



АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS

OF THE FACULTY OF LAW IN BELGRADE
BELGRADE LAW REVIEW

JOURNAL OF LEGAL AND SOCIAL SCIENCES

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

Слободан Марковић, Очување биодиверзитета и право интелектуалне својине: концептуални неспоразум – –	7
Милан Шкулић, Правна природа и кривичноправни (материјални и процесни) ефекат застарелости кривичног гоњења – II део -----	25
Игор Вуковић, Вања Бајовић, Садржина помиловања и поједине недоумице у његовој примени -----	59
Горан Дајовић, Правда и право: нови одговори на старо питање -----	82
Бојан Спаић, Два поимања правних принципа -----	109
Самир Аличић, Винске посуде (<i>vasa vinaria</i>) у римском праву -----	131
Јелена Ђуришић, Спорна питања у вези са кривичним дјелом несавјесно пружање љекарске помоћи -----	151
Марина Матић Бошковић, Тужилачки савети и гаранција тужилачке аутономије у државама Западног Балкана -----	169
Александар Тодоровић, Од компромиса до принципа: преиспитивање концепта супсидијарности и његове улоге у реформи Европског суда за људска права ---	187

ЗАКОНОДАВНА И СУДСКА ПРАКСА

Марија Драшкић, Случајеви „несталих беба”: Уставни суд vs. Европски суд за људска права? -----	200
---	-----

ПРИКАЗИ

Branko Milanovic, <i>Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization</i> , The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts – London 2016, 299. (Борис Беговић) -----	234
Xavier Vives, <i>Competition and Stability in Banking: The Role of Regulation and Competition Policy</i> , Princeton University Press, Princeton, New Jersey 2016, 324. (Ана Одоровић) -----	242
Martin Sandbu, <i>Europe’s Orphan</i> , Princeton University Press, Princeton – New Jersey 2015, 313 (Никола Илић) -----	251

НЕКРОЛОЗИ

Дејан Поповић, <i>Божидар Јелчић</i> (1930–2017) -----	256
Упутство за ауторе -----	260

TABLE OF CONTENTS

ARTICLES

Slobodan Marković, Biodiversity Conservation and Intellectual Property Law: a Conceptual Misunderstanding -----	7
Milan Škulić, Legal Nature and the Criminal Law Effect (Substantive and Procedural) of Statute of Limitations of Criminal Prosecution -----	25
Igor Vuković, Vanja Bajović, Content of Pardon and some Doubts Regarding its Implementation -----	59
Goran Dajović, The Relationship between the Justice and the Law in The Passive Offside of Jurisprudence-----	82
Bojan Spaić, Two Conceptions of Legal Principles -----	109
Samir Aličić, Wine Vessels (<i>vasa vinaria</i>) in Roman Law-----	131
Jelena Đurišić, Controversial Issues Related to the Criminal Offense of Unconscientious Provision of Medical Assistance-----	151
Marina Matić Bošković, Prosecutorial Councils and Guarantees of Prosecutors Autonomy in Western Balkans States---	169
Aleksandar Todorović, From Compromise to Principle: Revisiting the Concept of Subsidiarity and its Role In EctHR Reform -----	187

LEGISLATIVE AND JUDICIAL PRACTICE

Marija Draškić, The “Missing Babies” Cases: Constitutional Court vs. European Court of Human Rights?-----	200
---	-----

BOOK REVIEWS

Branko Milanovic, *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts – London 2016, 299.
(Boris Begović) ----- 234

Xavier Vives, *Competition and Stability in Banking: The Role of Regulation and Competition Policy*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 2016, 324.
(Ana Odorović) ----- 242

Martin Sandbu, *Europe's Orphan*, Princeton University Press, Princeton – New Jersey 2015, 313
(Nikola Ilić) ----- 251

IN MEMORIAM

Dejan Popović, *Božidar Jelčić (1930–2017)* ----- 256

Instructions to Authors ----- 260

Др Слободан Марковић*

ОЧУВАЊЕ БИОДИВЕРЗИТЕТА И ПРАВО ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ: КОНЦЕПТУАЛНИ НЕСПОРАЗУМ

Аутор је поставио тезу о концептуалном нескладу између права интелектуалне својине и циљева Конвенције о заштити биодиверзитета. Теза је разрађена као анализа: а) проблема на нивоу појединих института патентног права и права заштите генетских ресурса и традиционалног знања, б) јавних политика подстицања технолошког развоја и конзервације биодиверзитета и в) сукоба идеолошких вредности из којих су те јавне политике произашле. Закључак је да се у центру проблема налази различит и противречан правни, политички и идеолошки третман јавног домена, зависно од тога да ли се на њега гледа из угла интереса развијеног или тзв. трећег света.

Кључне речи: Патент. – Биодиверзитет. – Генетски ресурси. – Традиционално знање. – Јавни домен.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Захваљујући напорима за очување планетарног екосистема донете су бројне универзалне и регионалне конвенције. Међу њима посебно место припада Конвенцији о биолошком диверзитету (*Convention on Biological Diversity*), која је донета 1992. године под покровитељством Организације уједињених нација.¹

Занимљиво је да та конвенција повезује инструменте права интелектуалне својине с механизмом за конзервацију биолошког ди-

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, slobodan.mark@sezampro.rs.

¹ Конвенција о биолошком диверзитету је на снази од 1993. и данас броји 193 државе чланице.

верзитета *in situ*. Та интригантна веза предмет је континуираног разматрања и у академским и у политичким круговима.

Централни појам Конвенције о биолошком диверзитету (КБД) јесте биолошки диверзитет (у даљем тексту: биодиверзитет). У свом чл. 2 КБД га дефинише као „варијабилност међу живим организмима укључујући, поред осталог, сувоземне, морске и друге водене екосистеме и еколошке комплексе чији су део; то укључује разноврсност унутар врста, између врста и екосистема. Реч је, дакле, о биолошком материјалу (на пример, биљке, животиње, микроорганизми) који садржи генетске информације и који је способан да се репродукује или да буде репродукован.² Очување биодиверзитета је значајно за обезбеђење животних услова људске врсте, због чега он представља глобално јавно добро.³

За нашу тему је битно и то да КБД уводи у појмовни инструментаријум „знање, иновације и праксе староседелачких и локалних заједница које отеловљују традиционални начин живота релевантан за очување и одрживо коришћење биолошког диверзитета (чл. 8, тач. j). Тај појам је током година нешто проширен захваљујући сведенијем термину „традиционално знање“ (*traditional knowledge*), који се користи у неколико касније донетих конвенција и који је прихваћен у стручном говору.

