveštaj konstitucionalizovanja ljudskih prava. Ako se osvrnemo na sadržinu Deklaracije o nezavisnosti, uočavamo da su njeni tvorci s namerom modifikovali stav Džona Loka, o tri osnovna prirodna prava: na život, slobodu i svojinu. Prirodnopravne ideje na kojima je zasnovana Deklaracija, nisu u potpunosti sprovedene. U teoriji se ističe da umesto prava na svojinu, zbog duboko ukorenjenih ostataka feudalnih shvatanja u pogledu zemljišne svojine, Tomas Džeferson je kao jedno od neotuđivih prirodnih prava naveo pravo na traženje sreće. „Pri tom se pojava prava čoveka na traženje sreće u teo-

rijskim tumačenjima najčešće povezuje sa motivima naseljavanja velikih prostranstava Novog sveta, koji su vekovima pokretali generacije doseljenika iz Evrope i drugih krajeva sveta, omogućujući im da ovde slobodnim pregalaštvom nađu bolje životne uslove nego u svom starom zavičaju. To pravo, svakako, odgovara i mentalitetu otvorenog tržišnog i preduzetničkog društva, ispunjenog individualizmom, težnjom za velikim dostignućima koje prati idealistički optimizam kao izrazito karakterno obeležje ranih generacija američkih naseljenika.¹ Pravo na traženje sreće je po našem mišljenju duboko povezano sa ekonomskim i socijalnim pravima. Ako imate dostojanstvene uslove rada i pravičnu naknadu po osnovu prava iz radnog odnosa, to je preduslov sreće na drugim životnim poljima. Ono što baca negativnu istorijsku senku na Deklaraciju nezavisnosti, jeste to što ovim dokumentom nije ukinuto ropstvo, zbog stava južnih kolonija, da će odustati od borbe za nezavisnost, pa je imalo ograničen domašaj proklamovanje slobode kao prirodnog prava. Francuska deklaracija prava čoveka i građanina usvojena je 26. avgusta 1789. godine, od strane Nacionalne skupštine. U preambuli ove Deklaracije stoji da su „nepoznavanje, zaboravljanje ili preziranje prava čoveka, jedini uzroci opštih nesreća i korupcije Vlade.“ Upravo zbog te okolnosti, predstavnici francuskog naroda odlučili su da izlože „u jednoj svečanoj deklaraciji, prirodna, neotuđiva i sveta Prava čoveka.“ Suština ove Deklaracije po shvatanju Norberta Bobia, sadržana je u prva tri člana: „prvi se odnosi na prirodni položaj pojedinaca, koji prethodi formiranju građanskog društva, drugi na svrhu političkog društva, koje dolazi, ako ne hronološki, a ono aksiomatski nakon prirodnog stanja, treći na načelo legitimiteta vlasti koje pripada naciji.“² Kao prvi pisani ustav – Ustav Sjedinjenih Američkih Država iz 1787. godine, nije sadržao odredbe o ljudskim pravima. Međutim, već četiri godine kasnije, usvojeno je deset amandmana na Ustav SAD-a, koji uređuje materiju ljudskih prava. Američki Bil o pravima, uspostavlja konkretna ljudska prava, kojima se neposredno obezbeđuje sudska zaštita. U teoriji je ispravno primećeno da „nakon usvajanja prvih deset amandmana, u Americi se prestalo govoriti o prirodnim pravima čoveka i započela je era egzegeze, ustavnih ili osnovnih prava čoveka.“³

Francuski ustavotvorac je u ustavni tekst iz 1791. godine, ne samo ugradio Deklaraciju prava čoveka i građanina, kao uvodni deo, već je i

¹ Milan Matić, „Ustav SAD i ljudske slobode i prava“, *Dva veka savremene ustavnosti* (urednik Miodrag Jovičić), Beograd 1990, 202

² Norberto Bobio, *Doba prava – 12 eseja o ljudskim pravima*, Beograd, 2008, 80

³ Aleksandar Molnar, *Rasprava o demokratskoj ustavnoj državi – 2. Klasične revolucije: Nizozemska – Engleska – SAD, Samizdat B92, Beograd 2001, 409*

konstitucionalizovao određena nova ljudska prava, koja nisu bila predviđena Deklaracijom, kao što su: sloboda kretanja, sloboda okupljanja, pravo na slobodno ispoljavanje misli, pravo na peticiju, ili sloboda kulture. U prvodonesenim ustavima u 18. veku, ljudska prava su isključivo predstavljala sredstvo ograničenja državne vlasti. Međutim ljudska prava se ne mogu posmatrati samo kao sfera u koju državna vlast nemože da ima pristupa, ona su mnogo kompleksnija. Novi teorijski pravci, kao što je marksizam na primer, ne insistiraju samo na državi kao političkoj zajednici, već i tvorevini koja ima socijalnu i ekonomsku funkciju, odnosno zadatak, da se stara o blagostanju građana i ispunjava zahteve socijalne pravde. U privrednoj sferi, država treba da preduzima određene ekonomske poteze u cilju sprečavanja privrednih kriza, koje su neminovna posledica privrednog života. Zadatak države nije samo da zaštiti proklamovana ljudska prava, već da svojom aktivnošću utiče na njihovo ostvarivanje. U 20. veku, ustavni tekstovi ne sadrže više samo lična i politička prava, već i ekonomska, socijalna i kulturna. Doduše, već je francuski Ustav iz 1793. godine, nazvan i Montanjarski, proklamovao i pojedina ekonomska i socijalna prava i time izašao iz striktnog okvira liberalnodemokratske ustavnosti. Prvi Ustav u Zapadnoj Evropi u 20. veku - Vajmarski Ustav, ustanovio je čitavu lepezu novih socijalnoekonomskih prava. Tako se ovim Ustavom jemči pravo svojine, ali se dodaje da zakon određuje njenu sadržinu i granice, pri čemu, svojina obavezuje i njeno korišćenje mora biti u skladu sa opštim interesom (član 153). Sopstvenici nepokretnosti imaju obavezu da obrađuju i koriste zemljište, a povećanje vrednosti zemljišta nastalo bez primene rada ili kapitala, mora biti iskorišćeno u korist zajednice, (član 155 stav 3). Članom 159 predviđa se da za svakog pojedinca i svim pozivima mora biti obezbeđena sloboda udruživanja u cilju odbrane i unapređenja uslova rada i ekonomskog života. Da bi se očuvalo zdravlje i radna sposobnost, zaštita materinstva i vođenje brige o ekonomskim posledicama starosti, invalidnosti i nestalnosti života, država uspostavlja opšti režim osiguranja sa stvarnim učešćem osiguranika (član 161). Pravo na rad izraženo je na taj način da se svakom Nemcu mora pružiti mogućnost da sam sebe izdržava. Ako to nije moguće, garantuje se odgovarajuća finansijska pomoć, koja se utvrđuje posebnim zakonom (član 163). Vajmarski Ustav je karakterističan i po konstitucionalizaciji participacije radnika u upravljanju preduzećima (član 165). Prvi Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, nazvan i Vidovdanski Ustav, je po ugledu na Vajmarski posvetio čitav jedan odeljak socijalnoekonomskim pravima. Tako je po ovom ustavu država u obavezi da stvori podjednake mogućnosti da se građani osposobe za obavljanje privrednih po-

slova, kojima naginju. U tom cilju ona će organizovati stručnu nastavu i vršiti stalno pomaganje školovanja sposobne i siromašne dece (član 22). Naredni član propisuje da je radna snaga pod zaštitom države, pri čemu postoji posebna obaveza da se žene i „nedorasli“ posebno zaštite od štetnih poslova po njihovo zdravlje. Ovim ustavom je bilo zagwarantovano načelo slobode ugovaranja u privrednim odnosima, ukoliko se to ne protivi društvenim interesima (član 25). S druge strane, država ima pravo i obavezu da u interesu celine, interveniše u privrednim odnosima građana, u duhu pravde i otklanjanja društvenih suprotnosti (član 26). Država se stara: o 1) popravci opštih higijenskih i socijalnih uslova, koji utiču na narodno zdravlje; 2) naročitoj zaštiti majke i male dece; 3) čuvanju zdravlja svih građana; 4) suzbijanju akutnih i hroničnih zaraznih bolesti, kao i suzbijanju zloupotrebe alkohola; 5) besplatnoj lekarskoj pomoći, besplatnom davanju lekova i drugih sredstava za čuvanje narodnog zdravlja siromašnim građanima (član 27). Ustavom se normira obezbeđenje radnika za slučaj nesreće, bolesti, besposlice, nesposobnosti, starosti i smrti, u skladu sa zakonom (član 31). Država posebno štiti, invalide, ratnu siročad, ratne udovice i siromašne i za rad nesposobne roditelje poginulih ili u ratu umrlih ratnika (član 32). Radnicima se jemči pravo na organizovanje radi boljih radnih uslova (član 33). Ustavom se garantuje zaštita svojine, ali se takođe proklamuje da iz svojine proističu i obaveze, s obzirom da njena upotreba ne sme da bude na štetu celine. Time je naglašena socijalna funkcija ovog prava. Komparacijom rešenja Vajmarskog ustava i Vidovdanskog ustava, u pogledu socijalnoekonomskih prava, u teoriji se primećuje da je „opšte prihvaćeno mišljenje da je Vidovdanski ustav, kao uzor za socijalno–ekonomski program, imao Vajmarski ustav, mada Vidovdanski ustav štiti i obuhvatniji je po materiji koju je regulisao u ovom delu. Međutim, i Vidovdanski ustav mnoga pitanja iz domena ekonomske i socijalne politike ostavio je otvorena i nerešena, što je razumljivo, jer ceo odeljak ne predstavlja jednu celinu, i jedan sistem, koji bi trasirao jednu dugoročnu socijalnu politiku i pored činjenice što su mnoge političke stranke imale svoje socijalno–ekonomske programe i svoje viđenje rešavanja ključnih pitanja iz ove materije. Sadržina trećeg odeljka Vidovdanskog ustava, upravo održava postojeću polarizaciju u društvenom i političkom životu novostvorene kraljevine SHS. No, ipak, u ustav su ušle, samo one odredbe za koje je vladina većina smatrala oportunističkim da uđu.“⁴

⁴ Ljubica Kandić, „Ustavni poredak između dva rata, sa posebnim osvrtom na socijalnoekonomski program ustava od 1921. i 1931.“ *Dva veka savremene ustavnosti* (urednik Miodrag Jovičić), Beograd 1990, 587

Liberalno–solidaristička koncepcija Vajmarskog i Vidovdanskog ustava, u pogledu ekonomskih i socijalnih prava, predstavlja krupan iskorak iz liberalno – demokratske ustavnosti, u dobroj meri u stvari u socijal–demokratsku koncepciju ovih prava. Međutim, treba imati u vidu situaciju koja se često javlja u životu, a to je raskorak između pisanog i živog ustava, koji se pojavio u oba slučaja. Gorući društveni problemi u Vajmarskoj Nemačkoj i Kraljevini SHS, stavili su u drugi plan ostvarivanje ekonomskih i socijalnih prava, odnosno njihovu efektivnu zaštitu. S toga se može reći da su odredbe oba ustava u pogledu ekonomskih i socijalnih prava, ostale, na žalost, na nivou formalne proklamacije. Posle Drugog svetskog rata, dolazi do procesa internacionalizacije ljudskih prava, tu pre svega mislimo na Univerzalna Deklaracija o ljudskim pravima Organizacije Ujedinjenih nacija, iz 1948. godine, koja je u 2/3 svoga teksta normirala građanska i politička prava a u preostalom delu ekonomska, socijalna i kulturna prava. Kada je reč o internacionalizaciji druge generacije prava – ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, za naslovljenu temu, posebno je značajno donošenje Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine. Ovaj Pakt, u odnosu na Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, koji se fokusira na pojedinca i njegovu zaštitu, akcenat stavlja na državu i njene obaveze. Tako Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, obavezuje države ugovornice da obezbede: jednako pravo muškarcima i ženama, da uživaju sva ekonomska, socijalna i kulturna prava; da priznaju pravo na rad; da priznaju pravo na higijensko–tehničku zaštitu, odmor, plaćena odusustva, naknadu za državne praznike; da se obavežu da obezbede pravo svakog lica da sa drugima osniva sindikate i da se učlani u sindikat po svom izboru; da priznaju pravo svakom licu na socijalnu zaštitu, uključujući tu socijalno osiguranje. Ovo nabranje ekonomskih i socijalnih prava iz Međunarodnog Pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, dovodi do pitanja, koja su to najvažnija obeležja socijalnoekonomskih prava? U teoriji se ispravno zapaža da je „prvo važno obeležje socijalno–ekonomskih prava, u tome što ona zahtevaju od države veći „angažman“, no što je to slučaj sa građanskim i političkim pravima ... Drugo važno obeležje, socijalnoekonomskih prava, jeste socijalna pravda. To je rezultat činjenice da je glavni moto radničkih pokreta i revolucija bila, kako je napred rečeno socijalna pravda ... Konačno, u nacionalnim okvirima, jedna od glavnih funkcija radnog i socijalnog prava, jeste u obezbeđivanju većeg nivoa socijalne pravde i socijalnog mira ... Treće važno obeležje socijalno–ekonomskih prava, povezano je sa činjenicom da ova prava štite ljudske interese, koji su široko povezani i koji se zadovoljavaju kooperacijom, a koja, sa svoje strane, povećava uzajamnu

zavisnost. Ti interesi se doživljavaju, u određenoj meri kao zajednički interesi. Niko nije dovoljan sam sebi. Kapital zavisi od rada, a rad od kapitala. Ovo obeležje, jasno možemo prepoznati i u radnom odnosu, kao spletu interesno i uzajamno povezanih prava i obaveza (i individualnih i kolektivnih), zaposlenih i poslodavaca.“⁵

Ustav Srbije iz 2006. godine, a u skladu sa definicijom države, koja je između ostalog i država socijalne pravde, proklamuje određeni broj ekonomskih i socijalnih prava, kao što su: pravo svojine; pravo nasleđivanja; pravo na rad; pravo na štrajk i sloboda preduzetništva. Kada je reč o socijalnim pravima, Ustav prepoznaje kao ova prava: pravo na zaštitu zdravlja; pravo na socijalnu zaštitu; pravo na zdravu životnu sredinu, kao i posebnu zaštitu porodice, majke, samohranog roditelja i deteta. Ustav Republike Srbije iz 2006, naslednik je Ustava iz 1990, koji je donet za vreme postojanja SFRJ i njenog Ustava iz 1974. godine, u vremenu u kome se mišljenja smo, više deklarativno, odnosno na normativnom planu poklanjala pažnja socijalnoekonomskim pravima. Takođe, vremena do početka devedesetih godina 20. veka, (period od 1945 do disolucije SFRJ) svedočanstvo su ipak veće socijalne sigurnosti i zaštićenosti prava radnika u odnosu na današnjicu. S toga nam se čini da izlaganja o pojedinim socijalnoekonomskim pravima u Ustavu Srbije, imaju pre karakter opisnih, jer u Srbiji isuviše dugo vlada ekonomska kriza i za najveći broj građana velika nemaština. S toga ono što je rečeno za vreme važenja Ustava Srbije iz 1990. godine, moglo bi da bude prethodnica izlaganja o socijalnoekonomskim pravima po Ustavu Srbije iz 2006. godine. S toga s pravom, je profesor Aleksandar Fira konstatovao: „Kod svih sloboda i prava, a naročito kod socijalno–ekonomskih, stvarna vrednost ustavnih garancija, mnogo manje zavisi od institucionalnog mehanizma, nego od stvarnih društvenih uslova. Drugim rečima, ako ekonomija društva ne omogućuje stvaranje određenog stepena materijalnog bogatstva, sve ustavne garancije, socijalno–ekonomskih prava ostaju bez ikakvog dejstva.“⁶

2. Ekonomska prava i slobode u Ustavu Srbije

Dakle, „ekonomska prava i slobode obuhvataju Ustavom garantovana prava i slobode koja uživaju građani jedne zemlje kao zaposlena lica ili članovi društvene zajednice, a ne kao ljudske ličnosti ili politička bića. Potvrđujući dve osnovne kategorije privrednog poretka, svojinu i rad, mnogi ustavi garantuju ekonomska prava građana zajedno sa soci-

⁵ Predrag Jovanović, „Normativna izgradnja ljudskih i socijalno–ekonomskih prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2010, 113–114

⁶ Aleksandar Fira, *Ustavno pravo Republike Srbije*, I tom, Kragujevac 2007, 290–291

jalnim pravima imaju za cilj obezbeđenje minimuma životnih uslova, integritet i dostojan život čoveka u materijalnom pogledu“.⁷ Ova prava su po nastanku mlađa od ličnih i političkih. Pravo svojine i pravo nasleđivanja smatraju se i ličnim pravima a ne samo ekonomskim. Konstitucionalizacija ekonomskih prava desila se kasnije i ona su nazvana pravima druge generacije. U odnosu na prošla vremena liberalnog kapitalizma, savremena država je zainteresovana za ekonomske odnose i ima značajan upliv u privredni život zemlje u cilju izbegavanja sijaseta poremećaja koji su negativna posledica ekonomskih kriza. Sa svojine je skinut oreol svetog i neprikosnovenog prava pojedinca, a sada naglašavamo da je to između ostalog posledica aktivne delatnosti države u privrednoj sferi. Međutim, pravo svojine je danas privilegija sa otežicom (*privilegia odiosa*). „Ono više nije apsolutno u tom smislu da vlasniku daje punu slobodu u pogledu upotrebe stvari. Naročito kada se radi o posebno važnim resursima, kao što su poljoprivredno i šumsko zemljište. Od vlasnika se očekuje da takve nepokretnosti upotrebljava kako u privatnom, tako i u javnom interesu, i da to čini na konvencionalni način.“⁸

Mnoga ekonomska prava treba posmatrati kroz prizmu njihovog legitimnog ograničavanja putem ustavnih normi. Ta konstatacija je istina i za ustavni sistem Republike Srbije. Ekonomska prava razmatramo uglavnom sa stanovišta ustavnog regulisanja, iako ona spadaju u ona ljudska prava čije se zasnivanje, modifikacija, gašenje i zaštita podrobnije regulišu zakonskim putem. Ustavno propisivanje ekonomskih prava ostalo bi mrtva norma da ne postoji adekvatan način njihovog ostvarivanja u pravnom i privrednom životu. Bez razvijene privrede nema razvijanja ekonomskih prava niti pozitivnih tendencija u njihovoj zaštiti. U vezi sa ostvarivanjem prava u teoriji se navodi da je reč o „normativnom metodu kojim se uspostavlja veza između propisanog i ostvarivog. Predviđenost ljudskih i manjinskih prava može biti samo hipotetički katalog; njega treba obezbediti odgovarajućom pravnom tehnikom koja stvara prostor da se moguće pretvara u stvarno. Ima onih prava, kojima ustav propisuje ne samo sadržaj, već i način na koji se ona ostvaruju. Procena je samog ustavotvorca o tome koliki će obim normativno-pravnih detalja rezervisati za ustav, a šta će prepustiti zakonodavcu. Standard ustavne demokratije podrazumeva da se ustavom oblikuje suština ljudskih prava – to je područje

⁷ Dragan Stojanović, *Ustavno pravo*, Sven Niš 2013, 179

⁸ Dušan Nikolić, Tamara Gajinov, „Konvencionalna upotreba poljoprivrednog zemljišta i imisije genetski modifikovanih organizama“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2014, 83

rezervata vrhovnog akta. Odluka o obimu normativnog prostora kojim se ovlašćuje zakonodavac da uređuje pitanja van nivoa suštine prava je rezultat volje ustavotvorca. U okviru načina ostvarivanja prava se ne mogu predviđati novi uslovi, koji treba da postoje kao međaši suštine prava, a koju tek treba oživotvoriti. Temelj konstrukcije ljudskih i manjinskih prava je ustavna kategorija. Iako je način ostvarivanja prava niži nivo u odnosu na oblikovanje suštine, ni njegov značaj ne treba potcenjivati. Zakonsko propisivanje načina ostvarivanja prava je izuzetak u odnosu na pravilo o potpunom ustavnom pozicioniranju ljudskih i manjinskih prava.⁹ Za socijalna kao i ekonomska prava u srpskoj teoriji ustavnog prava se navodi: „Najveći broj ovih prava ne ostvaruje se na osnovu samog Ustava, već se njihova sadržina, uslovi pod kojima se stiču i subjekti kojima pripadaju regulišu zakonom“.¹⁰ Ustav Srbije od 8.11. 2006. godine nazvan i Mitrovdanski s obzirom na datum usvajanja, je sažet kada je reč o ekonomskim pravima. Mitrovdanski Ustav normira pet ekonomskih prava: 1. pravo svojine; 2. pravo nasleđivanja; 3. pravo na rad; 4. pravo na štrajk; 5. sloboda preduzetništva; Što se tiče ovog poslednjeg prava, u ustavnoj teoriji je primećeno: „Sloboda preduzetništva nije proklamovana u delu Ustava koji uređuje ljudska i manjinska prava i slobode, već u delu koji se odnosi na ekonomsko uređenje i javne finansije (član 83).“¹¹ Ustavnom normom koja se nalazi u članu 58 garantuje se pravo svojine a sam član nosi naziv : Pravo na imovinu. Tako se u ovoj ustavnoj normi navodi : „Jemči se mirno uživanje svojine i drugih imovinskih prava stečenih na osnovu zakona. Pravo svojine može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona, uz naknadu“¹² koja ne može biti niža od tržišne“. Zakonom se može ograničiti način korišćenja imovine. Oduzimanje ili ograničenje imovine radi naplate poreza i

⁹ Srđan Đorđević, O Mitrovdanskom Ustavu, Pravni fakultet Kragujevac 2009, 153

¹⁰ Marijana Pajvančić, Ustavno pravo, Pravni fakultet u Novom Sadu, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 2008, 144

¹¹ Miroslav Živković, Darko Simović, Ustavno pravo, Kriminalističko-policijska Akademija Beograd 2009, 94

¹² Evropski sud za ljudska prava je u različitim presudama potvrdio stav: „da zadiranje države u imovinu pravnih subjekata podleže izvesnim ograničenjima koja sužavaju inače širok obim njene diskrecione ocene javnog interesa kao osnova za mešanje u imovinu. Jedno od osnovnih pravila jeste da oduzimanje imovine, bez obzira na razloge, mora biti praćeno odgovarajućom novčanom naknadom. Tako recimo, u slučaju *The former King of Greece and others v. Greece* (2000), sud je utvrdio da eksproprijacija imovine ne može biti izvršena bez odgovarajuće nadoknade čak ni u slučaju kada se radi o bivšem monarhu, nakon uspostavljanja republike referendumom.“ - Darko Simović, Dragutin Avramović, Radomir Zekavica, Ljudska prava, Kriminalističko-policijska akademija Beograd 2013, 232

drugih dažbina ili kazni, dozvoljeno je samo u skladu sa zakonom.¹³ „Jedna od osnovnih kritičkih primedbi ovom Ustavu odnosi se na to da on ne pravi razliku između pojmova svojine i imovine (članovi 58, 86, 87), koji se u svim udžbenicima građanskog prava različito održuju.“¹⁴ Ova zamerka koja se iznosi u ustavnoj doktrini je na mestu, a dodatno je potkrepljujemo shvatanjima građanskopravnih pisaca. Tako Dimitar Pop-Georgiev navodi da je imovina „jedna od osnovnih kategorija građanskog prava“¹⁵. Osnovno što treba reći o imovini da ona predstavlja skup imovinskih prava i obaveza jednog fizičkog ili pravnog lica inkorporirajući unutar sebe i aktivu i pasivu. „Aktivu sačinjavaju sva stvarna i obligaciona prava“, a pasivu „sve obaveze koje proizilaze iz određenih stvarnih prava (npr. iz tzv. stvarnih prava na tuđoj stvari za sopstvenika te stvari) kao i obaveze iz obligacionih odnosa.“¹⁶ Ustavotvorac je morao da napravi jasnu distinkciju između imovine s jedne strane i svojine s druge strane. Od ustavotvorca se zahteva preciznost u izrazu bez obzira što ustavnu normu odlikuje visoki stepen apstrakcije. Nije bilo na odmet konsultovati knjigu „Osnovi stvarnog prava“ profesora Gamsa (kao i mnoge druge pisce građanskog prava, jer se prećutno podrazumeva da će ustavopisac to i uraditi) koji dovoljno precizno definiše svojinu a za „potrebe“ ustavne materije i imovinu. Prema ovom piscu „Svojina pravno znači neposredno prisvajanje pojedine materijalne stvari. Imovina, pak obuhvata skup ne samo svojina nego i potraživanja jednog lica“.¹⁷ Na garanciju delimično „poljuljanog“ prava na svojinu, s obzirom na pregršt zakonskih istina da svojina više nema karakter apsolutno svetog prava, u srpskom Ustavu logično se nadovezuje obezbeđenje prava nasleđivanja (član 59). Dakle, „pravo na-

¹³ Savremeno građansko društvo počiva na svetinji poštovanja prava na imovinu. Pravo na imovinu je jedan od njegovih kamena međaša. To pravo je inkorporisano u najbitnije propise o ljudskim pravima poput Opšte deklaracije Organizacije Ujedinjenih nacija i Evropske konvencije o ljudskim pravima (pravo na imovinu je u ovu konvenciju uvedeno Protokolom broj 1 iz 1952), Povelja o fundamentalnim ljudskim pravima u EU. Član 58 Ustava koji reguliše pravo na imovinu i ako nedosledan u terminologiji u skladu je sa članom 1 Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, koji u okviru naslova „Zaštita imovine“ propisuje: „Svako fizičko i pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava. Predhodne odredbe, međutim ni na koji način ne utiču na pravo države da primenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi regulisala korišćenje imovine u skladu sa opštim interesima ili da bi obezbedila naplatu poreza ili drugih dažbina ili kazni“.

¹⁴ Ljiljana Slavnić, *Ustavno pravo*, Privredna akademija, Novi Sad 2007, 360

¹⁵ Dimitar Pop Georgiev, *Građansko pravo*, Prva knjiga: Opšt del, Vtora knjiga: Stvarno pravo, Skopje 1971, 198

¹⁶ Ibid., 200

¹⁷ Andrija Gams, *Osnovi stvarnog prava* Beograd 1962, 28

sleđivanja zajemčeno je kao posebno pravo, a nasleđivanje se ostvaruje u skladu sa zakonom. Ovo pravo ne može biti isključeno ili ograničeno zbog neispunjenja javnih obaveza (na primer, zbog toga što neko nije ispunio vojnu obavezu)¹⁸. „Nasleđivanje, u naslednopravnom smislu, je sticanje zaostavštine umrlog lica od strane naslednika, putem stupanja u imovinsko-pravne odnose u kojima se nalazilo umrlo lice u momentu smrti, na mesto tog lica.“¹⁹ Svojina i nasleđivanje mogući su ako je ostvarivo pravo na rad. Neko je morao predhodno raditi i radom doći do imovinskih prava, da bi njegovi potomci (zakonski naslednici koji mogu biti i testamentalni naslednici) ili testamentalni naslednici stekli svojinu i druga imovinska prava. Vekovi koji su ispred nas biće svedočanstvo da su tačne Prudonove reči iz XIX veka: „Dajte mi pravo na rad, ja vam poklanjam vlasništvo“.²⁰ U Montanjarskom Ustavu iz 1793 godine ugrađeni su elementi prava na rad, no do toga će posebno doći u smislu konstitucionalizacije ovog prava Vajmarskim ustavom. Danas različiti međunarodni dokumenti regulišu pravo na rad, kao što su Opšta deklaracija o pravima čoveka (član 23), Evropska socijalna povelja (član 1), Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (član 6), Povelja o ljudskim pravima Evropske Unije (član 15).²¹

Ustav Srbije sledio je rešenja međunarodnih dokumenata o pravu na rad a ovo pravo je pozicionirano u članu 60. Pravo na rad je slojevite prirode, u koje je inkorporisano nekoliko posebnih prava. Pravo na rad nema za posledicu dužnost države da obezbedi zaposlenje svakom građaninu, već ima za cilj da obaveže državu da stvara uslove da svako lice svojim radom može da obezbedi neophodna sredstva za život, a takođe i što veći stepen sigurnosti radnog odnosa. Ustav Srbije proklamuje pravo svakog lica na slobodan izbor rada i pod jednakim uslovima dostupnost svih radnih mesta. Dostojanstvo ličnosti je pravna vrednost, a ustav garantuje poštovanje dostojanstva ličnosti na radu. Bezbedni i zdravi uslovi rada, potrebna zaštita na radu, ograničeno radno vreme, dnevni i nedeljni odmor, plaćeni godišnji odmor, pravična naknada za rad i pravna zaštita za slučaj prestanka radnog odnosa su korpus prava koja se

¹⁸ Bogoljub Milosavljević, Dragoljub Popović Ustavno pravo Pravni fakultet Union i J.P. Službeni glasnik, Beograd 2011, 164

¹⁹ Slobodan N. Svorcan, Nasledno pravo Pravni fakultet Kragujevac 2009, 9

²⁰ Senad Jašarević, Socijalno pravo Pravni fakultet Novi Sad 2010, 93

²¹ Dokumentima Organizacije Ujedinjenih Nacija i Evropske unije, predhodile su ili su sledile posle tih dokumenata konvencije Međunarodne organizacije rada, inače ratifikovane u Kraljevini Jugoslaviji i Federativnoj Narodnoj Republici Jugoslaviji : Konvencija broj 29 iz 1933. o prinudnom radu ili obaveznom radu, Konvencija broj 105 iz 1956 o ukidanju prinudnog rada, Konvencija broj 111 iz 1957 o zabrani diskriminacije prilikom zapošljavanja.

ustavom garantuju zaposlenima i izraz su socijalne pravde.²² Socijalna pravda kao pojam sastavni je deo definicije Republike Srbije date u članu 1 Ustava. Socijalna pravda potencijalno bi bila narušena da je propušteno da se ustavno normira da se niko navedenog korpusa prava ne može odreći. Propisivanje odricanja zakonom ili ugovorom o radu od ovih prava je neustavno. Takođe u praksi može doći do sužavanja ovih prava do te mere, da ona dobiju svojstvo mrtve norme. Takve situacije su veoma česte u takozvanim tranzicionim ekonomijama, odnosno zemljama divljeg kapitalizma. „Radna kultura“ takvog kapitalizma takoreći se prećutno zalaže za „umiranje na poslu“. Radnopravni status zaposlenih koji rade u duhu takve kulture, posebno u privatnom sektoru u Srbiji, na veliku žalost pisca ovih redova „nije odmakao mnogo od zavisnih ličnopravnih položaja u feudalizmu ili odnosa podanika prema monarhu (sada je to privatni poslodavac)“. To ne znači da takvo stanje mora ostati i opstati. Ostanak i opstanak takvog stanja bio bi dokaz duboke moralne hipokrizije srpskog društva, sa kojim se javni poslenici ne smeju miriti, nego na različite načine boriti. Tu podrazumevamo i različite vidove građanske neposlušnosti i prema državi, koja zanemaruje svoju socijalnu ulogu da interveniše u privatni sektor, čiji deo, zloupotrebljava prava zaposlenih i time stvara pustoš nepravda i oazu bezakonja. Suprotnost takvom stanju je sloboda rada, koja je značajna celina u ličnom životu pojedinca. U pojedinim ustavnim rešenjima sloboda rada se poklapa sa slobodnim izborom rada, odnosno profesije, dok se u drugim ustavima kao pojam antagonizuje u odnosu na prinudni rad. Sloboda rada pored subjektivnog elementa ima i objektivnu komponentu koja korespondira sa privrednim sistemom i sistemom socijalne sigurnosti. Za razliku od slobode preduzetništva, sloboda rada ne inkorporira samo objektivni princip, već istovremeno podrazumeva i subjektivno pravo na slobodan izbor i obavljanje profesije. Pojam profesije ili poziva prevazilazio bi pojam preduzetništva, označavajući svaku delatnost koja je osnova života pojedinca i koja istovremeno doprinosi ukupnom društvenom učinku, bez obzira da li se radi o samostalnoj ili nesamostalnoj delatnosti, „slobodnoj“ profesiji ili onoj koja je vezana za državu ili javne službe.²³ Dakle, svakom pojedincu Ustav garantuje pravo na slobodan izbor rada. Slobodan rad je potvrda integriteta i lične slobode, za razliku od prinudnog rada koji je njihova negacija. Seksualno ili fizičko iskorišćavanje li-

²² U našoj teoriji ustavnog prava je primećeno da je iz nekadašnje socijalističke ustavnosti, odnosno „iz ustavne liste prava iz radnog odnosa otpalo pravo na učešće u upravljanju preduzećem.“ – D. Stojanović, 183

²³ Ibidem

ca koja se nalaze u nepovoljnom socijalnom položaju ili psihičkom stanju može se podvesti pod ono što ustavi podrazumevaju kao prinudan rad. Neki vidovi rada u posebnim okolnostima ili ustanovama ne smatraju se prinudnim radom. Pod takvim oblicima rada a da nisu prinudni rad podrazumevaju se vojna služba, služba lica na izdržavanju kazne lišenja slobode, radno angažovanje kada se država nalazi u stanju nužde – ratno stanje, stanje neposredne ratne opasnosti ili vanredno stanje. Zaposlenima srpski Ustav priznaje pravo na pravičnu naknadu za rad. U odnosu na period socijalizma odnosno samoupravljanja i dirigovane privrede, zaposleni više nemaju pravo da odlučuju o svom ličnom dohodku. U Ustavu nije izričito predviđena zavisnost zarade zaposlenih od njihovog ličnog doprinosa, kvaliteta i obima obavljenog individualnog rada, niti je konstitucionalizovano načelo – za jednak rad jednaka zarada. Takođe nije došlo do izražaja načelo rodne ravnopravnosti u radnim odnosima ili da je pak propisana zabrana razlikovanja između muškarca i žene kada je reč o zaradi za isti rad. Ova načela prihvaćena su u međunarodnom radnom pravu, odnosno konvencijama Međunarodne organizacije rada, u Evropskoj socijalnoj povelji i u relevantnim direktivama Evropske unije.²⁴ Pravična zarada kao ustavni izraz može se shvatiti šire kada obuhvata socijalne kriterijume i tržišna merila ili uže kada se pod tim terminom podrazumevaju samo tržišni kriterijumi. S obzirom da se u Ustavu polazi od načela principa privatne privrede, „proizilazi da će mera u kojoj će socijalni i etički principi biti uključeni u zarade zaposlenih zavisiti od snage sindikata u prgovorima sa poslodavačkim udruženjima ili državom. Da je u oblasti zarada zaposlenih Ustav prihvatio potpuno drugačiji koncept, nezavisno od proklamovanja principa socijalne pravde, potvrđuje činjenica da se u njemu više ne nalazi pravo zaposlenih na

²⁴ U pravu EU došlo je, smatramo do uspešne primene, načela jednakosti između muškarca i žene u radnim odnosima. O tome profesor Jovanović zapaža: „Jednak tretman muškarca i žena u oblasti rada jeste refleksija opšteg načela nediskriminacije (u ovom slučaju po osnovu pola). Više direktiva je doneseno u potrebi suzbijanja različitih oblika diskriminacije žena. Što se tiče jednakog tretmana muškaraca i žena u oblastima rada, ta jednakost se proteže na sve oblasti rada, i to: (1) oblast zapošljavanja (dostupnost svih poslova pod jednakim uslovima, dostupnost osposobljavanja i napredovanja); (2) oblast pravnog položaja dok zaposlenost traje (jednakost u sticanju, ostvarivanju i zaštiti prava po osnovu rada jednake vrednosti); (3) oblast prestanka zaposlenja (nedopuštenost razloga za prestanak radnog odnosa po osnovu pola, trudnoće, porodijskog odsustva). U ovim rasponima jednakog tretmana, posebno mesto u radnom pravu EU dato je jednakom plaćanju muškaraca i žena, i to kako u primarnim tako i u sekundarnim izvorima, te u odlukama Suda pravde EU.“ – Predrag Jovanović, *Moralni integritet zaposlenih i njegov radnopravni okvir*, u: *Socijalna prava i evropske integracije, Zbornik radova sa savetovanja*, Zlatibor-Beograd 2011, 93-94

minimalnu zaradu. Ovo pravo je sada zakonska kategorija.²⁵ „U savremenom svetu ograničeno radno vreme je fundamentalno pravo radnika koje se garantuje najvišim pravnim aktima.“²⁶ Tako je postupio i srpski ustavotvorac normirajući ga odredbom stava 4 člana 60, dakle kao ustavno garantovano pravo zaposlenih.²⁷ Prema članu 69.stav 1 Ustava, građani i porodice kojima je neophodna društvena pomoć radi savladavanja socijalnih i životnih teškoća i stvaranja uslova za zadovoljavanje osnovnih životnih potreba, imaju pravo na socijalnu zaštitu, čije se pružanje zasniva na načelima socijalne pravde, humanizma i poštovanja ljudskog dostojanstva. Ovaj prvi stav člana 69 govori u prilog činjenici da su socijalno-ekonomska prava po sadržaju i karakteru različita prava. „Najveći broj ovih prava ne ostvaruje se na osnovu samog Ustava. Njihovu sadržinu, subjekte i uslove pod kojima se stiču, reguliše zakon. Zato se ova prava nazivaju zakonskim pravima i razlikuju se od ustavnih (osnovnih) prava čiju sadržinu i subjekte kojima pripadaju utvrđuje Ustav.“²⁸ Sadržaj prava na socijalnu zaštitu nije bliže ustavom normiran. U vezi sa pravom na socijalnu zaštitu ustavno se ne upućuje na zakonsku materiju. Opšta ustavna odredba, međutim, ostavlja prostor za zakon, s obzirom da ona dopušta mogućnost da zakon reguliše način ostvarivanja pojedinog prava ili slobode, ako je to neophodno za ostvarivanje tog prava zbog njegove prirode, uz Ustavom eksplicitno regulisano ograničenje da zakon ne sme da utiče na suštinu zajamčenog prava (član 18 stav 2). Prava zaposlenih po osnovu socijalnog obezbeđenja i osiguranja ustavom nisu potpuno valjana normirana. Na listi tih prava zahtev je socijalne pravde da budu odgovarajuće regulisana: pravo na zdravstvenu zaštitu i druga prava za slučaj bolesti, prava za slučaj trudnoće, porođaja, smanjenja ili gubitka radne sposobnosti, nezaposlenosti i starosti, a kada je reč o članovima porodice – pravo na zdravstvenu zaštitu, pravo na porodičnu penziju, ali i ostala prava na osnovu socijalnog osiguranja. Pravo na socijalno osiguranje predstavlja obavezno osiguranje zaposlenih. Putem njega, zaposlenima i njihovim porodicama, obezbeđuje se socijalno osiguranje, na osnovu zakona. Socijalno osiguranje ima više vidova. Srpski Ustav predviđa tri: pravo zaposlenih na naknadu zarade u slučaju privremene sprečenosti za rad; pravo na naknadu

²⁵ D. Stojanović, 183

²⁶ Radoje Brković, *Radno pravo*, Projuris Beograd, 2007, 45

²⁷ Pozitivno pravo Srbije, predviđa sledeće vidove radnog vremena: puno radno vreme, nepuno radno vreme, skraćeno radno vreme, prekovremeni rad i noćni rad.

²⁸ Marijana Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Konrad Adenauer fondacija Beograd, 2009, 91-92

u slučaju privremene nezaposlenosti u skladu sa zakonom (član 69 stav 3); pravo na penzijsko osiguranje, „osnaženo obavezom države da se stara“²⁹ o ekonomskoj sigurnosti penzionera (član 70). Kad je reč o pravu na naknadu u slučaju privremene nezaposlenosti dolazi se pomalo do kontradiktorne situacije. U srpskom društvu, koje u ekonomskom pogledu karakteriše visoka stopa nezaposlenosti, pogoduje se onim licima koji su u ipak povoljnoj situaciji, da rade, a Ustav ne vodi računa o licima koja su trajno nezaposlena i kojima je pomoć najpotrebnija.

Noviji ustavi obavezno garantuju prava zaposlenih da slobodno formiraju sindikalna udruženja odnosno sindikate. „Pravo na sindikalno udruživanje je pravo kojim se obezbeđuje ostvarivanje ekonomskih i socijalnih interesa radnika putem njihovog udruživanja i slobodnog pristupanja sindikalnim organizacijama. Ono podrazumeva pravo sindikata da stvaraju udruženja i nacionalne saveze, kao i pravo na stvaranje međunarodnih sindikalnih organizacija, zatim pravo na slobodno obavljanje svojih delatnosti i pravo na štrajk (član 8 Pakta o ekonomskim, socijalnom i kulturnim pravima).“³⁰ Našim Ustavom jemči se sloboda sindikalnog udruživanja pored slobode političkog udruživanja. Građanima se garantuje sloboda političkog, sindikalnog i svakog drugog udruživanja i pravo svakog da ostane izvan svakog udruženja. Sindikati, uostalom kao i sva udruženja se osnivaju bez prethodnog odobrenja, uz upis u registar koji vodi državni organ.³¹ I Zakon o radu navodi da se zaposlenima jemči sloboda sindikalnog organizovanja i delovanja bez odobrenja, uz upis u registar (član 206). „U smislu Zakona o radu, sindikatom se smatra samostalna, demokratska i nezavisna organizacija zaposlenih u koju se oni dobrovoljno udružuju radi zastupanja, predstavljanja, unapređenja i zaštite svojih profesionalnih, radnih, ekonomskih, socijalnih, kulturnih i drugih pojedinačnih i kolektivnih interesa.“³² Ustavni sud Srbije nadležan je da odlučuje o zabrani političke stranke, sindikalne organizacije, udruženja građana ili verske zajednice.³³ Tako ovaj organ može odlukom zabraniti sindikat, zbog aktivnosti i delovanja koje dovode do zabrane udruženja uopšte, odnosno zbog aktivnosti usmerenih na nasilno rušenje ustavnog poretka, kršenje zajamčenih ljudskih ili manjinskih prava ili izazivanje rase, nacionalne ili verske mržnje.