Светска организација за интелектуалну својину дефинише традиционално знање као знање које је: а) створено, чувано и пренешено међу генерацијама, б) повезано с традиционалном или староседелачком заједницом или народом и в) саставни део културног идентитета староседелачке заједнице или народа који то знање чува,

² Биодиверзитет је резултат еволуције живота на Земљи током око 3,5 милијарде година и представља биолошки одговор на физичко-хемијске промене на планети. Наука сматра да је око 99% свих врста које су икад постојале на Земљи нестало. Највећи део је нестао у пет катастрофалних догађаја изазваних геолошким силама у далекој прошлости. Биодиверзитет се природним путем и обнавља настајањем нових врста. Ипак, период од појаве људске врсте на Земљи праћен је његовим константним смањењем, да би тај процес током последњег века почео да поприма размере шесте катастрофалне редукције биодиверзитета. Постоји процена да сваке године изумре око 140.000 врста, што је стотинама пута више од тзв. нормалне стопе изумирања. Тај забрињавајући процес директна је последица човекових активности. – Џефри Сакс, *Доба одрживог развоја*, Београд 2014, 179.

³ Биодиверзитет је битан за: обезбеђење хране, горива, влакана, склоништа, грађевинског материјала; пречишћавање ваздуха и воде; детоксикацију и разлагање отпада; стабилизацију и умереност климе; обнову плодности земљишта; опрашивање биљака; контролу зараза и болести; очување генетских ресурса као импуста за стварање нових биљних и животињских сорти, лекова и других производа; прилагодљивост живота спољним променама. Вид. *Sustaining Life on Earth*, [https://www.cbd.int/convention/guide/default .shtml?id=changing](https://www.cbd.int/convention/guide/default.shtml?id=changing), април 2015.

колективно поседује или за њега има културну одговорност.⁴ Традиционално знање се може односити на разне области живота, али су за нашу тему од посебног интереса знања из области медицине, те заштите и одрживог коришћења биолошког диверзитета, односно генетских ресурса.⁵

У овом раду учинићемо напор да: а) покажемо да постоји несклад између политике заштите биодиверзитета и средстава из арсенала права интелектуалне својине којима се та политика служи и б) одредимо у чему се тај несклад састоји.

2. ПРАВНА ОСНОВА ПРОБЛЕМА

Са становишта наше теме, КБД је учинила две ствари.

Прво, афирмишући да је биодиверзитет глобално јавно добро, она је компоненте биодиверзитета (биљке и екосистеме) који се налазе на територији државе чланице ставила под правну власт те државе.⁶ Другим речима, потврдила је принцип који је већ примењен на друге материјалне (телесне) ресурсе који се налазе на, испод и изнад површине омеђене границама одређене државе (рудна богатства, вода и др.). Принцип простирања државног суверенитета над

⁴ WIPO, The Protection of Traditional Knowledge – Draft Gap Analysis (документ WIPO/GTRKF/IC/13/5(b)rev., Annex I), Geneva 2008, 4, 5, www.wipo.int/tk/en/igc/gap-analyses.html, април 2016.

⁵ Значај повезаности биодиверзитета и традиционалног знања долази до изражаја, на пример, у области медицине – тачније у области истраживања и производње нових лекова. Постоји процена да се, од свих лекова одобрених за употребу у периоду од 1981. до 2002. године, око 50% заснива на активним супстанцама од тзв. малих молекула који су природног порекла. – David Newman, Gordon Cragg, Kenneth Snader, „Natural Products as Sources of New Drugs over the Period 1981–2002“, *Journal of Natural Products* 66/2003, 1022–1037 (нав. према Padmashree Gehl Sampath, *Regulating Bioprospecting – Institutions for Drug Research, Access and Benefit Sharing*, United Nations University, 2005, 12). Занимљиво је да су лекови против рака и инфективних болести у великом проценту засновани на природним супстанцама. На пример, од 87 лекова против рака, које је Федерална администрација за храну и лекове САД одобрила до 1995. године, 67% има природно порекло. – G. Cragg, D. Newmann, K. Snader, „Natural Products in Drug Discovery and Development“, *Journal of Natural Products* 60/1997, 52–60 (нав. према P. Sampath, 14). У фази претраживања биљног материјала ради идентификације супстанци које би могле имати одређено корисно дејство (*screening*; *bioprospecting*), сарадња с локалним становништвом, посебно староседеоцима који с поштовањем негују вековне традиције своје заједнице која живи у повезаности с природом, повећава вероватноћу успеха истраживача до пет пута. – Walter Raid, Sarah Laird *et al.*, *Biodiversity Prospecting – Using Genetic Resources for Sustainable Development*, World Resources Institute, Washington 1993 (нав. према P. Sampath, 25).

⁶ Чл. 3 и чл. 4, тач. 1.

тим телесним добрима подразумева, дакако, не само суверено право на њихову експлоатацију него и обавезу да то не буде на штету других држава или међународне заједнице уопште. Тај принцип је неутралан (ирелевантан) са становишта права интелектуалне својине јер се односи на телесна добра, док се право интелектуалне својине односи на бестелесна (нематеријална) добра.

Друго, КБД је принцип државног суверенитета проширила и на два *нематеријална добра*: генетске ресурсе (ГР) и традиционално знање (ТЗ).⁷ Другим речима, овластила је сваку државу чланицу да оствари одређен степен контроле над тим добрима. Кад је реч о ГР, држава је овлашћена да правно обезбеди: а) да нико без претходне сагласности локалне заједнице, која је дата под обострано уговореним условима, не може приступити том ресурсу и б) да се корист која произађе из експлоатације тог ресурса правично дели с локалном заједницом.⁸ Кад је реч о ТЗ, држава је овлашћена да правно обезбеди: а) поштовање и заштиту ТЗ локалне заједнице, које је релевантно за очување биодиверзитета, што подразумева да се оно може користити само уз сагласност и сарадњу носилаца тог знања, и б) услове за правично учешће носилаца тог знања у користи која проистекне из његове експлоатације.⁹ Претварајући, дакле, два свима слободно доступна нематеријална јавна добра (ГР и ТЗ) у добра која су у правном режиму неке врсте колективне својине, КБД је зашла у сферу права интелектуалне својине.¹⁰ Из тога се често погрешно закључује да је створен нови изданак права интелектуалне својине, о којем се данас говори као о праву на ГР и ТЗ.

Конвенција о биолошком диверзитету донета је две године пре него што је у оквиру новоформиране Светске трговинске организације усвојен Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property*

⁷ Док је припадање ТЗ категорији нематеријалних добара евидентно, за ГР је, можда, потребно дати кратко објашњење. Одређена биљка је телесни носач њеног генетског кода испољеног у облику ДНК једињења. Сама структура тог конкретног ДНК једињења (тачније, хемијска формула) јесте, пак, нематеријално добро. Следствено томе, на пример, привредна експлоатација одређене биљке, у виду убирања и прераде тоне њеног семена, спада у експлоатацију материјалног ресурса који је свакако под правном влашћу државе у којој биљка расте. Међутим, према КБД, узимање *узорака* биљке или њених делова ради истраживања и касније експлоатације њеног генетског састава (као нематеријалног добра) такође је под контролом државне власти. Другим речима, оно може бити спречено или дозвољено, под обострано усаглашеним условима и уз правичну расподелу користи од експлоатације.

⁸ Чл. 15, ст.1, 4 и 7.

⁹ Чл. 8, тач. ј.

¹⁰ Као што је познато, интелектуална својина је, најапстрактније посматрано, правни конструкт којим се приватизују јавна нематеријална добра (ауторска дела, проналасци, дизајн и др.).

Rights – TRIPS). Иако хронолошки млађи, *TRIPS* (у делу у којем се регулише патентно право) није прилагођен за реализацију циљева КБД, што је довело до тога да питање ГР и ТЗ постане једна од тема преговора за амандирање *TRIPS*-а.¹¹ До данас ти преговори нису дали конкретне резултате.

Није тешко претпоставити да се у том питању свет поделио на земље даваоце и земље кориснике ГР и ТЗ. Реч је о неформалној подели која се великим делом подудара са поделом на неразвијене земље и земље у развоју, с једне, и развијене земље, с друге стране. За прву групу земаља је карактеристично да су многе већ донеле прописе којима настоје да обезбеде примену КБД. Међутим, због ограничености дејства тих прописа само на националну територију, они не представљају комплетно решење проблема. Због тога те земље инсистирају на спровођењу КБД усвајањем универзалних правила патентног права, која ће бити у тој функцији. Фиксација на потребу ревизије патентног права потиче од тога што је патент инструмент којим субјекти из развијеног света остварују економску корист од резултата коришћења заштићених ГР и ТЗ, те је неопходно да се успостави делотворан принудни механизам путем којег ће део те користи припасти одговарајућим локалним заједницама које ће га употребити за конзервацију биодиверзитета. Другу групу земаља карактерише начелна подршка спровођењу КБД, али и одлучно неприхватање ревизије *TRIPS* са циљем да сервисира примену КБД.¹²

У складу с тим позицијама, те две групе земаља делују и у Светској организацији за интелектуалну својину, где (без значајнијих конкретних резултата) ради Међувладин комитет за интелектуалну својину, ГР, ТЗ и фолклор.

Легалистички гледано, право на ГР и ТЗ суочава се са два повезана проблема. Први је недовољно прецизна дефинисаност предмета¹³

¹¹ Савет министара чланица Светске трговинске организације је 2001. године у Дохи донео декларацију у чијем је чл. 19 обавезао Савет *TRIPS*-а да размотри однос између *TRIPS*-а и КБД.

¹² Врло информативан документ на ту тему World Trade Organization, „The Relationship Between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity – Summary of Issues Raised and Points Made“, IP/C/W/368/Rev.1, 2006.

¹³ „Уобичајено је, али погрешно, схватање да је земља порекла према КБД она земља у којој је одређени узорак узет. У најједноставнијој могућој интерпретацији за домаће врсте, међутим, КБД тражи да се идентификује порекло дистинктивних својстава материјала. Земља у којој су се појавила ова дистинктивна својства је земља порекла. То је земља из које се мора добити информисана сагласност. Чак и кад бисмо имали потпуну биолошку историју мноштва својстава пољопривредних култура, без сумње бисмо закључили да би индивидуални приступи подразумевали мношину својинских права и земаља порекла.“ – Cary Fowler, „Protecting Farmer Innovation: The Convention on Biological Diversity“, *Jurimetrics* 41/2001, 487. „Типичан програм oplemeњивања житарица може укључивати више од само неколико природних врста (врста које негују традиционални фармери), као и одређени број

и субјекта заштите¹⁴, што излаже великој правној несигурности и увећаним трансакционим трошковима она лица који су у обавези да поштују то право. Из тога произлази други проблем – инкомпатибилност са системом патентне заштите. Наиме, увећање трошкова и правна несигурност патентне заштите за проналаске који се заснивају на ГР и ТЗ одвраћа инвеститоре од улагања ресурса у такве проналаске. То индиректно води обесмишљавању основне идеје да се новац за конзервацију биодиверзитета *in situ* обезбеди захваљујући патентима. На ту тему постоји обиље извора па се њоме нећемо даље бавити.¹⁵

Нашу пажњу привлаче две друге чињенице. Прва је да је на Самиту о одрживом развоју Рио+20, одржаном у Рију 2012. године, оцењено да је двадесетогодишњи учинак КБД на заштиту биодиверзитета занемарљив.¹⁶ Друга чињеница је да међународни преговарачки механизам на ту тему и даље ради, производи документа и ствара привид да је могуће доћи до компромисног правног концепта који ће заштитити интегритет функције патентног права, али истовремено омогућити да се патентно право и право на ГР и ТЗ доведу у неку врсту синергије ради конзервације биодиверзитета. Наша теза је да су препреке на том путу много озбиљније и дубље од правничке равни.

3. КОНЦЕПТУАЛНИ ПРОБЛЕМИ НА НИВОУ ПРАВНЕ ПОЛИТИКЕ

Право је инструмент различитих јавних политика. Одређеним скупом правних норми творац јавне политике утиче на вољу правних субјеката да нешто чине или не чине, да би се постигао одређени ефекат који је циљ те политике. Главни циљ норми КБД јесте

напредних хибридних линија. Популарна линија пшенице VEERY је резултат 3170 укрштања 51 родитеља из 26 земаља. Замислите комплексност утврђивања генетског доприноса (квалитативног и квантитативног) или економске вредности одређеног родитеља у програму оплемењавања...“ – *Ibid.*, 486.

¹⁴ Наиме, евидентно је да КБД има у виду локалне староседелачке заједнице као бенефицијаре заштите. Међутим, њима недостаје правни субјективитет за учествовање у правном саобраћају, што изискује укључивање агената (најчешће државних органа или универзитета) који делују у њихово име и за њихов рачун. Алудирајући на сложеност и нетранспарентност тих процедура, Улрих говори о „бирокупатском рају“. Вид. Hanns Ullrich, „Traditional Knowledge, Biodiversity, Benefit-Sharing and the Patent System: Romantics v. Economics“, *European University Institute Working Paper 7/2005*, Florence, 17.

¹⁵ Релативно неутралан преглед релевантних питања вид. у WIPO, *Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions*, Geneva 2015.

¹⁶ Ц. Сакс, 451.

конзервација биодиверзитета. Правни начин да се тај циљ постигне та конвенција види у установљењу неке врсте колективне својине на ГР и с тим повезаним ТЗ, која би требало да интернализује позитиван екстерни ефекат коришћења тих нематеријалних добара и тако обезбеди економска средства за инвестиције у конзервацију локалног биодиверзитета.