²⁹ Ratko Marković, Ustavno pravo, Pravni fakultet Beograd, 2010, 476

³⁰ D. Simović, D. Avramović, R. Zekavica, 235

³¹ Vidi: član 55 stav 2 Ustava Republike Srbije

³² D. Stojanović, 185

³³ Vidi: član 80-81a Zakona o ustavnom sudu (Sl. glasnik RS, br. 109/2007, 99/2011 i 18/2013- odluka US)

Pravo na štrajk se vrši „saobrazno zakonima svake zemlje“ kako se kaže u odredbama Pakta o socijalnim, ekonomskim i kulturnim pravima. Takva formulacija pruža širok prostor državama da zakonski normiraju pravo na štrajk, a to može da dovede nekad do preteranih ograničenja u korišćenju ovog prava. Pakt o socijalnim, ekonomskim i kulturnim pravima, predviđa da pored prava na sindikalno udruživanje, to pravo je moguće i ograničiti za pojedine delatnosti kao što su vojska, policija i državna uprava. Zaposleni na osnovu člana 61 Ustava imaju pravo na štrajk u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom. Ustavom je dozvoljeno da se zakonskim putem ograniči pravo na štrajk, shodno prirodi i vrsti delatnosti. Po našem mišljenju, ova ustavna norma je veoma štura i njoj je moralo biti posvećeno više prostora. Inače srpskim radnopravnim propisima, štrajk se određuje kao organizovani prekid rada zaposlenih u cilju ostvarivanja njihovih ekonomskih, socijalnih prava i na ustavu i zakonu zasnovanih interesa po osnovu rada. Odlučivanje o učešću u štrajku je slobodno. Od strane zaposlenih štrajk se može organizovati na različitim nivoima odnosno mestima - u preduzeću odnosno kod poslodavca, u grani tj. delatnosti kao i generalni štrajk,³⁴ koji po prirodi stvari, predstavlja najači pritisak na poslodavca odnosno državu.

3. Socijalna prava u Ustavu Srbije

Nova uloga države, kao što je već napomenuto, za posledicu je na normativnom pravu proizvela, nova, socijalna prava. Ta prava nastala su kao legitimno htenje slabijih, da se zaštite od privredno moćnijih. Ona nemaju prirodu kao lična i politička prava, da bi se pojedinci i kolektiviteti zaštitili od ekscesa vlasti i državne samovolje. „Nosilac socijalnih prava nije pojedinac uzev u svojim odnosima prema državnoj vlasti, nego su to pojedine kategorije građana u njihovim međusobnim odnosima. Socijalna prava se kao predmet ustava afirmišu još od preambule Ustava Francuske od 1848. Preambula Ustava francuske Četvrte republike od 1946. na rečit način ilustruje evoluciju ljudskih prava za-

³⁴ Moguće je organizovati i štrajk upozorenja, koji je ograničenog vremenskog trajanja - jedan sat. Organ sindikata, odnosno većina zaposlenih donose odluku o stupanju u štrajk. Treba naglasiti da nije povreda radne obaveze stupanje u štrajk ili učešće u njemu. Biti štrajkač, to ne povlači disciplinske posledice, kao ni materijalne, niti okolnost organizovanja i učešća u štrajku, ako je poštovana zakonska procedura, može da dovede do prestanka radnog odnosa. Osim prava na zaradu, zaposleni zadržavaju sva ostala prava iz radnog odnosa. Zbog zaštite javnog interesa, stupanje zaposlenih u štrajk u javnim preduzećima, javnim službama i drugim delatnostima od opšteg interesa, podvrgnuto je ispunjenju predhodnih uslova: kao što je obezbeđenje minimuma procesa rada, predhodna najava štrajka ili ulazak u pregovore pre otpočinjanja štrajka.

ključno sa socijalnim pravima ... Građanska prava najčešće nameću državi obavezu da se uzdržava od njihovih povreda i svakog oblika zakoraćivanja u sferu tih prava, dok socijalna prava često zahtevaju aktivnu intervenciju države za svoje ostvarenje. Socijalnim pravima koja jamči građanima, država se stara o njihovom fizičkom vaspitanju i kulturnom razvoju.³⁵ Pažnju usmeravamo na sledeća socijalna prava koja je ustavotvorac normirao : pravo na zaštitu zdravlja; pravo na zdravu životnu sredinu; pravo na zaštitu porodice, majke, samohranog roditelja i deteta i pravo na socijalnu zaštitu. Po Ustavu svako ima pravo na zaštitu fizičkog i psihičkog zdravlja, pri tom „deca, trudnice, majke tokom porođiljskog odsustva, samohrani roditelji sa decom do sedme godine i stari ostvaruju zaštitu iz javnih prihoda ako je ne ostvaruju na drugi način, u skladu sa zakonom“ (član 68 stav 2). Ovo rešenje Ustava se može pohvaliti, jer je povećan broj lica kojima se jemči zdravstvena zaštita iz javnih prihoda. Dakle iz citirane norme, vidi se da je u odnosu na predhodno ustavno rešenje, pored dece, trudnica i starih lica, zdravstvena zaštita Ustavom pružena i majkama tokom porođiljskog odsustva kao i samohranim roditeljima sa decom do sedme godine. Država merama socijalne politike utiče na razvoj fizičke i zdravstvene kulture. Ustav Srbije, kao socijalno pravo, uređuje oblast zaštite životne sredine. Pravo na zdravu životnu sredinu je kao pravo individualno i inkorporira u sebi ovlašćenje pojedinca na blagovremene i potpune informacije o relevantnom stanju životne okoline. Naspram prava leži i obaveza koja je protektivne i progresivne prirode. Naime, pojedinci i kolektiviteti su dužni da poboljšavaju i čuvaju životnu sredinu. To se naročito odnosi na državne organe i organe autonomne pokrajne koji su odgovorni za zaštitu životne sredine. Nadležnost autonomnih pokrajna i opština u zaštiti životne sredine ustavom je utvrđena.³⁶ O ustavnoj i zakonskoj zaštiti životne sredine navodimo konstataciju iz naše novije ustavnopravne teorije: „Ustav Srbije staje u red ustava koji štite zdravu životnu sredinu, čineći globalni „ekološki front“. Naš pozitivni pravni sistem „shvata“ važnost životne sredine pa nizom zakona i podzakonskih akata, kao i obrazovanjem organa uprave koji primenjuju te propise, štite ovu novu pravnu oblast. Kako je životna sredina opšte planetarno dobro, Ustav i drugi pravni akti nadograđuju međunarodne pravne norme o životnoj sredini.“³⁷ Ustavom Republike Srbije (član 66), pravo na zaštitu porodice,

³⁵ R. Marković, 476

³⁶ Član 74, 183 tačka 2 i 190 tačka 6 Ustava Srbije

³⁷ Slobodan Orlović, *Životna sredina u Srbiji – ustavnopravni kontekst, Pravno-Ekonomske pogledi*, Beograd, 3 / 2011, 11

majke, samohranog roditelja i deteta, je dosta apstraktno regulisano, kao pravo da uživaju „posebnu zaštitu“. Potom Ustav „odgovara na pitanje“ u čemu se sastoji ta posebna zaštita? Ustav predviđa da se majci pruža posebna podrška i zaštita pre i posle porođaja. Posebna zaštita se pruža i deci bez roditeljskog staranja kao i deci sa smetnjama u psihofizičkom razvoju. Deca mlađa od 15 godina ne mogu biti zaposlena. Takođe, deca mlađa od 18 godina, ne mogu da rade na poslovima štetnim po njihovo zdravlje i moral. Autori koji se bave posebno tematikom ljudskih prava kritikuju ovakav pristup u regulisanju socijalnog prava: „Osim obaveze nametnute zakonodavcu da obezbedi posebnu zaštitu već pomenutim kategorijama građana, ustavopisac nije ni načelno predvideo prirodu te posebne zaštite ili ciljeve koje bi njom trebalo postići. U tom smislu, ovaj član predstavlja samo praznu proklamaciju čije je jedino pravno dejstvo obaveza zakonodavca da to pitanje posebno uredi. Dakle, sa terena ustavnog prava, ova posebna zaštita se prenosi na teren zakonskog prava. Ista primedba može biti upućena i kada je reč o posebnoj zaštiti na radu i posebnim uslovima rada proklamovanim u korist žena, omladine i invalida (član 60, stav 5), kao i posebnoj zaštiti invalida, ratnih veterana i žrtava rata (član 69, stav 4).“³⁸ Da rezimiramo, dobro je što je ustavotvorac vodio računa, po prirodi stvari o ranjivim kategorijama stanovništva kao što su žene, omladina i invalidi kojima se garantuje posebna zaštita na radu i posebni uslovi rada u skladu sa zakonom. Da je Ustav kada je reč o ovoj kategoriji lica ušao u šire polje normiranja i opredelio koji su to posebni vidovi zaštite i posebni uslovi rada ovih lica, to bi možda bilo na uštrb lepote stila i otvaranje vrata kritici jezika ustava, ali bi svakako bilo jedno pravednije rešenje i jača brana zloupotrebama koje se mogu ustanoviti zakonskim normama ili čak namerno pogoršati pogrešnom odnosno nesavesnom primenom solidnih zakonskih rešenja, što je na nesreću čest slučaj u Srbiji.

4. Ustavnosudska zaštita prava iz zdravstvenog osiguranja – Prikaz jedne odluke Ustavnog suda Srbije³⁹

U teškoj ekonomskoj situaciji u kojoj se Srbija nalazi, od izvršne vlasti u liku Vlade Srbije, očekije se da merama ekonomske politike deluje u pravcu smanjivanja negativnih efekata ekonomske krize. Pred Ustavnim sudom može se postaviti pitanje ustavnosti mera ekonomske politike

³⁸ D. Simović, D. Avramović, R. Zekavica, 435

³⁹ Reč je o Odluci Ustavnog suda: broj IUz-314/2011 od 18.10.2012, godine „Službeni glasnik RS“, br.110/12

u vidu zakonskih rešenja koja regulišu i inače osetljivu materiju ekonomskih i socijalnih prava. Tako je 2011. godine Ustavnom sudu podneta inicijativa za pokretanje postupka za ocenu ustavnosti odredbe člana 33. stav 5 Zakona o zdravstvenom osiguranju⁴⁰. U inicijativi je navedeno da je Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o zdravstvenom osiguranju⁴¹ uvedena izmena ovog zakona u smislu da se, pod povredom na radu ne smatraju povrede pri dolasku i odlasku sa rada kao i profesionalna oboljenja, a da se pre navedene izmene zakona, povreda utvrđivala u skladu sa propisima o penzijskom i invalidskom osiguranju, koji sadrže rešenje prema kome se, pod povredom na radu ne smatraju povrede pri odlasku i dolasku na rad. Podnosilac inicijative je istakao da je pravo na naknadu zarade za vreme privremene sprečenosti za rad ljudsko pravo, zajamčeno Ustavom, a prilikom njegovog regulisanja mora se imati u vidu celokupan sistem normi zakona, jer Ustav na to upućuje u članu 69. stav 3 kada određuje da zaposleni ima pravo na naknadu zarade u slučaju privremene sprečenosti za rad, u skladu sa zakonom. U tom smislu, Zakonom o obligacionim odnosima ustanovljena su pravila o uzročnosti između nastale štete i njene naknade, a podnosilac inicijative je smatrao da postoji uzročna veza između obavljanja posla i povrede koja se obavi pri dolasku i odlasku sa posla, jer je zaposleni ugovorom o radu obavezan da dođe na posao u određeno vreme, a još je direktnija uzročna veza između obavljanja posla i profesionalnog oboljenja. Podnosilac je u svojoj inicijativi naveo, da se osporenim odredbom Zakona, krši u ustavni princip jednakosti građana iz člana 21. Ustava, jer kad su u pitanju povrede pri dolasku i odlasku sa rada, Zakon o zdravstvenom osiguranju ne priznaje pravo na novčanu naknadu, dok Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju, u članu 22. stav 3. Istu činjenicu tretira drugačije i priznaje u ovim slučajevima pravo na invalidsku penziju i pravo na naknadu za telesno oštećenje. Stoga je podnosilac u inicijativi naveo, da je osporena odredba člana 33. stav 5. Zakona o zdravstvenom osiguranju nesaglasna sa odredbama člana 21. i člana 69. stav 3. Ustava. Stoga je Ustavni sud, na sednici održanoj 28.6.2012, polazeći od razloga osporavanja navedene odredbe Zakona, doneo Rešenje o pokretanju postupka za utvrđivanje neustavnosti odredbe člana 33. stav 5 Zakona o zdravstvenom osiguranju. Ustavni sud je Rešenje o pokretanju postupka, dostavio Narodnoj skupštini Republike Srbije na odgovor, na osnovu člana 33. stav 1. i člana 107. stav

⁴⁰ Zakon o zdravstvenom osiguranju, „Službeni glasnik RS“, br. 107/05, 109/05, 106/06 i 57/11

⁴¹ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zdravstvenom osiguranju, „Službeni glasnik RS“, br. 57/11

1. Zakona o ustavnom sudu.⁴² U sprovedenom postupku pred Ustavnim sudom, utvrđeno je da su Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o zdravstvenom osiguranju, koji je stupio na snagu 8. avgusta 2011. godine, izmenjene odredbe člana 33. st. 4 do 6. Zakona o zdravstvenom osiguranju, te da je navedenim izmenama člana 33. Zakona u stavu 5. predviđeno da se pod povredom na radu u smislu stava 4. ovog člana ne podrazumevaju profesionalna oboljenja, kao i povrede pri dolasku, odnosno povratku sa posla. Za ocenu ustavnosti osporene odredbe člana 33. stav 5. Zakona o zdravstvenom osiguranju od značaja su i odredbe istog zakona koje su u vezi sa ovom odredbom, kojima je predviđeno: da pravo na zdravstvenu zaštitu u slučaju povrede na radu ili profesionalne bolesti obuhvata zdravstvenu zaštitu u slučaju nastanka povrede na radu ili profesionalne bolesti koja se obezbeđuje na primarnom, sekundarnom i tercijarnom nivou, da se zdravstvena zaštita iz stava 1. i 2. ovog člana pruža na način da se sačuva, povrati ili unapredi zdravstveno stanje osiguranog lica i njegovu sposobnost da radi i zadovolji svoje lične potrebe u skladu sa ovim zakonom i propisima donetim za sprovođenje ovog zakona, da je povreda na radu, u smislu ovog zakona, svaka povreda, oboljenje ili smrt nastala kao posledica nesreće na poslu, odnosno kao posledica svakog neočekivanog i neplaniranog događaja, uključujući akt nasilja koji je nastao usled rada ili je povezan sa radom i koji je doveo do povrede, oboljenja ili smrti osiguranika koja je nastupila odmah ili u periodu od dvanaest meseci od dana nastanka povrede na radu, da se pod profesionalnim oboljenjem u smislu ovog zakona podrazumeva oboljenje nastalo usled duže izloženosti štetnostima na radnom mestu (član 33. st.2,3, 4 i 6); da naknada zarade za vreme privremene sprečenosti za rad pripada osiguranicima iz člana 73. ovog zakona, ako je zdravstveno stanje osiguranika, odnosno člana njegove uže porodice takvo da je osiguranik sprečen za rad iz razloga propisanih ovim zakonom, bez obzira na isplatioca naknade zarade, i to ako je, pored ostalog, privremeno sprečen za rad iz razloga propisanih ovim zakonom, bez obzira na isplatioca naknade zarade, i to ako je pored ostalog, privremeno sprečen za rad usled profesionalne bolesti ili povrede na radu (član 74. stav1. tačka 2)); da visina naknade zarade koja se obezbeđuje iz sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja, kao i iz sredstava poslodavca, u slučajevima iz člana 74. stav 1. tač.2) i 6) ovog zakona iznosi 100% od osnova za naknadu zarade (član 96.stav 2.). Ustavni sud dalje u odluci navodi da je Ustavom Republike Srbije utvrđeno: da se ljudska i manjinska prava zajemčena Ustavom neposredno primenjuju, da se Ustavom jemče, i kao takva, neposredno primenjuju ljudska i manjin-

⁴² Zakon o ustavnom sudu, „Službeni glasnik RS“, br.109/07 i 99/11

ska prava zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima, da se zakonom može propisati način ostvarivanja ovih prava samo ako je to Ustavom izričito predviđeno ili ako je to neophodno za ostvarenje pojedinog prava zbog njegove prirode, pri čemu zakon ni u kom slučaju ne sme da utiče na suštinu zajemčenog prava (član 18. st. 1 i 2.); da ljudska i manjinska prava zajemčena Ustavom mogu zakonom biti ograničena ako ograničenje dopušta Ustav, u svrhe radi kojih ga Ustav dopušta, u obimu neophodnom da se ustavna svrha ograničenja zadovolji u demokratskom društvu i bez zadiranja u suštinu zajemčenog prava, da se dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava ne može smanjivati (član 20. st.1. i 2.); da se prava zaposlenih i njihovih porodica na socijalno obezbeđenje i osiguranje uređuju zakonom i da zaposleni ima pravo na naknadu u slučaju privremene sprečenosti za rad, kao i pravo na naknadu u slučaju privremene nezaposlenosti u skladu sa zakonom (član 69. st.2 i 3.); da su potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava deo pravnog poretka Republike Srbije i da potvrđeni međunarodni ugovori ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava (član 194. st.4 i 5). Konvencijom Međunarodne organizacije rada broj 121 o davanjima za slučaj nesreće na poslu i profesionalnih bolesti koja je ratifikovana Uredbom Saveznog Izvršnog veća od 8. jula 1964. godine⁴³ je predviđeno: da nacionalno zakonodavstvo u vezi sa davanjima za slučaj nesreće na poslu i profesionalnih bolesti treba da štiti sve zaposlene (uključujući učenike u privredi) u privatnom i javnom sektoru, podrazumevajući zadruge i u slučaju smrti hranioca porodice, propisane kategorije korisnika (član 4.stav 1.); da osigurani slučajevi treba da obuhvataju sledeće slučajeve ako su nastali zbog nesreća na poslu ili profesionalne bolesti, i to – a) bolesno stanje, b) nesposobnost za rad koja je nastala zbog takvog bolesnog stanja i koja povlači gubitak zarade onako kako je definisano nacionalnim zakonodavstvom, v) potpuni gubitak sposobnosti za privređivanje ili delimičan gubitak sposobnosti za privređivanje iznad propisanog stepena kada je verovatno da će ovaj gubitak potpun ili delimičan, biti trajan, ili odgovarajuće smanjenje fizičkog integriteta, g) gubitak sredstava za izdržavanje usled smrti hranioca porodice za propisane kategorije korisnika (član 6); da svaka članica treba da propiše definiciju „nesreće na poslu“ koja će sadržavati uslove u kojima se nesreća prilikom dolaska i odlaska sa posla smatra kao „nesreća na poslu“ koja će sadržavati uslove u kojima se nesreća prilikom dolaska i odlaska sa posla smatra kao nesreća na poslu i

⁴³ „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“, br.27/70

treba da u svojim izveštajima u vezi sa primenom ove konvencije koje podnosi saglasno članu 22. Ustava MOR, specificira izraze ove definicije (član 7. stav 1.). Polazeći od toga da je država, ratifikovanjem Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 121 o davanjima za slučaj nesreća na poslu i profesionalnih bolesti, preuzela obavezu da u svom zakonodavstvu propiše osigurane slučajeve ako su nastali zbog nesreća na poslu ili profesionalne bolesti, navedene u članu 6. Konvencije, kao i da prema odredbi člana 7. stav 1. Konvencije propiše definiciju „nesreće na poslu“ koja će sadržavati uslove u kojima se nesreća prilikom dolaska i odlaska sa posla smatra kao nesreća na poslu, a da je odredbom člana 33. stav 5. Zakona o zdravstvenom osiguranju propisano, suprotno odredbi člana 7. stav 1. Konvencije, da se povredom na radu u smislu stava 4. ovog člana ne podrazumevaju profesionalna oboljenja, kao i povrede pri dolasku, odnosno povratku sa posla. Ustavni sud je u ovoj navedenoj odluci ocenio da je osporena odredba Zakona nesaglasna sa odredbom člana 7. stav 1. Konvencije a samim tim i sa odredbama člana 194. stav 4 i 5 Ustava, kojima je predviđeno da su potvrđeni međunarodni ugovori i drugi opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava deo pravnog poretka Republike Srbije i da zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava. Stoga je odredba člana 33. stav 5. Zakona o zdravstvenom osiguranju prestala da važi objavljivanjem Odluke Ustavnog suda u Službenom glasniku Republike Srbije.

Iz ove odluke proizilazi, da je Ustavni sud smatrao, da zakonodavac prilikom normiranja ekonomskih prava mora da vodi računa o načelu jednakosti i načelu srazmernosti. U nezavidnom ekonomskom položaju u kome se zaposleni nalaze zakonodavac mora da ima u vidu da mere koje se preduzimaju mogu da prouzrokuju nejednak tretman upravo prema onim kategorijama lica prema kojima treba da bude primenjen princip solidarnosti upravo kad se nalaze u položaju da ne mogu da privređuju usled povrede koja je u uzročnoj vezi sa obavljanjem rada. Princip srazmernosti u konkretnom slučaju znači da se od zaposlenih ne može očekivati da podnose žrtve koje dovode u pitanje njihova ustavom zajemčena prava.

5. Zaključak

Danas se građanska, politička, ekonomska, socijalna i kulturna prava posmatraju kao jedinstvena celina. Međutim razlike između građanskih i političkih prava s jedne i ekonomskosocijalnih i kulturnih prava s druge strane nisu zanemarljive. Iz koncepcije Ustava Srbije vidi se da se

ekonomskim i socijalnim pravima štiti ekonomski i socijalni status pojedinaca. Ljudsko dostojanstvo moguće je zaštititi postizanjem odgovarajućeg nivoa ekonomskog blagostanja u društvu i materijalne sigurnosti pojedinca i njegove porodice, smanjenjem nivoa siromaštva i stvaranjem socijalno povoljne atmosfere za privređivanje. U Srbiji takođe, ekonomska i socijalna prava predstavljaju neophodan preduslov za ostvarivanje građanskih i političkih prava. Kako se u relevantnoj literaturi navodi, ekonomska i socijalna prava su prava programskog karaktera, pa u državi kakva je Srbija, u kojoj je znatno narušen princip socijalne pravde i šire društvene solidarnosti, ova prava nije moguće za kraći vremenski interval ostvariti. Sredstva za njihovo sprovođenje su ograničena i zavise od ekonomske razvijenosti države. Potrebna su i kvalitetna ustavna rešenja prilikom regulisanja ovih prava, posebno kada je reč o pravu na rad koje omogućava uživanje mnogih političkih ali i ekonomskih i socijalnih prava. Srpskom ustavotvorcu se može uputiti zamerka što je propustio da garantuje jednake zarade muškaraca i žena za isti rad ili za rad iste vrednosti. Kako je ovaj princip eksplicitno regulisan Ugovorom o osnivanju Evropske zajednice, valjalo bi da on bude inkorporisan u ustavni sistem Srbije. Ovaj princip doduše proizilazi iz opšte ustavne ravnopravnosti muškarca i žene, ali je potrebno da ustav sadrži i posebne odredbe koje ubrzavaju faktičku ravnopravnost. Ustav iz 2006. godine trebao je da preuzme rešenje iz predhodnog Ustava iz 1990. godine koji je građanima delimično sposobnim za rad garantovao osposobljavanje za odgovarajuće zanimanje odnosno posao i obezbeđivanje uslova za njihovo zapošljavanje. Takođe propušteno je da se proklamuje, kao što je to bio slučaj sa normom predhodnog Ustava da država obezbeđuje socijalnu sigurnost građanima koji su nesposobni za rad, a nemaju sredstava za izdržavanje. Važeći srpski Ustav trebao je da podigne nivo već stečenih prava, a ne da ga smanji kako je u ovom slučaju urađeno. Mišljenja smo da je ustavotvorac bio „škrt“ pri proklamovanju socijalnih prava jer je izostalo normiranje prava na odgovarajući životni standard, koje je kao pravo predviđeno Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Izostalo je normiranje prava na stanovanje koje je od ključne važnosti za ostvarivanje takoreći svih drugih ekonomskih i socijalnih prava. Bez obzira na ove kritičke zamerke srpskom ustavotvorcu u pogledu regulisanja ekonomskih i socijalnih prava, organi izvršne vlasti ali i zakonodavne koji uvode nove norme u pravni poredak, a sudske koji te norme odnosno prava koja iz njih izviru štite mora da se pridržavaju Ustava, i ne samnjuju nivo zajemčenih ekonomskih i socijalnih prava. Zakonodavac treba nivo tih prava da povišuje i tako omogućava posredno i ostvarenje

prve generacije ljudskih prava - građanskih i političkih. To naravno neće biti moguće čak i ako postoje najkvalitetnija zakonska rešenja, pa čak i eventualna revizija Ustava, ako nema kapaciteta za ostvarenje načela socijalne pravde koja su ipak fundirana i u ekonomskoj bazi društva odnosno privredno jakoj srpskoj državi. Čini nam se da još nije blizu vreme kada ćemo moći da kažemo da je živi ustav u pogledu ekonomskih i socijalnih prava napredniji u odnosu na pisani.

Milan M. Rapajić, Assistant
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac

Economic and Social Rights in the Constitution of Serbia

Abstract: *The work is an attempt of the author to, in a relatively systematic way, presents the norms of Economic and Social Rights in the Constitution of Serbia from 2006. Before that, in the introduction the author refers to the commonplace with regard to human rights and their institutionalization, constitutionalization and internationalization. The process of institutionalization of human rights was started in England by adoption of the Great Charter of Freedoms (Magna Carta Libertatum) in 1215. Constitutionalization of human rights begins with the adoption of the first ten amendments to the US Constitution in 1791. French writers of the Constitution unlike the American in Declaration of the Rights of Man and the Citizen proclaimed certain new rights such as freedom of movement, freedom of assembly, the right to free expression of thought, right to petition or freedom of culture. At first human rights were an asset to limit state power, but with new theories by which the state can not be seen only as a political organization, but as a community that has a socio-economic content, the state must guarantee to the citizens a certain corpus of economic and social rights by Constitution. Economic, social and cultural rights are classified as second generation of rights. Economic and social rights are directed to the fact that individuals are brought to the position that they can enjoy their civil and political rights. These rights, known as social welfare, are rights based on the principles of equality and solidarity, and their purpose is, inter alia, to help to the socially vulnerable members of the community. Constitutional act, which is important for the world - the constitutional recognition of these rights is the Weimar Constitution from 1919. which predicted legislative measures to implement these rights. For the internationalization of these rights very important is Universal Declaration of Human Rights from 1948 and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights from 1966. The Constitution of the Republic of Serbia from 2006 regulates economic rights as human rights that contribute to the economic stability*

of man in society. Serbian Constitution provides: The right of ownership; right to inheritance; right to work; the right to strike and freedom of entrepreneurship as economic rights. The Constitution of Serbia predicts the following social rights (such as rights whose purpose is to provide social security in society and economic life worthy of man): the right to health care; the right to social protection; the right to a healthy environment; special protection of family, mother as a single parent and child. It also provides an overview of a Constitutional Court decision which is the subject of protection of the right to health insurance. Finally the author concludes that there is no possibility of achieving the full realization of civil and political rights, if the majority of members of a society do not have the basic existential conditions for the development of their physical and mental potential. An individual who leads the battle for bare physical survival, cares little for the rights such as the right to freedom of thought or electoral law. The state can not, of course, sacrifice political rights to economic and social, but physical existence and personal development are precondition for the enjoyment of political rights.

Key words: *human rights, the Constitution of Serbia, economic rights, social rights;*

Datum prijema rada: 16.04.2015.

Bojan D. Đokić, stručni saradnik
Muzej žrtava genocida
bojandjokic2005@yahoo.com

KRŠENJE LJUDSKIH PRAVA ŽRTVAMA I ČLANOVIMA PORODICA ŽRTAVA ALBANSKOG TERORA NA KOSOVU I METOHIJI (1999–2014): STUDIJA SLUČAJA

Istraga je zato da bi istina došla na vidjelo.¹

Sažetak: *U radu je prikazan drastičan primer albanskog zločina nad pripadnikom srpske zajednice na Kosovu i Metohiji i kršenja osnovnih ljudskih prava: prava na život, prava na imovinu, prava na pravično suđenje i delotvoran pravni lek. Rad pokazuje da se ljudska prava žrtava i porodicama ubijenih pripadnika srpskog naroda na Kosovu i Metohiji uskraćuju i povređuju. Slučaj koji smo prikazali je samo jedan u nizu koji govori o uskraćivanju i povređivanju ljudskih prava srpskoj zajednici na Kosovu i Metohiji od 1999. godine, pa do danas. Jedan konkretan slučaj prikazuje glavnu poruku: neusaglašenost institucija na Kosovu i Metohiji sa praksom Evropskog suda za ljudska prava. Slučaj plastično objašnjava propust UNMIK-a da sprovede istragu ubistva, a zatim i ignorisanje slučaja od strane kosovskih institucija i EULEKS-a. Nesprovođenje istraga otmica i ubistava imao je za cilj da se zataškaju zločini nad srpskim stanovništvom, jer bi istrage dovele do počinitelaca – pripadnika OVK.*

Cljučne reči: *Kosovo i Metohija; Ljudska prava; Slučaj; Bogdan Đokić; OVK.*

1. UVODNE NAPOMENE

Viševjekovni zahtevi i sukobi srpske i albanske zajednice na Kosovu i Metohiji, zbog istog komada teritorije, doveli su do krize 1999. godine.

¹ Aleksandar Solženjicin, *Odjel za rak*, Rijeka 1968, 258.

Kriza je završena oružanim sukobom Savezne Republike Jugoslavije (SRJ) i vojnog saveza NATO, koji je trajao od 24. marta do 10. juna 1999. godine. Oružani sukob je završen sporazumom u Kumanovu između Vojske Jugoslavije i NATO, i Rezolucijom 1244 Saveta bezbednosti Organizacije Ujedinjenih nacija. Po završetku sukoba, paralelno sa povlačenjem srpskih snaga bezbednosti (Vojske Jugoslavije i policije) sa Kosova i Metohije, tekao je proces dolaska međunarodnih vojnih mirovnih snaga (KFOR=Kosovo Force) i Privremene administrativne misije Ujedinjenih nacija (UNMIK), ali i pripadnika takozvane Oslobođilačke vojske Kosova (OVK) u Pokrajinu. Između ovih procesa, nastao je vakuum bezakonja, a koji je iskorišćen za nasilje i teror nad srpskom zajednicom. Nasilje i teror su sprovodili pripadnici OVK, a najčešće se ogledao u otmicama i ubistvima pripadnika srpske i drugih manjinskih zajednica na Kosovu i Metohiji.

Amnesty International više od decenije ukazuje na konstantan nedostatak pravde za žrtve kršenja ljudskih prava počinjenih tokom i posle oružanog sukoba na Kosovu i Metohiji.² U periodu od jula 1999. do novembra 2008. godine UNMIK je bio zadužen za zaštitu ljudskih prava i odgovoran za vođenje istraga i krivično gonjenje za teške zločine. Misija policije i civilne administracije Evropske unije na Kosovu i Metohiji (EULEKS) preuzela je u decembru 2008. godine funkcije policije, tužilaštva i sudstva, što je uključivalo i istragu i gonjenje za teška krivična dela. Od 1999. godine, na Kosovu i Metohiji se izgrađuje kosovski pravni sistem, pa on postoji paralelno sa misijom UNMIK-a i EULEKS-a. Međutim, i pored postojanja institucija, žrtve albanskog terora i njihove porodice ostale su uskraćene za pravdu.

U Izveštaju za 2013. godinu Savetodavna komisija za ljudska prava UN na Kosovu i Metohiji preporučila je UNMIK-u da javno prizna greške u vezi sa žalbama porodica otetih i ubijenih protiv te institucije, a EULEKS-u predložila da sprovede istragu i omogući porodicama nadoknadu za pretrpljeni bol. Ovim je priznato da UNMIK nije valjano obavljao istrage otimanja i ubijanja građana srpske zajednice od 1999. godine. UNMIK je priznao sopstvenu odgovornost za kršenje prava na život i prava na pristup pravdi, a odgovornost UNMIK-a je konstatovana i u izveštaju parlamentarne skupštine Saveta Evrope od 17. decembra 2013. godine. UNMIK nije pružio materijalnu satisfakciju za duševni bol i patnju prouzrokovanu otmicama i ubistvima srpske zajednice na Kosovu i

² „Sahranjivanje prošlosti: 10 godina nekažnjavanja za otmice i nestanke na Kosovu“, <http://www.amnesty.org/en/library/info/EUR70/007/2009/sr>, sajtu pristupljeno dana 10. 02. 2015. godine.

Metohiji. Takođe, ništa nije učinio da se stradanje srpskog naroda spreči i da se identifikuju i kazne počinioци.³

U suštini, Savetodavna komisija za ljudska prava UN na Kosovu i Metohiji i Amnesty International su utvrdili da istrage otmica i ubistava na nacionalnoj osnovi nisu bile temeljne, a neke su i zatvarane „bez nekog očiglednog razloga ili zbog političke svrsishodnosti“.⁴ Utvrđeno je niz propusta u istragama kod otmica i ubistava na nacionalnoj osnovi: propust da se brzo prikupe dokazi, nepotpuna dokumentacija o prikupljenim dokazima, nepostojanje zapisnika sa izjavama podnosioca žalbe ili svedoka, propuste u vođenju dosijea o istrazi, propust redovnog razmatranja istrage, srodnicima žrtava nisu obaveštavani o napredovanju istrage, preduzimanju istražnih radnji ili donetoj odluci tj. rezultatima istrage. Policija UNMIK-a nije brzo, nepristrasno i temeljno istražila većinu otmica i ubistava, a u nekim slučajevima istrage nisu vođene, pa čak ni formalno otvorene.⁵ „Očigledni izostanak bilo kakve adekvatne reakcije od strane policije UNMIK-a mogao bi počinioce da navede na pomisao da vlasti nisu bile u stanju ili nisu bile voljne da istraže ta krivična dela. Ovakav odnos vlasti prema najtežim zločinima u svakom društvu, a posebno u post-konfliktnim okolnostima, neminovno stvara kulturu nekažnjivosti među kriminalcima i može samo da dovede do pogoršanja situacije. Problemi na koje je UNMIK naišao na početku svoje misije...ne opravdavaju takvu neaktivnost bilo na samom startu ili kasnije“.⁶ Za većinu otmica na Kosovu i Metohiji odgovorna je

³ „Komisija UN: Kritike Euleksu i Unmiku zbog ljudskih prava“, <http://www.blic.rs/Vesti/Politika/452458/Komisija-UN-Kritike-Euleksu-i-Unmiku-zbog-ljudskih-prava>, stranici pristupljeno 08. 06. 2014. godine; Amnesty International, Izveštaj, *Nasleđe Unmika na Kosovu: Neuspeh u donošenju pravde i obeštećenju srodnika nestalih*, London 2013; „Amnesti internešnel: UNMIK krši ljudska prava porodica ubijenih i oteatih na KiM“, www.kurir.rs, sajtu pristupljeno dana 09. 02. 2015. godine; Arhiv Muzeja žrtava genocida (AMŽG), Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Kosovo i Metohija, Komisija za razmatranje ljudskih prava-Kosovo, Godišnji izveštaj za 2013. godinu; Parliamentary Assembly, Resolution 1979, „Accountability of international organizations for human rights violations“, <http://assembly.coe.int>, sajtu pristupljeno dana 09. 02. 2015. godine.

⁴ „Sahranjivanje prošlosti: 10 godina nekažnjavanja za otmice i nestanke na Kosovu“, <http://www.amnesty.org/en/library/info/EUR70/007/2009/sr>, 41-46.

⁵ *Ibid*; Amnesty International, Izveštaj, *Nasleđe Unmika na Kosovu: Neuspeh u donošenju pravde i obeštećenju srodnika nestalih*, London 2013.

⁶ Mišljenje Savetodavne komisije za ljudska prava, Slučaj Momčilo Milenković protiv Unmika, br. 312/09, usvojeno 06. 06. 2013. godine, 87. Ova ocena se prožima kroz nekoliko mišljenja Savetodavne komisije za ljudska prava. Prim. autora. „Sahranjivanje prošlosti: 10 godina nekažnjavanja za otmice i nestanke na Kosovu“, <http://www.amnesty.org/en/library/info/EUR70/007/2009/sr>. Amnesty International smatra u svojim izveštajima da je na Kosovu i Metohiji stvorena atmosfera nekažnjivosti, a do toga je došlo zbog propusta UNMIK-a da istraži moguću krivičnu odgovornost za

OVK, što i Fond za humanitarno pravo dobro primećuje.⁷ S toga, ne čudi zašto istrage nisu vođene i zašto skoro niko nije kažnjen za otmice i ubistva građana srpske i ostalih manjinskih nacionalnosti.⁸

Namera nam je da na osnovu raspoložive arhivske građe prikazemo slučaj ubistva pripadnika srpske zajednice na Kosovu i Metohiji posle završetka oružanog sukoba između SRJ i NATO; isto tako, namera nam je da uporedimo činjenice vezane za ovaj slučaj sa stavovima iz presuda Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu i, na taj način, pokažemo povredu i uskraćivanje osnovnih ljudskih prava. Tema rada je vrlo važna, aktuelna, a o njoj se malo pisalo. Razmere kršenja ljudskih prava na Kosovu i Metohiji su veoma velike, posebno kada su u pitanju nastradali i članovi porodica nastradalih od strane pripadnika OVK, pa je to osnovni razlog zašto smo se opredelili za gore navedeni naslov.

Slučaj Bogdana Đokića je samo jedan od primera ubistava na nacionalnoj osnovi koji su se desili posle završetka oružanog sukoba i dolaska KFOR-a i UNMIK-a na Kosovo i Metohiju. Ljudska prava žrtava albanskog terora i članova njihovih porodica na Kosovu i Metohiji se povređuju i uskraćuju od završetka oružanog sukoba 1999. godine, što će se videti kroz primer koji prikazujemo u ovom radu. Svi ostali slučajevi nestanka i ubistava članova srpske zajednice na Kosovu i Metohiji posle dolaska međunarodnih snaga bezbednosti su identični, a porodice nastradalih osoba se suočavaju sa istim problemima pred institucijama na Kosovu i Metohiji, kao i porodica Đokić.

2. SLUČAJ BOGDAN ĐOKIĆ

Do 2006. godine ekshumirani su posmrtni ostaci 256 nastradalih pripadnika srpskog naroda i ostalih nealbanaca na Kosovu i Metohiji, identifikovano je 80, dok su porodicama predati posmrtni ostaci 63 njihova člana.⁹ Jedan od ubijenih pripadnika srpske zajednice, čiji su posmrtni ostaci ekshumirani, identifikovani DNK analizom i predati porodici je i Bogdan

počinjene zločine (Amnesty International, Izveštaj, *Nasleđe Unmika na Kosovu: Neuspeh u donošenju pravde i obeštećenju srodnika nestalih*, London 2013, 5).

⁷ Fond za humanitarno pravo: Istraživanje, dokumentacija i pamćenje, *Sudbina Srba, Crnogoraca, Roma, Bošnjaka i Aškalija nestalih na Kosovu*, novembar 2005, str. 2-4, FHP-14277.

⁸ „Sahranjivanje prošlosti: 10 godina nekažnjavanja za otmice i nestanke na Kosovu“, <http://www.amnesty.org/en/library/info/EUR70/007/2009/sr>.

⁹ Nenad Antonijević, „Stradanje Srba i drugih nealbanaca na Kosovu i Metohiji (1998-2006)“, *Prilozi istraživanju zločina genocida i ratnih zločina: Zbornik radova*, (ur. Jovan Mirković), Beograd 2009, 172.

Đokić.¹⁰ Kada je reč o okolnostima ubistva Bogdana Đokića pozivamo se na zvanična dokumenta koja su u posedu Arhiva Muzeja žrtava genocida u Beogradu. Okolnosti ubistva Bogdana Đokića se mogu sumirati na sledeći način:

Dana 18. juna 1999. godine oko podneva dvojica puškama naoružanih Albanaca su preskočila ogradu i upala u dvorište porodice Đokić. U tom trenutku, u domaćinstvu porodice Đokić u Uroševcu, bili su samo supružnici Bogdan i Ljubica. Nezvani gosti su Ljubicu zatekli u dvorištu: „...rekli su mi s kim sam tu i šta više tu tražim što ne idem.“¹¹ Postupak je klasično zastrašivanje, u nameri da se srpska porodica raseli.

Posle saznanja da se domaćin nalazi u kući, naoružani Albanci su počeli da lupaju na vrata kuće. Primetivši u dvorištu naoružane ljude, Bogdan Đokić je izašao iz svoje kuće sa pištoljem u ruci. Bogdan i pridošlice su držali oružje upereno međusobno. Albanci su tražili od Bogdana Đokića da im preda pištolj, za koji je imao legalnu dozvolu. Došlo je do kraće rasprave, gde im je Bogdan Đokić odgovorio „da hoće da preda oružje ali da dođu na kapiju a ne da preskaču zid“.¹² Nasilnici su se udaljili tek posle intervencije komšije, Albanca Nijaza Krasnićija, koji je potom obavestio pripadnike KFOR-a da Bogdan Đokić ima lično naoružanje.¹³ Vojnici KFOR-a su ubrzo došli, oduzeli pištolj od Bogdana Đokića i izdali mu revers.¹⁴

¹⁰ Bogdan Đokić, rođen 02. 09. 1932. godine u selu Trn, opština Uroševac, od oca Jovana i majke Cvete, sa stanom na adresi Mišarska br. 3, Uroševac. Porodica Đokić je starosedelačka na Kosovu i Metohiji. Prim. autora.