Пре него што покушамо да објаснимо зашто сматрамо да увлачење права интелектуалне својине у ову јавну политику није сврсисходно, вреди да учинимо напор да разумемо логику њених заговорника, односно економске премисе на којима је заснована КБД.¹⁷

Дакле, процес убрзаног смањења биодиверзитета на све насељенијој планети узрокован је специфичностима природних ресурса у економском животу. Другим речима, људско понашање које води раубовању биодиверзитета мотивисано је тежњом човека ка максимизацији користи од сваког (па и природног) ресурса, што представља константу економског процеса. Пред избором да ли да сачува и користи одређени природни ресурс у његовом природном стању или да га трансформише у одређени производ, *homo economicus* се опредељује за трансформацију, ако на тај начин увећава корист од тог ресурса.¹⁸ Специфичност биосфере је у томе што *homo economicus* има и додатни избор, а то је да се определи да узгаја продуктивније биолошке врсте на рачун оних мање продуктивних. Тако су биолошке врсте са већом стопом раста и мањим трошковима експлоатације фаворизоване на рачун оних са мањом стопом раста и већим трошковима експлоатације (које су подложне „економском истребљењу“). Томе ваља додати да закони економије обима мотивишу човека да преферира специјализацију, то јест узгајање мањег броја биолошких врста, јер је таква производња јефтинија од диверзификоване производње. Списак најбитнијих разлога за смањење биодиверзитета закључујемо актуелним феноменом глобализације, који доводи до тога да поменути процес специјализације производње биоресурса постаје планетаран захваљујући планетарном ширењу технологија које се односе на агротехничке мере.¹⁹ Садејство трансформације, специјализације и глобализације прети да истреби биолошке врсте преко мере која се

¹⁷ Приказ најрелевантнијих тачака економске анализе биолошког диверзитета потпуно заснивамо на чланку Timothy Swanson, „The Economics of the Biodiversity Convention“, University of Cambridge Discussion Paper GEC 92–08, http://www.cserge.ac.uk/sites/default/files/gec_1992_08.pdf, март 2016.

¹⁸ На пример, руда гвожђа се прерађује у металну алатку, сирова нафта у бензин, шећерна трска у шећер. Ипак, бисер, цвеће и др. задржавају се у непрерађеном стању.

¹⁹ Од хиљада биљних врста које су јестиве и представљају узајамне супституте у људској исхрани, само двадесетак се користи као извор хране за највећи део човечанства. Штавише, пшеница, кукуруз, пиринач и кромпир хране више људи

сматра друштвено прихватљивом.²⁰ Економски говорећи, то значи да и биодиверзитет *per se* има одређену вредност, те да би увећање користи од његовог описаног смањења морало бити заустављено у тачки равнотеже са користи од његовог очувања. У супротном, људска заједница трпи нето штету од његовог даљег смањења. Штавише, постоје схватања да је та граница већ прекорачена.²¹

У чему је економска вредност биодиверзитета? Свансон сматра да она лежи у: а) информационој функцији биодиверзитета и б) сигурносној функцији биодиверзитета. Другим речима, биодиверзитет има економску вредност као: а) генетски ресурс, односно извор биохемијских информација и б) основ за прелаз на алтернативне биоресурсе, за случај подбачаја или пропасти производње засноване на једној или више одређених биолошких врста. Те две вредности биодиверзитета економски су потцењене због иманентне слабости тржишта да омогући њихово присвајање учесницима на тржишту. То је последица околности да биодиверзитет представља јавно добро (у економским смислу), што значи да је неривалско и неискључиво у потрошњи. Неатраaktivност приватног инвестирања у очување и унапређење тог јавног добра (као, уосталом сваког јавног добра) потенцирана је, према Свансоновом мишљењу, и трима јавним политикама: а) постојећим системом заштите интелектуалне својине, б) постојећим системом државног стимулисања специјализације у пољопривредној производњи и в) постојећим системом државног стимулисања осигурања у пољопривреди. Тиме завршавамо приказ Свансонове економије биодиверзитета.

Надаље ћемо се задржати само на разматрању проблематике економске валоризације информационе вредности биодиверзитета и на тези да актуелно право интелектуалне својине представља јавну политику која фиксира немогућност те валоризације на тржишту. Полазимо од тога да се, у конкретном случају, мисли на патент као облик интелектуалне својине.

Зашто Свансон види патентно право као јавну политику која не помаже очувању биодиверзитета, мада би то могла? Према нашем мишљењу, зато што патентно право штити информације (нематеријална јавна добра), али су из правила заштите искључене оне информације које нису непосредни и историјски свежи резултат ин-

него све остале биљне врсте. Слично је са домаћим животињама (говеда, свиње, овце) које су у људској исхрани потиснуле све остале животиње.

²⁰ Сматра се да је процес смањења биодиверзитета нужна последица ширења људске врсте и задовољења њених енергетских потреба. Имајући у виду ограниченост трансформисане и конзервисане сунчеве енергије на земљи у виду биљака, експанзија једне биолошке врсте (човека) мора бити на рачун свих осталих врста.

²¹ Ј. Сакс, 39, са упућивањем на истраживања и изворе.

телектуалног стваралаштва, односно оне које су у јавном домену. Из тог разлога је патентно право у функцији тржишне валоризације *нових информација*, а не *постојећих информација*. Следствено томе, оно представља јавну политику подстицања *стварања* информација, а не подстицања *конзервације* информација.

У вери да се тај „недостатак“ права интелектуалне својине може отклонити, КБД је увела концепт колективне „својине“ на ГР (и пратећем ТЗ), као инструмент интернализације позитивног екстерног ефекта тих јавних добара. Тиме је створена неодржива конструкција према којој је право заштите ГР и ТЗ постало нови огранак права интелектуалне својине. Та конструкција се увукла не само у курикулуме појединих правних факултета, већ је, као таква, стална тема рада Светске организације за интелектуалну својину и Светске трговинске организације која администрира *TRIPS*.

Демонтажа те неодрживе и штетне конструкције почива на неколико битних увида. Први је да стварање нових информација, с једне, и конзервација постојећих информација, с друге стране, као циљеви јавне политике, логички нису комплементарне појаве које би се уклопиле у некакву најопштију политику заштите информација. Напротив, оне се међусобно искључују. Њихова дихотомија почива на битно различитој улози коју у свакој од њих има *јавни домен*, као скуп јавно познатих и свима слободно доступних информација.

За патентно право је карактеристично да третира јавни домен²² истовремено као извориште и уточиште свог предмета заштите, а не као предмет заштите по себи. Сваки пут кад јавни домен буде оплемењен индивидуалним људским чином креације, он бива увећан. Та креација (проналазак), ако испуњава услове за заштиту, постаје предметом искључивог права (патента) само на одређени временски рок, после чега се враћа у јавни домен. У том смислу, можемо рећи да је патент у функцији продукције информација, то јест увећања јавног домена (стања технике). Јавни домен *per se* потпуно је изван могућности заштите патентом. Насупрот томе, право заштите ГР и ТЗ изолује један део јавног домена за потребе заштите, и то без ограничења трајања. Већ на први поглед, јасно је да то право „паразитира“²³ на јавном домену јер га не увећава, не унапређује нити мења. Дакле, патент ослања своју друштвену оправданост на динамичној међузависности између

²² У терминологији патентног права, јавни домен сачињава светско стање технике на дан првенства пријаве патента. Ако је пријављени проналазак садржан у стању технике, он не испуњава законски услов новости. Ако на очигледан начин произлази из стања технике, он не испуњава законски услов инвентивног нивоа. У оба случаја, последица је немогућност патентне заштите таквог проналазка.

²³ Термин смо преузели из Н. Ullrich, 29. Говорећи о патентном систему, аутор каже да он „није једноставно конципиран као паразит на јавном домену, него симболички живи од њега у мери у којој живи за њега“.

јавног домена, чина креације и временске ограничености права, док је право заштите ГР и ТЗ фиксирано само за јавни домен као перпетуални предмет заштите.

Други увид је да је патент виђен као главно средство из којег се генерише новац којим ће се валоризовати ГР и ТЗ који су били основа патентираног проналаска. Комплементарност та два права постоји само у намери творца КБД, али не и у реалности. Наиме, велики део инструмената за операционализацију права заштите ГР и ТЗ *de facto* и *de iure* отежава функционисање патентног система, поскупљује процес истраживања и развоја, ствара правну несигурност – речју, мотивише инвентивне субјекте и њихове инвеститоре да се клоне коришћења информација обухваћених том заштитом.²⁴ У том смислу, право заштите ГР и ТЗ отежава функционисање патентног система (бар у оној мери у којој то важи и *vice versa*) због чега нема њихове синергије у политици конзервације биодиверзитета.²⁵

Трећи увид је да веза између плаћања накнаде за коришћење ГР и ТЗ, с једне, и конзервације биодиверзитета, с друге стране, није сасвим једнозначна. Према КБД, новац који локална заједница убере од титулара патента биће уложен у заштиту биодиверзитета. Да би то у стварности било тако, локална заједница би морала имати све атрибуте *homo economicus*-а и морало би да постоји *тржиште информација* из ГР и ТЗ. Само у тим условима може се очекивати да локална заједница третира биодиверзитет као свој економски ресурс у који би инвестирала средства од интернализације његових позитивних екстерних ефеката. У стварности, такво тржиште не постоји, па самим тим не постоји ни конкуренција међу локалним заједницама,

²⁴ Има мишљења да се, под теретом тих проблема, хемијско-фармацеутске компаније све мање ослањају на истраживање и експлоатацију ГР *in situ* и окрећу се сопственим (раније формираним) или јавним колекцијама узорака генетског материјала, односно синтетизацији хемијских супстанци које су детектоване у биљкама. Уз то, смањује се број комерцијално успешних лекова добијених на бази ГР и ТЗ, тако да евентуална партиципација локалних заједница у приходима постаје све мања и стога неатрактивна. „[В]ероватноћа да ће комерцијално успешан производ потицати од открића у некаквој прашуми или дунгли мања је него што би здрав разум могао да претпостави.“ Вид. Susan Finston, „The Relevance of Genetic Resources to the Pharmaceutical Industry“, *Journal of World Intellectual Property* 8, 2/2005, 144, 146 и 148.

²⁵ Неко може рећи да патентно (а и ауторско) право познаје сличну ситуацију у односу између зависног и независног проналаска (изворног и деривативног ауторског дела). Титулар старијег права је заправо овлашћен да партиципира у користи коју остварује титулар млађег права; старије право увећава трошкове титулара старијег права и делује инхибирајуће на њега. Суштинска разлика је, међутим, у временској ограничености тог „права на партиципацију у користи“. Наиме, по истеку патента (односно ауторског права) предмет свих имовинскоправних овлашћења из права интелектуалне својине испоручује се у јавни домен на слободно и бесплатно коришћење свима.

која би их мотивисала да реинвестирају у конзервацију биодиверзитета који је под њиховом контролом.²⁶ Много је вероватније да би, у спорадичним случајевима пословања са фармацеутским и хемијским компанијама, локална заједница (посредством државе) настојала да максимално и једнократно комерцијализује свој ресурс, па макар и по цену угрожавања биодиверзитета.

Четврти увид се тиче разлике између конзервације биодиверзитета *in situ* и *ex situ*. Конзервација *in situ* подразумева очување биљног материјала који носи генетске информације на месту његовог природног порекла. Другим речима, мисли се на очување, на пример, шуме, жбуња, траве, алги, риба, животиња на месту на којем они иначе живе. Насупрот томе, конзервација *ex situ* значи премештање генетског материјала у виду узорака биљки, семена и слично у посебна складишта (такозване банке гена), одакле су они доступни заинтересованим корисницима. Ако на ГР гледамо само као на информацију (а то је поента са аспекта права интелектуалне својине), они то својство имају без обзира на начин конзервације. Занимљиво је да ГР који су похрањени у банкама гена имају несумњив статус јавног домена, без ограничења у виду било чијих „својинских“ права, док је за ГР који се налазе *in situ* предвиђено посебно право заштите ГР. О чему то говори? Према нашем мишљењу, реч је о томе да се при конзервацији биодиверзитета *in situ* тек индиректно циља на заштиту генетске информације, а директно на заштиту њеног телесног носача у виду мноштва индивидуа одређене биљке или животиње на њиховом природном станишту. Та околност баца завршно светло на разлику у природи и функцији између права интелектуалне својине и права заштите ГР. Наиме, док се правом интелектуалне својине увек штити информација *per se*, у праву заштите ГР се штити *телесни биолошки материјал* зато што је он носач генетске информације. Тим аргументом се раскида свака функционална веза између права интелектуалне својине и права заштите ГР, односно утврђује се да се право интелектуалне својине (чак и уз разне модификације и допуне)

²⁶ „Иако је КБД успоставила оквир за тржиште генетских ресурса, она није могла успоставити и само тржиште. Доиста, да су постојали услови за тржиште ГР у области прехранбених и пољопривредних биљака, тржиште би се успоставило.“ – С. Fowler, 486. Ту своју тезу аутор објашњава тиме што сматра да КБД није установила државни суверенитет на ГР него га је само реafirмисала. Са тим се не бисмо сложили јер полазимо од тога да ГР представљају нематеријално добро (информацију) на којем није било никаквог искључивог права пре КБД, а не биљни материјал као његов телесни носач на којем одувек постоји државни суверенитет. Фаулерова теза може имати оправдања само ако прихватимо да телесна материјализација генома представља незаобилазни предмет сваке трансакције или манипулације с геномом, што значи залажење у питање неспорног државног суверенитета над самим биолошким материјалом.

не може ставити у службу еколошке заштите, тачније, конзервације биодиверзитета.

Закључујући ово поглавље, констатујемо да нису продуктивне идеје да би заговорници права заштите ГР и ТЗ морали одустати од своје оштре реторике о такозваном биопиратству и окренути се тражењу оних оквира за дискусију у којима ће развијене земље препознати и своје дилеме у вези с заштитом интелектуалне својине.²⁷ То стога што је јасно да тај оквир представља патентни систем као најмаркантнији део права интелектуалне својине, а који, као што смо показали, системски није употребљив као инструмент јавне политике конзервације биодиверзитета.²⁸ Евентуална реализација идеје да се то може променити модификацијама патентног система компромитовала би његову функцију промотера техничких иновација.