¹¹ AMŽG, Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Kosovo i Metohija, Dosije Bogdan Đokić, Zapisnik o saslušanju svedoka Ljubice Đokić, supruge pokojnog Bogdana Đokića, sastavljen pred istražnim sudijom 19. 07. 2002. godine u Zaječaru. U daljem tekstu: Zapisnik. Ljubica (Vojin) Đokić, devojčako Nedeljковиć, rođena je 16. 03. 1930. godine u selu Livade, opština Lipljan.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.* U zapisniku Ljubica Đokić svedoči: "Onda je komšija Šiptar rekao ovoj dvojici da nam je komšija i da oni idu a meni je rekao da će da nas prijavi KFORU i da moramo da predamo oružje. Za ovim su svi otišli a odmah zatim su došli pripadnici KFORA...". I Dragan Đokić, sin ubijenog Bogdana, posvedočio je detalje koje mu je majka Ljubica ispričala: "Komšija iz susedne kuće Niaz Krasnićij je čuo galamu i majčin plač. On je pozvao KFOR i preko vrata od dvorišta od naše kuće razgovarao sa tim ljudima, a majci je rekao da će KFOR doći i da predaju oružje koje imaju u kući, to jest očevo pištolj KFOR-u, kako ih više niko ne bi uznemiravao" (Mitropolit Amfilohije Radović, *Ljetopis novog kosovskog raspeća: dnevnički i drugi zapisi, septembar 1999 – decembar 2000*, Beograd – Cetinje 2011, 255).

¹⁴ AMŽG, Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Kosovo i Metohija, Dosije Bogdan Đokić, Potvrda/revers podoficira vojske SAD-a Deni Grina o oduzimanju pištolja od Bogdana Đokića marke "Crvena zastava" kal. 7, 65 mm, model 70, br. C – 169703. Danny Green, SFC, U. S. Army, 96 th Civil Affairs 487 – 62 – 1288. Na reversu stoje potpisi Bogdana Đokića i Deni Grina.

Revers je izdao američki podoficir, Deni Grin (*Danny Green*), koji je i oduzeo Bogdanu Đokiću lično naoružanje.

Sve do 24. juna, porodica Đokić nije bila uznemiravana. U večernjim časovima tog dana, grupa ljudi preskače zid i upada u dvorište porodice Đokić. Svedok Ljubica Đokić navodi da su bili naoružani i da je jedan od njih doviknuo: „Izlazite majku vam srpsku, otvaraj vrata“.¹⁵ Kao i prilikom prvog napada, i ovog puta su naoružani Albanci preskočili zid, jer je kapija dvorišta bila zaključana. O tome šta se posle dešavalo, Ljubica svedoči: „Mom mužu se učinilo da su ovi ljudi koji su ušli u dvorište počeli da izlaze i rekao mi da se ne plašim da su otišli i pošto je mislio da su otišli otvorio ulazna vrata i pojavio se na ista i ja sam čula samo pucanj kojim je moj muž bio pogođen i to smrtonosno. Bio je ubijen odmah na licu mesta. Verovatno su ovi ljudi bili sakriveni blizu u dvorištu. Ne znam odakle je pucanj došao jer sam bila u kući“.¹⁶ Ubistvo Bogdana Đokića je zabeležila Eparhija Raško – prizrenska i ime pokojnog dostavila Pravoslavlje presu. Dnevni list *Novosti* je preneo spisak ubijenih na Kosovu i Metohiji od 2. juna do 22. avgusta 1999. godine, a pod rednim brojem 94 nalazi se ime Bogdana Đokića iz Uroševca.¹⁷

Ubistvo Bogdana Đokića ubice su proslavile rafalnim pucanjem u vazduh. Po prestanku „slavljeničkog pira“, kada je bilo jasno da su ubice otišle, Ljubica Đokić je izašla iz kuće i plačući, otrčala kod komšije Nijaza Krasnićija, od koga je tražila da pozove pripadnike KFOR-a. Patrola KFOR-a je ubrzo došla, obavila uviđaj i pronašla mnoštvo čaura od metaka oko kuće. Uviđaj je vršio isti pripadnik KFOR-a koji je nekoliko dana ranije oduzeo lično naoružanje Bogdanu Đokiću.¹⁸ Američki podoficir Deni Grin.

Ljubica Đokić je nakon uviđaja, iz straha za svoj život, napustila porodičnu kuću i otišla u zgradu opštine Uroševac, gde je provela noć.¹⁹ Pripadnici KFOR-a su joj rekli da će telo ubijenog supruga prebaciti u ambulantu u Uroševcu. Sutradan, pripadnici UNMIK-a su joj rekli da je ubijeni Bogdan Đokić sahranjen na groblju u Uroševcu i pokazano joj je mesto gde je navodno sahranjen.²⁰ Večernji 24. jun je dan kad je poslednji

¹⁵ Zapisnik.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Novosti*, 2. septembar 1999.

¹⁸ Zapisnik.

¹⁹ U zapisniku Ljubica Đokić navodi: "Ja sam otišla da spavam u Opštinu jer nisam smela da ostanem u kući...ja sam u Opštinu otišla oko 23 h možda je bilo nešto malo ranije i moj suprug mrtav je ostao da leži na mestu gde je i pogođen. Pripadnici KFORA su ostali kada sam otišla" (Zapisnik).

²⁰ *Ibid.* Ljubica Đokić je na pravoslavno groblje otišla sa sestrom ubijenog Bogdana i njenim mužem, Verkom i Blagojem Mihajlović. Dragan Đokić je posvedočio: "Moj teća

put videla supruga i porodičnu kuću, koja je neposredno posle toga opljačkana i spaljena.²¹

Posmrtni ostatke ubijenog Bogdana, porodica Đokić je preuzela od UNMIK policije 22. decembra 2003. godine na Merdaru, sa pratećom dokumentacijom o izvršenoj identifikaciji i potvrdom o smrti za pokojnog. Gde se telo nalazilo do predaje, porodici nije bilo poznato.²² Lekarski izveštaji o smrti pokazuju da je smrt Bogdana Đokića nastupila usled ustrela u predelu lobanje.²³

Posle identifikacije i preuzimanja posmrtnih ostataka ubijenog Bogdana Đokića od UNMIK policije, porodica je podnela krivičnu prijavu Javnom Okružnom tužilaštvu u Prištini. Krivična prijava je podneta protiv NN izvršilaca krivičnih dela pozivajući se na krivično delo genocida čl. 141 Krivičnog zakona SRJ, nesavesnog rada u službi čl. 182/2 KZ SRJ, ubistva čl. 47/2 tač. 1 stav 1 KZ Republike Srbije, teške krađe čl. 166/2 KZ RS i neprijavljivanje krivičnog dela ili učinioca čl. 203/2 KZ RS.²⁴ Krivičnu prijavu iste sadržine, porodica Đokić je poslala poštom Međunarodnom tužiocu Okružnog Javnog tužilaštva u Gnjilanu.²⁵

Porodica Đokić se u obrazloženju krivične prijave pozvala na: krivično delo „genocid“ – jer je ubistvo izvršeno sa umišljajem, delo je izvr-

je tada od drveta napravio krst i stavio ga na grob. Niko od njih tada nije bio siguran da je u tom grobu zaista sahranjen moj otac" (Mitropolit Amfilohije Radović, 256).

²¹ Zapisnik. Pomoćni objekti koji su, takođe, spaljeni nalazili su se na 1 – 1,5 metar od kuće Nijaza Krasnićija. Interesantno je da kuća Nijaza Krasnićija nije zahvaćena plamenom. Prim. autora.

²² Kancelarija za sudsku medicinu u Prištini kao datum smrti utvrdila je 21. 08. 2000. godinu. To je, u stvari, datum ekshumiranja tela. To se vidi iz potvrde o smrti Odeljenja za pravosuđe, Kancelarije za sudsku medicinu u Prištini, od 05. 11. 2003. godine. Potvrdu je izdao forenzički lekar Marek Gasior. Isto i u potvrdi o identitetu/DNK analizi Kancelarije za nestala lica i sudsku medicinu, od 28. 11. 2003. godine. Telo je 2000. godine ekshumirano sa uroševačkog groblja, prebačeno na Institut za sudsku medicinu u Prištini, i posle obdukcije i uzimanja DNK uzorka ponovo sahranjeno na zajedničko groblje u Suvoj Reci. Kada je DNK analizom utvrđen identitet Bogdana Đokića, sa groblja u Suvoj Reci je ekshumirano 2003. godine i predato porodici. Prim. autora.

²³ AMŽG, Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Kosovo i Metohija, Dosije Bogdan Đokić, Lekarski izveštaj o smrti prof. dr Slaviše Dobričanina, od 22. 12. 2003. godine; Potvrda o smrti Odeljenja za pravosuđe, Kancelarija za sudsku medicinu u Prištini, br. MPU 2001-000970 LL 03/002B, od 05. 11. 2003. godine. Potvrdu izdao forenzički lekar Marek Gasior.

²⁴ AMŽG, Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Kosovo i Metohija, Dosije Bogdan Đokić, Krivična prijava porodice Đokić OJT u Prištini, od 08. 10. 2004. godine. Krivičnu prijavu su podneli Ljubica Đokić i sinovi pok. Bogdana Đokića: Dragan, Đorđe i Zvonko. Prim. autora.

²⁵ AMŽG, Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Kosovo i Metohija, Dosije Bogdan Đokić, Krivična prijava porodice Đokić Međunarodnom tužiocu OJT u Gnjilanu.

šeno od više izvršilaca, protiv pripadnika druge nacionalnosti, sa ciljem da se pojedinac pripadnik drugog naroda uništi i protera iz svoje kuće i svog domaćinstva, iako je ubijeni ostao samo sa svojom suprugom, da bi nakon izvršenog dela od strane verovatno istih izvršilaca ubistva, bila uništena kuća i sva imovina ubijenog Bogdana, sve sa umišljajem da se unište svi dokazi izvršenog ubistva, ali i postojanja kuće i domaćinstva; krivično delo „ubistvo“ – pokojni Bogdan Đokić je lišen života na kućnom pragu, na svirep i podmukao način; krivično delo „teška krađa“ – posle ubistva Bogdana Đokića, njegovo domaćinstvo je opljačkano, kuća spaljena i srušena, ostale su na licu mesta samo ruševine; krivično delo „nesavestan rad u službi“ – porodica Đokić u krivičnoj prijavi smatra da je podoficir SAD-a Deni Grin izvršio navedeno krivično delo zbog toga što je uzео pištolj od Bogdana Đokića za koji je imao uredno izdatu dozvolu od legalnih organa, i na taj način ga lišio ličnog obezbeđenja. Takođe, podoficir SAD-a nije identifikovao niti lišio oružja napadače Albance ili preduzeo drugu radnju kako bi zaštitio dvoje starih osoba, koji su bili jedini pripadnici drugog naroda u čitavom okruženju. Ovakvim (ne)postupcima je doprineo da nastupe trajne i izuzetno teške posledice po život i imovinu Bogdana Đokića. Jednom rečenicom, nije ispunio svoju službenu dužnost; krivično delo „neprijavljivanje krivičnog dela ili učinioca“ – upereno je protiv predstavnika KFOR-a po vertikalni tj. komandnoj odgovornosti zbog nedelanja posle izvršenog ubistva i uništavanja imovine. Pripadnici KFOR-a su propustili da prijave krivično delo za koje su saznali u toku vršenja svoje dužnosti.

U krivičnoj prijavi porodice Đokić, tužiocu je predloženo: da se pokrene krivični postupak protiv NN izvršilaca krivičnih dela; da se kao dokaz izvede (a u pokrenutom postupku sasluša) izjava Ljubice Đokić, supruge ubijenog Bogdana Đokića, data na zapisnik pred istražnim sudijom Opštinskog suda u Zaječaru na dan 19. jula 2002. godine; da se u svojstvu svedoka na okolnosti napada i izvršenja krivičnog dela sasluša komšija Albanac Nijaz Krasnići iz Uroševca, ul. Mišarska br. 1; da se na okolnosti uzimanja ličnog naoružanja (pištolja) od ubijenog Bogdana Đokića u svojstvu svedoka sasluša predstavnik američkog KFOR-a Deni Grin; da se na okolnosti izvršenja svih opisanih krivičnih dela po principu komandne odgovornosti, saslušaju komandiri i više starešine jedinice KFOR-a, koji su imali zakonska ovlašćenja u vršenju vlasti u vreme izvršenja opisanih dela po ovoj prijavi; da se pozovu komšije i osobe koje su poznavale ubijenog Bogdana Đokića, kako bi se utvrdilo stanje imovine pre izvršenja opisanih krivičnih dela; da se protiv svih izvršilaca opisanih krivičnih dela preduzme krivično gonjenje i da se osude po zakonu. Porodica Đokić je u krivičnoj prijavi izjavila da ima i postavila imovinsko-

pravni zahtev, a isti će opredeliti i podneti tokom pokrenutog krivičnog postupka.

Po krivičnoj prijavi koju je podnela porodica Đokić, do danas, nije postupano. Nije pokrenut krivični postupak protiv NN izvršilaca krivičnih dela, nije saslušan u svojstvu svedoka komšija porodice Đokić, Nijaz Krasnići, nije saslušana Ljubica Đokić, nije saslušan podoficir SAD-a Deni Grin, nisu saslušane komšije porodice Đokić, itd. Porodica Đokić, do danas, nije dobila bilo kakvo obaveštenje od Javnog Okružnog tužilaštva u Prištini niti od Međunarodnog tužioca u Gnjilanu.

Takođe, dana 17. septembra 2004. godine supruga i sinovi Bogdana Đokića su podneli tužbu Opštinskom sudu u Uroševcu protiv tzv. Vlade Kosova (entitet), opštine Uroševac, UNMIK-a i KFOR-a, a radi naknade štete zbog opljačkane i uništene imovine. Do danas nije zakazano nijedno ročište niti je porodica Đokić dobila bilo kakav dopis iz suda.²⁶

Krajem februara 2014. godine porodica Đokić je uputila ustavnu žalbu Ustavnom sudu Kosova. Registrovana je u Sekretarijatu Ustavnog suda Kosova pod brojem KI36/14.²⁷ Ustavna žalba je podneta zbog nepostupanja i nečinjenja po zahtevima iz krivične prijave i tužbe, u cilju sprovođenja istrage u cilju rasvetljavanja svih okolnosti ubistva Bogdana Đokića, a naročito zbog toga što nisu otkriveni i procesuirani počinioci. Ustavna žalba je podneta i zbog uništavanja imovine i nepostupanja po tužbi za naknadu štete.²⁸

Podnosioci ustavne žalbe smatraju da je ubistvom Bogdana Đokića i pljačkanjem i uništavanjem njegove imovine, a nepostupanjem i nečinjenjem kosovskih organa, prekršen član 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u celosti – pravo na život, član 6 st. 1 Konvencije – pravo na pravično suđenje i suđenje u razumnom roku, član 13 Konvencije – pravo na delotvoran pravni lek i Protokol 1 uz Konvenciju – obaveza zaštite imovine. Porodica Đokić se pozvala i na relevantne odredbe Ustava samoproklamovane Republike Kosova i to: članovi 3 i 24 – jednakost pred zakonom, član 25 – pravo na život, član 31 – pravično i nepristrasno suđenje, član 32 pravo na pravno sredstvo, član 46 – zaštita imovine i član 54 – pravo na sudsku zaštitu.

²⁶ AMŽG, Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Dosije Bogdan Đokić, Tužba Opštinskom sudu u Uroševcu, od 17. 09. 2004. godine.

²⁷ AMŽG, Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Kosovo i Metohija, Dosije Bogdan Đokić, Obaveštenje o registraciji zahteva KI36/14 Sekretarijata Ustavnog suda Kosova, od 15. 04. 2014. godine.

²⁸ AMŽG, Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Kosovo i Metohija, Dosije Bogdan Đokić, Ustavna žalba porodice Đokić.

Žalba je upućena zbog sledećih propusta kosovskih organa: kašnjenje u pokretanju zvanične istrage (pozivajući se na presudu ESLJP Čiček protiv Turske, br. 25704/94); istraga kratka i površna (Orhan protiv Turske, br. 25656/94); izostanak brze i delotvorne istrage, propust tužilaštva i policije da sprovedu istragu, istraga nije sprovedena razumno brzo (Buldan protiv Turske, br. 28298/95); izostanak temeljne i objektivne istrage (Angelova protiv Bugarske, br. 38361/97); propust da se pribave važni dokazi (Buldan protiv Turske, br. 28298/95); propust da se podnosioci prijave obaveste o napredovanju istrage ili donetoj odluci (Orhan protiv Turske, br. 25656/94); neispitivanje svedoka, propust javnog tužioca da uzme izjave od svedoka (Ipek protiv Turske, br. 25760/94). U ustavnoj žalbi se porodica Đokić takođe žalila na povredu prava na suđenje u razumnom roku, jer se o podnetoj tužbi za naknadu štete i podnetoj krivičnoj prijavi nije odlučivalo skoro 10 godina. Zbog toga što počinioci ubistva Bogdana Đokića nisu pronađeni i procesuirani i što nije utvrđeno ko im je opljačkao imovinu i zapalio kuću, porodica Đokić je lišena mogućnosti da naplati nastalu štetu.²⁹

Dana 8. maja 2014. godine, porodica Đokić je poštom poslala zahtev Međunarodnom tužiocu EULEKS-a, tražeći da EULEKS preuzme slučaj od kosovskog tužilaštva i da se pokrene istraga povodom ubistva Bogdana Đokića.³⁰ EULEKS je na taj zahtev odgovorio dopisom kojim potvrđuje da je zadužen za teška krivična dela na Kosovu i Metohiji, istovremeno preporučujući porodici Đokić da nastavi da se obraća kosovskim organima tražeći najnovije informacije.³¹ Obzirom da se u dopisu nigde eksplicitno ne navodi da li EULEKS preuzima slučaj ili ne, porodica Đokić je 29. septembra 2014. godine uputila još jedan dopis, ističući da se radi o ratnom zločinu, da je EULEKS zadužen za istragu, krivično gonjenje i suđenje teških krivičnih dela i da je stav EULEKS-a blago rečeno neprihvatljiv. „Krivična prijava je podnesena još 2004. godine, dakle pre 10 godina. Od tada pa do danas ni jednu jedinu informaciju nismo dobili, niti je prema našim saznanjima preduzeta bilo koja predistražna ili istražna radnja. Nemamo informaciju čak ni da li je istraga formalno pokrenuta, a pokušavali smo da se informišemo. Ja sam se EULEKS-u obratio upravo zbog toga jer niko zdravog razuma ne može očekivati da se ova

²⁹ *Ibid.*

³⁰ AMŽG, Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Kosovo i Metohija, Dosije Bogdan Đokić, Zahtev Međunarodnom tužiocu EULEX-a, od 08. 05. 2014. godine. Potvrda o prijemu pošiljke.

³¹ AMŽG, Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Kosovo i Metohija, Dosije Bogdan Đokić, Dopis Kancelarije šefa osoblja EULEX-a, br. 2014-COS-0803, od 21. 08. 2014. godine.

istraga pred kosovskim institucijama pomeri sa mrtve tačke... Dakle, kako kosovske institucije za 10 godina nisu preduzele ništa da se otkriju počinioci ubistva Bogdana Đokića i kazne u skladu sa zakonom, jasno je da se to ni u budućnosti ne može očekivati³². Porodica Đokić je na kraju dopisa tražila da EULEKS eksplicitno odgovori da li će preuzeti istragu u ovom slučaju ili ne.

EULEKS je na ovaj dopis odgovorio dopisom od 18. novembra 2014. godine kojim obaveštava: „Na osnovu kosovskog zakona o izmenama i dopunama zakona u vezi sa mandatom Misije vladavine prava Evropske unije u Republici Kosovo br. 04/L-273, predmet se može dodeliti tužiocu EULEKS-a na osnovu zajedničke odluke glavnog državnog tužioca Kosova i glavnog tužioca EULEKS-a, samo u slučajevima iz člana 7A Zakona o nadležnosti. Važećim zakonom nije predviđen nijedan drugi postupak u kom tužioci EULEKS-a mogu da preuzmu predmet³³. U skladu sa ovim dopisom EULEKS-a, porodica Đokić je poslala zahtev Glavnom državnom tužiocu samoproklamovane Republike Kosova 19. januara 2015. godine.³⁴ U dopisu je zatraženo da kosovski organi pokrenu istragu povodom ubistva njihovog srodnika ili da se predmet dodeli tužiocu EULEKS-a.

Ustavni sud Kosova je dana 8. decembra 2014. godine doneo Rešenje o neprihvatljivosti u slučaju žalbe koju je podnela porodica Đokić zbog nedostatka krivične istrage ubistva i nadoknade za uništavanje imovine. Ustavni sud Kosova je utvrdio da je Osnovni sud u Uroševcu 19. decembra 2011. godine doneo presudu P. br. 1403/04, kojom je odbacio tužbu porodice Đokić za naknadu štete kao neprihvatljivu. U tački 29 Rešenja se navodi: „Pored toga, Osnovni sud u Uroševcu je obavestio da odluka suda u Uroševcu, od 19. decembra 2011. godine, **nikada nije dostavljena podnosiocima zahteva niti je objavljena u novinama**“.³⁵ U tački 28 Rešenja o neprihvatljivosti se navodi: „**Sud je, takođe, našao da nijedan krivični postupak u vezi sa gorenavedenim ubistvom nije počeo niti je u toku pred različitim tužilaštvima ili sudskim instancama**“.³⁶ U tački 35 Ustavni sud Kosova navodi: „...Sud preliminarno primećuje da je ključna činjenica da se ubistvo desilo 24. juna 1999. godine, što znači

³² AMŽG, Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Kosovo i Metohija, Dosije Bogdan Đokić, Dopis porodice Đokić Glavnom štabu EULEX-a, od 29. 09. 2014. godine.

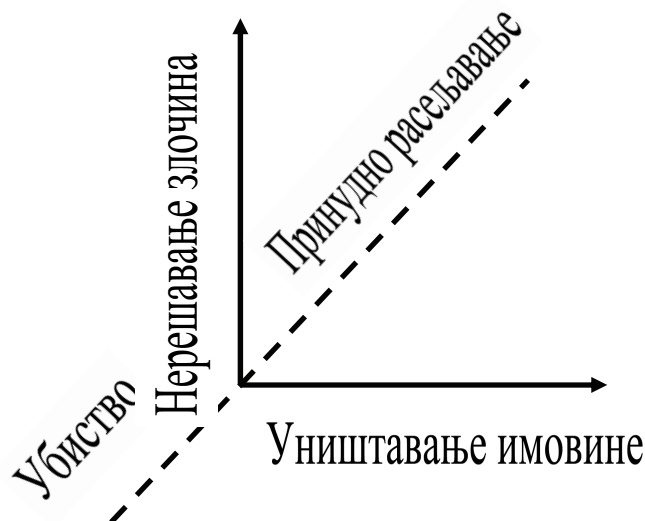
³³ AMŽG, Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Kosovo i Metohija, Dosije Bogdan Đokić, Dopis EULEKS-a br. 2014-COS-0803, od 18. 11. 2014. godine.

³⁴ AMŽG, Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Kosovo i Metohija, Dosije Bogdan Đokić, Zahtev Glavnom državnom tužiocu Kosova, od 19. 01. 2015. godine.

³⁵ AMŽG, Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Kosovo i Metohija, Dosije Bogdan Đokić, Rešenje o neprihvatljivosti Ustavnog suda Kosova br. KI36/14, od 08. 12. 2014. godine.

³⁶ *Ibid.*

pre nego što je UNMIK preuzeo „*upravljanje pravosuđem*“ i da je građanska tužba uložena Sudu u Uroševcu 17. septembra 2004. godine, što znači mnogo pre nego što je Ustav stupio na snagu, 15. juna 2008. godine³⁷. U tački 36-38 i 42 Ustavni sud Kosova daje objašnjenje da događaji iz 1999. godine ne spadaju pod njegovim vremenskim nadležnostima, već samo događaji od donošenja Ustava tzv. samoproklamovane Republike Kosova, odnosno od 15. juna 2008. godine. U tački 45 je eksplicitniji, pa se navodi: „...**Sud smatra da činjenice koje su se desile pre stupanja na snagu Ustava ne spadaju u vremensku nadležnost Suda**“³⁸. Zbog toga, u tački 48 Sud navodi: „...ustavne odredbe na koje se pozivaju podnosioci zahteva, nisu uopšte primenjive u ovom slučaju“³⁹.



Koordinatni sistem 1. Slučaj Bogdana Đokića.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.* Zamerka Ustavnog suda Kosova podnosiocima žalbe je što je krivična prijava podneta 5 godina posle ubistva, odnosno 2004. godine. Međutim, Ustavni sud Kosova je prevideo da porodica nije znala gde se nalazi telo njihovog ubijenog srodnika, sve do decembra 2003. godine kada su preuzeti njegovi posmrtni ostaci i kada je porodica dobila potvrde o smrti i drugu relevantnu dokumentaciju od UNMIK-a. Zlonamerno ili ne, Ustavni sud Kosova u svom Rešenju o neprihvatljivosti na više mesta navodi kako je telo pokojnika identifikovano 2002. godine i kako su podnosioci žalbe preuzeli posmrtnu ostatke njihovog srodnika 2002. godine, iako su posmrtni ostaci preuzeti u decembru 2003. godine, pošto je mesec dana ranije identifikovano telo pokojnika DNK analizom. Greška ili zlonamernost, ostaje pitanje. Prim. autora.

3. PRAVNA RAZMATRANJA

Jedno od najvažnijih ljudskih prava je pravo na život. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda čl. 2. st. 1 pr. opisuje: „Pravo na život svake osobe zaštićeno je zakonom. Niko ne može biti namerno lišen života, sem prilikom izvršenja presude suda kojom je osuđen za zločin za koji je ova kazna predviđena zakonom”.-

⁴⁰ Pravo na život je osnovno pravo čoveka i smatra se imperativnim tj. apsolutno obaveznim u pogledu poštovanja od strane svake vlasti. Život svakog pojedinca je neprikosnoven. Evropski sud za ljudska prava je dosledno utvrđivao da obaveza zaštite prava na život, garantovanog čl. 2 Konvencije, zahteva postojanje neke vrste delotvorne zvanlične istrage kada su pojedinci ubijeni usled upotrebe sile.⁴¹ Ovaj čl. 2 Konvencije je tumačen u vezi sa opštom obavezom države prema čl. 1 Konvencije da svakom obezbedi u okviru svoje nadležnosti prava i slobode definisane Konvencijom. Istraga mora biti delotvorna u smislu da može dovesti do identifikacije i kažnjavanja odgovornih.⁴² - Obaveza sprovođenja istrage nije obaveza cilja, već obaveza sredstva. Prema tome, vlasti moraju preduzeti sve razumne korake na raspolaganju da obezbede dokaze u vezi sa tim događajem, uključujući svedočenje očevidaca,⁴³ i dokaze od drugih ključnih svedoka.⁴⁴ Kad postoji verovatna ili verodostojna tvrdnja, dokaz ili informacija koja je relevantna za identifikaciju i eventualno krivično gonjenje ili sankcionisanje nezakonitog ubistva, vlasti su obavezne da preduzmu dalje istražne radnje.⁴⁵ Bilo kakav nedostatak u istrazi koji podriva mogućnost utvrđivanja uzroka smrti ili identifikovanja odgovornih lica za ubistvo, može dovesti do rizika da se navedeni standard neće poštovati.⁴⁶ Pored ovoga, postoji i implicitni zahtev za hitnošću i razumnom ekspeditivnošću.⁴⁷ Brzo reagovanje vlasti u situacijama koje uključuju upotrebu smrtonosne sile mogu se generalno smatrati suštinskim za očuvanje

⁴⁰ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

⁴¹ ECHR, *Case of Anguelova v. Bulgaria*, no. 38361/97, 13. 06. 2002, article 62; ECHR, *Case of McCann and others v. UK*, no. 18984/91, 27. 09. 1995, article 161.

⁴² ECHR, *Case of Ogur v. Turkey*, no. 21594/93, 20. 05. 1999, article 88.

⁴³ ECHR, *Case of Orhan v. Turkey*, no. 25656/94, 18. 06. 2002, article 92.

⁴⁴ ECHR, *Case of Onen v. Turkey*, no. 22876/93, 14. 05. 2002, article 88.

⁴⁵ ECHR, *Case of Brecknell v. UK*, no. 32457/04, 27. 11. 2007, article 71-75.

⁴⁶ ECHR, *Case of Bazorkina v. Russia*, no. 69481/01, 27. 07. 2006, article 118; EC-HR, *Case of Nachova and others v. Bulgaria*, no. 43577/98 and no. 43579/98, 06. 07. 2005, article 113.

⁴⁷ ECHR, *Case of Yaşa v. Turkey*, no. 22495/93, 02. 09. 1998, article 102-104; EC-HR, *Case of Mahmut Kaya v. Turkey*, no. 22535/93, 28. 03. 2000, article 106-107.

poverenja javnosti u vladavinu prava i sprečavanje svake pojave zaverre ili tolerisanja nezakonitih radnji.⁴⁸ Bez obzira da li su krivičnu prijavu podneli rođaci ubijenog, nadležni organi su ti koji treba da pokrenu istragu.⁴⁹ Takođe, povrede su utvrđene gde je suđenje trajalo neopravdano dugo.⁵⁰ Dalje, istraga mora da bude kontinuirana, čime se postiže stvaran napredak u sprovođenju istrage.⁵¹ Svaki duži period neaktivnosti na slučaju može dovesti do neuspelog nastavka istrage i cilju identifikovanja počinitelaca.⁵²

Upoređivanjem slučaja koji smo prikazali sa gore navedenom praksom ESLJP, dolazimo do zaključka da je načinjen propust, prvo od strane UNMIK-a, a onda i kosovskih organa i EULEKS-a, da se sprovede hitna, temeljna i delotvorna istraga o smrti Bogdana Đokića. Napravljeno je niz propusta da se pribave važni dokazi. Svedoci nisu ispitani (propust javnog tužioca da uzme izjave od svedoka). U slučaju ubistva Bogdana Đokića, nisu ispitana dva ključna svedoka koji su videli napadače na porodicu Đokić: Ljubicu Đokić i Nijazu Krasnićija. Zatim, porodica Đokić je živela u centru Uroševca, pa je nemoguće da naoružani ljudi ne budu primećeni. Ispitivanjem komšija porodice Đokić, došlo bi se do počinioca. Pljačkanje i spaljivanje imovine porodice Đokić je, takođe, moralo da bude primećeno od strane komšija. Niko od komšija nije obavestio policiju, što ukazuje na podržavanje takvih aktivnosti. Još jedan nedostatak istrage je što najbliži srodnik žrtve nije bio uključen u proces istrage niti je o tome obaveštavan. Srodnik nije imao pristup procesu istrage. Propušteno je da se podnosioci prijave obaveste o napredovanju istrage ili donetoj odluci. Posebno je važno obezbediti uvid javnosti, pre svega najbližih rođaka žrtve, u rezultate istrage. A kao što se vidi iz prikazanog slučaja, podnosioci nisu bili uključeni u istragu, jer istrage nije ni bilo. Stav Evropskog suda je da najbliži srodnik žrtve mora biti uključen u postupak u onoj meri koja je neophodna da se garantuje njen ili njegov zakoniti interes.⁵³ „U svim slučajevima najbliža rodbina žrtve mora biti uključena u postupak u onoj meri u kojoj je neophodno zaštititi njegove ili njene legi-

⁴⁸ ECHR, *Case of Jularić v. Croatia*, no. 20106/06, 20. 01. 2011, article 43.

⁴⁹ ECHR, *Case of Tanrikulu v. Turkey*, no. 23763/94, 08. 07. 1999, article 103.

⁵⁰ ECHR, *Case of Opuz v. Turkey*, no. 33401/02, 09. 06. 2009, article 151. Predmet u kome je krivični postupak trajao duže od šest godina. Prim. autora.

⁵¹ ECHR, *Case of Yaşa v. Turkey*, no. 22495/93, 02. 09. 1998, article 100.

⁵² ECHR, *Case of Takhayeva and others v. Russia*, no. 23286/04, 18. 09. 2008, article 93.

⁵³ ECHR, *Case of McKerr v. UK*, no. 28883/95, 04. 05. 2001, article 48; ECHR, *Case of Hugh Jordan v. UK*, no. 24746/94, 04. 05. 2001, article 109.

timne interese”.⁵⁴ Porodica Đokić nikada nije dobila bilo kakav dopis u vezi sa istragom od UNMIK-a, OJT u Prištini, kao ni po tužbi za naknadu štete od Opštinskog suda u Uroševcu. Nakon 15 godina od ubistva Bogdana Đokića i pljačkanja i uništavanja njegove imovine nije učinjen konkretan i uverljiv napredak u istrazi, pa se istraga ne može smatrati delotvornom kako propisuje čl. 2. Pojam delotvornosti zahteva da istraga bude takva da dovede do identifikacije i kažnjavanja počinioca. „Brza reakcija organa vlasti u istrazi vezanoj za upotrebu smrtonosne sile može se uopšte smatrati da je od vitalnog značaja za očuvanje vere javnosti u privrženost vladavini prava i za sprečavanje svake pojave tajnog dogovaranja oko nezakonitih radnji ili njihovog tolerisanja”.⁵⁵ Sprovođenje istrage nije obaveza u pogledu ishoda, već u pogledu sredstava. Trebalo je da se obezbede dokazi koji se tiču okolnosti ubistva: pismeni iskaz očevidaca (izjave nisu uzete od svih relevantnih svedoka, uključujući očevidce), nalaz autopsije i nalaz sudskog veštaka forenzičara (autopsija i sudsko-medicinski pregled Bogdana Đokića su izvršeni posle više od godinu dana od ubistva), pismeni iskaz komšija porodice Đokić, itd. Svi ovi propusti su umanjili mogućnost da se ustanovi identitet odgovornih lica. Izostala je hitna i temeljna akcija nadležnih organa. Posle 15 godina od ubistva, značajni rezultati nisu postignuti, a to je još jedan dokaz da je prekršen čl. 2 Konvencije.⁵⁶

Imajući u vidu sve napisano, zaključuje se da organi vlasti nisu sproveli delotvornu zvaničnu istragu u slučaju koji smo prikazali. Nisu preduzete odgovarajuće mere u cilju valjane istrage ubistva Bogdana Đokića, te je došlo do kršenja proceduralnih pravila vezanim za istragu gubitka života saglasno čl. 2 EKLJP. Istrage propisane čl. 2 EKLJP moraju da budu usmerene ka identifikaciji i sankcionisanju odgovornih lica.⁵⁷ Ovaj uslov nije ispunjen u datom slučaju. Sledstveno tome, zaključuje se da je došlo do kršenja čl. 2 kad je o njegovom proceduralnom aspektu reč.

Pravo na imovinu štiti Protokol 1 uz Konvenciju: „Svako fizičko ili pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava”.⁵⁸

⁵⁴ Žil Ditertr, *Izvodi iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd 2006, 49.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ ECHR, *Case of Isaak v. Turkey*, no. 44587/98, 24. 06. 2008, article 124.

⁵⁷ ECHR, *Case of Bazorkina v. Russia*, no. 69481/01, 27. 07. 2006, article 117.

⁵⁸ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

Pljačkanje i uništavanje imovine porodice Đokić, posle ubistva Bogdana Đokića, predstavlja povredu prava na imovinu. Neotkrivanjem i nekažnjavanjem počinitelja, porodica Đokić je lišena mogućnosti da naplati štetu. Pljačkanje i uništavanje imovine trajno je lišila porodicu Đokić vlasništva nad izvesnom imovinom, pa je više nego jasno da je došlo do povrede i uskraćivanja prava na mirno uživanje imovine. Porodica Đokić je samo jedna od porodica čije su kuće spaljene i uništene na Kosovu i Metohiji posle završetka oružanog sukoba. Procena je da je na Kosovu i Metohiji spaljeno, uništeno ili oštećeno oko 40.000 kuća i domova pripadnika srpskog naroda i drugih nealbana. Treba naglasiti da su kosovski sudovi dosledno odbacivali tužbe podnete za naknadu štete protiv UNMIK-a, KFOR-a i kosovskih institucija.

Član 6 st. 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda propisuje: „Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama, ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona”.⁵⁹ Kada je reč o utvrđivanju povrede prava na suđenje u razumnom roku, kriterijumi ESLJP za ocenjivanje su jasni. Opravdanost dužine postupka ceni se u svetlu okolnosti predmeta i na osnovu kriterijuma utvrđenih njegovom sudskom praksom, posebno u vezi sa složenošću predmeta, ponašanjem stranaka i nadležnih organa, kao i prema važnosti predmeta za podnosioca predstavljanja. Iz slučaja koji smo prikazali se jasno naziru izvesni propusti u istrazi, kao što su pasivnost istražnih organa. Bez obzira na način istrage, organi vlasti moraju reagovati čim se podnese zvanična prijava. Istraga bi trebalo da dovede do identifikacije i kažnjavanja odgovornih. Kao što se iz slučaja Bogdana Đokića vidi, istraga nije ni otvorena. Predmet nije toliko složen da nadležni organi ne mogu 15 godina da otkriju i procesuiraju počinioca. Kako je u pitanju ubistvo člana porodice i pljačkanje i uništavanje njihove imovine, jasno je da predmet ima veliku važnost za podnosioca krivične prijave i tužbe. Činjenica da se o podnetoj tužbi za naknadu štete odlučivalo tek posle 7 godina, a o podnetoj krivičnoj prijavi se nije odlučivalo 10 godina, a da je od trenutka ubistva Bogdana Đokića prošlo 15 godina, dovoljno govori o povredi prava na pravično suđenje i suđenje u razumnom roku. Povredu čl. 6 Konvencije, u ovom slučaju, treba posmatrati samostalno, ali i u skladu sa čl. 2 i Protokolom 1 uz Konvenciju. Očigledno je da je porodici Đokić uskraćeno pravo na pristup pravdi.

⁵⁹ *Ibid.*

Član 13 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda - pravo na delotvoran pravni lek propisuje: „Svako kome su povređena prava i slobode predviđeni u ovoj Konvenciji ima pravo na delotvoran pravni lek pred domaćim vlastima, bez obzira na to da li su povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu”.⁶⁰ Osnovno načelo pravila neiskorišćenosti pravnih lekova je da nadležnim organima (pre svega sudovima), pruži mogućnost da spreče ili isprave navodna kršenja relevantnih međunarodnih instrumenata. Kao što se iz prikazanog slučaja vidi, krivična prijava i tužba za naknadu štete nisu bile delotvorne. Porođici Đokić nije na raspolaganju efikasno pravno sredstvo, a veliki nedostatak predstavlja i to što Kosovo i Metohija nije član Saveta Evrope, pa je građanima uskraćeno da se obrate Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu. Praznina i pasivnost u istrazi, takođe, ukazuju na uskraćivanje delotvornosti. Povredu čl. 13 Konvencije u ovom slučaju treba tumačiti samostalno, ali i u skladu sa čl. 2 i Protokolom 1 uz Konvenciju. Unutrašnji pravni poredak nije obezbedio delotvoran lek za prekršena prava.⁶¹ Delotvoran lek bila bi temeljna i efikasna istraga koja bi dovela do identifikacije i kažnjavanja onih koji su odgovorni za lišavanje života,⁶² a ne samo informacije koje bi potvrdile da je istraga očigledno na mrtvoj tački od 1999. godine.

4. O (NE)ODGOVORNOSTI

Pored prikazanog slučaja ubistva i prakse Evropskog suda za ljudska prava, treba ukazati i na odgovornost KFOR-a, UNMIK-a, EULEKS-a i kosovskih institucija u datom slučaju. Prvo nam se nameće pitanje odgovornosti KFOR-a i UNMIK-a, jer sa njihovim dolaskom na Kosovo i Metohiju započinje egzodus i stradanje srpskog naroda.

Šezdesetsedmogodišnji Bogdan Đokić je lišen naoružanja od strane američkog podoficira KFOR-a, pa nije bio u stanju da se odbrani i zaštititi. KFOR i UNMIK su nedelanjem doprineli ubistvu Bogdana Đokića. Pljačkanje i uništavanje imovine porodice Đokić je potom usledilo, a KFOR i UNMIK nisu ništa uradili da spreče takva kriminalna dela. Pitanje koje se još nameće jeste, da li je oduzimanje ličnog i legalnog naoružanja Bogdanu Đokiću, pištolja koji je držao u kući, a kada se pojavila opasnost izneo u dvorište svog imanja, doprinelo ubistvu? Takvo

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ ECHR, *Case of Selmouni v. France*, no. 25803/99, 28. 07. 1999, article 74.

⁶² ECHR, *Case of Keenan v. UK*, no. 27229/95, 03. 04. 2001, article 122.

ponašanje podoficira KFOR-a je doprinelo fizičkoj likvidaciji Bogdana Đokića i posledicama koje su potom nastupile. Imenovani podoficir SAD je kao službeno lice prekršio zakon jer je propustio dužnost uvođenja nadzora, kao i savesnog postupanja u vršenju službe (da zaštiti slabije i starije), iako je bio svestan i morao je biti svestan kao podoficir, da uzimanjem ličnog naoružanja od Bogdana Đokića i nepostavljanjem dužnog nadzora u takvom okruženju, svojim (ne)postupcima ugrožava život Bogdana i Ljubice Đokić. Imenovani podoficir je mogao i morao predvideti da zbog toga, mogu nastupiti teže posledice po Bogdana i Ljubicu Đokić, kao i po njihovu imovinu, što se na kraju i desilo.