4. ПОЛИТИЧКА ДИМЕНЗИЈА ПРОБЛЕМА

Расправу о заштити биодиверзитета и припадајућег ТЗ прати реторика која није ништа мање оштра и драматична од оне која је пратила процес глобализације права интелектуалне својине посредством *TRIPS*-а. Подсетимо се да је крилатица у *pro TRIPS* пропаганди била „борба против пиратства“ на интелектуалним добрима. И дан-данас, скоро четврт века од почетка планетарне примене те конвенције, може се чути да је неопходно повећати ефикасност судске заштите права интелектуалне својине да би се стало на пут „пиратству“. Непотребно је објашњавати да је та реторика пласирана из привредних и политичких кругова најразвијенијих земаља које су биле иницијатори и *spiritus movens* доношења *TRIPS*-а. Аналогно, кад је реч о заштити ГР и ТЗ, гласно се чује да је неопходна глобална „борба против биопиратства“. Логично, та реторика је пласирана из политичких кругова неразвијених земаља и земаља у развоју, које су богате тим ресурсима и које себе виде као евентуалне добитнике у таквој борби.²⁹

²⁷ Врло екстензивна елаборација таквих идеја, на пример, у Cynthia Ho, „Biopiracy and Beyond: A Consideration of Socio-Cultural Conflicts with Global Patent Policies“, *University of Michigan Journal of Law Reform* 39/2006, 505 и даље.

²⁸ У том смислу и Krishna Srinivas, „Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights: A Note on Issues, Some Solutions and Some Suggestions“, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 3/2008, 97, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1140623, април 2016.

²⁹ Лингвистички неукус стилске фигуре „пиратство“ у значењу које му се придаје, лажна моралистичка порука коју она шаље, њена проблематична правна основаност и жалосна спремност с којом су је пригрлиле све администрације за интелектуалну својину у свету, заслужују посебну анализу у другој прилици.

Будући да реч пиратство има и правну и моралну конотацију, она је изабрана као семантичко средство које нам посредује одређени систем вредности. Запитајмо се који систем вредности имају у виду заговорници борбе против пиратства, односно биопиратства. Заједничко им је то што одређене информације сматрају својим битним ресурсом и што на њих полажу право јер им на одређени начин (морално или правно, непосредно или посредно) припадају. Разлика која дели свет на пола, лежи у перцепцији основа припадања.

У идеологији развијеног друштва либералног капитализма кључна је улога индивидуе која својим активизмом покреће свет и обезбеђује напредак. Ако се капитал који припада приватном субјекту инвестира у привредни подухват који задовољава одређену друштвену потребу, праведно је да власник капитала, посредством тржишта, валоризује своју инвестицију присвајајући део друштвене вредности тог подухвата. Реч је о Локовом моралу заснованом на праведности награде која је пропорционална радној заслуги. Међутим, морални поредак у том случају није довољно ефикасан да обезбеди ту награду јер наилази на препреку у виду екстерног позитивног ефекта јавног добра, као иманентне слабости тржишта. Тада се сматра праведним послужити се инструментима права и државе и конструисати право интелектуалне својине као државну корекцију те слабости тржишта. Једном кад је право интелектуалне својине успостављено, реч пиратство добија и своју правну конотацију противправног деловања. Даљу елаборацију сматрамо непотребном јер и сами припадамо културном кругу чији је кредо управо изложена теза.

У земљама такозваног трећег света, које се још увек боре с тешким наслеђем колонијализма и у којима су обиље природних ресурса и степен друштвеног развоја у великој диспропорцији, перцепција је следећа. Из културолошких и економских разлога, индивидуа још није „стасала“ за централну улогу у животу заједнице. Приватни капитал није кључни унутрашњи ресурс који покреће друштвени живот, те и морални систем не фетишизује везу између индивидуалне заслуге и награде у виду присвајања плодова сопствене инвестиције. Отуда је за те земље цела либералнокапиталистичка конструкција заштите интелектуалне својине страно ткиво које, у виду принудног правног транспланта (путем *TRIPS*-а), не само да не доприноси развоју већ служи за трансфер богатства из тих земаља у земље развијеног света. Асоцијација права интелектуалне својине с неоколонијализмом представља окидач за реакцију која нервозно инсистира на колективним вредностима и на правима на сопствене природне ресурсе. Стога, појам биопиратства имплицира неморалност послуживања субјеката из развијених земаља генетским ресурсима и традиционалним знањем из тзв. трећег света, са циљем стицања

искључивог права интелектуалне својине (патента) на основу којег ће његов титулар извладити корист не само у својој него и у другим земљама, укључујући и ону која је „постојбина“ поменутих ресурса.

Из чињенице да актуелни патентни систем квалификује ГР и ТЗ као стање технике, то јест јавни домен, а оно што је интелектуални производ трансформације тог јавног домена (проналазак) чини предметом присвајања, могу се, доиста, извући забрињавајуће паралеле с неким минулим епохама. „Драматичан ефекат колонизације био је трансформација биолошких и природних ресурса колоније у благостање колонизатора. Колонизатори су створили правни систем који им обезбеђује повољан приступ цењеним ресурсима, као што су риба, крзно, зачини и свила. Као што је право интелектуалне својине које је заштићено путем *TRIPS*-а, тако је ова ранија, историјска, колонизација била заснована на фикцији о *res nullius* – ничјој ствари... Иста машинерија рационализације која је створила прихватљива објашњења зашто староседеоци нису били власници сопствене земље, сада ради у правцу напора да се објасни зашто традиционално знање и природне врсте нису подобне за присвајање, а хибриди, лабораторијски дестилати и њихове битне карактеристике јесу... Никад се не сме заборавити да су током колонијалног периода биле повучене својинске линије у складу с расним кастинским погледом који је систематично обезвређивао захтеве не-белаца, не-европљана и не-хришћана. Те линије су сматране очигледним и природним онолико колико се данас сматра и право интелектуалне својине утемељено у *TRIPS*-у. Поново вући линије које *a priori* искључују исте оне популације, мада из привидно неутралнијих разлога него што су нецивилизованост или нехришћанска вера, требало би да буду некакав сигнал.“³⁰

Оба та система имају своју дубоку културолошку утемељеност и тешко је бити ваљан судија у њиховом спору. Тај спор је у корену различитог приступа глобалном питању односа између права интелектуалне својине и развоја. У том питању (као и у многим другим) свет је подељен на развијени север и неразвијени југ. Глобализација онемогућава мирну коегзистенцију тих светова. Један од њих мора победити. Очигледно је да је доношењем *TRIPS*-а победио развијени свет либералног капитализма. Високи стандарди заштите интелектуалне својине постали су глобално обавезујући, док је међународноправна афирмација права заштите генетских ресурса и традиционалног знања у великом и ненадокнадивом заостатку.³¹

³⁰ Rebecca Bratspies, „The New Discovery Doctrine: Some Thoughts on Property Rights and Traditional Knowledge“, *American Indian Law Review* 31, 2/2007, 23, 24.