Iz slučaja je očividno da KFOR nije reagovao posle prvog napada na porodicu Đokić. Bogdan Đokić je ubijen na pragu svoje kuće, hicima u glavu, na podmukao način. Iz slučaja je očevidna odgovornost KFOR-a i UNMIK-a. Nisu zaštitili život i imovinu Bogdana Đokića, nisu odmah sproveli delotvornu istragu, nisu odmah izvršili obdukciju, nisu obavestavali porodicu o preduzetim radnjama, itd. Odgovornost vlasti postoji kad vlasti znaju ili bi trebalo da znaju da je njegov život ugrožen.⁶³ Vlasti su propustile da preduzmu odgovarajuće korake da zaštite Bogdana Đokića od napadača. Trebalo je da napadači budu identifikovani kao stvarna i ozbiljna pretnja. Organi vlasti, KFOR i UNMIK, prekršili su svoje obaveze u zaštiti prava na život i imovinu Bogdana Đokića. Imali su dužnost da zaštite i suzbiju krivična dela protiv Bogdana Đokića. Iz slučaja je jasno da su organi vlasti znali još 18. juna da postoji stvarni i neposredni rizik po život Bogdana i Ljubice Đokić, a od strane albanskih napadača. Organi vlasti nisu preduzeli preventivne mere da se taj rizik izbegne. Suprotno, lišili su Bogdana Đokića ličnog naoružanja i onemogućili mu odbranu, a sa druge strane, nisu identifikovali napadače niti ih razoružali, iako su napadači posedovali oružje za masovno uništavanje. To je dovelo do ubistva Bogdana Đokića 24. juna 1999. godine. Od KFOR-a i UNMIK-a se očekivalo da spreče neposrednu opasnost po život i imovinu Bogdana Đokića. Izgleda da nisu bili svesni da će ta opasnost postati realna.

UNMIK je propustio da istraži ubistvo. UNMIK je bio u obavezi da, ako ne odmah posle ubistva, onda nakon što je porodici predao posmrtnu ostatke njihovog srodnika, pokrene istragu. Mišljenje ESLJP je da su nadležni organi ti koji treba da pokrenu istragu, bez obzira da li su krivičnu prijavu podneli rođaci ubijenog ili ne.⁶⁴ UNMIK nije dostavio porodici Đokić bilo kakav istražni materijal u vezi sa krivičnom istragom. Od neposrednog svedoka ubistva, Ljubice Đokić, nije nikada ni uzeta izjava od

⁶³ ECHR, *Case of Osman v. UK*, no. 87/1997/871/1083, 28. 10. 1998, article 56-72.

⁶⁴ ECHR, *Case of Tanrikulu v. Turkey*, no. 23763/94, 08. 07. 1999, article 103.

strane UNMIK-a niti su članovima porodice pružene bilo kakve informacije u pogledu istrage.

Na EULEKS-u leži odgovornost što, po uspostavljanju misije u decembru 2008. godine, nije preuzeo sve slučajeve otmica i ubistava na nacionalnoj osnovi i pokrenuo odgovarajuće krivične istrage.

Odgovornost Ustavnog suda Kosova je posebno pitanje. Nemamo nameru da se detaljno bavimo Ustavnim sudom Kosova, već ćemo samo ukazati na (ne)odgovornost koju je imao u ovom slučaju. U Rešenju o neprihvatljivosti stiče se utisak da Ustavni sud Kosova smatra da podnosioci žalbe nisu podneli krivičnu prijavu, jer se na jednom mestu navodi: „Podnosioci zahteva tvrde da „o svim ovim događajima, detaljno je obavešten Okružni javni tužilac u Prištini 08. 10. 2004. godine.“⁶⁵ Arhiv Muzeja žrtava genocida poseduje original krivičnu prijavu koju je porodica Đokić podnela Okružnom javnom tužilaštvu u Prištini 2004. godine, pa se postavlja pitanje da li je neko u Okružnom javnom tužilaštvu u Prištini uništio ili sklonio krivičnu prijavu? Takođe, Ustavni sud Kosova nije odgovorio na pitanje da li je povreda ljudskih prava činjenica da istraga ubistva Bogdana Đokića nije pokrenuta.⁶⁶ Ustavni sud Kosova nije odgovorio ni da li je donošenje prvostepene presude po tužbi za naknadu štete posle 7 godina povreda prava na suđenje u razumnom roku. Ustav samoproklamovane Republike Kosova je donet 15. juna 2008. godine, a navedena presuda je doneta 19. decembra 2011. godine. Prema tome, period od donošenja Ustava do donošenja presude spada u vremensku nadležnost Ustavnog suda Kosova, pa je nelogično zašto Ustavni sud Kosova nije razmatrao postupanje Osnovnog suda u Uroševcu za period 2008-2011. godine. Ustavni sud nije dao odgovor da li je Osnovni sud u Uroševcu povredio pravo na suđenje u razumnom roku porodici Đokić, jer se na prvostepenu presudu čekalo više od 3 godine (što spada u nadležnost Suda), ne računajući period od 2004-2008. godine.

Takođe, veoma važno je pitanje obeštećenja žrtava i članova njihovih porodica zbog povreda ljudskih prava. Trenutno ne postoji pravni mehanizam kako bi se ostvarila naknada materijalne i nematerijalne štete zbog povreda prava od strane KFOR-a, UNMIK-a i EULEKS-a. Ovo pitanje zahteva mnogo prostora, pa ga ostavljamo za neka buduća istraživanja.

⁶⁵ AMŽG, Fond građe o ratnim sukobima od 1991. godine, Kosovo i Metohija, Dosije Bogdan Đokić, Rešenje o neprihvatljivosti Ustavnog suda Kosova br. KI36/14, od 08. 12. 2014. godine.

⁶⁶ Ono što se previđa jeste da su KFOR, UNMIK i kosovske institucije znali za ubistvo. Za to je dovoljan dokaz dokumentacija o smrti i obdukciji koju je izdao UNMIK, a kosovskim institucijama je podneta krivična prijava. Prim. autora.

5. ZAKLJUČNA OCENA

Slučaj koji smo prikazali ukazuje na nepoštovanje međunarodnih standarda u oblasti zaštite ljudskih prava na Kosovu i Metohiji. Slučaj Bogdana Đokića pokazuje hermetičku zatvorenost kosovskih organa kada je reč o pronalaženju i procesuiranju odgovornih Albanaca za ubistva koja su vršena na nacionalnoj osnovi. Treba reći da za počinjena krivična dela otmica i ubistava nad srpskom zajednicom na Kosovu i Metohiji skoro niko nije odgovarao.

UNMIK je bio zadužen za zaštitu ljudskih prava na Kosovu i Metohiji u periodu 1999-2008. godine, ali je zanemario prava žrtava albanskog terora i članova njihovih porodica. Dok se od pravosudnog sistema tzv. Republike Kosova nije ni očekivalo da se ozbiljno pozabave žrtvama albanskog terora, zanemarivanje ljudskih prava je nastavljeno i dolaskom misije EULEKS-a krajem 2008. godine na Kosovo i Metohiju.

U mnogim slučajevima nestanaka i ubistava srpskog stanovništva na Kosovu i Metohiji istrage nisu vršene ili su samo formalno otvorene. Istraga povodom ubistva Bogdana Đokića nije ni otvorena. Nepostupanje kosovskih organa po krivičnoj prijavi porodice Đokić, ukazuje na zataškavanje zločina. Na namerno zataškavanje zločina i kršenje prava ukazuje što tri nadležna organa (policija, tužilaštvo, sud) ništa nisu preduzeli povodom ubistva Bogdana Đokića. U svojoj suštini, pitanje ljudskih prava na Kosovu i Metohiji je političko pitanje. Sprovođenje istraga nestanka i ubistava srpskog stanovništva na Kosovu i Metohiji dovele bi do identifikacije počinilaca – pripadnika OVK. Istrage bi pokazale organizovanu kampanju OVK u periodu 1998-2000. godine, kako bi se uništio ili proterao srpski narod na Kosovu i Metohiji. Kako se ugled OVK ne bi ukaljšao, trebalo je brzo zataškati zločine. To se radilo neotvaranjem ili propustima u istragama.

*Bojan D. Đokić, Expert Associate
Museum of Genocide Victims*

Violations of Human Rights of Victims and Victims Family Members of Albanian Terror in Kosovo-Metohija (1999–2014): Case Study

Abstract: *The war between Yugoslavia and NATO, which lasted since 24. March until 10. June 1999, completed with Serbian forces withdrawal from Kosovo-Metohija. With the arrival of peacekeeping forces of KFOR and the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo (UNMIK) new resurrection of Serbian community in Kosovo-Metohija has begun. Thousands crimes have been committed against the members the community. Responsible for the crimes mostly remains unidentified and unpunished. KFOR, UNMIK, EULEX along with institutions of Kosovo deny and violate human rights of the Serbian - community since 1999 until nowadays. Case of Bogdan Djokic shows denial and violation of right to life, tenure right, right for fair trial and legal remedy.*

Key words: *Kosovo and the Metohija; Human rights; Case; Bogdan Djokic; KLA.*

Datum prijema rada: 13.02.2015.

*Mr Miloš B. Galantić, načelnik
Ministarstvo finansija Republike Srbije
Poreska uprava
Regionalno odeljenje Novi Sad
mgalantic@yahoo.com*

SPECIFIČNOSTI SUDA ZA ARBITRAŽU U SPORTU KAO MEĐUNARODNOG ARBITRAŽNOG TELA

Sažetak: *Sud za arbitražu u sportu predstavlja arbitražno telo čiji je zadatak rešavanje najvažnijih sporova u međunarodnoj zajednici, u okviru autonomije sporta. Svojim prilagođavanjem savremenom sistemu suverenih država, uz primenu klasičnih principa arbitraže, sa izvesnim stepenom korekcije usled specifičnosti sporta kao i primenom odgovarajućih normi međunarodnog javnog prava, postignuta je situacija da su arbitražne odluke Suda konačne i finalne. Uprkos značaju u međunarodnoj zajednici, domaća pravna teorija ne posvećuje adekvatnu pažnju navedenom fenomenu. Zadatak rada je skretanje pažnje široj domaćoj pravnoj populaciji na postojanje Suda za arbitražu u sportu, kao i ukazivanje na specifičnosti Suda za arbitražu u sportu poznavao-cima klasičnih komercijalnih arbitraža. Manja ili veća odstupanja od klasičnih principa komercijalnih arbitraža uslovljena su specifičnošću društvenih odnosa u sportu. Težište analize stavljeno je pre svega na pitanja fikcije sedišta arbitraže, obaveznu klauzulu o prihvatanju nadležnosti, postojanje zatvorenih lista arbitara kao i nepostojanje mogućnosti izbora arbitara u slučaju Ad hoc odeljenja, zabrana obraćanja redovnim sudovima za uspostavljanje privremenih mera i isključiva nadležnost Suda u datoj materiji, objavljivanje arbitražnih odluka, kao i rok od 24 časa za primenu propisane procedure i donošenje odluke u slučaju Ad hoc odeljenja.*

Ključne reči: *Sud za arbitražu u sportu (CAS), alternativno rešavanje sporova, arbitražno rešavanje sporova, sportsko pravo*

1. UVOD

Od nastanka modernog sporta u drugoj polovini XIX veka, pa sve do druge polovine XX veka, stroga amaterska osnova sporta je regulisanje društvenih odnosa u sportu činila neprivlačnim za državu. Autonomija regulisanja društvenih odnosa u sportu obuhvatala je, osim donošenja pravila ponašanja, i rešavanje sporova nastalih usled njihove primene. Sa naglom komercijalizacijom i profesionalizacijom sporta, sportski sporovi dobijaju značajne materijalne implikacije i njihovi učesnici nastoje da ostvare zaštitu svojih prava i van sportske zajednice, pre svega od strane nacionalnih sudova. U takvom okruženju nastala je potreba za modelom rešavanja sporova čija primena je trebala da postigne dva cilja: prvi, da obezbediti što je moguće manji uticaj državnih sudova i drugi, da uticaj, koji se ne može izbeći, bude centralizovan i jedinstven. Naizgled nemoguće rešenje je ipak postojalo i nalazilo se u alternativnom rešavanju sporova, tačnije njegovom najkompleksnijem delu – arbitraži, koja je svoje postojanje dokazala u oblasti rešavanja komercijalnih sporova. Uz primenu klasičnih principa arbitraže, sa izvesnim stepenom korekcije usled specifičnosti sporta (pogotovo za nekomercijalne aspekte), kao i primenom odgovarajućih normi međunarodnog prava, dobijen je prilično zadovoljavajući rezultat. Po ugledu na klasične međunarodne privredne arbitraže osnovan je Sud za arbitražu u sportu (Court of Arbitration for Sport - CAS).¹

Osnove sistema rešavanja sporova u sportu bi bile sledeće. Za rešavanje najvažnijih sporova u međunarodnoj sportskoj zajednici osniva se posebna međunarodna organizacija koja ispunjava sve uslove klasične međunarodne arbitraže. Pravni osnov za arbitražno rešavanje spora je prethodni obavezni arbitražni ugovor između strana u sporu kojim su se strane obavezale na arbitražno rešavanje spora i na poštovanje obavezne arbitražne odluke. Arbitražni sporazum je preduslov za članstvo u neposrednoj višoj sportskoj organizaciji kao i za učestvovanje na najznačajni-

¹ CAS je osnovan 1984. godine sa ciljem da postane „vrhovni sud u sportu“ po ideji tadašnjeg predsednika IOC-a Huana Samarana (Juan Samaranch). Sve do reforme 1994. godine IOC zadržava značajnu ulogu u radu CAS-a, kao što su finansiranje i značajna prava Predsednika IOC-a u izboru arbitara, tako da se njegova nezavisnost mogla dovesti u pitanje, naročito u pogledu sporova gde je IOC jedna od stranka. Reformom iz 1994. godine osnovan je Međunarodni Savet za arbitražu u sportu (International Council of Arbitration for Sport - ICAS), koji preuzima dotadašnju ulogu IOC-a u finansijsko administrativnom organizovanju sudske funkcije CAS-a. Reforma je dovela i do strukturalnih promene samog CAS-a, jer se uvodi podela na Redovno odeljenje i Žalbeno odeljenje. Nakon sprovedenih reformi presude Vrhovnog suda Švajcarske potvrđuju nezavisnost CAS-a čak i u slučajevima gde je IOC stranaka u sporu.

jim takmičenja. Spor, za koji je doneta arbitražna odluka ima status *res judicata* ili presuđene stvari i njeno dejstvo se izjednačava sa dejstvom odluke državnog suda. Odluka CAS-a za države predstavlja međunarodnu arbitražnu odluku i ingerencije države se svode samo na njeno priznanje i izvršenje, odnosno odbijanje priznanja i izvršenja, ali u samo u okviru znatno restriktivnih uslova u skladu sa široko prihvaćenom Konvencijom o priznanju i izvršenju međunarodnih arbitražnih odluka iz 1958. godine.² Pravo na preispitivanje odluke CAS-a ima samo država njegovog sedišta. Sedište CAS-a je uvek u Lozani u Švajcarskoj i njen pravni sistem, sa epitetom „prijateljski nastrojen arbitražama“³, dozvoljava preispitivanje odluke CAS-a samo pod vrlo restriktivnim uslovima. Praktična posledica navedenog pristupa je relativno mali broj osporavanja odluka CAS-a⁴ ispred Vrhovnog suda u Švajcarskoj kao i zanemarljiv broj uspešnih osporavanja.⁵ Na taj način postignut je cilj – skoro apsolutni broj odluka CAS je konačan i finalan.⁶

CAS u međunarodnoj zajednici ima poseban značaj kao telo koje autonomno i finalno rešava najvažnije sporove u sportu. Sredstva javnog informisanja posvećuju površnu pažnju CAS-u samo u vreme rešavanja značajnih sporova u sportu. Šira pravna populacija uglavnom nema ni saznanja o njegovom postojanju, što nije ni iznenađujuće, s obzirom na sličnu sudbinu i sportskog prava, čiji su bitan deo odluke CAS-a. Sa druge

² Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, UN, 1958.; Zakon o ratifikaciji Konvencije o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka, (Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori br. 11/81), 1981. Konvencija je naišla na značajan prijem u međunarodnoj zajednici i danas imamo 154 država potpisnica, među kojima su sve značajnije države. <https://treaties.un.org> 25.01.2015.

³ *The international comparative legal guide to: international arbitration*, Global Legal Group, London, 2009, 278; M. L. Moses, *The principles and practice of international commercial arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, 58.

⁴ CAS je u periodu od 1986-2013 godine doneo 2204 arbitražne odluke. Statistic, Court of Arbitration for Sport - CAS, 2014.

⁵ Vrhovni sud Švajcarske je u periodu od 1989-2013. godine doneo 331 presudu u meritumu povodom arbitražnih odluka. Od toga su samo 25 poništavajuće presude (delimično ili potpuno) ili 7,55%. U pogledu komercijalnih arbitraža od ukupno 230 presuda, poništavajućih je bilo 17 ili 6,88%. U pogledu CAS arbitražnih odluka od ukupno 76 presuda, poništavajućih je bilo 8 ili 9,52%. Važno je napomenuti da u periodu od 2009-2013 većinu presuda Sud je doneo povodom CAS arbitražnih odluka odnosno 79 od 157 presuda ili 50,3%. F. Dasser, D. Roth, "Challenges of Swiss Arbitral Awards – Selected Statistical Data as of 2013", *ASA Bulletin*, 32/3, 2014.

⁶ Na osnovu iznetih statističkih podataka možemo zaključiti da su šanse za poništenje odluke CAS-a ispred Vrhovnog suda Švajcarske u granicama od 10%, a verovatnoća da će buduća odluka CAS-a biti poništena od strane Vrhovnog suda Švajcarske iznosi samo 0.36%.

strane, među poznavateljima arbitražnog prava takođe postoji nepoznavanje arbitražnog rešavanja sporova u sportu. Osnovni razlog je njihovo bavljenje tradicionalnom komercijalnom arbitražom, u odnosu na koju sportska arbitraža ima niz značajnih specifičnosti.

Predstavljeni rad ima dva osnovna cilja. Prvi, je skretanje pažnje na Sud za sportsku arbitražu, međunarodno arbitražno telo, kome je povereno finalno rešavanje sporova u okvirima autonomije sporta, kao i na bitan segment sportskog prava - arbitražne odluke koje donosi navedeno telo. Cilj je više teorijske prirode, sa namerom da podstakne njegovo proučavanje u domaćoj pravnoj literaturi, srazmerno značaju koji ima u međunarodnoj zajednici. Želja autora je da putem skretanje pažnje na najuočljivije elemente sportskog prava podstakne proučavanje sportskog prava uopšte, u svim svojim segmentima. Drugi cilj je više praktičnog značaja i namenjen je poznavateljima klasičnog arbitražnog postupka komercijalnih arbitražnih tela. CAS, kao i sportsko pravo uopšte, ima niz specifičnosti čije je poznavanje neophodno za strane u sporu kao i za njihove pravne zastupnike. Dosadašnje iskustvo je pokazalo da je najbolja edukativna kombinacija zastupnika interesa sporta u arbitražnim procesima – kombinacija poznavanja tradicionalnog komercijalnog arbitražnog postupka i sportskog prava.

Zadatak rada je da ukaže na bitne elemente pojedinih specifičnosti postupka ispred CAS-a, čije je pravilno razumevanje neophodno radi povlačenja razlike u odnosu na klasični komercijalni arbitražni postupak. U pitanju su pravna fikcija sedišta arbitraže, obavezna klauzula o prihvatanju nadležnosti, postojanje zatvorenih lista arbitara kao i nepostojanje mogućnosti izbora arbitara u slučaju Ad hoc odeljenja, zabrana obraćanja redovnim sudovima za uspostavljanje privremenih mera i isključiva nadležnost CAS-a u datoj materiji, objavljivanje arbitražne odluka, kao i rok od 24 časa za primenu propisane procedure i donošenje odluke u slučaju Ad hoc odeljenja.

2. SEDIŠTE

Sedište CAS-a je u Švajcarskoj u Lozani. U Lozani se nalaze prostori suda, Sekretarijat, administrativna i finansijska tela. S obzirom na teritorijalnu univerzalnost sporta kao društvene aktivnosti, aktivnosti CAS-a se ne odvijaju samo u mestu formalnog sedišta. Osnovni izuzeci u decentralizovane kancelarije i Ad hoc odeljenja.

CAS ima dve stalne ispostave – decentralizovane kancelarije, od kojih je jedna u Australiji, Sidneju, a druga u SAD, Njujorku. Formalni

razlog osnivanja navedenih ispostava je lakši pristup strankama iz Okeanije i Severne Amerike. Suštinski razlog osnivanja, naročito u slučaju Severno američke kancelarije, je prihvatanje postojećeg stanja u kome postojeća nacionalna arbitražna tela imaju značajnu tradiciju u rešavanju sporova u sportu.⁷ Počev od Olimpijskih igara u Atlanti 1996. godine, CAS organizuje i Ad hoc Odeljenja pri značajnim sportskih događajima.⁸ Ad hoc odeljenja možemo opisati kao mobilne pravne jedinice CAS-a koje su fizički neprekidno dostupne za vreme trajanja sportskog događaja. Posledica takve organizacione šeme je da aktivnosti arbitražnog panela kao što su prijem podnesaka, imenovanje panela, održavanje ročišta pa i donošenje odluke, mogu biti preduzete na geografskim lokacijama različitim od Lozane i pod pravnim suverenitetom više država.

Razlikovanje pravnog sedišta ili mesta arbitraže i mesta održavanja ročišta nije nepoznato u propisima i praksi međunarodnih arbitraža. Tako na primer članom 18. Arbitražnih pravila⁹ Međunarodne trgovačke komore (International Chamber of Commerce - ICC) propisano je da mesto arbitraže određuje Međunarodni arbitražni sud ukoliko ne postoji drugačija saglasnost strana u sporu. Arbitražni tribunal može, posle konsultacija sa strankama, obaviti ročišta i sastanke na bilo kojoj drugoj lokaciji, odnosno arbitražni tribunal može raspravljati na bilo kojoj lokaciji koju smatra

⁷ Tako na primer u SAD Olimpijski i amaterski sportski Zakon izmešta nadležnost rešavanja pojedinih vrsta sporova van sportskih organizacija i dodeljuje je Američkoj arbitražnoj asocijaciji (American Arbitration Association - AAA). Olympic and Amateur Sports Act, (36 USC §§ 220501-220529), 1998. čl. 220522, 220529. AAA ostvaruje visok stepen saradnje sa CAS-om, tačnije njegovom Severno-američkim kancelarijom. Tako na primer, u slučaju rešavanja doping sporova, administriranje spora vrši Potpredsednik AAA koji predstavlja Sekretara Severno-američkog decentralizovane kancelarije. Imenik arbitara AAA čine arbitri CAS-a koji su državljani SAD i koji moraju proći obuku koju predviđa AAA. Supplementary Procedures for the Arbitration of Olympic Sport Doping Disputes, American Arbitration Association, 2009. čl. R-2, R-3.

⁸ U pitanju su najpoznatiji svetski sportski događaji kao što su letnje i zimske Olimpijske igre, Igre Komonvelta od 1998. godine, UEFA Šampionat Evrope od 2000. godine, i FIFA Svetski kup od 2006. godine. <http://www.tas-cas.org> 16.10.2014. Najnoviji sportski događaj na kome je organizovano Ad hoc odeljenje su Azijske Olimpijske igre u 2014. godini, a na osnovu Ugovora iz 2010. godine između Olimpijskog Saveta Azije (Olympic Council of Asia - OCA) i Međunarodnog Saveta za arbitražu u sportu (International Council of Arbitration for Sport - ICAS). Media release - first Ad hoc division of the Court of arbitration for sport at the Asian Games, <http://www.tas-cas.org/d2wfiles/document/7746/5048/0/cas20Ad20hoc20Division20Media20Release20-20General20-20201420%28English%29.pdf> 16.10.2014

⁹ Arbitration Rules, International Chamber of Commerce (ICC), 2012.

prikladnom. U članu 31. stavu 3. izričito se navodi da se pod mestom donošenja odluke smatra mesto arbitraže. Kao primer još detaljnijih pravila oko mesta sedišta arbitraže i posledica takvog izbora predstavljaju Arbitražna pravila¹⁰ Londonskog Suda za međunarodnu arbitražu (London Court of International Arbitration - LCIA). Navedena Pravila izričito navode razlikovanje mesta sedišta arbitraže ili pravnog mesta i mesta održavanja ročišta koje može biti održano na bilo kojoj pogodnoj geografskoj lokaciji. Sedište arbitraže određuju strane u sporu, a u suprotnom sedište arbitraže je u Londonu, osim ako Arbitražni tribunal ne odredi drugačije. Radi izbegavanja svakog nesporazuma posebno se navodi da ako su preduzimane radnje bilo gde van sedišta arbitraže, sama arbitraža i sve njene naredbe i odluke biti će tretirane u svim pogledima kao da su održane i donete u sedištu arbitraže. Takođe, pravo primenljivo na Arbitražni sporazum i na arbitražu je pravo po sedištu arbitraže, osim ako se drugačije strane pismeno ne saglase i pod uslovom da je takva saglasnost moguća po pravu sedišta arbitraže.

Navedeni geografski dualizam i fikcija pravnog sedišta posebno dolazi do izražaja u rešavanju sporova u sportu. Radi neophodne univerzalnosti i jedinstvenosti, odnosno obezbeđenja primene švajcarskog prava, Statutom CAS-a propisano je da je sedište Suda i svakog njegovog arbitražnog panela u Lozani, a da se pojedina ročišta mogu održavati po potrebi i na drugim lokacijama.¹¹ U slučaju Ad hoc odeljenja, posebnim Arbitražnim pravilima za Olimpijske igre naglašeno je da je sedište bez obzira na lokaciju panela uvek u Lozani, a da je Arbitraža regulisana poglavljem 12. Zakona o međunarodnom privatnom pravu države Švajcarske.¹² Vidimo da strane u sporu nemaju mogućnost izbora mesta arbitraže a samim tim i izbora države koja može tretirati odluku CAS kao domaću arbitražnu odluku i imati mogućnost njenog preispitivanja u meritumu.

Pravna osnovanost takve formulacije, stavljena je na probu tokom 2000. godine u okviru australijskog zakonodavstva. Pred australijskim Apelacionim Sudom Novog Južnog Velsa¹³ podnet je zahtev za preispitivanje odluke CAS kojom je rešen spor povodom izbora za džudo selekciju Australije.¹⁴ U svojoj presudi australijski sud u navođenju činjenica ve-

¹⁰ Arbitration Rules, London Court of International Arbitration (LCIA), 2014.

¹¹ Statutes of ICAS and CAS (Code), 2013. čl. R28.

¹² Arbitration rules for the Olympic Games, ICAS, 2003. čl. 7.

¹³ Novi Južni Vels je država Komonvelta Australije na čijoj je teritoriji bilo mesto održavanja Olimpijskih igara u 2000. godini.

¹⁴ Arbitration CAS 2000/A/284, Award of 14 August 2000. <http://jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/Shared%20Documents/284.pdf>, 11.2.2014.

zanih za osporenu odluku istakao je da je žalba podneta Odeljenju CAS u Sidneju, da je preliminarno ročište održano u Sidneju, kao materijalno pravo u sporu određeno je pravo Novog Južnog Velsa, ročište je održano u Sidneju, na kome je objavljena i odluka. Navedenom treba dodati i činjenicu da je arbitražni panel CAS-a bio sastavljen od trojice sudije državljana Australije, kao i da su obe strane u sporu bile državljani Australije. Argument odbrane je bio nepostojanje nadležnosti australijskog suda usled postojanja arbitražnog sporazuma koji isključuje nadležnost nacionalnih sudova. Australijski sud je u potpunosti podržao stav odbrane i odbacio zahtev za ukidanje odluke CAS-a. Sud je konstatovao postojanje arbitražnog sporazuma.¹⁵ Kao pravni osnov za odbijanje navedenog zahteva Sud nije koristio Njujoršku Konvenciju čiji je potpisnik Australija, ili federalne propise koji su implementirali datu Konvenciju, nego nacionalne propise Australije posvećene arbitražnim postupcima.¹⁶ Sud je u obrazloženju odluke posebno podvukao potrebu razlikovanja pravnog mesta ili sedišta arbitraže od fizičkog mesta arbitraže i potrebu davanja prednosti pravnom sedištu.¹⁷ U slučaju CAS-a, Sud je istakao je da: „Bez obzira gde je fizičko mesto CAS arbitraže, ona uvek ima pravno mesto ili sedište u Lozani.“¹⁸ Iznet stava Sud zasniva i na pravnom mišljenju profesorice međunarodnog privatnog prava i Predsednice Ad hoc Odeljenja Olimpijskih igara u Atlanti, Naganu i Sidneju, Kaufman-Koler (Kaufman-Kohler), koje najbolje karakteriše rečenica: „Igre se kreću, ali pravni okvir je stabilan“.¹⁹

3. ARBITRAŽNI SPORAZUM – ARBITRAŽNA KLAUZULA

Jedno od osnovnih načela arbitražnog rešavanja sporova je postojanje saglasnosti strana u sporu da se rešavanje spora poveri arbitraži a ne sudu date države. Istovremeno takva saglasnost je i pravni osnov za arbitražno rešavanje. Uobičajeno je pravilo međunarodnih arbitraža da takva

¹⁵ Angela Raguz v Rebecca Sullivan & Ors [2000] NSWCA 240, Supreme Court of New South Wales - Court of Appeal, 2000. čl. 111. <http://www.austlii.edu.au/au/cases/nsw/NSWCA/2000/240.html>, 11.08.2013

¹⁶ M. J. Mitten, H. Opie, "“Sports Law”: Implications for the Development of International, Comparative, and National Law and Global Dispute Resolution", *Tulane Law Review*, 85, 2010. 306.

¹⁷ Angela Raguz v Rebecca Sullivan & Ors [2000] NSWCA 240, Supreme Court of New South Wales - Court of Appeal, 2000, čl. 103.

¹⁸ *Ibid.*, čl. 99.

¹⁹ *Ibid.*

saglasnost mora biti iskazana pismenim putem i u praksi ona je deo arbitražnog sporazuma. Nacionalni sudovi imaju isti stav. Tako na primer, da bi arbitraža na tlu Švajcarske imala nadležnost u datom sporu, član 178. Stav 1. Federalnog zakona o međunarodnom privatnom pravu Švajcarske zahteva postojanje pismenog sporazuma ili bilo kog oblika koji obezbeđuje tekstualnu saglasnost kao što je na primer telegram, teleks, teleprinter ili drugi način komunikacije.²⁰ Njujorška Konvencija definiše termin pisani sporazum kao arbitražnu klauzulu u arbitražnom ugovoru ili arbitražni ugovor potpisan od strane stranaka ili sadržan u razmenjenim pismima ili telegramima.²¹

Arbitražne klauzula na kojoj se zasniva nadležnost CAS-a pojavljuje se u najvećem broju slučajeva u dva oblika. Prvi, uobičajeni za arbitražne postupke, predstavlja pisani ugovor koji se unapred zaključuje između učesnika sportskog događaja i sportske organizacije koja organizuje sportski događaj. Drugi, specifičniji, predstavlja uključivanje arbitražne klauzule u opšte akte sportskih organizacija, tzv. arbitražna klauzula po pozivu, kao uslov njihovog članstva u sportskoj piramidi. Do naglog povećanja takvih arbitražnih klauzula dolazi nakon sprovedenih reformi CAS u 1994. godini u pogledu razdvajanja od IOC i formiranja ICAS, i jačanja poverenja sportske zajednice u nezavisnost CAS-a. Danas takve arbitražne klauzule imaju opšti akti svih međunarodnih sportskih organizacija olimpijskih sportova kao i drugih sportova, naročito onih priznatih od strane IOC i onih koji nastoje da budu deo olimpijskog pokreta. Oba navedena oblika imaju jednu zajedničku karakteristiku koja predstavlja specifičnost u odnosu na klasične arbitraže. U pitanju je obaveznost prihvatanja arbitražne klauzule odnosno njeno prihvatanje predstavlja uslov za bavljenje datim sportom ili za prisustvo na datom sportskom događaju. Jedno od osnovnih načela arbitražnog rešavanja sporova je dobrovoljnost strana oko izbora arbitraže i dobrovoljnost odricanja od prava redovne sudske zaštite. Posebnu težinu datom problemu predstavlja činjenica da za razliku od klasičnih komercijalnih sporova gde su strane u sporu po pravilu privredna društva, u sportu česta strana spora su sportisti naspram međunarodnih sportskih organizacija. Sportisti nastupaju kao pojedinci, bez prateće finansijske i stručne logistike koje imaju međunarodne sportske organizacije. Još veći problem predstavlja monopol sportskog događaja međunarodnih sportskih

²⁰ Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL), Umbricht Attorneys, Zurich, 1987.

²¹ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, UN, 1958, čl. II st. 2.

organizacija. Prihvatanje arbitražne klauzule je uslov za pristup takmičenjima odnosno bavljenje datim sportom.

U pravnoj teoriji povremeno se postavlja pitanje validnosti ugovora sa obaveznim prihvatanjem arbitražne klauzule kao osnova za odricanje od prava redovne sudske zaštite.²² Obavezno odricanje od sudske zaštite nije proizvod međunarodnih sportskih organizacija. Najčešći korisnici takve klauzule su privredna društva sa značajnom tržišnom pozicijom, u svojim ugovorim odnosima prema potrošačima ili u ugovornim odnosima prema zaposlenima.^{23 24} Nacionalna zakonodavstva, s obzirom na kvantitet i specifičnu suštinu potencijalnih sporova te vrste i s obzirom na opterećenost redovnih sudova, podstiču njihovo rešavanje putem arbitraža. Zakon o sportu Republike Srbije predviđa mogućnost da rešavanje sporova, o pravima kojima strane u sporu slobodno raspolažu, bude povereno Ad hoc sportskom arbitražnom sudu, stalnom sportskom sudu pri Olimpijskom komitetu Srbije ili Sportskom savezu Srbije, kao i međunarodnoj sportskoj arbitraži u slučajevima utvrđenim sportskim pravilima nadležnog međunarodnog sportskog saveza.²⁵

U pogledu odluka CAS-a najbitnija je praksa Vrhovnog suda Švajcarske kao suda sedišta arbitraže. Švajcarsko arbitražno pravo, koje se tradicionalno smatra prijateljski naklonjeno arbitražama, usvaja i niz drugačijih postupanja u odnosu na odluke CAS-a. Jedno od takvih pristupa je prihvatanje validnosti takozvane „arbitražne klauzule po pozivu“. Tako na primer, Sud u presudi iz 2012. godine ističe da arbitražni sporazum mora biti u formi koja je propisana članom 178. stav 1. Federalnog zakona o međunarodnom privatnom pravu, „ali da Sud sa ‘blagonaklonošću’ razmatra ugovornu prirodu sportske arbitraže u pravcu ubrzavanja rešavanja spora od strane specijalizovanog arbitražnog tribunala koji daje dovoljne garancije nezavisnosti i nepri-

²² Tako na primer u pravnoj teoriji i praksi SAD validnost obavezne arbitražne klauzule u odnosu prema „slabijoj“ ugovornoj strani je jedno od najspornijih pitanja. A. Pina, "The Trials and Tribulations of the Court of Arbitration for Sport - Contribution to the Study of the Arbitration of Disputes concerning Disciplinary Sanctions", *The International Sports Law Journal*, 1-2, 2005.

²³ J. R. Sternlight, "Panacea or Corporate Tool? Debunking the Supreme Court's Preference for Binding Arbitration", *Washington University Law Review*, 74/3, 1996. 637.

²⁴ Tako na primer Epštajn (Epstein) konstatuje da u SAD u oblasti radnog zakonodavstva ugovori koji sadrže obaveznu arbitražnu klauzulu nisu neubičajena pojava. Analizirajući mogućnost da takva klauzula može predstavljati povredu prava radnika i eventualnu povredu ustavnog prava na sudsku zaštitu, autor ističe stav prakse Vrhovnog suda da se pojedinac može odreći svojih ustavnih prava. A. Epstein, "Alternative Dispute Resolution in Sport Management and the Sport Management Curriculum", *Journal of legal aspects of sport*, 12/3, 2002. 161.

²⁵ Zakon o sportu, (Sl. glasnik RS br. 24/11), 2011. čl. 51.

strasnosti, kao što je slučaj sa CAS.²⁶ U presudi iz 2009. godine jasno se navodi da „Federalni Sud smatra validnim opšte pozivanje na arbitražnu klauzulu sadržanu u Statutu Federacije“.²⁷

4. IZBOR ARBITARA

Autonomija strana u sporu klasičnih arbitraža podrazumeva pravo strana na predlaganje zajedničkog ili svog arbitra u zavisnosti od brojnosti predviđenog panela. Takvo predlaganje podleže i odobravanju od strane nadležnog organa arbitražnog tela. Prilikom odobravanja odnosno biranja arbitara u slučaju kada ne postoji saglasnost strana oko izbora arbitara ili u slučaju izbora trećeg arbitra kod tročlanih panela, nadležni organ arbitražnog tela uzima u obzir državljanstvo, boravište i druge parametre u pogledu država stranaka, kao i dostupnost i sposobnost arbitra da sprovede arbitražni postupak u skladu sa propisanim pravilima.²⁸

Arbitražni postupak ispred CAS-a poseduje izvesne specifičnosti. Pre svega izbor strana u sporu ispred Redovnog ili Žalbenog odeljenja je sveden na zatvorenu listu arbitara, u smislu da strane ne mogu predlagati lica van date liste. Sačinjavanje liste je u nadležnosti ICAS-a.²⁹ Osnovni kriterijumi za izbor arbitara su pravno obrazovanje, priznata kompetentnost u oblasti sportskog prava ili međunarodnih arbitraža, generalno poznavanje sporta, znanje najmanje jednog službenog jezika.³⁰ ICAS je dužan pri izboru arbitara vodi računa o kontinentalnoj zastupljenosti arbitara kao i o zastupljenosti različitih pravnih kultura.³¹

Razlog navedene specifičnosti proizilazi iz specifičnosti sporta i njegovog nepoznavanja od strane opšte pravne populacije. Videli smo da je

²⁶ 4A_428/2011, Arrêt du 13 février 2012, Tribunal Federal - Ire Cour De Droit Civil, 2012. čl. 3.2.3. http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2011/Entscheide_4A_2011/4A.428_2011.html, 12.4.2014.

²⁷ 4A_358/2009, Urteil vom 6. November 2009, Bundesgericht - I. Zivilabteilung, 2009. Navedena presuda navodi i više drugih presuda sa istim stavom. http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2009/Entscheide_4A_2009/4A.358_2009.html, 15.5.2014.

²⁸ Videti na primer: Arbitration Rules, International Chamber of Commerce (ICC), 2012, čl. 12. i 13.

²⁹ Statutes of ICAS and CAS (Code), 2013, čl. S6.

³⁰ *Ibid.*, čl. S14.

³¹ *Ibid.*, čl. S16. Aktuelna lista broji 299 arbitara i to 23 iz Afrike, 43 iz Severne Amerike, 6 iz Centralne Amerike i Kariba, 15 iz Južne Amerike, 29 iz Azije, 27 iz Okeanije i 156 iz Evrope. List of CAS Arbitrators per nationality, <http://www.tas-cas.org/arbitrators> 20.10.2014.

idealna kombinacija arbitra znanje sportskog prava i međunarodne arbitraže, što je danas teško postići. U praksi primetna je situacija preovlađivanja afirmisanih stručnjaka arbitražnog prava ili sudija redovnih državnih sudova koji se u toku svoje karijere okreću ka sportskom pravu. Biografija prvog i dugogodišnjeg predsednika CAS-a Kéba Mbaye govori u prilog navedene situacije.³²

Osnovna prednost ovakvog načina izbora arbitara je stvaranje uniformnosti rešavanja sporova u sportu, pogotovo u vremenu dok sportsko pravo ne dobije značajnije mesto u pravničkom edukativnom procesu. Primedbe protiv takvog pristupa, u pravcu stvaranja elitne grupe pravnika koji jedino mogu rešavati date sporove³³ i eventualnih zloupotreba, ne treba zanemariti. Uloga ICAS-a je i praćenje rada arbitara i pravo njihove zamene usled aktivnosti suprotnih postojećim propisima.

Navedena specifičnost praktično posmatrana u svojoj završnici ne predstavlja suštinsku razliku u odnosu na klasične arbitraže, jer se i kod njih sloboda stranaka u predlaganju arbitra podvrgava odobrenju od strane nadležnog tela. Mnogo je važnija sledeća specifičnost koja može dovesti u pitanje i samu prirodu arbitražnog procesa CAS. U slučaju Ad hoc Odeljenja pri značajnim sportskim događajima strane u sporu ne mogu birati arbitre, nego to čini Predsednik Ad hoc Odeljenja sa Specijalne liste arbitara koja predstavlja uži skup Opšte liste arbitara.³⁴ Navedena problematika bila je predmet razmatranja i Vrhovnog suda Švajcarske kao krajnje instance u rešavanju sporova u sportu. U presudi iz 2003. godine³⁵ Sud je, između ostalog, istakao da je navedeno restriktivno rešenje uobičajeno za korporativne institucije i koje opravdava izrazita tehnička priroda spora i potreba specijalizacije arbitara. Sud je, posebno naglasio da je dosadašnja praksa suda suočavanja sa datim problemom uvek vodila njegovom neosuđivanju i da je potrebno nastaviti sa takvom praksom.³⁶

³² Kéba Mbaye (1924-2007) je bio Predsednik CAS od osnivanja 1984. godine do svoje smrti. Bio je član IOC-a skoro trideset godina i njegov Potpredsednik u dva mandata. Kéba Mbaye je bio sudija Međunarodnog suda pravde od 1982. do 1991. godine i njegov Potpredsednik od 1987. do 1991. godine. Takođe je bio prvi predsednik Vrhovnog suda Senegala, tokom osamnaest godina. Nakon penzionisanja u ICJ, izabran je za predsednika Ustavnog saveta Senegala. Press Release 2007/15, ICJ, 2007 http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?pr=1915&pt=1&p1=6&p2=1_27.11.2013

³³ L. Reilly, "Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the Role of National Courts in International Sports Disputes", *Journal of Dispute Resolution*, 1, 2012. 65.

³⁴ Arbitration rules for the Olympic Games, ICAS, 2003, čl. 2. i 11.