³¹ Корак даље у критичком промишљању третмана биодиверзитета као глобалног јавног добра укљештеност између за два система вредности вид. у *The Museum*

Околност да су та питања ипак предмет текуће политичке дебате у Светској трговинској организацији и Светској организацији за интелектуалну својину ствара привид да су оба приступа у колико-толико равноправној конкуренцији. У реалности, међутим, болна неједнакост преговарачких позиција представника једног и другог приступа има свој ритуални дипломатски израз у очигледној чињеници да се о темама значајним за развијене земље расправља у Светској трговинској организацији (где постоји широка леза средстава притиска на државе чланице да се донесу глобално обавезујуће супстанцијалне норме), а о темама значајним за тзв. трећи свет у Светској организацији за интелектуалну својину (где из политичких разлога више није могуће донети глобално обавезујућу супстанцијалну норму).³²

5. ЗАКЉУЧАК

Дијаметрално различит третман јавног домена у патентном праву, с једне, и праву заштите ГР и ТЗ, с друге стране, чини те две правне гране функционално инкомпатибилним. Прва је у функцији подстицања стварања нових информација, а друга у функцији подстицања конзервације постојећих информација. Због тога није могуће постићи да патентни систем (чак и уз одређене модификације) постане део јавне политике конзервације биодиверзитета, као што сугерише КБД, за шта се земље тзв. трећег света безуспешно залажу деценијама.

Инкомпатибилност тих правних грана може се документовати на нивоу конфликта појединих правних института, на нивоу разлаза јавних политика које те гране операционализују и на нивоу културолошког система вредности из којих су те гране произишле.

Разумљиво је да земље које имају трауматично колонијално наслеђе и које су деморалисане својом и даље неповољном економском ситуацијом желе да валоризују своје ГР и ТЗ. Парадоксално,

of Bioprospecting, Intellectual Property and the Public Domain: A Place, A Process, A Philosophy (ed. Joseph Henry Vogel), London 2010, 103 и даље.

³² „Ова асиметрија моћи обезбеђује да се теме за које ЕУ и САД немају интерес да буду разрешене, одржавају отвореним много година, уз илузију напретка кроз подношење докумената који садрже позиције појединих земаља чланица.“ – К. Srinivas, 109. Занимљиво је да ни земље тзв. трећег света, упркос својој бројности, немају веру у шансе да наметну своје погледе на отворена питања него их користе као „улог у преговорима“ о другим темама, тако што попуштају на једном питању да би остварили одређену концесију на неком другом питању. – *Ibid.*, 109. Вид. такође UNCTAD-ICDS, *Resource Book on TRIPS and Development*, Geneva 2005, 399.

оне су се определиле да покушају да у ту функцију ставе патентни систем који, захваљујући *TRIPS*-у, подсећа на софистицирано неоколонијално оруђе за поновни трансфер богатства из неразвијених у развијене земље. Показало се да патентни систем, као производ либералнокапиталистичке идеологије, не може да обавља ту функцију (под фирмом заштите биодиверзитета) без значајних модификација које би га компромитовале у његовој изворној функцији подстицања технолошког напретка.

Вишедеценијска симулација стварних преговора о тим питањима у Светској организацији за интелектуалну својину и Светској трговинској организацији заправо одражава *status quo*,³³ који је тешко променљив све док на овој планети живе два света одвојена драстичним разликама у благостању, степену друштвеног развоја и систему вредности.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Bratspies, R., „The New Discovery Doctrine: Some Thoughts on Property Rights and Traditional Knowledge“, *American Indian Law Review* 2/2007.
- Finston, S., „The Relevance of Genetic Resources to the Pharmaceutical Industry“, *Journal of World Intellectual Property* 2/2005.
- Fowler, C., „Protecting Farmer Innovation: The Convention on Biological Diversity“, *Jurimetrics* 41/2001.
- Ho, C., „Biopiracy and Beyond: A Consideration of Socio-Cultural Conflicts with Global Patent Policies“, *University of Michigan Journal of Law Reform* 39/2006.
- Сакс, Џ., *Доба одрживог развоја*, Београд 2014. (Saks, Dž., *Doba održivog razvoja*, Beograd 2014)
- Sampath, P., *Regulating Bioprospecting – Institutions for Drug Research, Access and Benefit Sharing*, United Nations University, 2005.
- Srinivas, K., „Traditional Knowledge and Intellectual Property Rights: A Note on Issues, Some Solutions and Some Suggestions“, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 3/2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1140623, април 2016.

³³ Увид у најновији консолидовани Документ о интелектуалној својини и генетским ресурсима Међувладиног комитета за интелектуалну својину и генетске ресурсе, традиционално знање и фолклор, који је припремљен за Генералну скупштину Светске организације за интелектуалну својину 2016. године, најречитије говори о томе. Вид. WIPO документ WO/GA/49/8.

- Swanson, T., „The Economics of the Biodiversity Convention“, University of Cambridge Discussion Paper GEC 92–08, http://www.cserge.ac.uk/sites/default/files/gec_1992_08.pdf, март 2016.
- Ullrich, H., „Traditional Knowledge, Biodiversity, Benefit-Sharing and the Patent System: Romantics v. Economics“, *European University Institute Working Paper 7/2005*, Florence.
- UNCTAD-ICDS, *Resource Book on TRIPS and Development*, Geneva 2005.
- Vogel, J. H. (ed.) *The Museum of Bioprospecting, Intellectual Property and the Public Domain: A Place, A Process, A Philosophy*, London 2010.
- WIPO, Second Revision of the Consolidated Document Related to Intellectual Property and Genetic Resources WO/GA/48/9, 2016.
- WIPO, The Protection of Traditional Knowledge – Draft Gap Analysis (документ WIPO/GRTKF/IC/13/5(b)rev., Annex I), Geneva 2008, www.wipo.int/tk/en/igc/gap-analyses.html, април 2016.
- World Trade Organization, *The Relationship Between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity – Summary of Issues Raised and Points Made*, IP/C/W/368/Rev. 1, 2006.

Slobodan Marković, PhD

Full Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

BIODIVERSITY CONSERVATION AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW: A CONCEPTUAL MISUNDERSTANDING

Summary

The author has set up a thesis on conceptual incompatibility of intellectual property rights and the objectives of the Convention on the protection of biodiversity. The thesis is developed through analysis of: a) the problem at the level of particular institutes of patent law and the law of protection of genetic resources and traditional knowledge, b) public policy incentives for technological development and conservation of biodiversity, and c) conflicts of ideological values from which this policies emerge. The conclusion is that the core of the problem is in different and contradictory legal, political and ideological treatment of the public domain, depending on whether it is seen from the perspective of the interests of the developed or the so-called third world.

Key words: *Patent. – Biodiversity. – Genetic resources. – Traditional knowledge. – Public domain.*

Article history:

Received: 25. 8. 2016.

Accepted: 28. 11. 2016.