³⁵ 4P.267/2002, Arrêt du 27 mai 2003, Tribunal Federal - Ire Cour De Droit Civil, 2003. http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2002/Entscheide_4P_2002/4P.267_2002.html, 4.3.2014.

³⁶ *Ibid.*, čl. 3.3.3.2.

5. POVERLJIVOST

Jedna od značajnih prednosti klasičnih arbitraža je poverljivost koja se garantuje stranama u sporu, osim ako se ne usaglasí drugačije. Sama priroda komercijalnih sporova, koji nastaju iz poslovnih odnosa, nalaže potrebu tajnosti i rešavanja spora u uskom krugu bez uplitanja javnosti. Kritičari arbitražnog rešavanja sporova kao posledicu takvog postupanja navode nepostojanje javne arbitražne prakse i moguće različito rešavanje istih vrsta sporova.

CAS navedenom pitanju pristupa u dva nivoa. Na prvom, u odnosu na Redovno odeljenje, propisuje se opšte pravilo da odluka neće biti objavljena osim ako drugačije ne odluče sve strane u sporu ili Predsednik odeljenja.³⁷ Ovakvo rešenje podudara se namerom da Redovno odeljenje ima ulogu klasične arbitraže u čijoj su nadležnosti komercijalni sporovi. Na drugom nivou, u pogledu Žalbenog odeljenja i Ad hoc Odeljenja, CAS usvaja drugačije rešenje. Odluka u celini ili u vidu saopštenja za javnost može biti publikovana, osim ako strane u sporu odluče drugačije. U tom slučaju i ostali elementi sudskog dosijea ostaju poverljivi.³⁸ Posledica ovakvog rešenja je znatan broj objavljenih odluka CAS. Sama priroda sporova u sportu uslovljava postojanje interesa javnosti bar za jednu stranu u sporu. Na taj način zadnjih decenija stvara se značajan izvor sportskog prava koji dovodi do dalje harmonizacije društvenih odnosa u sportu.

6. PRIVREMENE MERE

Mogućnost određivanja privremenih mera kojima bi se privremeno regulisali sporni društveni odnosi do momenta donošenja odluke povodom datog spora zajednička je karakteristika redovnog sudstva i arbitražnog načina rešavanja sporova. Osnovna razlika je u brzini reagovanja, i to u korist arbitražnog rešavanja, čija fleksibilna priroda omogućava ispunjenje specifičnih interesa strana u sporu. Osnovna funkcija privremenih mera je opravdano održavanje postojećeg stanja, odnosno sprečavanje nanošenja nepovratne štete za jednu od strana u sporu do momenta donošenja odluke u sporu.

Specifičnost CAS-a, koja bitno doprinosi efikasnosti i kvalitetu rešavanja spora, je rana mogućnost upotrebe privremenih mera u odnosu na klasične arbitraže. Najčešća opcija u pogledu klasičnih arbitraža je mo-

³⁷ Statutes of ICAS and CAS (Code), 2013, čl. R43.

³⁸ *Ibid.*, čl. 59.

gućnost određivanja privremenih mera tek nakon formiranja arbitražnog panela.³⁹ Jedan od razloga za pomenuto postupanje je nepostojanje zabrane stranama u sporu obraćanja nadležnim redovnim sudovima za ustanovljavanje privremenih mera.⁴⁰ U slučaju CAS-a, Statutom je posebno naglašeno da su strane u sporu postizanjem saglasnost oko arbitražnog rešavanja spora odrekli prava traženja privremenih mera od strane državnih tela ili tribunala.⁴¹ U pogledu CAS-a, predviđeni su mehanizmi primene privremenih mera i pre nego što je dati panel oformljen. Članom 37. Statuta predviđeno je da zahtev za privremenim merama može biti podnet već kada su svi unutrašnji pravni lekovi protiv date odluke iscrpljeni. Naredbu o privremenim merama može doneti Predsednik nadležnog Odeljenja, pre nego što zahtev uputi Panelu, ili sam Panel nakon prijema zahteva.⁴² Za postupanje po zahtevu za ustanovljavanje privremenih mera preduslov je da data materija pripada nadležnosti CAS-a.⁴³ Ukoliko tražilac privremenih mera ne podnose zahtev za pokretanje arbitražnog postupka u roku od deset dana od dana podnošenja zahteva, procedura za donošenje privremenih mera se prekida odnosno već ustanovljena mera se poništava.⁴⁴

Pravilnom i pravovremenom primenom privremenih mera CAS je u stanju da spreči nastupanje štetnih posledica koje se kasnije ne mogu adekvatno ispraviti. Priroda sportskih takmičenja ne dozvoljava dugotrajna odlaganja, i privremene mere imaju za funkciju omogućavanje arbitrima da nesmetano sprovedu propisanu proceduru. Statut CAS-a ne određuje vrste privremenih mera ali zato jasno propisuje kriterijume za njihovo donošenje.⁴⁵ Pre svega je u pitanju neophodnost njihovog donošenja iz razloga da tražilac može pretrpeti nenadoknadivu štetu, vero-

³⁹ Videti na primer: Arbitration Rules, London Court of International Arbitration (LCIA), 2014, čl. 25; Zakon o arbitraži, (Sl. glasnik RS br.46/06), 2006, čl. 31.

⁴⁰ Arbitration Rules, International Chamber of Commerce (ICC), 2012, čl. 28. st. 2; Arbitration Rules, London Court of International Arbitration (LCIA), 2014, čl. 25.3; Zakon o arbitraži, 2006, čl. 15. st. 1.

⁴¹ Statutes of ICAS and CAS (Code), 2013, čl. 37. st. 3.

⁴² Slična, ali ipak potencijalno sporija rešenja, su poznata i kod drugih klasičnih arbitraža. Tako na primer u slučaju ICC ukoliko strana u sporu ne želi da čeka formiranje arbitražnog panela može da podnese zahtev za imenovanje posebnog arbitra za rešavanje isključivo po zahtevu za privremenim merama. Predsednik Suda imenuje datog arbitra u što je moguće kraćem roku a koji bi u uobičajenim uslovima trebao da bude najduže dva dana. Arbitration Rules, International Chamber of Commerce (ICC), 2012, čl. 28. i 29., kao i Appendix V čl. 2.

⁴³ Statutes of ICAS and CAS (Code), 2013, čl. R37. st. 4.

⁴⁴ *Ibid.*, čl. R37 st. 6.

⁴⁵ *Ibid.*, čl. R37 st. 5.

vatnoća za rešavanje spora u njegovu korist tražioca i da njegovi interesi prevazilaze protivnike. Bliže definisanje navedenih kriterijuma se može naći u arbitražnoj praksi CAS.⁴⁶ Teret dokazivanja navedenog je na strani tražioca privremenih mera.⁴⁷ Analizirajući praksu CAS-a možemo uočiti da su najčešće privremene mere koje se zahtevaju od suda odlaganje izvršenja osporenih odluka. Odlaganje izvršenja je praktično jedini oblik koji Statut indirektno pominje i to u okviru mogućih elemenata žalbe,⁴⁸ dok arbitražna praksa CAS-a odlaganje izvršenja izričito podvodi pod privremene mere.⁴⁹ Od ostalih oblika izrečenih privremenih mera posebnu pažnju privlači Naredba Ad hoc Odeljenja na Olimpijskim igrama u Salt Lejku (Salt Lake) u cilju obezbeđenja dokaza. Naredba Odeljenja se sastojala u obavezivanju određenih lica (sportskih sudija) da ne smeju napustiti Olimpijsko naselje pre nego što Odeljenje ne utvrdi potrebne činjenice u vezi sporne dodele medalja.⁵⁰

Bitno je napomenuti da CAS, kao oblik međunarodne arbitraže, može tražiti od nacionalnih sudova izvršenje svojih privremenih mera. U pitanju su mere koje ne mogu izvršiti same međunarodne sportske organizacije ili se ne mogu izvršiti dobrovoljno. CAS neće imati teškoća za izvršenje privremenih mera na teritoriji države sedišta jer Savezni zakon o privatnom međunarodnom pravu Švajcarske predviđa takvu mo-

⁴⁶ Arbitražna praksa daje bliže određivanje navedenih kriterijuma u vidu takozvanih „testova“ čiji se zahtevi moraju ispuniti da bi došlo do ustanovljavanja privremenih mera od strane CAS-a. *Test nenadoknadive štete* predstavlja obavezu podnosioca da demonstira da tražene mere su neophodne radi njegovog obezbeđenja od štete ili rizika koje je nemoguće ili vrlo otežano ukloniti ili ispraviti u kasnijoj fazi. *Test izgleda na uspeh* zahteva obavezu podnosioca da demonstira svoje razumne izgleda na uspeh u sporu. *Test balansa pogodnosti* zahteva obavezu podnosioca da demonstira da će šteta ili nepogodnosti koje će pretrpeti od odbijanja traženih privremenih mera biti veće nego šteta ili nepogodnosti druge strane ukoliko se usvoje privremene mere. Kod pomenutog balansa pogodnosti arbitražna praksa zahteva da u slučaju antidoping sporova Panel mora voditi računa i o javnom interesu u borbi protiv dopinga. Arbitration CAS 2007/A/1370 Order, Order on provisional measures of 10 December 2007. 3. <http://jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/Shared%20Documents/1370,%201376-O.pdf>, 23.8.2014.

⁴⁷ Videti na primer: Arbitration CAS 2008/A/1621, Order of 27 August 2008. čl. 2. <http://jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/Shared%20Documents/1621-O.pdf>, 25.12.2014.

⁴⁸ Zahtev za odlaganje izvršenja odluke protiv koje je izjavljena žalba, sa navedenim razlozima može se predati Sudu zajedno sa samom žalbom. Statutes of ICAS and CAS (Code), 2013, čl. R48.

⁴⁹ Arbitration CAS 2003/O/486, Preliminary award of 15 September 2003. <http://jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/Shared%20Documents/486.pdf>, 14.9.2014.

⁵⁰ Arbitration CAS ad hoc Division (O.G. Salt Lake City) 02/004, Order of 14 February 2002. <http://jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/Shared%20Documents/OG%202002-004.pdf>, 25.1.2014.

gućnost.⁵¹ Izvršenja van teritorije Švajcarske su uslovljena nadležnim nacionalnim zakonodavstvima. Tako na primer zakonodavstvo Nemačke ovlašćuje domaće sudove da izvršavaju naredbe za sprovođenje privremenih mera arbitražnih tela čak i kad imaju sedišta van Nemačke.⁵² Zakonom o arbitraži Republike Srbije pravo podnošenja zahteva za donošenje privremenih mera daje strankama i u slučajevima kada se sporazum o arbitraži odnosi na arbitražu „čije je mesto u drugoj državi“.⁵³

7. AD HOC ODELJENJA

Pravila ponašanja kojima je regulisano obrazovanje i delovanje CAS Ad hoc odeljenja sadržana su pre svega u Arbitražnim pravilima Olimpijskih igara.⁵⁴ Navedena pravila se u svojoj osnovi primenjuju i na druge značajne sportske događaje ali u formi posebno donetog propisa za dati događaj, sa izvesnim izmenama.⁵⁵ Osim Olimpijskih igara (od 1996.) Ad hoc odeljenja CAS formiraju se i za Igre Komonvelta (od 1998.), UEFA evropski Kup (od 2000.), FIFA Svetski Kup (od 2006.) i Azijske igre (od 2014. godine).

Ad hoc odeljenje koje će rešavati sporove u vezi datog sportskog događaja obrazuje ICAS. Odeljenje se obrazuje za period od deset dana uoči datog sportskog događaja. ICAS formira i objavljuje Specijalnu listu arbitara Ad hoc odeljenja a na osnovu opšte Liste arbitara. Predsednika i zamenika predsednika bira ICAS u okviru svojih članova. Kancelarije Ad hoc odeljenja se nalaze u mestu održavanja sportskog događaja. Za nasta-

⁵¹ Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL), Umbricht Attorneys Zurich, 1987, čl. 183. st. 2.

⁵² I. Blackshaw, "ADR and Sport: Settling Disputes Through the Court of Arbitration for Sport, the FIFA Dispute Resolution Chamber, and the WIPO Arbitration & Mediation Center", *Marquette Sports Law Review*, 24/1, 2013. 13.

⁵³ Zakon o arbitraži, 2006, član 15. st. 2.

⁵⁴ Arbitration rules for the Olympic Games, ICAS, 2003.

⁵⁵ Tako na primer u pogledu Azijskih olimpijskih igara razlika u odnosu na pomenuta Arbitražna pravila Olimpijskih igara je u pogledu nadležnosti Ad hoc odeljenja, jer pokriva samo sporove koje nastanu na teritoriji države mesta održavanja i u vremenskom periodu održavanja Igara. Arbitration rules for the XVII Asian Games in Incheon, ICAS, 2014. U pogledu FIFA Svetskog kupa razlika postoji i u pogledu pravila da je postupak ispred Ad hoc odeljenja oslobođen troškova. Oslobođanje je predviđeno samo za žalbeni postupak protiv odluka CAS-a. (član 23. st. e.) Takođe, i vremenski limit za donošenje odluke je pomeren sa 24 časa na 48 časova. (član 19.) Najvažnija razlika je u pogledu nadležnosti Ad hoc odeljenja, jer ona obuhvata samo sporove koji su proizašli iz finalnog dela takmičenja u skladu sa ograničenjima FIFA Statuta u pogledu nadležnosti CAS-a (član 1.) Arbitration rules for the 2014 FIFA World Cup Brazil - final round, ICAS, 2014.

le sporove Predsednik formira Veća, u čijem sastavu se nalaze po tri arbitra, ili njihovo rešavanje poverava arbitru pojedincu. Predsednik, Zamenik predsednika i svi arbitri su dužni da budu neprekidno dostupni i prisutni za vreme trajanja sportskog događaja.

Nadležnost Ad hoc odeljenja je određena Olimpijskom poveljom⁵⁶ – svaki spor koji nastane povodom ili u vezi sa Olimpijskim igrama, i Arbitražnim pravilima Olimpijskih igara⁵⁷ – svaki spor koji nastane tokom Olimpijskih igara ili u periodu od deset dana pre svečanog otvaranja Igarra. Na ovaj način redukovana je broj potencijalnih sporova. Navedena pravila na prvi pogled ne izazivaju nedoumice, ali u praksi su postojale određene dileme. Uvođenje pomenutog eliminatornog vremenskog kriterijuma otvorilo je pitanje tačnog datuma nastanka datog spora. Značajno je pogledati stav arbitražne prakse CAS-a, koja je vremenom pretrpela suštinske izmene. Sve do 2014. godine Ad hoc odeljenja su zastupale stav da je vreme nastanka spora datum podnošenja zahteva za rešavanje spora ispred Ad hoc odeljenja a u periodu od deset dana pre svečanog otvaranja Igarra i pre isteka roka od 21 dan za podnošenje zahteva predviđenog procedurom ispred Žalbenog odeljenja. Takav stav je posebno iznet u odluci Ad hoc odeljenja za Zimske Olimpijske igre u Turinu rečima da: „čak i kada je osporena odluka doneta i pre perioda od deset dana pre Svečanog otvaranja, nemoguće je reći da je spor nastao pre nego što je žalilac odlučio da se žali i da popuni obaveštenje o žalbi.“⁵⁸ Ad hoc odeljenje za Zimske Olimpijske igre u Sočiju 2014. godine pravi zaokret u pogledu datog pitanja i ističe da: „Datum nastanka spora ne može biti, sam za sebe, datum podnošenja zahteva za rešavanje spora. Jasno je da spor nastaje pre formalnog podnošenja zahteva tribunalu. Drugačije, svaki zahtevani vremenski okvir za vreme nastanka spora neće imati korisno značenje.“⁵⁹ Ad hoc odeljenje ide i korak dalje, i ističe da nije uvereno pravnim rezonovanjem usvojenim u Šuler slučaju, i smatra da takvo zaključivanje vodi proširenju nadležnosti Odeljenja van preciznih vremenskih okvira propisanih Arbitražnim pravilima.⁶⁰ Po mišljenju Odeljenja spor nastaje datum donošenja odluke kojom je strana u sporu nezadovoljna.⁶¹

⁵⁶ Olympic Charter, IOC, 2013. čl. 61. st. 2. .

⁵⁷ Arbitration rules for the Olympic Games, ICAS, 2003, čl. 1.

⁵⁸ Arbitration CAS ad hoc Division (OG Turin) 06/002, Award of 12 February 2006. čl. 1. Odluka je poznata kao Šuler (Schuler) slučaj. <http://jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/Shared%20Documents/OG%2006-002.pdf>, 21.3.2014.

⁵⁹ Arbitration CAS Ad hoc Division (O.G. Sochi) OG 14/03, Court of Arbitration for Sport, 2014. čl. 5.21. http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/DOC.pdf, 5.2.2014.

⁶⁰ *Ibid.*, čl. 5.26 i 5.27.

⁶¹ *Ibid.*, čl. 5.28.

Ipak, najznačajnija specifičnost Ad hoc odeljenja predstavlja rok za rešavanje spora. U slučaju Olimpijskih igara redovni rok za rešavanje spora je 24 časa od prijema zahteva. Taj rok može biti produžen u izuzetnim okolnostima od strane Predsednika Ad hoc odeljenja.⁶² U slučaju Ad hoc odeljenja pri Svetskom prvenstvu u fudbalu, rok za rešavanje spora je 48 sati od prijema zahteva.⁶³ Može se postaviti pitanje opravdanosti strogih vremenskih limita u pogledu procedure CAS i mogućnosti strana u sporu da kvalitetno pripreme svoje aktivnosti. Navedene restrikcije prava obe strane u sporu učinjene su zbog specifičnosti i potreba brzine rešavanja sportskih sporova naročito kada je pitanju uzastopni vremenski kontinuitet održavanja takmičenja, kao što je slučaj sa Olimpijskim igrama ili drugim značajnim sportskim takmičenjima.

8. ZAKLJUČAK

Sve navedene karakteristike postupka ispred CAS-a kao arbitražnog tela predstavljaju manje ili veće specifičnosti u odnosu na klasične arbitražne postupke. U pitanju su pomenuta obavezna klauzula o prihvatanju nadležnosti, nepostojanje izbora arbitara i prava arbitraže, zabrana obraćanja redovnim sudovima za uspostavljanje privremenih mera, objavljivanje odluka, kao i rok od 24 časa za primenu propisane procedure i donošenje odluke. Navedene specifičnosti u kombinaciji sa činjenicom da danas nije teško braniti stav da sportista koji želi da učestvuje na takmičenjima i da se bavi datim sportom u okviru date međunarodne sportske federacije, nema slobodu izbora pri zaključivanju arbitražnog sporazuma, odnosno da neprihvatanje nadležnosti CAS-a praktično znači prestanak bavljenja datim sportom, na prvi pogled predstavljaju značajan problem. U oblasti ugovornog prava, nejednake pregovaračke snage ugovornih strana, razni oblici pritisaka koji proizilaze iz monopolskog položaja jedne od ugovornih strana ili drugačije rečeno - nepostojanje mogućnosti izbora jedne ugovorne strane mogu predstavljati osnov za nepriznavanje i poništavanje ugovora. Ipak, danas težište navedenog problema u njegovoj praktičnoj primeni se pomera na polje postojanje jednog drugog bitnog načela arbitražnog postupka – nezavisnosti arbitraže. Prihvata se činjenica da je jedna strana u sporu „slabija“ strana, da praktično nema mogućnost suštinskog izbora, ali njen pristanak na odricanje od prava redovne

⁶² Arbitration rules for the Olympic Games, ICAS, 2003, čl. 18.

⁶³ Arbitration rules for the 2014 FIFA World Cup Brazil - final round, ICAS, 2014, čl. 19.

sudske zaštite mora biti praćen postojanjem nezavisnog tela koje će rešiti dati spor. Razlozi i interesi države za takvo postupanje su prvenstveno opterećenost sudova ali i svest da za pojedine specijalizovane sporove redovni sudski put nije najefikasnije rešenje. Po mišljenju međunarodne sportske zajednice, navedene specifičnosti ne predstavljaju ograničavanje prava strana u sporu, nego su uvedene „u interesu sportista i sporta“.⁶⁴ Primenom navedenih specifičnih rešenja a naročito uspostavljanjem specifičnog arbitražnog tela koje odmah po nastanku spora i na samom mestu spora u roku od 24 časa donosi odluku kojom se rešava spor, postižu se dva bitna cilja međunarodne sportske zajednice. Prvi, sportski događaj se može nastaviti bez sporne situacije i drugi, prava sportista su zaštićena bez mešanja nacionalnih sudova.

U praksi najvažnija potvrda, dolazi od Vrhovnog suda Švajcarske kao nadležnog suda sedišta međunarodne arbitraže, koji je jedini nacionalni sud koji pod određenim uslovima može preispitivati odluku CAS. U presudi Lazutina i Danilova protiv IOC, FIS i CAS⁶⁵ u pogledu Ad hoc odeljenja CAS-a, Sud jasno ističe prednosti usvojenih rešenja i iznosi sledeći stav:

„U takmičarskom sportu, posebno Olimpijskim igrama, od vitalne važnosti za sportiste i redovno odvijanje događaja, da sporovi budu rešeni brzo, jednostavno, fleksibilno i jeftino od strane stručnjaka u pogledu kako pravnih tako i sportskih pitanja. Ideja liste arbitara, korišćena od strana CAS, pomaže ostvarenju navedenih ciljeva. Posebno zahvaljujući stvaranju Ad hoc odeljenja, omogućeno je stranama u sporu da dobiju odluku brzo, a na osnovu saslušanja preduzetih od lica sa pravnom obukom i priznatim znanjem u oblasti sporta uz zaštitu svojih prava na pravičan postupak. Takođe, kako su CAS arbitri redovno informisani o razvoju sportskog prava i arbitražnoj praksi CAS, dati sistem, koji takođe pomaže eliminaciji problema u vezi međunarodne prirode mnogih sportskih sporova, obezbeđuje konzistentnost u donošenju odluka.“⁶⁶

⁶⁴ Arbitration rules for the Olympic Games, ICAS, 2003, čl. 1.

⁶⁵ 4P.267/2002, Arrêt du 27 mai 2003, Tribunal Federal - Ire Cour De Droit Civil, 2003. http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2002/Entscheide_4P_2002/4P.267__2002.html, 4.3.2014.

⁶⁶ *Ibid.*, čl. 3.3.3.2.

*M.Sc Miloš B. Galantić, Head of the Regional Department
of the Tax Administration in Novi Sad
Ministry of Finance
Republic of Serbia*

Specifics of the Court of Arbitration in Sport as an International Arbitration Body

Abstract: *The Court of arbitration in sport represents an arbitral body whose task is to resolve the most significant disputes in the international community, within the autonomy of sport. With its adaptation to the contemporary system of sovereign states, by applying the classical principles of arbitration, with some degree of correction due to the specificity of sport, as well as the application of appropriate norms of international public law, achieved a situation that arbitration decisions of the Court are final. Despite its importance in the international community, domestic legal theory does not pay adequate attention to the above phenomenon. The task of this paper is to draw attention of the wider legal population to the existence of the Court of Arbitration in Sport, as well as pointing out the specifics of the Court of Arbitration in Sport to those skilled in classic commercial arbitration. Smaller or greater variations from the classical principles of commercial arbitration are conditioned by the specificity of social relations in sport. The focus of the analysis is placed primarily on issues of the legal fiction of arbitral tribunal seat, mandatory clause of acceptance of jurisdiction, the existence of the closed list of arbitrators and the lack of choice of arbitrators in the case of Ad hoc divisions, prohibition of addressing to the ordinary courts to establish a temporary measures and exclusive jurisdiction of CAS in a given matter, the publication of arbitral awards and 24-hour deadline for the application of the prescribed procedures and decision-making in the case of Ad hoc divisions.*

Key words: *The Court of arbitration in sport (CAS), alternative dispute resolution, dispute resolution by arbitration, sports law*

Datum prijema rada: 06.04.2015.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

*Dr. Tamás Prugberger, ordentlicher Professor
Fakultät für Staats- und Rechtswissenschaft der Universität Miskolc
civprugi@uni-miskolc.hu*

*Dr. Timea Barzó, außerordentlicher Professor
Fakultät für Staats- und Rechtswissenschaft der Universität Miskolc
civba@uni-miskolc.hu*

DIE ORGANISIERUNG DER ARBEITSZEIT IM GESUNDHEITSWESEN BEZÜGLICH DER EUROPÄISCHEN UND UNGARISCHEN REGELUNG

Zusammenfassung: Die Autoren stellten fest dass unter medizinische Tätigkeit versteht man in Ungarn die medizinische Dienst, wobei die medizinische Qualifikation unentbehrlich ist. Diese Tätigkeit nach der Regelung des geltendes Gesetzes über Gesundheitswesens Ungarns könnte man seitens physischen und auch von juristischen Personen auszuüben. Das Rechtsverhältnis zwischen der Patienten und medizinische Dienstleister wurde durch Heilungsvertrag geschaffen und durch dies wurde, im Einklang des Gesetzes, geregelt. Für die medizinische Arbeiter (Ärzte und Hilfspersonen) das Gesetz die maximale tägliche Arbeitszeit begrenzt innerhalb 12 Stunden, welcher Verlängerung wurde nur mit Einverständnis des Arbeiters gestattet. Dann aber der Arbeitsgeber schuldet ein besonderer Lohn. Bestanden besondere gesetzliche Regelungen über Inspektionen welchen die Qualität der medizinischen Dienstleistungen überwachen. Über die medizinische Notdienst bestanden Sonder- Regelungen.

Schlüsselwörter: Medizinische Tätigkeit, Arbeitszeit der medizinische Arbeiter nach europäische und ungarische Regelung, Heilungsvertrag, medizinische Inspektion

1. Die Formen der gesundheitlichen Tätigkeit

Die gesundheitliche Tätigkeit ist alle zur gesundheitlichen Dienstleistung gehörenden Tätigkeit, zu der eine medizinische Qualifikation oder eine Fachbeaufsichtigung der über medizinische Qualifikation verfügenden Person

erforderlich.¹ Der fachspezifische Inhalt der gesundheitlichen Tätigkeit wird im Gesetz über den Gesundheitswesen geregelt. Das Gesetz Nr. LXXXIV. von 2003 über die einzelnen Fragen der gesundheitlichen Tätigkeit ordnet (GesTG, auf Ungarisch Eütev. tv.), dass die gesundheitlichen Tätigkeit in welcher organisatorischen Form und in welchem Rahmen der Rechtsverhältnisse verrichtet werden soll.

Die Regelungen des GesTG müssen auf die natürlichen und juristischen Personen, die auf dem Gebiet von Ungarn ein gesundheitliche Dienstleistung leisten, weiterhin auf die nicht rechtfähigen Organisationen, sowie auf die natürlichen Personen, die gesundheitliche Tätigkeit verrichtet, angewandt werden. So kann man feststellen, dass die auf die Arbeitsverrichtung bezogenen grundsätzlichen Regelungen branchenneutral sind, d.h. die vom Typ des Rechtsverhältnis unabhängige Verrichtung der gesundheitlichen Tätigkeit stattfinden.

Das GesTG stellt fest, dass bezüglich der auf das Arbeitsverrichtung gerichtete Rechtsverhältnis grundsätzlichen Bestimmungen in welchen solchen Fragen anwenden müssen, enthält das Gesetz im Zusammenhang mit den keine verschiedenen Bestimmung. Demzufolge bezieht sich auf den im Arbeitsverhältnis stehenden Arzt die Regelungen des Arbeitsgesetzbuches, auf den angestellten Arzt das Gesetz Nr. XXXIII. von 1992 über die Rechtslage für Angestellte und die Vorschriften des BGBs auf den über den Auftragsvertrag verfügenden Mitarbeiter, wer gesundheitliche Tätigkeit verrichtet, in allen solchen Fällen (z.B. Freiheit, Haftung usw.), in denen das GesTG keine spezielle Vorschrift enthalten.

Die gesundheitliche Tätigkeit kann in mehreren Rechtsverhältnissen verrichten werden und deren möglichen Formen werden im GesTG enumerativ aufgezählt. Der gesundheitliche Mitarbeiter entscheidet sich zusammen mit dem gesundheitlichen Dienstleiter, dass die gesundheitliche Tätigkeit in welchen Rahmen des Rechtsverhältnisses erfüllt. Aber die Auswahl der Form von Rechtsverhältnis soll nicht das rechtliche Interesse des gesundheitlichen Mitarbeiters beeinträchtigen und verkümmern. Die gesundheitliche Tätigkeit wird im folgenden Rechtsverhältnissen verrichtet:

- im Rahmen des freien Beruf auf dem Grund des gewerbliches Auftrags nach dem § 6:238. § oder dem 6:272. § des BGB.-s;
- als gesundheitlicher Einzelunternehmer am Grund der im vorigem Punkt erwähnte Verträge des BGB.-s;
- als Mitglied einer Gesellschaft, meistens in offenen Handelsgesellschaften, oder Kommanditgesellschaften, ebenso wie in den Genossenschaften.

¹ § 3 Punkt y) Gesetz Nr. CLIV aus dem Jahr 1997 über das Gesundheitswesen (Sanitär-gesetz, SanG, auf Ungarisch Eütv.)

- Im angestellten Rechtsverhältnis im Rahmen des öffentlichen Angestelltengesetzes (XXXIII:1992), meistens in staatlichen Krankenhäusern oder Kliniken;

- Im Arbeitsverhältnis nach dem Arbeitsgesetzbuch (1912:I.Ges.) bei den Privatkrankenhäusern und manche Kreisärzte in den Gemeinden, wenn der Gemeinde dem Arzt als Arbeitgeber tätig ist;

- Im öffentlichen-rechtlichen Rechtsverhältnis, im Rahmen des Beamtengesetzes (2011:CXCIX. Ges.) als Beamte in der örtlichen und zentralen Gesundheitsbehörde;

- Im dienstlichen Rechtsverhältnis bei der Polizei und Armee nach dem Polizeigesetz und Wehrgesetz;

- Als Kirchmann auf dem Grund des kirchlichen Dienstes von den staatlich anerkannten Religionen;

- Als freiwillige Mithelfer;

- Als Mitglied eines Einzelunternehmens auf dem Grund des Dienstverhältnisses meistens nach dem Arbeitsgesetzbuch.

Das GesTG stellt für die Sicherung des Patientenrechts auf den ausgeruhten gesundheitlichen Mitarbeiter fest, dass der gesamte Zeitraum der auf Grund des verschiedenen Rechtsverhältnisses ausführbaren gesundheitlichen Tätigkeit beschränkt ist, sowohl wöchentlich, als auch im Hinblick der Maße von der täglichen Arbeitsverrichtung. Der gesamte Zeitraum der gesundheitlichen Tätigkeit vom gesundheitlichen Mitarbeiter, der an einer kalendarischen Woche auf Grund des sämtlichen Rechtsverhältnisses verrichten soll, darf nicht wöchentlich 6 Stunden im 6 monatlichen Durchschnitt übersteigen, sowie der gesamte Zeitraum der gesundheitlichen Tätigkeit darf an einem kalendarischen Tag 12 Stunden auch nicht übersteigen, wenn die Verrichtung der gesundheitlichen Tätigkeit parallel im Rahmen des mehreren oder mehreren Arten Rechtsverhältnisses ausgeübt wird. Bei der Bestimmung der in den verschiedenen Rechtsverhältnissen verbrachten Gesamtzeit der gesundheitlichen Tätigkeit ist angesichts der Versorgung der Inspektion *nur die effektive Zeit der Tätigkeit in Betracht genommen zu werden.*²

Das Sanitätsgesetz bestimmt unter die obenstehenden Limitregeln zwei wichtigen Ausnahmen. Einerseits muss man die im Arbeitsverhältnis verrichteten freiwilligen Überzeit nicht in den gesamten Zeitraum der im mehreren Rechtsverhältnissen verrichteten gesundheitlichen Tätigkeit einbeziehen.³ Wenn zum Beispiel ein Einzelunternehmer, der ein Arzt von Beruf ist, nimmt an einem durch die Gemeinde organisierten zentralen Bereitschaftsdienst teil, dann muss man zum Zeitraum der als Hausarzt

² § 5 Abs. 5 SanG (Eütv.)

³ § 12/B Abs. 1 GesTG (Eütev. tv.)

verrichteten gesundheitlichen Tätigkeit nur die Maße der im zentralen Pikettdienst verrichteten tatsächlichen ärztlichen Tätigkeit berücksichtigen, dagegen kann man den Zeitraum der sog. Verfügbarkeit unter den Pikettdienst nicht berücksichtigen.⁴ Andererseits kann die tägliche Arbeitszeit des angestellten gesundheitlichen Mitarbeiters gemäß der Abteilung die 12 Stunden so übersteigen, wenn der gesundheitliche Mitarbeiter in der 12 Stunden überstiegenen Arbeitszeit ausschließlich den gesundheitlichen Pikettdienst verrichtet.⁵

Das Gesetz schreibt für den in den mehreren Rechtsverhältnissen eine gesundheitliche Tätigkeit verrichteten Mitarbeiter vor, dass die Einhaltung der im Gesetz bestimmten Zeitbindungen mit der Erklärung nachweisen soll, weil manche Arbeitgeber nur bei ihnen verrichteten Tätigkeit unternehmen können. Die Erklärung muss durch die gesundheitliche Mitarbeiter beim sämtlichen gesundheitlichen Dienstleiter abgegeben werden, wobei sie eine gesundheitliche Tätigkeit verrichtet.

2. Die einzelnen Fragen der Arbeitszeitgestaltung bezüglich der europäischen Regelungen

Die Richtlinie 93/104/EG des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (im Nachfolgenden: Richtlinie) bestimmt die Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeitszeitgestaltung.⁶ Diese Richtlinie wurde von der Richtlinie 2000/34/EG und dann auch die Richtlinie 2003/88/EG geändert, die die vorigen zwei Richtlinien abgewechselt hat und sie hat in einem einheitlichen Struktur festgehalten. Diese Richtlinie ist am 2. August 2004 in Kraft getreten. Der zweite Artikel bestimmt den Begriff der Arbeitszeit und der Ruhezeit.

Die Arbeitszeit ist jede Zeitspanne, während der ein Arbeitnehmer gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt. *Die Ruhezeit* ist jede Zeitspanne außerhalb der Arbeitszeit.

Die Richtlinie enthält konkreten Bestimmungen, die sich auf die Mindestruhezeiten und auf die sonstigen Aspekte der Arbeitszeitgestaltung beziehen. *Tägliche Ruhezeit*: jedem Arbeitnehmer wird pro 24-Stunden-

⁴ Kőszegfalvi Edit: Munkajog az egészségügyben. In: A vállalkozó orvosok nagy kézikönyve. (Dósa Ágnes – Kovácsy Zsombor). MERITUM Folge. Complex, Budapest 2011. [KŐSZEGFALVI] S. 751.

⁵ § 12/F Abs. 1 GesTG (Eütev. tv.)

⁶ Predrag Jovanović, Radnopravni okviri harmonizacije našeg i evropskog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, No. 3/2005, S. 231-240.; Senad Jašarević, Zaštita jednakosti zaposlenih u pravu Evropske Unije, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, No. 3/2010, S. 257-273.

Zeitraum eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden gewährt. *Wöchentliche Ruhezeit*: jedem Arbeitnehmer wird wöchentlich eine kontinuierliche Mindestruhezeit von 24 Stunden zuzüglich der täglichen Ruhezeit von elf Stunden gewährt. *Wöchentliche Höchstarbeitszeit*: die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet. Artikel 17 Absatz 2 lässt in diesem Fall einen Unterschied, wenn für die betroffenen Arbeitnehmer gleichwertige Ausgleichsruhezeiten sichern oder einen angemessenen Schutz erhalten.

Der Europäische Gerichtshof hat mehreren fallweisen Entscheidungen über die Anwendung der Richtlinie im Laufe des Vorabentscheidungsverfahrens gebracht.

Der Europäische Gerichtshof hat die Folgenden im Fall *Norbert Jaeger* (C-151/02) ⁷ bezüglich der Auslegung der Richtlinie (Artikel 2. Absatz 1. und Artikel 3.) im Betreff des Ersuchens um Vorabentscheidung erklärt: Die Richtlinie 93/104 EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung ist dahin auszulegen, dass der Bereitschaftsdienst, den ein Arzt in Form persönlicher Anwesenheit im Krankenhaus leistet, in vollem Umfang Arbeitszeit im Sinne dieser Richtlinie darstellt, auch wenn es dem Betroffenen in Zeiten, in denen er nicht in Anspruch genommen wird, gestattet ist, sich an seiner Arbeitsstelle auszuruhen, so dass die Richtlinie der Regelung eines Mitgliedstaates entgegensteht, nach der Zeiten, in denen ein Arbeitnehmer während eines Bereitschaftsdienstes untätig ist, als Ruhezeit eingestuft werden.

Der Europäische Gerichtshof hat bezüglich der anfallenden Umstände in diesem Fall erklärt, dass der Regelung eines Mitgliedstaates entgegensteht, die bei einem in Form persönlicher Anwesenheit im Krankenhaus geleisteten Bereitschaftsdienst –gegebenfalls über einen Tarifvertrag oder eine aufgrund eines Tarifvertrages getroffene Betriebsvereinbarung – einen Ausgleich nur der Bereitschaftsdienstzeiten zulässt, in denen der Arbeitnehmer tatsächlich eine berufliche Tätigkeit ausgeübt hat. Das Europäische Gerichtshof hat auch erklärt, dass die Kürzung der täglichen Ruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden durch Ableistung eines Bereitschaftsdienstes, der zur regelmäßigen Arbeitszeit hinzukommt, fällt nur dann unter die Abweichungsbestimmungen in Artikel 17 Absatz 2 Nummer 2.1 Buchstabe c Ziffer i der Richtlinie 93/104, wenn den betroffenen Arbeitnehmern gleichwertige Ausgleichsruhezeiten im unmittelbaren Anschluss an die entsprechenden Arbeitsperioden gewährt werden.

⁷ Im erwähnten Fall des EuGH hat sich ein deutscher Arzt zum Gericht gewendet. In seinem Antrag hat er eingewandt, dass seine ärztliche Inspektion im Krankenhaus gemäß der deutschen Gesetzen als Ruhezeit gilt, nicht als Arbeitszeit, abgesehen von dem Teil des Dienstes, den er mit effektiver ärztlicher Tätigkeit verbringt. Dieser Unterschied ergibt aber natürlich Unterschied im Lohn auch. Das Fall wurde vor dem EuGH im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren gebracht.

In Artikel 2 der Richtlinie 93/104 enthält die Bestimmung der Arbeitszeit und der Ruhezeit und in Artikel 3 enthält die Bestimmung der täglichen Ruhezeit und der wöchentlichen Arbeitszeit mit diesem Kriterium, dass die Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit der Sicherheit und dem Schutz der Gesundheit vom Arbeitnehmer verfahren sollen.

Der Artikel 18 stellt fest, dass kein Arbeitgeber von einem Arbeitnehmer verlangt, mehr als 48 Stunden innerhalb eines Siebentagezeitraums – im Durchschnitt 6 Monaten - zu arbeiten, es sei denn der Arbeitnehmer hat sich hierzu bereit erklärt.

Der Europäische Gerichtshof hat in einem gleichen Fall (C-303/98. Simap) auch erklärt, für Bereitschaftsdienst aufgewandte Zeit der Ärzte der Teams zur medizinischen Grundversorgung im Großen und Ganzen als Arbeitszeit zu betrachten ist, wenn die Ärzte im medizinischen Zentrum dasein müssen.

Wenn die Ärzte gemäß der Abteilung während des Bereitschaftsdienstes kontinuierlich verfügbar zu sein ist, dann wird die tatsächliche Erbringung von Leistungen der medizinischen Grundversorgung aufgewandt als Arbeitszeit anzusehen. Der Europäische Gerichtshof hat die persönliche Anwesenheit am Arbeitsplatz – im medizinischen Institut - für entscheidende Bedeutung bezüglich der Bestimmung der Arbeitszeit gehalten und es ist unabhängig davon, dass in diesem Zeitraum der Arzt zur Verfügung des Arbeitgebers steht oder verrichtet eine tatsächliche Arbeit, fachliche Arbeit.

Der Europäische Gerichtshof hat weitergehend im Januar 2007 gebrachten Urteil in dem Rechtsstreit Vorel (C-437/05.) bestätigt, dass bezüglich des keine tatsächliche Arbeit verbrachten Teiles vom medizinischen Bereitschaftsdienst ein differentielles entgeltliches System rechtmäßig anwenden kann.

Als Zusammenfassung der Entscheidungen hat der Europäische Gerichtshof bestimmt:

- die Bereitschaftsdienstzeit wird nicht als Ruhezeit betrachtet, sogar im Fall auch nicht, wenn sie für die Ärzte ein Ruheraum sichert wird, wo sie noch auch schlafen können, wann an ihren Dienstleistungen kein Bedarf hat.
- Die mit dem Bereitschaftsdienst verbrachten ganzen Zeit wird als Arbeitszeit aufgrund der Richtlinie betrachtet, nicht nur einen Teil, den der Arbeitnehmer mit der tatsächlichen Tätigkeit verrichtet hat Bereitschaftsdienst als Ruhezeit betrachtet und die Bestimmungen beziehen sich nur auf die mit der tatsächlichen medizinischen Versorgung verbrachten Zeit. Diese Regelungen sind im Gegensatz zu der Richtlinie.
- Die Richtlinie schließt von vornherein die nationalen Regelungen, die den
- Die Richtlinie schließt aber nicht die differentielle Belohnung des medizinischen Bereitschaftsdienstes aus.

3. Die Arbeitszeitgestaltung im ungarischen Gesundheitswesen

Ungarn hat ihre Verpflichtungen der Rechtsangleichung erfüllt, damit sie der Bestimmungen betreffender Richtlinie für die Transplantation in nationales Recht gesorgt hat, d. h. Ungarn hat die erforderlichen nationalen Rechtsvorschriften gestaltet.

Das Gesetz bestimmt die besonderen medizinischen vorwärtskommenden Regelungen für die Angestellten, für die im Arbeitsverhältnis beschäftigten medizinischen Mitarbeiter (im Folgenden: angestellten medizinischen Mitarbeiter) und für die in der gesonderten Regelung bestimmten im anderen Gesundheitswesen arbeitenden Mitarbeiter – angesichts der Überladenheit der medizinischen Mitarbeiter und der besonderen Haftung der mit verbundener medizinischen Tätigkeit. Die angestellten medizinischen Mitarbeiter müssen in die Leistungsgruppe und in die Gehaltsstufe (die im Arbeitsverhältnis verbrachte Zeit ist maßgeblich) aufgrund der verschiedenen beruflichen Anforderungen (wie z.B. der zur Erfüllung des Arbeitskreises vorgeschriebenen Schulabschluss, medizinische Befähigung, Doktor-Titel, der akademische Grad usw.) eingeordnet werden. Die Regelung bestimmt den Betrag der monatlichen garantierten Gebühr von dem im ärztlichen Arbeitskreis angestellten medizinischen Mitarbeitern, den medizinischen Mitarbeitern und sie bestimmt einschlägigen Regelungen auch. Die Krankenträger und andere Hilfskräfte mit der Grundschulbildung werden in der „A“ oder „B“ Besoldungsklasse, die Pflegerinnen, Assistenten, und Laboranten mit einer Mittelschulbildung in der „C“ und „E“ Klasse eingegliedert. Solche Mitarbeiter im Gesundheitswesen, die über einem Hochschuldiplom verfügen, zum Beispiel die Rettungs-, oder Sanitätsoffizieren sind in der „E“ oder „F“ Klasse, und die Ärzte, weil sie über Universitätsdiplom verfügen werden in der „G –J“ Klassen eingesetzt. Zur „I“ Klasse gehören die Ärzte mit Facharztdiplom, und in der „J“ gehören, die wissenschaftlichen Titel erworben haben. Je einzelnen Besoldungsklasse gehören 14-14 Besoldungsstufen. Solche hochqualifizierte medizinische Fachleute, zum Beispiel Gesundheitsinspektoren und Amtsärzte, die in Behörden im Dienst stellen, weil meistens über akademische Bildung verfügen, werden in der erste Eingliederungsklasse eingegliedert, solche Inspektoren aber, die nur Abitur bestanden haben sind nur in der zweite Eingliederungsklasse des Beamtengesetzes. In beiden Beamtenkreisen die Besoldung laufen nach 17-17 Besoldungsstufen. Unter diesen jemand in welcher Stufe wird eingesetzt, hängt von seiner Dienstzeit im öffentlichen Dienst. Die administrativen Hilfskräfte bekommen ihre Einkommen auf dem Grund auch von der Dienstzeit hangende 6 Belohnungsstufe, die in der dritte Eingliederungsklasse des Beamtengesetzes zu finden ist.

3.1 Die Arbeitszeit der medizinischen Mitarbeiter und die Regelungen der Arbeitszeiteinteilung

Bezüglich der medizinischen Mitarbeiter bestimmt das Gesetz abweichend von der allgemeinen arbeitsrechtlichen Regelungen den Umfang der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit von der im angestellten Rechtsverhältnis verrichteten Mitarbeiter. Zu dieser Erfassung ist erforderlich – ausschließlich bei der medizinischen Mitarbeiter - die Erkennung der Bestimmungen bezüglich der Arbeitsverrichtung.

Die im Bereitschaftsdienst verrichteten Arbeit – im Gegensatz zum Arbeitsgesetzbuch- gilt nicht als außerordentliche Arbeitsverrichtung. Der medizinische Bereitschaftsdienst (pro Kalenderjahr allerhöchstens 416 Stunden) kann für den angestellten medizinischen Mitarbeiter – über der ordentlichen 40 Stunden betragenen wöchentlichen Arbeitszeit hinaus - mit dieser Voraussetzung verordnet werden, dass der kollektive Zeitraum der außerordentlichen Arbeitsverrichtung und des medizinischen verordneten Bereitschaftsdienstes nicht pro Kalenderjahr 416 Stunden überschreiten darf.⁸

3.1.1. Die Beschränkungen der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit vom medizinischen Mitarbeiter

Der medizinische Fachangestellte kann gemäß der Einordnung die tägliche 12 Stunden überschreiten, wenn in der 12 Stunden überschreitenden Arbeitszeit des medizinischen Mitarbeiters ausschließlich medizinischen Bereitschaftsdienst erfüllt. Der medizinische Mitarbeiter kann täglich die 12 Stunden ausschließlich überschreiten, wenn

- im Fall der freiwilligen Arbeit mit einer geltenden Vereinbarung
- in zwei Wochen maximal einmal auf die Belästigung der zur Verfügung stehenden Rahmen vom Bereitschaftsdienst (jährlich 416 Stunden oder aus der ordentlichen Arbeitszeit wöchentlich 16 Stunden). Die täglich 12 Stunden überschreitende Arbeitsverrichtung im Bereitschaftsdienst wird vom Gesetz mit der 50% Gebühr des Bereitschaftsdienstes kompensiert.⁹

Wenn aufgrund der Einordnung der Arbeitszeit vom medizinischen Mitarbeiter die in der Arbeitszeitrahmen durchschnittlich gerechneten 48 Stunden pro Woche voraussichtlich überschreitet und der medizinische Mitarbeiter verrichtet gemäß jeweiliger Einordnung noch freiwillige Mehrarbeit auch, die freiwilligen Stunden müssen vorerst auf die tägliche über 12 Stunden überschreitende Einordnung des medizinischen Bereitschaftsdienstes gebraucht werden.

⁸ § 12/D Abs. 1-3 GesTG (Eütev. tv.)

⁹ § 12/F Abs.1-2 GesTG (Eütev. tv.)

Wenn der täglich über 12 Stunden überschreitende verordnete medizinische Bereitschaftsdienst oder die Belastung der nicht im Großen und Ganzen freiwillig übernehmenden Mehrarbeit erfolgen, dann der Arbeitgeber muss in der Reihenfolge zuerst die auf die Belastung der ordentlichen Arbeitszeit (gemäß der Hauptregelung 40 Stunden) die verfügenden 16 Stunden haltigen Rahmen in Anspruch nehmen und nur nach der Erschöpfung dieser Rahmen können die jährlich 416 Stunden haltigen „Normal“ Rahmenstunden des Bereitschaftsdienstes die auf täglich über 12 Stunden überschreitende Einordnung des Bereitschaftsdienstes brauchen.¹⁰

Die wöchentliche Arbeitszeit kann – abgesehen von dem Fall des medizinischen Fachangestellten, der über freiwillig unternommene Überzeit vereinbart hat – aufgrund der Bestimmung des Arbeitgebers im Durchschnitt des Arbeitszeitrahmens *48 Stunden nicht überschreiten, sodass* der Arbeitgeber - darauf angerechnet – über die Arbeitszeit nach der täglichen Arbeitsordnung *außerordentliche Arbeitsverrichtung* oder *medizinische Inspektion* verordnet kann. Die ordentliche Arbeitszeit, die medizinische Inspektion, die auf den wöchentlich 16 Stunden langen (jährlich 416 Stunden langen) Rahmen angerechnet verordnet ist, und die freiwillig unternommene Überzeit zusammen – im Fall von Anwendung des Arbeitszeitrahmens in seinem Durchschnitt kann

- wöchentlich sechzig Stunden, oder
- wenn der medizinische Fachangestellte medizinische Inspektion auch versorgt, wöchentlich zweiundsiebzig Stunden
nicht überschreiten.

Bei der Anwendung der Regel, die sich auf das Höchstmaß der Arbeitszeit des medizinischen Fachangestellten bezieht – im Einklang mit den Regeln der EU – *soll die Gesamtzeit der medizinischen Inspektion als Arbeitszeit betrachtet werden.* In die Höchstzeit der wöchentlichen Arbeitszeit soll die Gesamtzeit der medizinischen Inspektion, und die Zeit der außerdem verordneten außerordentlichen Arbeitsverrichtung auch eingerechnet werden.¹¹

Angesichts der medizinischen Fachangestellten sind Regeln *über die strenge Arbeitszeiteinteilung* anzuwenden. Während der Arbeitszeiteinteilung ist nicht nur das zu bezeichnen, dass der Beteiligte an welchen Tagen ab und bis wann die Arbeit ausübt, sondern auch das, wann diese Arbeitsverrichtung als ordentliche Arbeitszeit, wann als medizinische Inspektion und wann als Bereitschaft gilt. Bei der Inspektion ist es auch zu bezeichnen, ob sie von dem Arbeitgeber verordnet werden kann, oder auf die freiwillig unternommene Überzeit angerechnet wird. Die Arbeitszeiteinteilung - inklusiv der Einteilung

¹⁰ § 12/F Abs. 2a GesTG (Eütev. tv.)

¹¹ § 12/F Abs. 4-5 GesTG (Eütev. tv.)

der medizinischen Inspektion und der Bereitschaft auch - soll dem medizinischen Fachangestellten *mindestens vor einem Monat und mindestens in einem Monat voraus, schriftlich* mitgeteilt werden, wenn der Kollektivvertrag keine abweichende Bestimmung enthält. Der Kollektivvertrag kann die Weise, die Form der schriftlichen Mitteilung – angesichts besonders der hierorts gewöhnlichen Weise der Mitteilung oder der Möglichkeit der elektronischen Mitteilung – regeln.¹²

Für den medizinischen Fachangestellten kann im Fall der ohne Unterbrechung fungierenden medizinischen Dienstleister einen *sechs Monat langen Arbeitszeitrahmen* festgesetzt werden.¹³ In die Arbeitszeit des medizinischen Fachangestellten *soll* aus der Zeit der verbindlichen Fortbildung (damit er Punkte sammelt) – einschließlich der Teilnahme an Kongressen auch – *die Zeit eingerechnet werden*, die die Satzung der medizinischen Dienstleister bestimmt. Diese Zeit darf jährlich nicht weniger als 3 Arbeitstage und nicht mehr als 10 Arbeitstage sein.¹⁴

Die hier erwähnte Arbeitszeit-, und Inspektionszeitregelungen sind nach den oben erklärten Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes in die Kraft gesetzt worden. Bevor die Arbeitnehmer im Gesundheitswesen waren völlig ausgedient. Nämlich in dieser Lage war eine große Rechtslockerung. Deswegen die Ärzte und die Krankenschwester in den Krankenhäuser und Kliniken manchmal mehr Tagen lang haben ohne Unterbrechung Inspektion fortgesetzt, und nach der Ende manchmal täglich 2-3 Inspektionen am Wochenanfang haben mit ohne Ruhe die ordentliche Arbeitszeit angefangen. Zum Glück mit den neuen Rechtsregelungen es ist schon vorbei.

3.1.2. Die freiwillig unternommene Überzeit (Mehrarbeit)

Die freiwillig übernommene Arbeitszeit gleicht nach der Vereinbarung, die der Arbeitgeber auf dem Grund des Arbeitsgesetzbuches mit dem Arbeitnehmer daran schließen kann, dass er für den Arbeitgeber höchstens bis zur 6 Monaten lang wöchentlich statt die regelmäßige 40 Stunde wöchentliche Arbeitszeit höchstens 60 Stunden pro Woche Mehrarbeit übernimmt. Die medizinische Fachangestellte kann über die im Durchschnitt des Arbeitszeitrahmens gezahlte wöchentlich 48 Stunden lange Arbeitszeit, die von dem Arbeitgeber verordnet wird, *Überzeit unternehmen*, dessen Maß kann *im Durchschnitt des Arbeitszeitrahmens wöchentlich 12 Stunden*, beziehungsweise wenn die Überzeit *sich ausschließlich auf Versorgung von medizinischen Inspektion richtet, dann wöchentlich 24 Stunden* nicht überschreiten.

¹² § 13 Abs. 1-5 GesTG (Eütev. tv.)

¹³ § 12/A Abs. 1 GesTG (Eütev. tv.)

¹⁴ § 15 GesTG (Eütev. tv.)

Der medizinische Fachangestellte kann zum Unternehmen der Überzeit *nicht gezwungen werden*, seine berechnete Interesse kann im Zusammenhang damit nicht beeinträchtigt, seine Möglichkeit auf Interessendurchsetzung nicht beschränkt werden. Unter den medizinischen Fachangestellten ist die negative Diskriminierung im Zusammenhang mit der freiwillig unternommenen Überzeit verboten.

Über die freiwillig unternommene Überzeit schließen der Arbeitgeber und der medizinische Fachangestellte eine Vereinbarung, die eine schriftliche Form benötigt. Die Vereinbarung kann auf *unbestimmte* oder *bestimmte* Zeit, mindestens auf die Dauer des beim Arbeitgeber maßgebenden Arbeitszeitrahmens, mangels dieses Rahmens auf eine bestimmte, 1 Monat lange Zeit geschlossen werden. Die verbindlichen inhaltlichen Elemente der Vereinbarung über die freiwillig unternommene Überzeit bestimmt das Gesetz ausführlich. Der Gesetz ermöglicht den Parteien die Vereinbarung über die freiwillig unternommene Überzeit auch auf unbestimmte Zeit zu schließen, damit die administrativen Lasten des Schließens der Vereinbarung verminderbar sind.

Die Parteien *können* die Vereinbarung über die freiwillig unternommene Überzeit am letzten Tag des Monats nach der Zeitpunkt der Mitteilung der Kündigung *kündigen*.

- Wenn der Vertrag auf *unbestimmte* Zeit geschlossen wurde, dann sind beide Parteien berechtigt ohne Begründung zu kündigen.

- Wenn aber *die Vereinbarung auf bestimmte Zeit* geschlossen wurde, kann der medizinische Fachangestellte den Vertrag dann kündigen, wenn die Erfüllung der Vereinbarung – wegen einem Grund, der nach dem Schließen entstanden oder bekannt wurde – seine persönlichen, familiären oder anderen Verhältnisse unverhältnismäßig benachteiligen würde. Dasselbe Recht steht dem Arbeitgeber dann zu,

- wenn er aufgrund den neuen Umständen, die nach dem Schließen der Vereinbarung entstanden sind, die ununterbrochene Versorgung ohne die Arbeitsorganisationsmittel gemäß der Vereinbarung auch gewährleisten kann.

Der Arbeitgeber *ist verpflichtet* über die freiwillig unternommene Überzeit *Registrierung zu führen*, die monatlich enthält:

- a) die Namen der medizinischen Mitarbeiter, mit denen er Vereinbarung über die freiwillig unternommene Überzeit geschlossen hat,
- b) den Stundenrahmen der von ihnen unternommenen Überzeit, und
- c) die auf den unternommenen Stundenrahmen angerechnete tatsächlich verordnete Arbeitszeit.¹⁵

Die über die freiwillig unternommene Überzeit geführte Registrierung teilt der medizinische Dienstleister *der medizinischen Verwaltungsbehörde* unter den operativen Daten mit, die im Durchschnitt des Arbeitszeitrahmens die

¹⁵ § 12/B Abs. 1-8 GesTG (Eütev. tv.)

wöchentlich 48 Stunden überschreitende Arbeitsverrichtung des medizinischen Fachangestellten verbieten oder beschränken kann. Dieses Verbot oder diese Beschränkung wird angesichts der in seinem *Gesundheitszustand, besonders in seiner Belastungsfähigkeit*, oder in seinem anderen, die Arbeitsverrichtung betreffenden persönlichen Umstand entstandenen Änderung oder wegen der *Sicherheit der Patienten* angewendet.¹⁶

3.1.3. Die Ruhezeit des medizinischen Mitarbeiters

Zwischen der Beendigung der medizinischen Tätigkeit und die nächste, gemäß der Arbeitsordnung angefangene Tätigkeit ist eine *Ruhezeit* von mindestens 11 Stunden zu gewährleisten, die im Fall von ohne Unterbrechung fungierenden medizinischen Dienstleister *aufgrund der Vereinbarung der Parteien auf mindestens 8 Stunden lange* ununterbrochene Ruhezeit vermindert werden kann. Diese Zeitdauer ist aber ununterbrochen, das heißt, dass während der Ruhezeit kann der Mitarbeiter nicht zur Arbeit in Anspruch genommen werden. Im Fall von medizinischer Inspektion ist diese Ruhezeit *unmittelbar nach der Beendigung der medizinischen Inspektion auszugeben*.

Bezüglich des wöchentlichen Rasttags sind die allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln für den medizinischen Mitarbeiter maßgebend. Dem Arbeitnehmer steht *wöchentlich eben 2 Rasttage* zu, die im Fall von allgemeiner Arbeitsordnung Samstag und Sonntag sind. Der Rasttag richtet sich nach den Werktagen, stimmt mit dem Kalendartag überein, oder weicht dem Werktag nach vom Kalendartag ab. Die Dauer zwischen 07:00 und 22:00 ist aber auf jeden Fall als Rasttag zu betrachten.

Im Fall von ungleicher Arbeitszeiteinteilung *kann* der Arbeitgeber *die Rasttage ungleich*, während der Gesamtzeit des Arbeitszeitrahmens, und der Abrechnungsperiode auch *einteilen*. Es gibt zum Beispiel die Möglichkeit, den einen berichtswöchentlichen Rasttag die nächste Woche auszugeben: so wird die erste Woche 6, die zweite Woche 4 Werktage eingeteilt werden. Dabei ist aber auch so zu verfahren, dass *monatlich mindestens 1 Rasttag am Sonntag sein soll*.

Im Fall von ungleicher Einteilung der Rasttage ist aber auch verbindlich nach 6 Werktagen mindestens 1 Rasttag einzuteilen. Davon kann man nur dann abweichen, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen von ununterbrochener, mehrschichtlicher, oder sasonaler Tätigkeit beschäftigt ist.¹⁷

¹⁶Im Interesse der entsprechenden Umsetzung des Punktes e) (1) Artikel 22 der Arbeitszeit-Richtlinie der EU (2003/88/EK) ermöglicht der Gesetz neben der behördlichen Anmeldung der über die freiwillig unternommene Überzeit geführten Registrierung, dass die Behörde dem medizinischen Fachangestellten die wöchentlich 48 Stunden überschreitende Arbeitsverrichtung verbieten oder beschränken kann.

¹⁷ § 105 AGB (Mt.)

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem medizinischen Fachangestellten *sieben Werktag Ferien* – abgesehen von den ersten drei Monaten des Rechtsverhältnisses – *der Bitte des Arbeitnehmers entsprechend* auszugeben. Diesen Anspruch soll der Arbeitnehmer mindestens 15 Tage vor dem Anfang der Ferien anmelden. Die Ferien kann *in mehr als zwei Teilen* nur auf die Bitte des Arbeitnehmers ausgegeben werden. Wegen außerordentlich wichtigem, oder die Provinz des Arbeitgebers unmittelbar und ernsthaft betreffendem Grund kann der Arbeitgeber die Ferien in mehr als zwei Teilen auch ausgeben, aber die Ferien sind in diesem Fall auch so auszugeben – wenn die Parteien nicht anders vereinbart haben –, dass der Arbeitnehmer *in einem Kalenderjahr einmal, an mindestens vierzehn aufeinanderfolgenden Tagen von der Arbeitspflicht und der Bereitschaftspflicht befreit werden soll*. Hinsichtlich darauf – außerdem als Ferien ausgegebenen Tag – der wöchentliche Rasttag (wöchentliche Ruhezeit), der Feiertag, und der Ferientag nach der ungleicher Arbeitszeiteinteilung kann in Betracht genommen werden.¹⁸

3.2. Inspektion und Bereitschaft im Gesundheitswesen

Wenn der medizinische Dienstleister gemäß des Gesetz Nr. I. aus dem Jahr 2012 über das Arbeitsgesetzbuch (AGB, ungarisch Mt.) *ohne Unterbrechung fungierende medizinische Dienstleister* ist, der medizinische Fachangestellte kann die medizinische Tätigkeit

- a) in Arbeitsschichten,
- b) im Rahmen von medizinischer Inspektion,
- c) durch Bereitschaft, oder
- d) im Rahmen von außerordentlicher Arbeitsverrichtung ausüben.

Wenn der medizinische Dienstleister – abgesehen von den hausärztlichen Notdiensten – zwischen 22 und 6 Uhr keine medizinische Leistung erbringt, ist *eine Arbeitsordnung mit eine oder zwei Schichten* zu bestimmen.

Wenn die medizinischen Leistungen gemäß der Arbeitsordnung des medizinischen Dienstleisters ununterbrochen mehr als 10 Stunden lang zugänglich sind, *sind mehr Schichten zu organisieren*.

Wenn der ununterbrochene medizinische Versorgung, sowie stationäre Behandlung leistende medizinische Dienstleister ist besonderer Rechtsvorschrift nach nicht verpflichtet, das ununterbrochene Funktionieren mit Schichtorganisation zu gewährleisten, kann die ununterbrochene Patientenversorgung *durch Organisation von medizinischer Inspektion und Bereitschaft* auch versorgt werden.¹⁹

¹⁸ § 14/E GesTG (Eütev. tv.)

¹⁹ § 12 Abs. 1-4 GesTG (Eütev.tv.)

Im ungarischen AGB (Mt.) bedeutet die Inspektion die Verfügbarkeit am vom Arbeitgeber bestimmten Ort und zur vom Arbeitgeber bestimmten Zeit, sodass diese Zeitdauer voll und ganz als Arbeitszeit, die während der Inspektion ausgeübte Arbeit aber weiterhin als außerordentliche Arbeitsverrichtung betrachtet wird. Hinsichtlich des Gesundheitszweigs wurde im ungarischen AGB (Mt.) als eine Abweichungsmöglichkeit von dieser Hauptregel *der Begriff der medizinischen Inspektion* eingeführt, die im Gesundheitswesen bedeutet, dass die Aufgaben der Inspektion im Rahmen des Arbeitsverhältnisses, des Beamtenverhältnisses – bei medizinische Leistung auch erbringender Verwaltungsbehörde, ausnahmsweise öffentlich-rechtliches Verhältnisses – auch versorgt werden können. Die medizinische Inspektion wird sowohl ins tägliche, als auch ins wöchentliche Arbeitszeitslimit einberechnet.

Der medizinische Fachangestellte kann *auf Bereitschaft* im Zeitraum außer der täglichen Arbeitsordnung des medizinischen Dienstleisters, oder – beim ohne Unterbrechung fungierenden medizinischen Dienstleister – ab die Beendigung der täglichen Arbeitszeit bis den Anfang der nächsten täglichen Arbeitszeit gemäß der Arbeitsordnung zugeteilt werden.

Bereitschaft kann monatlich höchstens zehnmal verordnet werden. Im Fall von Anwendung von Arbeitszeitrahmen ist die Zahl der monatlich zu verordneten Bereitschaften im Durchschnitt des Arbeitszeitrahmens in Betracht genommen zu werden.

Im Fall von während der Bereitschaft ausgeübten Arbeitsverrichtung gilt die Zeitdauer ab den Zeitpunkt der Berufung zur Arbeit bis die Beendigung der Arbeitsverrichtung als Arbeitszeit.²⁰

3.2.1. Die Notdienstgebühr, die Bereitschaftsgebühr und das Belohnungssystem der freiwillig unternommene Überzeit

Für die Versorgung von medizinischer Inspektion, sowie Bereitschaft steht dem medizinischen Fachangestellten Notdienstgebühr, oder Bereitschaftsgebühr zu, deren Maß der Kollektivvertrag oder die Vereinbarung der Parteien festsetzt, sodass der Maß der Notdienstgebühr nicht weniger als die im Gesetz nach Folgendem bestimmte Summe sein kann.

Die Gebühr der Inspektion, die auf den vom Arbeitgeber zu verordneten jährlich 416 Stunden langen Rahmen angerechnet, aber nicht als über den täglichen 12 Stunden langen Arbeitsverrichtung versorgt wurde, ist

- *am Werktag* gemäß der allgemeinen Arbeitsordnung 70% des personalen Grundlohns, oder des Deputats,
- *am wöchentlichen Rasttag* 80% des personalen Grundlohns, oder des Deputats,

²⁰ § 12/E Abs. 1-4 GesTG (Eütev. tv.)

- *am Feiertag* 90% des personalen Grundlohns, oder des Deputats (*Notdienstgrundgebühr*).

Für die Inspektion, die am wöchentlichen Rasttag versorgt wird und mit gleich lang dauernder Ruhezeit nicht kompensiert wurde, oder die am wöchentlichen Feiertag versorgt wurde, bekommt man die Notdienstgrundgebühr mit 50% erhöht.

Die Belohnung der medizinischen Inspektion, die auf die ordentliche Arbeitszeit angerechnet versorgt wurde, stimmt am Alltag mit dem Grundlohn, oder mit dem Deputat überein. Wenn die Inspektion am wöchentlichen Rasttag auf die ordentliche Arbeitszeit angerechnet versorgt wird, außer dem Arbeitslohn und dem Deputat bekommt man 50% *Beisatz*.

Im Fall der *über täglich 12 Stunden versorgten medizinischen Inspektion* ist entweder die Belohnung der freiwilligen Überzeit anzuwenden, oder man bekommt für den medizinischen Fachangestellten sonst maßgebende Notdienstbelohnung mit 50% erhöht.

Die Belohnung der freiwillig unternommenen Überzeit:

- wenn die freiwillige Überzeit *im Rahmen von Inspektion* ausgeübt wurde, der Maß der Belohnung die Notdienstgebühr mit 50% erhöht ist, die der Arbeitnehmer dann verpflichtet zu zahlen sein würde, wenn die Arbeit nicht im Rahmen von freiwillig unternommener Überzeit ausgeübt hätte,

- wenn die freiwillige Überzeit *nicht im Rahmen von Aufgabenerfüllung der Inspektion oder von Bereitschaft*, sondern im Interesse der Erfüllung von Aufgaben gemäß der ordentlichen Arbeitsordnung (Arbeitsschicht), oder als Arbeitsverrichtung während der Bereitschaft ausgeübt wird, der Maß der Belohnung der freiwillig unternommenen Überzeit der *Beisatz* der außerordentlichen Arbeitsverrichtung mit 50% erhöht ist.²¹

Der Maß der Bereitschaftsgebühr ist mindestens für jede Stunde der Bereitschaft 25% des Grundlohns, oder des einstündigen Deputats. Für die während der Bereitschaft verordnete Arbeitsverrichtung bekommt man im ungarischen AGB (Mt.) genau bestimmte Lohnergränzung²², sodass der Anfang der Zeitdauer von der Arbeitsverrichtung ab die Berufung der medizinischen Fachangestellten zu rechnen ist.²³

Der Maß des Beisatzes für die freiwillig unternommene Überzeit des medizinischen Fachangestellten ist im Fall von medizinischer Inspektion die Notdienstgebühr *mit 50% erhöht*, die der Arbeitnehmer dann verpflichtet zu zahlen sein würde, wenn die Arbeit nicht im Rahmen von freiwillig unternommener Überzeit ausgeübt hätte. Wenn die freiwillige Überzeit *nicht im*

²¹ § 13/A-13/B GesTG (Eütev. tv.)

²² § 144 Abs. 1 AGB (Mt.)

²³ § 14 GesTG (Eütev. tv.)

Rahmen von Aufgabenerfüllung der Inspektion oder von Bereitschaft, sondern im Interesse der Erfüllung von Aufgaben gemäß der ordentlichen Arbeitsordnung (Arbeitsschicht), oder als Arbeitsverrichtung während der Bereitschaft ausgeübt wird, der Maß der Belohnung der freiwillig unternommenen Überzeit der Beisatz der außerordentlichen Arbeitsverrichtung mit 50% erhöht ist.²⁴

Dem medizinischen Fachangestellten können – unter den im Gesetz bestimmten Bedingungen – Nächtigungspauschale, sowie nächtlicher Schichtzuschlag auch zustehen.

In einem von Unfallchirurgen angestregten arbeitsrechtlichen Prozess hat das Oberste Gericht erklärt, es sei den gesellschaftlichen Normen über die Aspekte der Arbeitszeiteinteilung nicht widersprechen, für die Zeit der Inspektion die Belohnung der Bereitschaft und der tatsächlichen Arbeitsverrichtung umfassende *Pauchale zu zahlen*. Für die Zeit der die wöchentlich höchstens 48 Stunden lange Arbeitszeit überschreitende Inspektion ist aber den Ärzten die für die freiwillig unternommene Überzeit maßgebende, höhere Belohnung zu zahlen.²⁵

Gemäß der – an Parlament, Rat, Wirtschafts- und Sozialausschuss und Ausschuss der Regionen adressierten – Mitteilung der Kommission von dem 24. März 2010 ist die Arbeitszeit-Richtlinie im Interesse der Betracht der Änderung der europäischen Arbeitsbedingungen zu überprüfen.²⁶ Die Rechtsvorschriften sollten größere Flexibilität angesichts der Arbeitsorganisierung, besonders der folgenden Bereichen ermöglichen.

a) *Bestimmung der Arbeitsordnung*. Nach der Feststellung der Kommission vermindert sich zwar die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit, es gibt aber große Unterschiede zwischen den Branchen und angesichts der Arbeitnehmer, die über personalisierte Arbeitsordnung mit ihrem Arbeitgeber vereinbaren können. Während der Bestimmung der Arbeitszeit sollten die Interessen der Arbeitnehmer und die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen auch in Betracht genommen werden.

b) *Ausrechnung der Inspektionszeit*. Die Kommission betont besonders die Ausrechnung der Zeit, während der sich die Arbeitnehmer an ihrem Arbeitsplatz aufhalten, aber keine Arbeit ausüben. Die Probleme der Inspektion sind besonders oft bei den medizinischen Leistungen und bei der Beratungshilfe (z. B.: Polizei und Feuerwehr).

²⁴ § 14/A-14/B GesTG (Eütev. tv.)

²⁵ EuGH 2008. 1800.

²⁶ Die Überprüfung der Arbeitszeit-Richtlinie (gemäß des Artikels 154 AEUV die erste Phase der mit den sozialen Partnern auf gesellschaftlicher Ebene zu führenden Konsultation [COM (2010) 106 endgültig – im Amtsblatt wurde es noch nicht mitgeteilt]

c) *Anwendung des zur Ausrechnung der maximalen wöchentlichen Arbeitszeit benutzten Referenz-Zeitraums.* Die Verlängerung dieses Zeitraums würde ermöglichen, für das Produzieren bestimmter Unternehmen typische saisonale Zyklen in Betracht zu nehmen.

d) Die Ausgabe der täglichen und wöchentlichen minimalen Ruhezeit, und ihre kurzfristige oder langfristige Vertagung.

Die Kommission soll mit den europäischen sozialen Partnern eine Konsultation anregen, es zu analysieren, wie man die Richtlinie überprüfen sollte.²⁷

Es ist feststellbar, dieses Rechtsgebiet sowohl auf gesellschaftlicher als auch auf nationaler Ebene so zu regeln, um die benötigte *Balance* zwischen der Verwirklichung der in der Richtlinie Gefasten und der Nachhaltigkeit der Funktionsfähigkeit des Gesundheitszweigs zu schaffen.

²⁷ Die Liste der während der Verabschiedung der Richtlinie gestalteten Dokumente ist erreichbar: <http://eur-lex.europa.eu/search.html?type=advanced&qid=1398183393252&LB=32003L0088> (22.04.2014)

*Dr Tamaš Prugberger, redovni profesor
Univerzitet u Miškolcu
Pravni fakultet*

*Dr Timea Barzo, vanredni profesor
Univerzitet u Miškolcu
Pravni fakultet*

Organizacija radnog vremena u zdravstvenoj delatnosti prema evropskom i mađarskom pravu

Sažetak: Pod zdravstvenom delatnošću podrazumeva se zdravstvena služba koja zahteva medicinsku kvalifikaciju. Ona se može obavljati, prema važećem Zakonu o zdravstvenoj zaštiti Mađarske, kako od strane fizičkih, tako i od strane pravnih lica. Pravni odnos između pacijenta i pružaoca usluga zdravstvene zaštite zasniva se ugovorom. Moraju se obezbediti prava pacijenata utvrđenih zakonom. Za medicinske radnike, lekare i pomoćno osoblje, Zakon propisuje maksimalno radno vreme u trajanju od najviše 12 sati dnevno. Zdravstveni radnici mogu da rade i preko dnevnog radnog vremena, ali samo po osnovu slobodnog pristanka, pri čemu je poslodavac dužan da za prekovremeni rad plaća posebnu naknadu. Postoje posebni propisi o medicinskoj inspekciji koja vrši nadzor nad kvalitetom medicinskih usluga. Posebno je uređeno radno vreme u hitnoj medicinskoj službi.

Ključne reči: zdravstvena delatnost, radno vreme medicinskih poslenika prema evropskom i mađarskom pravu, ugovor o lečenju, medicinska inspekcija

Datum prijema rada: 15.03.2015.

*Amarilla Kiss, Lecturer
Institute of International Studies and Political Science
Pazmany Peter Catholic University
kiss.amarilla@btk.ppke.hu*

PROBLEMS OF THE INVESTIGATION AND PROSECUTION IN CASE OF PIRACY AT SEA

Abstract: *Sea piracy became a current topic around 2008 when the number of attacks increased in the Gulf of Aden. However it is more or less repressed by now, piracy has a unique shifting nature: it decreases in one region, but it increases in another, therefore it is always present to some extent. Besides, Somali piracy was the first that made international community take steps and these strategies and programmes serve as an important lesson that can be partly adaptable in other cases as well. It reveals important questions around enforcement jurisdiction and the most exciting problem: prosecutions. This paper attempts to briefly take a glance at those difficulties that can set back the success of a piracy prosecution and if there is a progress. First, it presents the root-cause: jurisdiction. National laws regulate piracy in a very different way or they don't criminalize them at all and this can lead to serious consequences. In the following chapter the process of investigation is presented. Collecting evidence is incredibly difficult in case of piracy and if it fails, prosecutions fail too. In the end the paper attempts to focus on the trial and what follows: costs of prosecutions, asylum-seekers, human rights considerations and prison facilities.*

Key words: *sea piracy, prosecution, law enforcement, non-refoulement, investigation*

I. Introduction

Piracy is a crime which violates international law and over which any state may exercise its national jurisdiction. It continues to be a threat to international shipping mainly because of the prosecutions have usually failed and so it means that it is a collective problem for the international community. The main reason is the lack of uniformity in the regulation referring to piracy that can end in controversial or directly opposite decisions. There have been several different ideas

about prosecuting pirates in front of international or at least partly international courts, but the reality is that these cases and the perpetrators usually end up in front of a national court. Some years ago ‘catch and release’ was a typical strategy as nobody really wanted to prosecute pirates, but by now it is not that huge problem than it used to be, though, in this case, the increasing number of prosecution poses new challenges to states.

The aim of this paper is to briefly present the obstacles and hardships that shall be taken into account when prosecuting the offenders of this crime. In the second chapter I present the basic jurisdictional dilemmas, especially the unique character of this crime from the aspect of enforcement jurisdiction, therefore we can understand why it is so important to emphasize the prosecution of pirates. Then, in the following chapter, the investigation is in focus as it is the key element to successful proceedings. The last chapter analyzes the problems around the trial: the question of transfer, the costs, the human rights aspects and how the pirates serve the punishment.

II. Dilemmas of jurisdiction

When one tries to discover what obstacles are in the way of a successful prosecution, the problem of jurisdiction is the first to begin with.

According to the 1982 United Nations Convention on the Law of Sea (UNCLOS), the prosecution of the suspects is not an obligation, but the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (SUA Convention) requires from the state parties to take steps and try these people.¹

Though it is not the aim of this paper to discuss the definition, but it must be mentioned that the problem starts here as there is a difference between piracy and armed robbery at sea. This paper deals with the first one mainly as the second one is more difficult to define in a standard way that most of the nations accept and in case of functioning states it is even more difficult to apply these rules. I don't attempt to define or deal with the sensitive issue of maritime terrorism on high seas which is also very complicated to separate from traditional piracy as the definition and the regulation referring to terrorism itself are very complex and have a delicate nature.

However, the question arises, who can prosecute pirates? Since we know that states can regulate this question within their national laws which can lead to differences and it also happens that states don't criminalize piracy at all, instead they rely on the definition provided by the UNCLOS.² Therefore, to start, it

¹ Article 105 of the UNCLOS, Article 3 of the SUA Convention

² E.g. the United Kingdom

must be examined if piracy is an international crime or not as it seems to be a well-known fact that it is an international crime and the only one that traditionally invokes universal jurisdiction. It *prima facie* seems to be an easy question to answer, we have the Article 101 of the UNCLOS³ that defines this crime, but if we look at the previous documents, the *travaux préparatoires* on which the UNCLOS is based, it doesn't seem to be that obvious anymore. The Harvard Draft Convention, which is the basic document, expressly states that if an incident of piracy happens, it is the domestic law which prosecutes the perpetrators.⁴ If we look at the piracy regulation of the UNCLOS⁵, it has that specific nature that is very common in public international law, the *lex imperfecta*, so that it defines piracy and the conduct that constitutes it, we have the hypothesis and the disposition but we lack the sanction.⁶ The aim of the rules is to help us navigate among jurisdictional principles as this is a special crime where states exercise extraterritorial jurisdiction.

So we can conclude that piracy is not an international crime (like genocide for example), but rather a crime that violates international law. Therefore states are in charge of prosecuting the perpetrators based on municipal law, so they can regulate this crime in different ways, which has its own risks as they can extend this definition (referring originally only to high seas) to their own territorial waters as well like Japan or Kenya.⁷ Unfortunately this invokes another problem, namely that most of the judges have never faced the prosecution of this crime before. In order to evade this problem special piracy chambers started to operate in regional states that apply their domestic law. So prosecutions must happen based on national laws, but are national laws able to handle the prosecutions? The typical cases cited here are the *Ahmed* and *Hashi* cases.⁸ In the two similar cases the Kenyan court reached opposite conclusions in connection with

³ 'Piracy consists of any of the following acts: 61 (a) any illegal acts of violence or detention, or any act of depredation, committed for private ends by the crew or the passengers of a private ship or a private aircraft, and directed: (i) on the high seas, against another ship or aircraft, or against persons or property on board such ship or aircraft; (ii) against a ship, aircraft, persons or property in a place outside the jurisdiction of any State; (b) any act of voluntary participation in the operation of a ship or of an aircraft with knowledge of facts making it a pirate ship or aircraft; (c) any act of inciting or of intentionally facilitating an act described in subparagraph (a) or (b).'

⁴ Harvard Draft Convention on Piracy, Art. 14(2), Robin Geiß, Anna Petrig, *Piracy and Armed Robbery at Sea*, Oxford University Press, 2011, p. 231.

⁵ Mainly Art. 100-111 of UNCLOS

⁶ Geiß, Petrig, p.141.

⁷ Alice Priddy, Stuart Casey-Maslen, *Counterpiracy under International Law*, Academy Briefing No.1., Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, August 2012, p.43.

⁸ Jessica Piquet, 'Changing Tides: An adaptable Prosecution Approach to Piracy's Shifting Problem', *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 52, No. 1, 2014, p. 252.

its jurisdiction. The same situation happened in the *United States v. Said* and the *United States v. Hasan* cases, but not with regard to jurisdiction, but the court examined whether the certain conduct of the suspects could constitute piracy or not.⁹ So there can be different outcomes even within one state that leads to controversy and raises the question of fairness.

III. Technical Problems of Investigation

Besides the above-mentioned jurisdictional dilemmas, investigation is a very important contributing factor to a successful law enforcement. Searching aboard, collecting evidence and getting the necessary information from witnesses and victims are key elements of this process in order to prosecute perpetrators effectively.¹⁰ By having the evidence, we are provided information about the weapons and capacity perpetrators have which could lead to successful prevention and self-defence.¹¹ However, gathering evidence on sea under such extraordinary circumstances is complicated, therefore it is essential to reveal the difficulties of this process.

In their study Henri Fouche and Jacques Meyer ran a survey by asking participants of the investigation in order to discover the main issues investigators face when they have to collect physical evidence¹². They found that because of the special circumstances the problems start as early as they visit the crime scene, it is not easy to get aboard with a team of investigators not to mention their equipment which can be used only in a limited way¹³, so they must consider well what to take with themselves on board as nothing is easy to access from a vessel and even if they could, there is a limited space to apply these tools, so they must plan every step beforehand¹⁴.

Apart from the technical problems, we must take human factors into consideration: after an attack, the crew usually continues shipping until the next port,

⁹ Maggie Gardner, Piracy Prosecutions in National Courts, *Journal of International Criminal Justice*, Vol.10, Issue 4, 2012, p. 800.

¹⁰ PB Weston, CA Lushbaugh, *Criminal investigation: basic perspectives*, Pearson/Prentice Hall, Upper Saddle River, 2006 cited in Henri Fouche, Jacques Meyer, 'Investigating sea piracy: crime scene challenges', in *WMU Journal of Maritime Affairs*, Vol.11, issue 1, 2012

¹¹ E.g. Petros Liacouras, 'Intelligence Gathering on the High Seas', in *Unresolved Issues and New Challenges to the Law of the Sea, Publications on Ocean Development*, Vol.54, eds. A. Strati, Maria Gavouneli & N. Skourtos, M. Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, p. 126.

¹² Henri Fouche, Jacques Meyer, 'Investigating sea piracy: crime scene challenges', in *WMU Journal of Maritime Affairs*, Vol.11, issue 1, 2012

¹³ Ibid. p.45. E.g. the author mentions that investigators cannot use high capacity cameras because of safety reasons.

¹⁴ Ibid. p.44.

so they can't be interrogated at once¹⁵. On the one hand, when it happens to interrogate them,¹⁶ the witnesses (and many times they are the victims at the same time) must stay on board until investigators finish with interviews, which is very stressful for them, especially if they can't make themselves understood because of the language difficulties or, on the other hand, it is also possible that they finished the service and there is a new crew on the vessel and in this latter case it is difficult to reach all of them as the crew member often have different nationality.¹⁷ Piracy is a type of crime where the crew could be held hostage even for months which means that usually the crime scene is already contaminated by the time investigators arrive.

Since on the vessel there is not much space, evidence can be damaged during investigation and there are additional factors contributing to the loss of evidence, these are due to weather conditions (e.g. humidity or the strong wind) or the special location (a vessel is always rolling).¹⁸

Besides, problems around jurisdiction and difficulties in administration can also have a negative effect on investigation. When a piracy incident happens, different actors are involved: first of all, the crew and those (usually military forces) who were the fastest to arrive at the scene, then policemen, inspectors, the owners of the ship, the security company and the prosecutors. It is easy to conclude that timing and acting fast are key issues when investigating, but since there are so many participants who would like to react quickly, there is often a serious misunderstanding of competence among them which also sets back the investigation.¹⁹

States realized that this procedure required so much effort, that the international community²⁰ recognized the need for transnational co-operation and tried to specify the methods of evidence gathering and relied on INTERPOL as a coordinating link among national police, military forces and other judicial elements in charge of prosecution. This was an important action since in theory the

¹⁵ Priddy, Casey-Maslen, p.45.

¹⁶ Tatjana Bugarski, 'Ispitivanje svedoka', *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2013, p. 131-143.

¹⁷ Ibid. p.45.

¹⁸ Ibid. p.43.

¹⁹ Ibid. p.46.

²⁰ 2010/766/CFSP EU Council Decision amending Joint Action 2008/851/CFSP on a European Union military operation to contribute to the deterrence, prevention and repression of acts of piracy and armed robbery off the Somali coast <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:327:0049:0050:EN:PDF> (accessed 3 March 2015)

Though this decision refers to the specific case of Somalia, the international circulation of data and the coordinating role of INTERPOL are important in overall piracy cases, even in case of those of armed robbery committed in zones controlled by functioning states.

Not only the EU, but the Security Council also agreed on the role of INTERPOL in S/RES/1950 (2010) and S/RES/ 1976 (2011)

INTERPOL already had the authorization to deal with this crime²¹, but until Somali piracy and armed robbery emerged, there had been no need for any concrete action. The same applies to the regulation of the SUA convention which also emphasizes the importance of assistance in case of investigations²². So far the IMO has dealt with the question in detail²³ since it defines who investigators are and gives best practices about the special training of investigators: not only because of the special scene, but also how to handle exhausted and stressed people in order to interview them.²⁴ However -similarly to a Security Council resolution²⁵- it does not forget about the fact that the offenders, those who plan, organize, finance or facilitate piracy operations are usually land-based and could be involved in smuggling and trafficking as well. However, the most serious problem is in functioning states where piracy, armed robbery and the above-mentioned land-based crimes go hand in hand, but it is not an investigation strategy question, it is more about a consent among states and the task to settle the problematic jurisdictional questions. Nonetheless, the IMO Code attempts to create cooperation among the affected states²⁶, contains the responsibilities of those arriving first at the scene²⁷ and contains very detailed information²⁸ how to conduct the interviews with witnesses. It calls the attention of investigators to be very careful since the legal norms concerning the prosecution could be different than the rules of that state where the investigators are from and sometimes even years can pass by until it is possible to hold a trial so the evidence must be in satisfactory condition for a long time.

The INTERPOL also provides help in form of equipment and training specialized in evidence collecting on high seas²⁹. They also seem to get closer to resolve the problem that it has been almost impossible to catch the real leaders who work and finance piracy from behind. The Global Database run by the IN-

²¹ For the first time the INTERPOL had this authorization in the mid 80's and mainly in connection with terrorism.

²² 'States Parties shall afford one another the greatest measure of assistance in connection with criminal proceedings... including assistance in obtaining evidence at their disposal necessary for the proceedings.' Protocol of 2005 to the Convention for The Suppression of Unlawful Acts of Violence Against the Safety of Maritime Navigation (SUA convention, adopted 14 October 2005), Article 11 which replaced the original Article 12 of the SUA convention

²³ Code of Practice for the Investigation of Crimes of Piracy and Armed Robbery against Ships (adopted on 2 December 2009), Resolution A.1025(26) (hereafter: IMO Code of Practice)

²⁴ Ibid. p.6.

²⁵ UNSC Res 2020 (22 November 2011), UN Doc S/RES/2020

²⁶ IMO Code of Practice 5.7, p.7.

²⁷ E.g. preservation of life, prevention of the escape of the offenders, warning to other ships, protection of crime scenes and securing evidence, *ibid.* pp.6-7.

²⁸ Ibid. p.9.

²⁹ <http://www.interpol.int/Crime-areas/Maritime-piracy/Maritime-piracy> (accessed in 5 March 2015)

TERPOL and supported mainly by the EU NAVFOR, the US Navy and the Seychelles is an important step on this road.

Though international organizations are fairly new subjects to public international law, by now they have a decisive role in international relations. The INTERPOL has also realized it and in order to investigate these crimes more effectively, it started to cooperate with many organizations and it also supports cross-sector partnerships (with NGOs and companies).³⁰

Not only the INTERPOL but also the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) helps states with special mobile kits for investigations, for example it supported the Seychelles with a major pack which is important as it has contributed to successful trials held in Spain, the Netherlands, Belgium, Germany and in the United States by delivering the necessary evidence. It is also very important that now there exists a database of fingerprints for in some of the cases the prosecution was based only on this evidence and it could be proven that these people were the perpetrators in previous cases.³¹

However, we must note that there are different databases and information centres working in Asia too (Singapore, Malaysia) the only consideration is that 'the usage of private databases has to be compatible with the laws governing the investigation'³²

In conclusion, there are promising initiatives based on the international co-operation, but it would be important to involve shipping industry even more³³ and to improve communication not only at an international level, but also among the direct actors like inspectors, coastguards, naval authorities and all actors participating in law enforcement.

IV. The Difficulties Affecting the Trial

In order to try the suspects they need to be transferred to the state where they will be prosecuted and it is possible by means of transfer agreements. These agreements are usually concluded by states involved in an incident and that are part of a counter-piracy programme and those regional states that may not be directly involved, but criminalize piracy in the domestic law and also undertake the task to prosecute pirates. In return the different international organizations and their programmes can support capacity-building financially in the region.

³⁰ E.g. United Nations, European Union, African Union but it also works together with the International Maritime Organization or Eurojust.

<http://www.interpol.int/Crime-areas/Maritime-piracy/Maritime-piracy>

³¹ Priddy, Casey-Maslen, p.45.

³² IMO Code of Practice, p.10.

³³ Fouche, Meyer, p.48.

The European Union and its EUNAVFOR has an agreement with Kenya and some states signed a Memorandum of Understanding (MOU) with regional states. Obviously, it is a beneficial and practical solution since this is a serious logistical challenge for many states, not to mention the jurisdictional issues, besides, these prosecutions are expensive and so these states can evade the question of asylum seekers.³⁴

However, the regulation of the agreements assures human rights of the suspected to be respected and as we will see in the following, this is a problematic issue.

Basically there are two types of states: regional countries prosecuting pirates mainly upon transfer agreements (e.g. Kenya, Mauritius, the Seychelles, Tanzania) and those states involved in an incident directly (e.g. the Netherlands, Belgium, Denmark, Germany, France, Spain, the USA, Malaysia, India, Japan, the Republic of Korea) that initiate these, but occasionally they prosecute pirates themselves and, as a unique category, we have Somalia itself (Puntland or Somaliland). In chapter II it was mentioned that some states involved in piracy incidents don't have any (more specific) regulation than the one contained in the UNCLOS, so there are serious technical issues, not to mention that even if it is regulated in the national law, the judges are not trained for the unique characteristics of these cases and they lack the experience since many of the judges rarely meet these crimes during his career and at least never on a daily basis. It is also an important motivation for the latter category of states to sign transfer agreements or MOU.

As it was mentioned above, usually these prosecutions mean a considerable financial burden on states, one of the reasons is because piracy is a crime which is committed in an organized form by a group of people, so there are always more than one suspected (usually around 10) and most of the cases could be decided only upon the statements of victims. Therefore the perpetrators, victims, witnesses and evidence must be moved to the location of trial which has its own costs.³⁵ It also means that it is almost impossible to find evidence if it was in the criminal stage of suspicion, just before attempting the crime.

These people often don't have any documentation that can prove their identity or age, which causes serious setback and judges have to be especially careful when they prosecute underage people.

It must be also mentioned that the basic human rights of these people must be respected, therefore they have the right for a fair trial³⁶, including that they

³⁴ Priddy, Casey-Maslen, p.44.

³⁵ Ibid.

³⁶ Including the basic principles of the presumption of being innocent, to be prosecuted in a reasonable time by impartial judges, right to appeal etc.

must be provided with legal aid and translation or language they can understand and this is also expensive.

As a matter of fact, the most relevant and questionable issue about human rights is in connection with detention and the transfer. In December 2014, in the case of *Ali Samatar v. France*,³⁷ the European Court of Human Rights (ECHR) held that France had to pay a compensation to Somali pirates because France violated their rights to freedom and security. The incidents happened in 2008 when the pirates hijacked two ships and the French military captured them. They were detained in custody for 4 and 6 days before the trial could start in France so they weren't tried in 48 hours. Regulation like this exist in the national law of other states as well, for example in Germany the following day after the arrest, the suspects must be tried. It can be easily concluded that it is technically impossible to keep these deadlines and the decision of the ECHR can lead to a controversial situation. There has always been an uncertainty because of the lack of capacity, the absence of certain criminal norms, the unclarified jurisdiction and logistical problems that made the period of detention longer and because of this it usually happened that those who captured pirates released them. This tendency has seemed to stop, but the decision of the ECHR doesn't support this trend.

As it was mentioned earlier, many states (especially in Europe and the United States) find it uncomfortable to face the issue of asylum seekers. Whether we examine the situation of pirates from the aspect of refugee law or from international human rights law, we find a common ground: the principle of *non-refoulement*. The point of the principle is that it prohibits the removal of individuals to a state where there is a real risk of being exposed to torture, cruel or inhuman treatment, so where his certain human rights could be violated. However, this is just a broad description since this principle can be interpreted in more ways depending on the certain area.

According to refugee law, the basic document is the 1951 Refugee Convention sets the well-known definition of refugee³⁸ and defines *non-refoulement*: 'No Contracting State shall expel or return (refouler) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his right to life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion'.

The question is whether states should apply this principle to pirates. The answer seems to be 'no', for the pirates cannot be regarded as refugees, they don't leave their home country because of a 'well-founded' fear, but in order to

³⁷ See *Affaire Ali Samatar et Autres c. France*, no 17110/10 and 17110/10 (ECtHR, 4 December 2014)

³⁸ Article 1 and Article 1 of the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees

commit a crime, which is the other reason why they can't be considered as refugees. So can we assure that the content of *non-refoulement* doesn't apply to them as their life is not threatened there because of reason mentioned in the definition.

If we take international human rights law into consideration, we can rely on the 1984 UN Convention against Torture (CAT) which declares in its Art. 3. that '(1) No State Party shall expel, return or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture. (2.) For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights.'

This article sets a regulation applicable to everybody, no matter if they are not refugees in the previous sense or if they committed a crime, so it can be applied in case of pirates³⁹.

The other basic document used in this field is the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights it contains the prohibition of torture⁴⁰: 'No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment... .' This is explained more broadly in the General Comments: '9. In the view of the Committee, States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or *refoulement*. States parties should indicate in their reports what measures they have adopted to that end.'⁴¹

The third international treaty that non-refoulement is relied on from the aspect of human rights is the 1950 Convention on Human Rights, its Article 3 is about the prohibition of torture, that is, just like in the previous case, applies to everybody and contains not only torture but inhuman and degrading treatment or punishment.

The third aspect of human rights that is also in connection with *non-refoulement* and transfer. When the UK for example signed MOUs with the Seychelles (2010), Tanzania (2012) and Mauritius (2012)⁴², the UK set that no convicted pirate can face death penalty⁴³ and the same happened when the EU signed the transfer agreement with Kenya. This can be also derived from the

³⁹ Priddy, Casey-Maslen p. 50., Geiß, Petrig, p. 210.

⁴⁰ Article 7

⁴¹ General comment No. 20: Article 7 (Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment), Forty-fourth session, 1992, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) p. 200.

⁴² <https://www.gov.uk/government/news/uk-signs-agreement-with-mauritius-to-transfer-suspected-pirates-for-prosecution> (accessed: February 2015)

⁴³ Priddy, Casey- Maslen p. 49.

International Covenant on Civil and Political Rights as its article 6 contains the right to life⁴⁴ and the general opinion is that those states that don't apply death penalty mustn't transfer or extradite a person to a state where there is a real risk to face such a penalty.⁴⁵ Agreements generally contain these diplomatic assurances not only in case of death penalty but states would also like to evade that pirates would be exposed to inhuman treatment or torture, but there are several signs that states sometimes don't regard it binding, so they don't necessarily mean real protection, though in connection with death penalty it is kept.⁴⁶ Though it is an interesting fact that the expected sentence of pirates captured by France and transferred to the Seychelles increases from an average sentence of seven years in French courts, to nearly 15 in the Seychelles. In case of the U.S. transferring pirates to Kenya, it decreases from life in prison to roughly nine years⁴⁷

Even though piracy causes serious damage and financial loss, because of all the above-mentioned, there is still no public interest which negatively affects the success of trials.

In order to examine what happens after the trial and how the judgements are enforced in reality, it is worth taking a look at the cases of Somali piracy since these judgements are available and their afterlife can also be followed up, so these could show us important lessons to be learnt.

The convicted people guilty of piracy sometimes get a long punishment that must be served in prison. The sentence could be served in different states depending on who captured them, which state they were transferred into and where the trial was held, however most of the prosecutions took place in Somalia and Kenya, so they have a significant experience in the imprisonment of the perpetrators. Besides, Mauritius, the Seychelles and Tanzania have relevant role in prosecution but it is based on the same scheme in all of the above-mentioned states. Nowadays, as the Gulf of Guinea became the centre of piracy attacks it is worth observing the Kenyan examples for the situation in e.g. prison conditions, capacity building, legal clinics, the training of judges and prison officials are basically the same. However these prosecutions clearly have advantages and can serve as a model to learn or benefit from, these don't mean a solution for piracy in other regions.⁴⁸

⁴⁴ Sanja Đajić, 'Pravo na život: pitanja i odgovori međunarodnog prava', *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2004, pp.461-483.

⁴⁵ Geiß, Petrig, p. 215.

⁴⁶ Ibid. p. 218.

⁴⁷ Eugene Kontorovich, *The Penalties for Piracy: An Empirical Study of National Prosecution of International Crime*, Northwestern University School of Law, Faculty Working Papers, 2012, p. 5.

⁴⁸ Piquet, p. 240.

The basic problem was with prison facilities⁴⁹ and although by the support of UNODC and the EU, it was possible to build new blocks to increase the capacity of prisons, yet the tension remained. From a legal aspect, the prison has several functions, but not only restrictive ones like detaining somebody, but also leading perpetrators back to society and normal life, where it is possible, in some cases it's obviously not an option.

Since piracy must be treated in an integrated way, it was great idea to provide different facilities for convicted people (e.g. physical activities, teaching them basic language or mathematic skills⁵⁰) and so the state can increase the rate of employment as they need workers for this capacity-building.

If there is a problematic point of this, then we must mention that prisoners usually serve their sentence in a prison especially built for pirates and referring to what is mentioned above, these are rather new, often built by Western European standards, providing more facilities, so they are not really like average prisons in the region. The aim is rehabilitation so they can get basic education etc. The problem is that other criminals serve under very bad circumstances. From European aspect these old prisons are considered to be inhuman, but this is due to the economic situation and what increases this tension is that even the guards work in worse environment and sometimes they even live without modern taps and clear water or electricity.

Nonetheless, the regional prosecution seems to be the most effective and many states and international organizations support states like Kenya, we mustn't forget that if there are only certain states prosecuting pirates it can lead to an overburden of the judicial system⁵¹ no matter the financial support or the training facilities.

V. Conclusions

As we could see there are several setbacks in the way of a successful trial that don't make it easy for judges to decide upon piracy cases. These obstacles are partly legal difficulties and partly due to certain political considerations.

In this paper I attempted to summarize briefly what the necessary components to a prosperous piracy prosecution are as setting the jurisdiction, this is where it all starts, then the fair trial and in order to achieve this, the efficient investigation and evidence gathering and we must also take care about what happens after the trial and how the pirates serve their punishment.

⁴⁹ E.g. the Seychelles doesn't have many prisons, so those who are prosecuted here are usually transferred to Somalia to serve their sentence in prison.

⁵⁰ The report has shown that prisoners were very cooperative, attended at classes and had appreciated the education they got. UNODC Counter Piracy Programme, Issue Eleven, March 2013, p.19.

⁵¹ Piquet, p. 251.

It is a multisectoral answer what is needed to piracy, to improve communication among these sectors and involve shipping industry more in the proceedings.

The international organizations support this process financially and in the form of special trainings and databases which is very useful to eliminate this crime, however the basic reason must be settled and these are the lack of good governance and poverty.

Though the case of Somalia is very exceptional, it is the first time the international community seriously attempted to take actions. This is important as piracy is an ever shifting crime: if it decreases somewhere, it increases somewhere else, it is always present, so it would be very important to implement these strategies in different regions with regard to the specific characteristics of that region as obviously different solutions are needed in case of Asia or in the Gulf of Guinea. However this is a common ground and many lessons learnt in connection with Somalia could be adaptable.

*Amarila Kiš, predavač
Katolički univerzitet „Pazmany Peter“
Institut za međunarodne studije i političke nauke*

Problemi sprovođenja istrage i krivičnog gonjenja u slučaju piraterije na moru

Sažetak: *Piraterija na moru je postala aktuelna tema 2008. godine kada se broj napada povećao u Adenskom zalivu. Međutim, iako je do sada više ili manje suzbijena, piraterija ima jedinstvenu prirodu: ona se smanjuje u jednom regionu, ali se povećava u drugom i stoga je uvek prisutna u određenoj meri. Pored toga, piraterija u Somaliji je bila prva koja je navela međunarodnu zajednicu da preduzme određene korake i te strategije i programi služe kao važna lekcija koja može biti delimično primenljiva i u drugim slučajevima. Ona otkriva važna pitanja u pogledu sprovođenja nadležnosti i u pogledu rešavanja najznačajnijeg problema: krivičnog gonjenja. Ovaj rad nastoji da se ukratko osvrne na te teškoće koje mogu da umanje uspeh krivičnog gonjenja piraterije, ukoliko i postoji određeni napredak. Prvo, on predstavlja osnovni uzrok: nadležnost. Nacionalni propisi regulišu pirateriju na različite načine, ili je uopšte ni ne kriminalizuju, što može imati ozbiljne posledice. U narednom poglavlju, prikazan je postupak sprovođenja istrage. Prikupljanje dokaza je izuzetno teško u slučaju piraterije i ukoliko bude neuspešno, krivično gonjenje će takođe biti neuspešno. Na kraju, u radu je obrađeno suđenje i ono što sledi posle njega: troškovi postupka, tražioci azila, razmatranja o ljudskim pravima i zatvorskim objektima.*

Ključne reči: *piraterija na moru, krivično gonjenje, sprovođenje zakona, zabrana vraćanja lica (non-refoulement), istraga.*

Datum prijema rada: 19.05.2015.

*Tiho B. Džakić, rukovodilac Grupe za harmonizaciju propisa
Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske t.dzagic@yahoo.com*

ORGANIZACIJA I NADLEŽNOSTI SUDOVA U BOSNI I HERCEGOVINI

Sažetak: Autor rada pravi analizu organizacije i nadležnosti redovnih sudova u Bosni i Hercegovini, polazeći od Suda Bosne i Hercegovine, opštinskih, kantonalnih i Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, opštih (osnovni, okružni i Vrhovni sud) i posebnih sudova (okružni privredni sudovi i Viši privredni sud) Republike Srpske i osnovnog i apelacionog suda Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Praveći komparaciju između ovih sudova zaključeno je da se mogu povući paralele između nadležnosti opštih sudova u entitetima i distriktu. Kao posebnost se može izdvojiti Sud Bosne i Hercegovine koji nema svoj apelacioni sud ni ustavni osnov za svoje utemeljenje i sudovi posebne nadležnosti u Republici Srpskoj koji ne postoje u ostalim dijelovima Bosne i Hercegovine, ali njihovo prisustvo je evidentno u regionu. Bosna i Hercegovina nema Vrhovni sud. Pored toga specifičnost Bosne i Hercegovine je i njen Ustavni sud koji ima apelacionu nadležnost koja treba da pripada redovnom sudstvu i sudovi Brčko Distrikta koji ispituju statutarnost i zakonitost, funkcije koje pripadaju ustavnom sudstvu.

Ključne reči: sudska vlast, redovni sudovi, sudovi opšte nadležnosti, sudovi posebne nadležnosti.

1. UVOD

Potpisivanjem Dejtonskog mirovnog sporazuma u Bosni i Hercegovini je uspostavljena značajno drugačija struktura u odnosu na Socijalističku Republiku Bosnu i Hercegovinu. Izvršena je podjela nadležnosti između državnog i entitetskog nivoa, a kasnije je uspostavljen i nivo distrikta. U okviru svakog od ovih nivoa postoji podjela na zakonodavnu,

izvršnu i sudsku vlast.¹ Predmet našeg interesovanja biće sudska vlast i to dio koji se odnosi na organizaciju i nadležnost redovnih sudova u Bosni i Hercegovini.

U Bosni i Hercegovini možemo govoriti o postojanju četiri sudska sistema i to Bosne i Hercegovine, Federacije Bosne i Hercegovine, Republike Srpske i Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Iz ovog razloga opravdano je reći da je „pravni i sudski sistem u Bosni i Hercegovini naj-složeniji i najdecentralizovaniji federalni sistem među današnjim evropskim državama.“²

Stav Venecijanske komisije je da se ova rascjepkanost može prevazići formiranjem Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine ili posebne komisije, koja bi se sastojala od predstavnika najviših sudova u Bosni i Hercegovini, čime bi bilo omogućeno usaglašavanje sudske prakse.³

Analizirajući organizaciju i nadležnost redovnog sudstva možemo reći da na nivou države postoji Sud Bosne i Hercegovine, na nivou entiteta Federacija Bosne i Hercegovine postoje opštinski, kantonalni i Vrhovni sud, a na nivou entiteta Republika Srpska postoje osnovni, okružni i Vrhovni sud, kao sudovi opšte nadležnosti i okružni privredni sudovi i Viši privredni sud, kao sudovi posebne nadležnosti. Na nivou Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine postoji osnovni i apelacioni sud. Upravo po ovom redosljedu napravićemo analizu organizacije i nadležnosti svakog od pomenutih sudova.

2. ORGANIZACIJA I NADLEŽNOST SUDOVA BOSNE I HERCEGOVINE

Na nivou Bosne i Hercegovine moguće je govoriti o postojanju dva suda i to Ustavnog suda i Suda Bosne i Hercegovine. Iako ustavni sudovi se razlikuju od redovnih sudova i ne spadaju u njih, da bi smo bolje razjasnili organizaciju i nadležnost redovnih sudova moramo objasniti njihov specifičan odnos sa Ustavnim sudom.

¹ „U Dejtonskom ustavu Bosne i Hercegovine nije predviđena klasična podjela vlasti. Zapravo, sudska vlast je potpuno izostavljena, osim Ustavnog suda Bosne i Hercegovine koji ima druge nadležnosti. Sud Bosne i Hercegovine osnovan je naknadno zbog činjenice da na nivou države nije postojao sud opšte nadležnosti, u funkciji vrhovnog suda jedne države.“ Maša Alijević, „Uloga sudske vlasti u Bosni i Hercegovini“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici (Anali PFUZ)* 5/2010, 196.

² Opinion on legal certainty and the independence of the judiciary in Bosnia and Herzegovina, Adopted by the Venice Commission at its 91st Plenary Session (Venice, 15-16 June 2012), Strasbourg, 18 June 2012, point 29. and 49.

³ *Ibid.*, point 102.

2.1. Ustavni sud Bosne i Hercegovine i njegov odnos prema redovnim sudovima

Analizom odredbi Ustava Bosne i Hercegovine vidljivo je da jedini sud koji se spominje u Ustavu je Ustavni sud.⁴ Iako su ustavni sudovi odvojeni od redovnih sudova, ustavotvorac je napravio vezu između Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i redovnih sudova u Bosni i Hercegovini propisavši da „Ustavni sud ima i apelacionu nadležnost nad pitanjima po ovom Ustavu, koja proističu iz presude svakog suda u Bosni i Hercegovini.“⁵ „Ovom nadležnošću Ustavni sud prelazi okvire osnovnih ciljeva njegovog postojanja i time se svrstao u redovne sudove opšte nadležnosti.“⁶ S obzirom da se uglavnom radi o apelacijama povodom zaštite ljudskih prava, Ustavni sud sa svojom apelacionom nadležnošću ne odstupa od savremenih tendencija u razvoju ustavnog sudstva.⁷ Pored navedenog Ustav Bosne i Hercegovine je dao nadležnost svim sudovima u Bosni i Hercegovini da Ustavnom sudu upute pitanja koja se odnose na to da li je zakon na čijoj valjanosti počiva odluka suda, saglasan sa Ustavom, Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i njenim protokolima, ili sa zakonima Bosne i Hercegovine ili u pogledu postojanja ili djelokruga nekog opšteg pravila međunarodnog javnog prava koje je od značaja za odluku suda.⁸ Na ovaj način Ustavni sud ima jednu specifičnu poziciju u pravnom poretku.

2.2. Sud Bosne i Hercegovine

Iako u Ustavu Bosne i Hercegovine nema pomena Suda Bosne i Hercegovine, Visoki predstavnik Wolfgang Petrič (Wolfgang Petritsch) je 12. novembra 2000. godine nametnuo zakon kojim se uspostavlja Sud

⁴ Koliko je čudno da se u Ustavu Bosne i Hercegovine ne spominje redovno sudstvo govori stav da se danas „nijedan savremeni ustav ne može zamisliti bez odredaba o sudskoj vlasti“. Vid. Jelena Vučković, „Ustav Srbije i sudska vlast“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu i Pravnog fakulteta u Kragujevcu*, tematski broj, Niš 2011., 247.

⁵ Čl. VI st. 3. tač. b) Ustava Bosne i Hercegovine - UBiH, - http://www.ccbh.ba/public/ down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_srp.pdf, 07. april 2015.

⁶ Mile Dmičić, *Ustavno pravo – dopuna osnovnoj literaturi*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjaluci i Uprava za policijsko obrazovanje, Banjaluka 2011, 115.

⁷ Ustavni sudovi ne služe samo kao zaštitnici ustava jedne države nego i kao zaštitnici ljudskih prava koja predstavljaju najvažniji dio ustava. O ustavnom sudu kao zaštitniku - ljudskih prava vid. Slobodan P. Orlović, „Promena položaja ustavnog sudstva“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)*, 4/2013, 153-155.

⁸ Čl. VI st. 3. tač. c) UBiH. O primjeni međunarodnog prava u sudskim postupcima vid. Maja Stanivuković, „Pravo Evropske unije i sudovi u Srbiji“, *Zbornik radova PFNS*, 1/2012, 204.

Bosne i Hercegovine. Obrazloženje za ovakvu odluku bilo je da je potrebno uspostaviti Sud Bosne i Hercegovine iz razloga efikasnog ostvarivanja nadležnosti države i poštovanja ljudskih prava i vladavine zakona.⁹

U pravnoj teoriji sudovi se prema stvarnoj nadležnosti dijele na opšte i posebne, dok se prema funkcionalnoj (instancionoj) nadležnosti mogu biti prvostepeni, apelacioni i kasacioni.¹⁰ Prema ovoj podjeli možemo reći da je Sud Bosne i Hercegovine sud opšte nadležnosti, koji se istovremeno može posmatrati kao prvostepeni i apelacioni sud u odnosu na odluke koje donosi ovaj sud u prvom stepenu¹¹, mada ima mišljenja da „pored toga što je prvostepeni, Sud BiH je istovremeno i žalbeni i kasacioni, budući da je ovlašćen da odlučuje o žalbama protiv odluka koje je sam Sud doneo u prvom stepenu, kao i o pojedinim vanrednim pravnim lekovima protiv odluka svojih odeljenja i veća“.¹² „Sud Bosne i Hercegovine nije hijerarhijski nadređen entitetskim sudovima, nego postoji pored njih“.¹³ Stoga ovaj sud ne može igrati ulogu vrhovnog suda.

Prema Zakonu o Sudu Bosne i Hercegovine Sud ima tri odjeljenja, a to su Krivično, Upravno i Apelaciono, koja imaju krivičnu, upravnu i apelacionu nadležnost. Krivično i upravno odjeljenje sude u prvom stepenu, a apelaciono odjeljenje u drugom stepenu odlučuje po žalbama protiv presuda ili odluka donesenih od Krivičnog i Upravnog odjeljenja Suda i vanrednim pravnim lijekovima uložnim protiv pravosnažnih odluka donijetih od odjeljenja Suda.

Krivično odjeljenje Suda Bosne i Hercegovine ima **krivičnu nadležnost** koja se vezuje za krivična djela propisana zakonima Bosne i Hercegovine, prije svega Krivičnim zakonom Bosne i Hercegovine. Međutim, ovdje se ne iscrpljuje u potpunosti nadležnost Krivičnog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine, jer je uslovno proširena i na krivična djela utvrđena zakonima entiteta i Brčko Distrikta. Sud će i u ovim slučajevima biti nadležan ako se radi o krivičnim djelima koja: ugrožavaju suverenitet, teritorijalni integritet, političku nezavisnost, državnu bezbjednost i međunarodni subjektivitet Bosne i Hercegovine; ako mogu imati ozbiljne reperkusije

⁹ Čl. 1. Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 29/00.

¹⁰ Ratko Marković, *Ustavno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i JP Službeni glasnik, Beograd 2010, 508.

¹¹ Meddžida Kreso, „Jačanje pozicije nezavisnosti Suda Bosne i Hercegovine“, *Analiza PFUZ* 10/2012, 102.

¹² Vesna Rakić-Vodinić, „Da li je Bosni i Hercegovini potreban jedan vrhovni sud?“, *Jedan Vrhovni sud za BiH* (ur. Edin Šarčević), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2011, 154.

¹³ Goran Marković, „Funkcionisanje države i metodi tumačenja“, *Analiza PFUZ* 9/2012, 48.

ili štetne posljedice na privredu Bosne i Hercegovine ili mogu izazvati druge štetne posljedice za Bosnu i Hercegovinu ili mogu izazvati ozbiljnu ekonomsku štetu ili druge štetne posljedice van teritorije entiteta ili distrikta.¹⁴

Pored navedenog, Krivično odjeljenje Suda Bosne i Hercegovine u krivičnoj oblasti je nadležano da: na zahtjev suda entiteta ili distrikta kojem je povjereno sprovođenje zakona Bosne i Hercegovine zauzme konačan i pravno obavezujući stav vezan za sprovođenje zakona Bosne i Hercegovine i međunarodnih ugovora; da po službenoj dužnosti ili na zahtjev suda entiteta ili distrikta donosi praktična uputstva za primjenu krivičnog materijalnog prava u vezi sa krivičnim djelima genocida, zločina protiv čovječnosti, ratnih zločina i kršenja zakona i običaja rata, te pojedinačnom krivičnom odgovornošću vezano za ova djela; da odlučuje o pitanjima provođenja međunarodnih i međuentitetskih krivičnih propisa, odnosu sa Interpolom i međunarodnim policijskim organima, transferu osuđenog lica, izručenju i predaji lica koja drugi subjekti traže od organa u Bosni i Hercegovini; da rješava sukob nadležnosti između sudova entiteta, sudova entiteta i suda distrikta, između Suda i bilo kojeg drugog suda; da odlučuje o ponavljanju postupka za krivična djela propisana zakonima države Bosne i Hercegovine.¹⁵

Upravno odjeljenje Suda Bosne i Hercegovine ima **upravnu nadležnost** kada odlučuje po tužbama protiv konačnih upravnih akata, u slučaju ćutanja uprave, institucija, organa, agencija, javnih korporacija Bosne i Hercegovine, institucija distrikta i drugih subjekata utvrđenih zakonom države Bosne i Hercegovine. Konkretnije rečeno Upravno odjeljenje Suda je nadležano da: ocjenjuje zakonitost pojedinačnih i opštih izvršnih upravnih akata donesenih na osnovu državnog zakona, za koje nije zakonom predviđeno sudsko ispitivanje; da rješava imovinske sporove između države i entiteta, između države i distrikta, između entiteta, između entiteta i distrikta, između institucija Bosne i Hercegovine; da rješava sukob nadležnosti između sudova entiteta, sudova entiteta i sudova distrikta, Suda Bosne i Hercegovine i bilo kojeg drugog suda; da odlučuje o ponavljanju postupka u kojima ima upravnu nadležnost.¹⁶

Apelaciono odjeljenje Suda Bosne i Hercegovine ima **apelacionu nadležnost** koja se sastoji u odlučivanju po žalbama i vanrednim pravnim lijekovima. Naime, ovo odjeljenje Suda odlučuje po žalbama protiv pre-

¹⁴ Čl. 7. st. 1. i 2. Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine – prečišćeni tekst – ZSBiH-PT, *Službeni glasnik BiH*, br. 49/09.

¹⁵ Čl. 7. st. 3. ZSBiH-PT.

¹⁶ Čl. 8. ZSBiH-PT.

suda ili odluka donesenih od Krivičnog i Upravnog odjeljenja Suda i vanrednim pravnim lijekovima uložnim protiv pravosnažnih odluka donijetih od odjeljenja Suda. Ovdje nije obuhvaćen zahtjev za ponavljanje postupka. Sud u okviru svoje apelacione nadležnosti odlučuje o prigovorima koji se odnose na kršenje izbornog zakona i propisa koje donosi Centralna izborna komisija Bosne i Hercegovine i odlučuje o drugim predmetima kada je to propisano zakonom Bosne i Hercegovine.¹⁷

3. ORGANIZACIJA I NADLEŽNOST SUDOVA FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE

U Federaciji Bosne i Hercegovine postoje opštinski, kantonalni i Vrhovni sud Federacije.¹⁸ Opštinski sudovi se osnivaju na području jedne ili više opština, kantonalni sudovi za područje kantona, a Vrhovni sud Federacije je najviši žalbeni sud koji se osniva za teritoriju Federacije Bosne i Hercegovine.¹⁹

Opštinski sudovi su nadležni u krivičnim, građanskim, prekršajnim, privrednim i drugim predmetima. U **krivičnim predmetima** u prvom stepenu sude za krivična djela za koja je propisana kao glavna kazna novčana kazna ili kazna zatvora do 10 godina, ako posebnim zakonom nije propisana nadležnost drugog suda; za krivična djela za koja je posebnim zakonom propisana nadležnost opštinskog suda; za krivična djela za koja je Sud Bosne i Hercegovine prenio nadležnost na opštinski sud; u svim krivičnim postupcima protiv maloljetnika. Pored navedenog opštinski sudovi postupaju tokom istrage i nakon podizanja optužnice u skladu sa zakonom; odlučuju o vanrednim pravnim lijekovima kada je to zakonom predviđeno; odlučuju o brisanju osude i prestanku mjera bezbjednosti i prav-

¹⁷ Čl. 9. ZSBiH-PT.

¹⁸ U čl. 1. u dijelu pod nazivom „C. Sudska vlast Federacije“ u Ustavu Federacije Bosne i Hercegovine – prečišćeni tekst, propisano je da sudsku funkciju u Federaciji vrše sudovi Federacije, kantonalni sudovi i opštinski sudovi. Interesantno je da se u Ustavu pod sudovima Federacije podrazumjeva Vrhovni sud i Ustavni sud Federacije Bosne i Hercegovine. Bez obzira na ovaj propust ustavotvorca, mi ćemo se baviti samo redovnim sudstvom u ovom radu. Ustav Federacije Bosne i Hercegovine – prečišćeni tekst, http://www.ustavnisudbih.ba/sr/dokumenti/ustav_precisceni_tekst.pdf, 07. april 2015.

¹⁹ Čl. 16, 17. i 18. Zakona o sudovima u Federaciji Bosne i Hercegovine – ZSFBiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 38/05, 22/06, 63/10, 72/10, 7/13 i 52/14. Više o organizaciji redovnih sudova vid. Obren Bužanin, LJiljana Lalović, *Nosioci pravosudnih funkcija i društvo – modul 1*, Visoki sudski i tužilački savjet Bosne i Hercegovine, Centar za edukaciju sudija i tužilaca Federacije BiH i Centar za edukaciju sudija i tužilaca RS, Sarajevo 2009, 50.

nih posljedica osude i postupaju po molbama za pomilovanje. U **građanskim predmetima** opštinski sudovi u prvom stepenu odlučuju u građanskim sporovima i vanparničnom postupku. U **prekršajnim predmetima** u prvom stepenu sude za djela koja se mogu okarakterisati kao prekršaji i odlučuje o zahtjevu za ponavljanje prekršajnog postupka. U **privrednim predmetima** samo oni sudovi koji imaju privredna odjeljenja u prvom stepenu sude u sporovima koji se odnose na prava i obaveze po osnovu pravnog prometa roba, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama, te na prava i obaveze proistekle iz vrijednosnih papira, u kojima su obje strane u postupku pravna lica ili fizička lica, koja u svojstvu samostalnog preduzetnika ili u drugom svojstvu, obavljaju ekonomsku ili drugu registrovanu djelatnost u obliku osnovnog ili dopunskog zanimanja; u sporovima koji se odnose na brodove i plovidbu morem i unutrašnjim vodama i sporovima gdje se primjenjuje plovidbeno pravo, sem sporova o prevozu putnika; u sporovima koji se odnose na vazduhoplove i na koje se primjenjuje vazduhoplovno pravo, osim sporova o prevozu putnika; u sporovima iz autorskih prava, srodnih prava i prava industrijskog vlasništva; u sporovima koji se odnose na nelojalnu konkurenciju i monopolističke sporazume; stečaj i likvidaciju i sporove povodom njih. U **drugim predmetima** opštinski sudovi imaju nadležnost da provode postupak izvršenja, ako zakonom nije drugačije propisano; određuju mjere bezbjednosti, ako zakonom nije drugačije propisano; rješavaju u posebnim postupcima, ako zakonom nije drugačije propisano; obavljaju zemljišno – knjižne poslove; pružaju pravnu pomoć drugim sudovima u Bosni i Hercegovini; obavljaju poslove međunarodne pravne pomoći, ako zakonom nije propisano da neke od tih poslova obavlja kantonalni sud; obavljaju poslove upisa u registre pravnih lica i obavljaju druge poslove propisane zakonom.²⁰

Kantonalni sudovi imaju nadležnost u prvom i drugom stepenu. Kantonalni sudovi su u **prvom stepenu** nadležni da sude za krivična djela za koja je propisana kazna zatvora preko 10 godina ili dugotrajni zatvor, ako zakonom nije propisana nadležnost drugog suda; da postupaju u toku istrage i nakon podizanja optužnice; da sude za krivična djela za koja je Sud Bosne i Hercegovine prenio nadležnost na kantonalne sudove; da odlučuju u upravnim sporovima i zahtjevima za zaštitu sloboda i prava utvrđenih Ustavom povrijeđenih konačnim pojedinačnim aktom ili radnjom službenog lica u organima uprave, odnosno odgovorne osobe u preduzeću, ustanovi ili drugom pravnom licu, kada za zaštitu tih prava nije osigurana druga sudska za-

²⁰ Čl. 27. ZSFBiH.

štita. Kantonalni sudovi u **drugom stepenu** odlučuju o žalbama na odluke opštinskih sudova, o žalbama na rješenja o prekršajima i o drugim redovnim i vanrednim pravnim lijekovima. Pored ovoga kantonalni sudovi imaju i tzv. **ostalu nadležnost** koja se sastoji u rješavanju sukoba mjesne nadležnosti između opštinskih sudova sa područja kantona, o prenosu mjesne nadležnosti između opštinskih sudova na području kantona, o brisanju osude i prestanku mjera bezbjednosti i pravnih posljedica osude, odlučuju o molbama za pomilovanje, o zahtjevima za priznanje stranih sudskih i arbitražnih odluka, o pružanju međunarodne pravne pomoći u krivičnim predmetima i obavljaju druge poslove propisane zakonom.²¹

Vrhovni sud Federacije odlučuje o redovnim pravnim lijekovima protiv kantonalnih sudova, vanrednim pravnim lijekovima protiv pravosnažnih odluka, o pravnim lijekovima protiv odluka svojih vijeća, rješava sukobe nadležnosti između kantonalnih sudova i opštinskih sudova sa područja različitih kantona, o prenosu mjesne nadležnosti s jednog suda na drugi i druge poslove propisane zakonom. Vrhovni sud Federacije može imati i izvorne nadležnosti, ako su utvrđene federalnim zakonima.²²

Iako federalno uređenje daje mogućnost za postojanje dva sudska sistema na nivou Federacije i nivou kantona, u ovom slučaju imamo kantonalne sudske sisteme, koji se sastoje od opštinskih i kantonalnog suda, na koje dodajemo Vrhovni sud Federacije. Drugostepena nadležnost kod kantonalnih sudova je pravilo, a kod Vrhovnog suda Federacije izuzetak.²³

4. ORGANIZACIJA I NADLEŽNOST SUDOVA REPUBLIKE SRPSKE

Osnivanje, nadležnost, organizacija i postupak pred sudovima utvrđuju se zakonom.²⁴ U Republici Srpskoj postoje sudovi opšte i posebne nadležnosti. U sudove opšte nadležnosti ubrajamo osnovne sudove, okružne sudove i Vrhovni sud. U sudove posebne nadležnosti spadaju okružni privredni sudovi i Viši privredni sud.²⁵ Upravni sudovi kao sudovi poseb-

²¹ Čl. 28. ZSFBiH.

²² Čl. 29. ZSFBiH.

²³ Goran Marković, *Bosanskohercegovački federalizam*, JP Službeni glasnik Beograd, Univrsity Press – Izdanja Magistrat Sarajevo, Beograd - Sarajevo 2012, 270-271.

²⁴ Čl. 122. Ustava Republike Srpske, <http://www.ustavisud.org/Doc.aspx?subcat=40&cat=11&id=14&lang=cir>, 08. april 2015.

²⁵ O organizaciji redovnih sudova u Republici koja je postojala prije uvođenja sudova posebne nadležnosti vid. Biljana Marić, „Reforma sudske vlasti u Republici Srpskoj“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1-2/2002., 158-176.

ne nadležnosti nisu predviđeni u Republici Srpskoj, iako je primjetno njihovo postojanje u većini zemalja u kojima postoje sudovi posebne nadležnosti.²⁶ Kada govorimo o području za koje se osnivaju sudovi onda možemo reći da se osnovni sudovi osnivaju za područje jedne ili više opština, a okružni sudovi osnivaju se za područje dva ili više osnovnih sudova. Okružni privredni sudovi osnivaju se za područje koje pokrivaju okružni sudovi, a viši privredni sud osniva se za teritoriju Republike Srpske.²⁷ Okružni privredni sudovi su prvostepeni, a viši privredni sud je drugostepeni sud. Vrhovni sud je najviši sud u Republici Srpskoj i on pokriva cijelu teritoriju Republike Srpske.²⁸

Osnovni sudovi nadležni su da u prvom stepenu sude u krivičnim, građanskim, prekršajnim i drugim predmetima. U **krivičnim predmetima** osnovni sudovi su nadležni za krivična djela za koja je zakonom propisana kao glavna kazna novčana kazna ili kazna zatvora do deset godina, ako posebnim zakonom nije određena nadležnost drugog suda; za krivična djela za koja je posebnim zakonom određena nadležnost osnovnog suda; za krivična djela za koja je Sud Bosne i Hercegovine prenio nadležnost na osnovni sud; za bilo koji krivični postupak protiv maloljetnika; da postupaju tokom istrage i nakon podizanja optužnice u skladu sa zakonom; da odlučuju o vanrednim pravnim lijekovima kada je to zakonom previđeno; da odlučuju o brisanju osude i prestanku mjera bezbjednosti i pravnih posljedica osude, na osnovu sudske odluke i da postupaju po molbama za pomilovanje u skladu sa zakonom. U **građanskim predmetima** osnovni sudovi su nadležni u svim građanskim sporovima i u vanparničnom postupku. U **prekršajnim predmetima** osnovni sudovi su

²⁶ O organizaciji upravnih sudova vid. Ratko Radošević, „Organizacija upravnog sudstva“, *Zbornik radova PFNS*, 3/2014., 407-425.

²⁷ Kao u Republici Srpskoj i u Republici Srbiji postoje sudovi opšte i posebne nadležnosti. U sudove opšte nadležnosti spadaju osnovni, viši, apelacioni i Vrhovni kasacioni sud. U sudove posebne nadležnosti spadaju privredni sudovi, privredni apelacioni sud, prekršajni sudovi, viši prekršajni sud i upravni sud. Vid. čl. 11. Zakona o uređenju sudova, *Službeni glasnik RS*, br. 116/2008, 104/2009, 101/2010 i 101/2011.

Slična organizacija postoji i u Republici Hrvatskoj gdje se sudovi dijele na redovne, specijalizovane i Vrhovni sud. U redovne sudove ubrajamo opštinske i županijske sudove, a u specijalizovane ubrajamo trgovačke, upravne, prekršajne, visoki trgovački sud, visoki upravni sud i visoki prekršajni sud. Vid. čl. 14. Zakona o sudovima, *Narodne novine RH*, br. 28/13 i 33/15.

U Republici Crnoj Gori postoje osnovni sudovi, viši sudovi, privredni sudovi, apelacioni sud, upravni sud i vrhovni sud. Vid. čl. 14. Zakona o sudovima, *Službeni list CG*, 5/2002, 49/2004, 22/2008, 39/2011, 46/2013 i 48/2013.

²⁸ Čl. 17-22. Zakona o sudovima Republike Srpske – ZSRS, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 37/12.

nadležni za djela koja su propisana kao prekršaji i za rješavanje o zahtjevima za ponavljanje prekršajnog postupka. U **drugim predmetima** osnovni sudovi su nadležni da sprovedu izvršni postupak, ako zakonom nije drugačije određeno; da određuju mjere obezbjeđenja, ako zakonom nije drugačije određeno; da rješavaju u posebnim postupcima, ako zakonom nije drugačije određeno; da pružaju pravnu pomoć sudovima u Bosni i Hercegovini; da vrše poslove međunarodne pravne pomoći, ako zakonom nije određeno da neke od tih poslova vrši okružni sud; da vrše poslove upisa registracije udruženja građana i da vrše druge poslove određene zakonom.²⁹

Okružni sudovi sude u prvom i drugom stepenu. U **prvom stepenu** okružni sudovi sude za krivična djela za koja je zakonom propisana kazna veća od deset godina ili dugotrajni zatvor, ako zakonom nije određena nadležnost drugog suda; postupaju u toku istrage i nakon podizanja optužnice u skladu sa zakonom; sude za krivična djela za koja je Sud Bosne i Hercegovine prenio nadležnost na okružne sudove; odlučuju u svim upravnim sporovima i to prema sjedištu prvostepenog upravnog organa, kao i o zahtjevima za zaštitu sloboda i prava utvrđenih ustavom, ako su takve slobode i prava povrijeđena konačnim pojedinačnim aktom ili radnjom službenog lica u organima uprave, odnosno odgovornog lica u preduzeću, ustanovi ili drugom pravnom licu, kada za zaštitu tih prava nije obezbijeđena druga sudska zaštita. Okružni sudovi u **drugom stepenu** odlučuju o žalbama protiv odluka osnovnih sudova i o drugim redovnim i vanrednim pravnim lijekovima, ako je to određeno zakonom. U **ostalu nadležnost** okružnih sudova ubrajamo rješavanje o sukobu mjesne nadležnosti između osnovnih sudova sa svog područja u skladu sa zakonom; odlučivanje o prenosu mjesne nadležnosti sa jednog osnovnog suda na drugi osnovni sud na svom području, odlučivanje o brisanju osude i prestanku mjera bezbjednosti i pravnih posljedica osude, na osnovu sudske odluke; postupanje po molbama za pomilovanje u skladu sa zakonom; rješavanje o priznanju odluka stranih sudova, stranih trgovačkih sudova i stranih arbitraža; pružanje međunarodne pravne pomoći u krivičnim predmetima i obavljanje drugih poslova određenih zakonom.³⁰

Okružni privredni sudovi u prvom stepenu odlučuju u parničnim i vanparničnim sporovima koji se odnose na prava i obaveze po osnovu pravnog prometa robe, usluga, vrijednosnih papira, vlasničkih i drugih stvarnih prava na nekretninama, kao i na prava i obaveze proistekle iz vrijednosnih papira, u kojima su obje stranke u postupku pravno ili fizičko

²⁹ Čl. 30. ZSRS.

³⁰ Čl. 31. ZSRS.

lice, koje u svojstvu samostalnog preduzetnika i u drugom svojstvu obavljaju privrednu ili drugu registrovanu djelatnost u vidu osnovnog ili dopunskog zanimanja; u sporovima koji se odnose na brodove i na plovidbu na unutrašnjim vodama, kao i u sporovima na koje se primjenjuje plovidbeno pravo, osim sporova o prevozu putnika; u sporovima koji se odnose na avione, kao i u sporovima na koje se primjenjuje vazduhoplovno pravo, osim sporova o prevozu putnika; u sporovima iz autorskog prava, srodnih prava i prava industrijske svojine; u sporovim nastalim povodom djela za koja se tvrdi da predstavljaju nelojalnu konkurenciju ili monopolistički sporazum; u postupcima stečaja i likvidacije, u skladu sa zakonom, kao i u svim sporovima koji nastanu u toku i povodom sprovođenja postupka stečaja i likvidacije; u poslovima registracije pravnih lica ili samostalnih preduzetnika uređenih Zakonom o upisu poslovnih subjekata u sudski registar; o sprovođenju izvršnog postupka po pravosnažnim izvršnim sudskim odlukama privrednih sudova; o sprovođenju izvršnog postupka po vjerodostojnim ispravama u kojima su obje stranke u postupku pravna lica ili fizička lica koja u svojstvu samostalnog preduzetnika ili u drugom svojstvu obavljaju privrednu ili drugu registrovanu djelatnost u vidu osnovnog ili dopunskog zanimanja i po izvršnim notarskim ispravama u kojima su obje stranke u postupku pravna lica; o određivanju mjera obezbjeđenja; o pružanju pravne pomoći sudovima u Republici Srpskoj i Bosni i Hercegovini iz svoje nadležnosti; o obavljanju poslova međunarodne pravne pomoći iz svoje nadležnosti; o sporovima koji nastanu stranim ulaganjem i o obavljanju i drugih poslova uređenih zakonom.³¹

Viši privredni sud nadležan je da odlučuje o žalbama protiv odluka okružnih privrednih sudova, a u prvom stepenu i o drugim stvarima određenim zakonom; odlučuje o sukobu nadležnosti i o prenošenju nadležnosti okružnih privrednih sudova; utvrđuje pravne stavove radi jedinstvene primjene zakona iz nadležnosti okružnih privrednih sudova i obavlja druge poslove određene zakonom.³²

Vrhovni sud je naležan da odlučuje o redovnim pravnim lijekovima protiv odluka okružnih sudova, ako je to zakonom određeno; odlučuje o vanrednim pravnim lijekovima protiv pravosnažnih odluka sudova, kada je to zakonom određeno; odlučuje o pravnim lijekovima protiv odluka svojih vijeća, ako zakonom nije drugačije određeno; zauzima načelne stavove radi usaglašavanja sudske prakse o pitanjima za koja ocijeni da su od značaja za jedinstvenu primjenu zakona u Republici Srpskoj; rješava sukobe nadležnosti između sudova, ako zakonom nije drugačije određeno.

³¹ Čl. 33. ZSRS.

³² Čl. 34. ZSRS.

no; odlučuje o prenošenju mjesne nadležnosti s jednog suda na drugi sud, kada je to određeno zakonom i razmatra aktuelna pitanja sudske prakse, analizira potrebe za stručnim usavršavanjem sudija, stručnih saradnika i viših stručnih saradnika i obavlja druge poslove određene zakonom.³³

5. ORGANIZACIJA I NADLEŽNOST SUDOVA BRČKO DISTRIKTA BOSNE I HERCEGOVINE

Sudovi u Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine su Osnovni sud i Apelacioni sud. Oba suda su osnovana za područje Distrikta u skladu sa Statutom i imaju opštu nadležnost.³⁴

Osnovni sud je nadležan u krivičnim, prekršajnim, građanskim i drugim predmetima. U **krivičnim predmetima** Osnovni sud je nadležan: da u prvom stepenu sudi za sva krivična djela i za krivična djela za koja je Sud Bosne i Hercegovine prenio nadležnost na Osnovni sud; da postupa tokom istrage i nakon podizanja optužnice u skladu sa zakonom; da odlučuje o brisanju osude i prestanku mjera bezbjednosti i pravnih posljedica osude, na osnovu sudske odluke i da postupa po molbama za pomilovanje u predmetima iz svoje nadležnosti u skladu sa zakonom. U **prekršajnim predmetima** Osnovni sud je nadležan: da preduzima sve zakonom predviđene radnje u rješavanju prekršajnih predmeta i da preduzima zakonom predviđene radnje za izvršenje izrečenih prekršajnih sankcija. U **građanskim predmetima** Osnovni sud je nadležan da u prvom stepenu sudi u svim građanskim sporovima, u vanparničnom postupku, u upravnim sporovima, u svim privrednim sporovima, u postupku stečaja i likvidacije, u skladu sa zakonom, kao i u svim sporovima koji nastanu u toku i povodom sprovođenja postupka stečaja i likvidacije i u sporovima za ocjenu ustavnosti, statutarnosti i zakonitosti. U **drugim predmetima** Osnovni sud je nadležan: da sprovodi izvršni postupak; da određuje mjere obezbjeđenja, ako zakonom nije drugačije određeno; da rješava u posebnim postupcima, ako zakonom nije drugačije određeno; da obavlja zemljišno-knjižne poslove, ako zakonom nije drugačije određeno; da pruža pravnu pomoć sudovima u Bosni i Hercegovini; da vrši poslove međunarodne pravne pomoći; da vodi registar pravnih subjekata ako je to zakonom utvrđeno; da postupa po zahtjevu za ostvarivanje prava na pravnu

³³ Čl. 35. ZSRs.

³⁴ Čl. 66. Statuta Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine – prečišćeni tekst, *Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH*, br. 17/08 i 39/09 i čl. 17-19. Zakona o sudovima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine – ZSBDBiH, *Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH*, br. 19/07, 20/07, 39/09 i 31/11.

pomoć u skladu s čl. 13–21 Zakona o Kancelariji za pravnu pomoć Brčko Distrikta BiH i da vrši druge poslove određene zakonom.³⁵

Apelacioni sud je nadležan da odlučuje o redovnim pravnim lijekovima izjavljenim na odluke Osnovnog suda i o vanrednim pravnim lijekovima izjavljenim na pravosnažne sudske odluke.³⁶

Pored navedenog Sudovi Distrikta nadležni su da odlučuju da li je bilo koji zakon Distrikta, podzakonski akt ili bilo koji drugi pravni akt bilo koje institucije Distrikta u skladu sa Statutom i da odlučuju da li je bilo koji podzakonski akt Distrikta ili bilo koji drugi pravni akt bilo koje institucije Distrikta u skladu sa bilo kojim zakonom Distrikta. Sudovi Distrikta nadležni su da odlučuju o sukobu nadležnosti između sudova Distrikta i druge institucije Distrikta ili između institucija Distrikta u skladu sa ovim Statutom.³⁷

Smatra se da su sudski sistem Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine i njegova nezavisnost najveća dostignuća postignuta u Distriktu.³⁸

6. KRITIKA ORGANIZACIJE I NADLEŽNOSTI SUDOVA U BOSNI I HERCEGOVINI

Organizacija i nadležnosti sudova u Bosni i Hercegovini trpe brojne kritike stručne i naučne javnosti. U suštini one se odnose na apelacionu nadležnost Ustavnog suda, na Sud Bosne i Hercegovine i na problem ujednačavanja sudske prakse. Organizacija i nadležnosti sudova u entitetima su manje izloženi kritikama zbog njihovog dobrog funkcionisanja.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine iako ne spada u redovne sudove opšte nadležnosti ima apelacionu nadležnost nad pitanjima po Ustavu, koja proističu iz presude svakog suda u Bosni i Hercegovini.³⁹ Ovakvu nadležnost ne bi trebao da ima jedan ustavni sud, pogotovo što se radi o velikom broju slučajeva čime je apelaciona nadležnost postala dominantna.⁴⁰

³⁵ Čl. 21. ZSBDBiH.

³⁶ Čl. 22. st. 1. ZSBDBiH.

³⁷ Čl. 6. ZSBDBiH.

³⁸ Vilijam Somers, „Brčko Distrikt: eksperiment koji treba doživjeti“, *Pružanje javnih usluga u zemljama jugoistočne Evrope, kretanja i dostignuća*, Krakov, Poljska, 2002., 8.

³⁹ M. Dmičić, 115.

⁴⁰ Miodrag Simović, Milena Simović, „Uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u odbrani i daljnjoj izgradnji evropskog identiteta u Bosni i Hercegovini“, *Analiza PFUZ* 7/-2011, 14.

Sud Bosne i Hercegovine je osporavan iz razloga nepostojanja ustavnog osnova za njegovo osnivanje. Presudom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine utvrđeno je da je njego osnivanje u skladu sa Ustavom Bosne i Hercegovine, a i stav određenih međunarodnih tijela je bio sličan.⁴¹ Na intervenciju međunarodne zajednice u Republici Srpskoj nije održan referendum⁴² o statusu Suda Bosne i Hercegovine, a kao kompromisno rješenje otpočeo je Strukturirani dijalog o pravosuđu između Bosne i Hercegovine i Evropske unije.

Kritikivano je proširenje nadležnosti Suda Bosne i Hercegovine i na krivična djela utvrđena zakonima entiteta i Brčko Distrikta ako se radi o krivičnim djelima koja: ugrožavaju suverenitet, teritorijalni integritet, političku nezavisnost, državnu bezbjednost i međunarodni subjektivitet Bosne i Hercegovine; ako mogu imati ozbiljne reperkusije ili štetne posljedice na privredu Bosne i Hercegovine ili mogu izazvati druge štetne posljedice za Bosnu i Hercegovinu ili mogu izazvati ozbiljnu ekonomsku štetu ili druge štetne posljedice van teritorije entiteta ili distrikta. Na ovaj način Sud Bosne i Hercegovine može preuzimati predmete od entitetskih sudova i sudova distrikta koji imaju nadležnost u tim slučajevima, čemu se posebno protivi Republika Srpska.⁴³ S druge strane postoje i stavovi „da je za svaku zemlju od suštinske važnosti da sudu koji ima nadležnost na cijeloj teritoriji države dodjeli ovlasti za rješavanje krivičnih djela kojima se ugrožavaju državni interesi i štiti njen suverenitet, teritorijalni integritet ili politička nezavisnost“.⁴⁴

Sljedeća primjedba na organizaciju Suda Bosne i Hercegovine se odnosi na činjenicu da je Sud istovremeno prvostepeni i apelacioni sud na odluke koje donose njegova odjeljenja. „Saglasno načelu dvostepenosti, o preispitivanju sudske presude može odlučivati samo viši sud.“⁴⁵ Smatra se da bi Apelaciono odjeljenje koje vrši apelacionu nadležnost Suda Bosne i Hercegovine trebalo izdvojiti u poseban Apelacioni sud Bosne i

⁴¹ Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U 26/01 od 28.09.2001. godine. Pored toga i stav Venecijanske komisije je bio da postoji potreba da se na nivou Bosne i Hercegovine uspostavi sud. Vid. Draft Opinion of the Venice Commission on the need for a judicial institution at the level of the state of Bosnia and Herzegovina, Strasbourg, Council of Europe, 7 October 1998.

⁴² Odluka o raspisivanju Republičkog referenduma, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 45/11.

⁴³ Ovo je bio i zvanični stav Republike Srpske u pogledu reforme pravosuđa u Bosni i Hercegovini koji se može vidjeti u Preporukama Narodne Skupštine Republike Srpske za vođenje strukturisanog dijaloga o sistemu pravosuđa, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 61/11.

⁴⁴ M. Kreso, 107.

⁴⁵ Mirjana Pajvančić, „O sudskoj vlasti u ustavnom sistemu Srbije“, *Zbornik radova PFNS*, 3/2011, 11.

Hercegovine čime bi se omogućila dosljedna primjena načela dvostepenosti i ispoštovali međunarodnopravni standardi u ovoj oblasti.⁴⁶ U ovom pravcu su već preduzete normativne aktivnosti na uređenju ovog problema kroz uspostavljanje Višeg suda BiH.⁴⁷

Velika zamjerka organizaciji sudstva u Bosni i Hercegovini je nedostatak ujednačavanja sudske prakse. To samo po sebi dovodi do pitanja uspostavljanja Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine. Za takav poduhvat ne postoji ni ustavni osnov ni politička volja. Rješenje bi moglo biti u uspostavljanju posebnog tijela koje bi se sastojalo od predstavnika Suda Bosne i Hercegovine, vrhovnih sudova entiteta i predstavnika Apelacionog suda Brčko Distrikta. Njegov zadatak bi bio usaglašavanje sudske prakse.⁴⁸

Kada je u pitanju organizacija i nadležnost sudova u entitetima i distriktu, smatra se da privredni sudovi u Republici Srpskoj, ukoliko se pokažu efikasnim, bi trebali biti uvedeni i u Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko Distriktu. Da bi pravosuđe bilo efikasnije u Federaciji Bosne i Hercegovine potrebno je smanjiti broj kantonalnih sudova.⁴⁹

7. ZAKLJUČAK

Organizacija i nadležnost sudova u Bosni i Hercegovini je propisana Ustavom Bosne i Hercegovine, ustavima entiteta, Statutom Distrikta i zakonima Bosne i Hercegovine, entiteta i Distrikta.

Organizaciju sudova u Bosni i Hercegovini možemo posmatrati na tri nivoa i to kroz četiri sudska sistema. Na nivou Bosne i Hercegovine postoji Sud Bosne i Hercegovine. On nema ulogu vrhovnog suda. Najveća zamjer-

⁴⁶ Branko Perić, „Struktura Suda Bosne i Hercegovine i međunarodni dokumenti o ljudskim pravima“, *Pravo i pravda*, 1/2007., 11., http://www.pravosudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=27799, 09. april 2015. O ovom pitanju sličan stav ima i Venecijanska komisija.

⁴⁷ Pripremljen je novi Zakon o sudovima BiH koji propisuje postojanje Suda BiH i Višeg suda BiH koji predstavlja nekadašnje Apelaciono odjeljenje Suda BiH. Više o Zakonu vid. „Analiza Nacrta Zakona o sudovima BiH“, *Fondacija Centar za javno pravo*, http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Analiza_Nacrta_Zakona_o_Sudovima BiH.pdf, 08. maj 2015.

⁴⁸ Opinion on legal certainty and the independence of the judiciary in Bosnia and Herzegovina, point 66-68, and 102. b and c. Naučna i stručna javnost je podjeljena oko pitanja uspostavljanja Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine. Uglavnom mogu se identifikovati dva stava: protiv uspostavljanja Vrhovnog sud Bosne i Hercegovine koji dolazi iz Republike Srpske i stava za uspostavljanje Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine koji dolazi iz Federacije Bosne i Hercegovine. Više o ovome vidi *Jedan Vrhovni sud za BiH?* (ur. Edin Šarčević), Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2011.

⁴⁹ Ibid., point 102 g and h.

ka ovom sudu je nepostojanje ustavnog osnova za njegovo osnivanje i nepostojanje drugostepenog apelacionog suda koji bi rješavao po žalbama na odluke Suda Bosne i Hercegovine. U ovom trenutku ovaj sud ima prvostepenu, ali i apelacionu nadležnost u odnosu na svoje presude i odluke čime nije dosljedno ispoštovan princip dvostepenosti. Ustavni sud Bosne i Hercegovine ne možemo posmatrati kao dio redovne sudske vlasti, ali možemo reći da Ustavni sud ima nadležnost koja ga približava redovnim sudovima, a to je njegova apelaciona nadležnost. Na nivou Bosne i Hercegovine radi ujednačavanja sudske prakse trebalo bi formirati posebnu komisiju koja će se baviti ovim poslom. Formiranje Vrhovnog suda je nerealno, jer ne postoji ustavni osnov ni politička volja da se takav sud formira.

Na nivou entiteta možemo govoriti o organizaciji sudova u Federaciji Bosne i Hercegovine i u Republici Srpskoj. U Federaciji Bosne i Hercegovine postoje opštinski, kantonalni i Vrhovni sud. U Republici Srpskoj postoje osnovni, okružni i Vrhovni sud. Za razliku od Federacije Bosne i Hercegovine, u Republici Srpskoj pored sudova opšte nadležnosti postoje i sudovi posebne nadležnosti u koje spadaju okružni privredni sudovi i Viši privredni sud. Postojanje sudova posebne nadležnosti se može vidjeti i u zemljama regiona.

Na nivou Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine postoje dva suda Osnovni i Apelacioni sud.

Kada posmatramo nadležnosti sudova u Bosni i Hercegovini onda je moguće izvući nekoliko paralela. Možemo govoriti o sličnosti nadležnosti između Osnovnog suda Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, osnovnih sudova u Republici Srpskoj i opštinskih sudova u Federaciji Bosne i Hercegovine. Istu paralelu možemo povući između Apelacionog suda Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, okružnih sudova u Republici Srpskoj i kantonalnih sudova u Federaciji Bosne i Hercegovine. Isto važi i za Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine i Vrhovni sud Republike Srpske. Paralelu u pogledu nadležnosti sudova u Bosni i Hercegovini nije moguće povući kada govorimo o okružnim privrednim sudovima i Višem privrednom sudu u Republici Srpskoj, jer se radi o posebnosti koja postoji samo u Republici Srpskoj, a nadležnosti koje obavljaju ovi sudovi pripadaju sudovima opšte nadležnosti u Federaciji Bosne i Hercegovine i Brčko Distriktu Bosne i Hercegovine.

Interesantno je to da se među nadležnostima Ustavnog suda Bosne i Hercegovine može naći nadležnost koja pripada redovni sudovima, a to je apelaciona nadležnost, a da s druge strane među nadležnostima sudova Distrikta koji spadaju u redovne sudove, možemo pronaći nadležnost koja pripada ustavnom sudstvu, a to je kontrola statutarnosti i zakonitosti.

*Tiho B. Džakić, Head of the Group for Harmonization of Regulations
Ministry of Internal Affairs
Republic of Srpska*

Organization and Jurisdiction of Courts in Bosnia and Herzegovina

Abstract: *The author of this paper analyses organization and jurisdiction of courts in Bosnia and Herzegovina, starting from the Court of Bosnia and Herzegovina, municipal, cantonal, and the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina, general (basic, district and Supreme Court) and special courts (district commercial courts and the Higher Commercial Court) of the Republic of Srpska and basic and appellate court of Brcko District of Bosnia and Herzegovina. Making a comparison between these courts we can conclude that there are similarities between the courts of general jurisdiction in the entities and the district. As a special feature we can identify the Court of Bosnia and Herzegovina which has no appellate court nor the constitutional base for its establishment and courts of special jurisdiction in the Republic of Srpska, which do not exist in other parts of the country, but their presence is evident in the region. There is no Supreme Court of Bosnia and Herzegovina. In addition, the specificity of Bosnia and Herzegovina is its Constitutional Court, which has appellate jurisdiction that should belong to the ordinary courts and the courts of Brcko District, which examined the statutariness and legality, the functions that belong to the constitutional judiciary.*

Key words: *judicial power, the regular courts, courts of general jurisdiction, courts of special jurisdiction.*

Datum prijema rada: 15.04.2015.

PRIKAZ KNJIGE

*Dr Ljubomir S. Stajić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
stajiclj@pf.uns.ac.rs*

Dr Marko Parezanović:
ENERGETSKA BEZBEDNOST

Bezbednost je naučno polje koje se, sasvim sigurno, brže i šire razvija od bilo kog drugog naučnog polja. U tom smislu prepavljeni smo literaturom iz oblasti od globalne do pojedinačne bezbednosti kao i one koja se bavi pojedinim aspektima tih bezbednosti - od nuklearne preko industrijske i ljudske do ekološke. Pojavljivanje velikog broja „bombastičnih naslova“ u domaćoj i stranoj literaturi ne znači, uvek, i kvalitet sadržaja koji se mogu pročitati ili koji opravdavaju tako tendenciozno postavljene ciljeve označene u naslovu. Tom prilikom izdvajaju se dve tendencije bezbednosne literature na našim prostorima i prostorima bivše SFRJ. Prva je puko preuzimanje (prepisivanje) stranih tekstova bez ikakve kritičke analize ili shvatanja suštine bezbednosti danas. Tako se može pročitati krucijalni doprinos savremenoj bezbednosnoj literaturi „svetskih eksperata“ koji su utvrdili da pojam bezbednosti treba proširiti i na polje ekološke i energetske bezbednosti kao da to nije bilo jasno još od pronalaska nafte, ruda i srednjovekovnih borbi za prostor i resurse u njemu. Druga tendencija je da su preko noći svi postali „eksperti“ za bezbednost čak i oni koji su o bezbednosti počeli da čitaju skoro i rešili da nešto napišu (prepišu) o nekom aspektu bezbednosti. Poplava literature nastale po ovim tendencijama zamagljuje pojavu radova nastalih kao pojedinačni naponi dokazanih eksperata za bezbednost koji svojim dugogodišnjim marljivim radom nastoje da osvetle i analiziraju veoma zanačajne oblasti bezbednosti po svim pravilima naučne metodologije i da pri tome imaju sopstveni stav o tome što pišu.

Takav pristup i stav nalazimo u radu kolege dr Marka Parezanovića u monografiji „Energetska bezbednost“ koja je izašla u izdanju Nove srpske političke misli (2014)¹. Pojava ove knjige na našem prostoru jedin-

¹ Parezanović M.; Energetska bezbednost, Nova politička misao, Beograd, 2014, ISBN 978-86-84321-21-5 strana 344.

stven je naučni poduhvat koga se niko nije prihvatio na tako obiman i metodološko korektan način. Objašnjenje za ovaj stav nalazimo i u činjenici da ovakav poduhvat zahteva udruženi rad više autora odjednom ili višegodišnji sistematični rad jednog autora koji je prinuđen da konsultuje i analizira izuzetno veliki broj bibliografskih jedinica što je slučaj sa ovom monografijom. Naime, problem jednog ovakvog poduhvata je činjenica da oni koji poznaju i imaju podatke o energetici ne znaju mnogo o bezbednosti i geopolitičkim tendencijama, a oni koji znaju teoriju i praksu bezbednosti nemaju egzaktno podatke o energetici i političkim stavovima vezanim za energetiku. Zbog toga je monografija poput ove, koja ima multidisciplinarne i sinergijske ambicije novina u našoj bezbednosnoj literaturi. U tom smislu biće korisna sa dva stanovišta: Prvo je da će mnogim teoretičarima uštedeti puno vremena koje bi im bilo potrebno da prikupe, obrade, analiziraju mnoštvo podataka i informacija, stavova i hipoteza iznetih u ovoj monografiji. Drugi je da će svojom strukturom, metodološkim pristupom ona, sasvim sigurno, izazvati poplavu radova od stručnih do naučnih na istu temu pri čemu bi oni kritički (ne kritizerski) bili korisniji od onih prepisivačkih jer od originala nikad nema bolje.

Visoka lestvica koja je podignuta u teoriji bezbednosti ovom knjigom biće veoma težak zadatak za one koji žele da ponove ovakav poduhvat bez obzira i na možda neke nesavršenosti koje se, uostalom, mogu naći i u svakom drugom samostalnom naučnom radu sa ovako široko postavljenom tematikom.

U pojedinačnom pristupu i oceni sadržaja monografije treba reći da se načelno u svim poglavljima, uglavnom vrlo uspešno, rasvetljavaju teorijski, istorijski, bezbednosni, komparativni, tehnološki, geopolitički i pojedinačni aspekti energetske bezbednosti danas. Originalna je po svojoj strukturi, metodološkom postupku, jeziku i stilu sa prepoznatljivim bezbednosnim pristupom koji je posledica dugogodišnjeg istraživanja teorije i naročito prakse bezbednosti. Teorijski je zasnovana i u skladu sa važećim teorijskim postulatima nauke bezbednosti. Osnovna odlika je mnoštvo korišćene relevantne literature koja podupire ili dokazuje hipotetičke stavove autora iznete u uvodu knjige.

Monografija je prilagođena kako za naučno i stručno objašnjenje pojava i procesa energetske bezbednosti tako i za edukaciju čitalaca van energetske stručne oblasti. U delu pod nazivom „*Energetska bezbednost kao deo nacionalne bezbednosti*“ mogu se pročitati definisanje i istorijska analiza pojma energetska bezbednost pomoću čega je autor želeo da rasvetli svu kompleksnost fenomena energetske zavisnosti koja obeležava početak 21. veka. Pored navedenog, posebna pažnja je posvećena trendovima energetske bezbednosti kao i korelaciji između energetske bezbed-

nosti i nacionalne bezbednosti kao neodvojivih kategorija savremenih političko-bezbednosnih pristupa i društvenih odnosa. Pitanje energije uslovljava donošenje novih stratezijskih doktrina izraženih u nizu „energija-ekonomija-politika-vojno delovanje“. Iz navedenog proističe i zaključak da od načina obezbeđenja energetske potreba zavisi stanje ekonomskih i političkih odnosa. Time, energetska bezbednost sve više dobija na značaju i ne treba začuditi ako uskoro u okviru naučne podele rada preraste u zasebnu naučnu disciplinu kojoj će ova monografija biti najširi mogući okvir.

Na unutrašnjem planu opšta konstatacija je da su energetska i nacionalna bezbednost uzročno-posledično povezani u jedan koherentan sistem.

U delu „*Energenti-geopolitički i tehnološki aspekt*“ izvršena je teorijska analiza energenata i to kroz dva ključna aspekta. Prvi je geopolitički aspekt koji obuhvata analizu i sistematizaciju podataka o energentima kao strateškom resursu. Navedeni su podaci o njihovoj zastupljenosti, vodećim proizvođačima, distributerima i potrošačima. Drugi aspekt se odnosi na tehnološku analizu odnosno iznošenje osnovnih podataka tehnološkog karaktera o energentima koji se pretežno koriste u današnje vreme. Važno je naglasiti da se, nasuprot uobičajenom mišljenju, najveći deo električne energije dobija sagorevanjem ugljovodonika koji zagrevaju vodu radi pokretanja parnih turbina. Hidroelektrane, nuklearne elektrane i proizvodnja električne energije iz obnovljivih izvora zajedno proizvode mnogo manju količinu od električne energije proizvedene iz gasa, uglja i nafte.

Treći deo nosi naziv „*Energetska bezbednost u vrtlogu društvenih kriza i konflikata*“. Poznato je koliko različiti oblici društvenih kriza i konflikata negativno utiču na energetske bezbednost i obrnuto. U okviru ovog dela monografije pažnja je usmerena prema društvenim krizama kao ugrožavajućem faktoru energetske bezbednosti. Posebno su obrađene faze društvenih kriza koje nastaju kao posledica energetske insuficijencije. Pored energetske krize obrađene su i političke, ekonomske, socijalne, vojne i bezbednosne krize kao posledice energetske krize.

U delu „*Glavni subjekti energetske bezbednosti*“ obrađeni su država i njena zakonodavna, sudska i izvršna vlast njene specijalne službe, vojni faktor, policija i sredstva masovnog informisanja kao glavni subjekti energetske bezbednosti svake zemlje. Teorijska analiza navedenih subjekata izvršena je pre svega zbog specifične uloge koju imaju u sistemu energetske bezbednosti. Istraženi su strateški, taktički i operativni pravci koje ovi subjekti zauzimaju sa posebnim akcentom na njihov značaj i ulogu, stavljajući ih u određenu uzročno-poslediču vezu sa ključnim uslovima očuvanja energetske bezbednosti.

U delu monografije pod naslovom „*Faktori ugrožavanja energetske bezbednosti*“ izvršena je teorijska analiza negativnog uticaja multinacionalnih kompanija na sferu energetske bezbednosti sa akcentom na njihove monopole i štetna delovanja koja sprovode ne samo iz materijalno-financejskih već i zbog drugih društvenih interesa. Posebna pažnja je posvećena cenovnoj politici odnosno načinu formiranja cena na energetskom tržištu. Takođe, analiziran je i značaj i uloga energetskog embarga kao oblika ugrožavanja energetske bezbednosti.

Teorijski osvrt odnosi se i na negativan uticaj nuklearnih programa na energetsku bezbednost, kao i na destruktivno delovanje nekih subjekata putem poslovne špijunaže, sajber napada kao i putem finansijskih malverzacija i drugih zloupotreba.

Šesti deo nosi naziv „*Ugrožavanje energetske bezbednosti-taktički nivo*“. U ovom poglavlju izvršena je teorijska analiza ugrožavajućih oblika energetske bezbednosti na taktičkom i operativnom nivou. U tom smislu analizirane su sabotaze, dejstva diverzantskih jedinica, pri čemu je posebna pažnja posvećena taktici i metodici rada diverzantskih grupa. Pored toga izvršena je i analiza eksplozivnih materija i eksploziva odnosno dovedeni su u vezu sa izvršenjem diverzantskih akcija. Posebno su razmatrana diverzantska dejstva na energentskim objektima uz upotrebu eksploziva kao i indikatori koji ukazuju na planiranje te aktivnosti. Pružene su preporuke za modalitete bezbednosne zaštite energetskih objekata kao i postupci koje je potrebno preduzeti prilikom otkrivanja minsko-eksplozivnih sredstava. Isto je urađeno i kada je u pitanju teroristički napad.

U delu pod nazivom „*Korporativna bezbednost energetskog sektora*“ autor navodi da nema uspešnog poslovanja bez korporativne bezbednosti. U razvijenim državama koje imaju snažan energetski sektor sistem korporativne bezbednosti je izrazito ozbiljna grana sistema ne samo kompanijske nego i nacionalne bezbednosti. To proističe iz toga što je pitanje energenata strateško pitanje svake države. Iz navedenih razloga u okviru ovog dela monografije izvršeno je određenje korporativne bezbednosti i razjašnjavanje šta sve sačinjava taj sistem. Poseban deo se odnosi na poslove sektora korporativne bezbednosti uz preciziranje i ostalih oblika ugrožavanja kompanija. U tom delu su pružene i konkretne preporuke za bezbednosnu zaštitu korporacijskih prostorija. Istraživani su i bezbednosni problemi i rizici u proizvodnji sa posebnim akcentom na opasnosti od požara i eksplozija u rafinerijama.

Poslednji deo knjige nosi naziv „*Studije slučaja energetskih projekata*“. U okviru ovog poglavlja opisano je nekoliko kapitalnih energetskih projekata od kojih su neki aktivni i u fazi eksploatacije dok su drugi u fazi projektovanja i izgradnje. Teorijska analiza energetskih projekata

imala je za cilj da dodatno razjasni određene protivurečnosti koje se pojavljuju u našim stručnim krugovima ali i široj javnosti.

Na kraju ovog prikaza smatramo uputnim da se poslužimo sa nekoliko ključnih rečenica koje je autor napisao u pogovoru svoje knjige, a koje, po nama, odražavaju suštinu i cilj ove monografije i ilustrativno mnogo govore o njoj.

„Energetska bezbednost je sfera društvenih odnosa koja je od posebnog značaja za održanje sveukupne stabilnosti, kako na unutrašnjoj tako i na međunarodnoj političkoj, ekonomskoj i vojno-bezbednosnoj sceni. Svako narušavanje energetske bezbednosti kao svetski, regionalni ili lokalni akt u određenoj meri može biti nasilan ili nenasilan po metodu i karakteru ali je svakako nezakonit u pravnom smislu i predstavlja društveni i praktični oblik ugrožavanja sveukupne bezbednosti jednog društva ili države. Suštinsko razumevanje energetske bezbednosti je u velikoj meri kompleksno jer je to proces koji nema svoju konstantu, već je podložan svakodnevnim promenama koje su pre svega uslovljene turbulencijama na energetskom tržištu. Problem energetske bezbednosti je multidisciplinarnan i kompleksan s obzirom da se sastoji od više povezanih uzročno-posledičnih faktora koji svi zajedno čine jednu složenu celinu. Za pitanje energetske bezbednosti zainteresovani su svi značajni subjekti, počev od država, međunarodnih organizacija, vojnopolitičkih saveza, multinacionalnih kompanija i drugi. Upravo disbalansi u suprotstavljanim interesima predstavljaju izvoriste konflikta i kriza u ovoj oblasti. Zbog toga nije nerealno kada se kaže da će 21. vek biti obeležen borbom za energetske resurse, borbom u kojoj se neće birati ni sredstva ni metode radi ostvarivanja ciljeva.“

Sada kada se jasno vidi da su najnoviji sukobi na svetskoj sceni iz 2015. godine među velikim silama posledica borbe za prevlast nad energijom treba čestitati autoru na predviđanjima navedenim u knjizi jer u momentu pisanja monografije tih sukoba nije bilo. Rekli bismo da nauka tome i služi. Predviđanje je jedan od ciljeva nauke kako bi se čovečanstvo brže i lakše pripremilo na ono što dolazi.

Datum prijema rada: 06.04.2015.

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU
ZBORNIK RADOVA

Dosadašnji glavni urednici:

Prof. dr Vladimir Kapor (1966), prof. dr Nikola Vorgić (1967–1968),
prof. dr Miloš Stevanov (1969–1973), prof. dr Borivoje Pupiće (1974–1976),
prof. dr Milijan Popović (1977–1983), prof. dr Stanko Pihler (1984–1988),
prof. dr Momčilo Grubač (1989–1990), prof. dr Jovan Munćan (1991–1997),
prof. dr Milijan Popović (1998–2003), prof. dr Rodoljub Etinski (2004–2006),
prof. dr Dragiša Drakić (2006–2013).

Članovi Uredništva i Izdavačkog saveta:

Prof. dr Ljubomir Stajić, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu (Srbija),
prof. dr Damjan Korošec, Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani (Slovenija),
prof. dr Wilhelm Brauner, Pravni fakultet Univerziteta u Beču (Austrija),
Prof. dr Tamás Prugberger, Pravni fakultet Univerziteta u Miškolcu (Mađarska),
prof. dr Serge Regourd, Pravni fakultet Univerziteta u Tuluzu (Francuska),
prof. dr Gérard Marcou, Pravni fakultet Univerziteta Pariz 1, Panteon Sorbona
(Francuska),
prof. dr Heinz Mayer, Pravni fakultet Univerziteta u Beču (Austrija),
prof. dr Peter Mader, Pravni fakultet Univerziteta u Salcburgu (Austrija),
prof. dr. Suphawatchara Malanond, Pravni fakultet Univerziteta Princ Songkla
(Tajland),
prof. dr Branislav Ristivojević, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu,
dr Marko Knežević, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu,
mr Radmila Dabanović, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

Menadžer časopisa

Luka Baturan

Sekretarijat Uredništva

Dr Vladimir Marjanski, dr Dragana Ćorić, dr Bojan Tubić, Marko Knežević, Milana
Pisarić, Nataša Rajić, Uroš Stanković, Sandra Samardžić,
Luka Baturan, Cvjetana Cvjetković, Stefan Samardžić, Ratko Radošević

Kompjuterska obrada teksta

Goran Hajzler

Štampa:

„Futura“ Petrovaradin
Tiraž: 200 primeraka

2015