Др Милан Шкулић*

ПРАВНА ПРИРОДА И КРИВИЧНОПРАВНИ (МАТЕРИЈАЛНИ И ПРОЦЕСНИ) ЕФЕКАТ ЗАСТАРЕЛОСТИ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

II део

Рад садржи анализу кривичноправног и кривичнопроцесног ефекта застарелости, као института који има „двоструку природу“, како кривичноправну, тако и кривичнопроцесну, а који своје специфично дејство остварује пре свега у кривичном поступку, када наступела застарелост представља трајну кривичнопроцесну сметњу, која онемогућава кривично гоњење и представља разлог за окончање кривичног поступка, ако је он започео, односно спречава његово започињање, уколико кривични поступак још увек није започет, што се у обе ове ситуације манифестује доношењем одговарајућих одлука органа поступка – било кривичног суда, било јавног тужиоца, уколико се ради о кривичним делима за која се гони по службеној дужности.

У раду се разматра појам застарелости и њен ratio legis, одређена упоредноправна решења (немачко кривично право и кривично право Сједињених Америчких Држава), нормативна решења у српском кривичном праву, као и основни кривичнопроцесни ефекти застарелости, уз посебно анализирање нелогичног решења у Законику о кривичном поступку, где је застарелост погрешно сврстана у једну од апсолутно битних повреда одредаба кривичног поступка.

Кључне речи: *Застарелост кривичног гоњења. – Кривично право. – Кривично дело. – Кривично процесно право. – Кривични поступак. – Пресуда.*

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, skulic@ius.bg.ac.rs.

5. ЗАСТАРЕЛОСТ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ СРБИЈЕ

У Кривичном законнику Србије застарелост кривичног гоњења уређује се са *три основна аспекта*:¹

1) утврђују се општа правила застаревања кривичног гоњења након протекла одређеног времена, од дана извршења кривичног дела, чија дужина зависи од тежине кривичног дела, тј. с обзиром на запрећену казну (чл. 103 КЗ);

2) дефинишу се услови под којима почиње и тече рок застарелости, као и правила која се односе на обуставу тока застарелости кривичног гоњења и њен прекид, те поновно отпочињање тока застарелости (чл. 104, ст. 1–5 КЗ);

3) одређује се, када захваљујући одређеном дужем протеклу времена од дана извршења кривичног дела, наступа апсолутна застарелост кривичног гоњења (чл. 104, ст. 6 КЗ).²

5.1. Рокови застаревања кривичног гоњења

Ако у Кривичном законнику није друкчије одређено,³ кривично гоњење се не може предузети кад протекне: 1) двадесет пет година од извршења кривичног дела за које се по закону може изрећи затвор

¹ Милан Шкулић, *Застарелост кривичног гоњења – законско решење и нека спорна питања*, Билтен Првог основног суда у Београду 1/2016, Београд 2016, 121.

² *Ibid.*

³ Када законодавац прописује рокове застарелости који важе за сва кривична дела, осим када је самим Кривичним закоником прописано другачије, као што је то стриктно наведено у одредби чл. 103, ст. 1 КЗ, мисли се на изузетак у самом Кривичном законнику који се тиче незастаревања кривичног гоњења за кривична дела предвиђена у чл. 370 до 375. Кривичног законика (геноцид, злочин против човечности, ратни злочин против цивилног становништва, ратни злочин против рањеника и болесника, ратни злочин против ратних заробљеника, те организовање и подстицање на извршење геноцида и раних злочина), као и за кривична дела за која по ратификованим међународним уговорима застарелост не може да наступи. Тај изузетак је у нашем кривичноправном систему традиционалан и постоји већ деценијама.

Међутим, сада у кривичноправном систему постоје и други изузеци те врсте, тј. када егзистирају и нека друга кривична дела у погледу којих кривично гоњење не застарева, а то су случајеви прописани *Законом о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободe према малолетним лицима* (о чему ће бити више речи у даљем тексту), па би у ствари, без обзира на иначе, не сасвим адекватан *ratio legis* „нових“ посебних правила о незастаривости одређених кривичних дела, односно кривичног гоњења за њих, одредбу чл. 108 КЗ Србије требало допунити тако што би се у њу унела и формулација да кривично гоњење не застарева ни за кривична дела прописана посебним законом, односно у случајевима који су посебно регулисани.

од тридесет до четрдесет година; 2) двадесет година од извршења кривичног дела за које се по закону може изрећи казна затвора преко петнаест година; 3) петнаест година од извршења кривичног дела за које се по закону може изрећи казна затвора преко десет година; 4) десет година од извршења кривичног дела за које се по закону може изрећи казна затвора преко пет година; 5) пет година од извршења кривичног дела за које се по закону може изрећи казна затвора преко три године; 6) три године од извршења кривичног дела за које се по закону може изрећи казна затвора преко једне године; 7) две године од извршења кривичног дела за које се по закону може изрећи казна затвора до једне године или новчана казна (чл. 103 КЗ).

Правила садржана у Кривичном законнику која се односе на застарелост кривичног гоњења важе и за малолетне учиниоце кривичних дела.⁴ Наиме, Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица садржи само самосталне одредбе о застарелости извршења казне малолетничког затвора, а из разумљивих разлога у том закону не постоје и посебне одредбе о застарелости кривичног гоњења јер се та врста застарелости одређује према прописаној казни, а како ни за једно кривично дело није прописана казна малолетничког затвора, у том се погледу примењују општа правила.⁵

5.2. Започињање рока застарелости кривичног гоњења

Застарелост кривичног гоњења почиње од дана кад је кривично дело извршено (чл. 104, ст. 1 КЗ), што, у ствари, практично значи да од оног дана када се сматра да је кривично дело извршено почиње да тече рок застарелости.

Време извршења кривичног дела се у српском кривичном праву одређује према времену предузимања *радње извршења*, што је уређено правилима самог Кривичног законика (чл. 16 КЗ).⁶ Дакле, кривично дело се сматра извршеним онда када је предузета радња извршења, односно када је пропуштена дужност одређеног чињења када се ради о деликтима пропуштања, без обзира на то када је наступила последица кривичног дела, осим када се ради о неким посебним ситуацијама, што је случај са тзв. темпоралним кривичним делима.

⁴ Више о томе: Милан Шкулић, *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 286.

⁵ Више о томе: Обрад Перић, *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Службени гласник, Београд 2005, 99.

⁶ Према одредби чл. 16 КЗ, кривично дело је извршено кад је извршилац радио или био дужан да ради, без обзира на то кад је последица дела наступила.

Неке посебне ситуације у односу на одређивање момента од којег започиње ток рока застарелости постоје осим када се ради о темпоралним кривичним делима и онда када су у питању трајна кривична дела, продужено кривично дело и случајеви саучесништва.

5.2.1. Започињање рока застарелости кривичног гоњења у случају темпоралних кривичних дела

Једна од теоријских, али и за праксу изузетно значајних подела кривичних дела, јесте разликовање кривичних дела код којих последица наступа одмах (*моментална кривична дела*) и кривичних дела за која је карактеристично да последица наступа након краћег или дужег времена (*темпорална кривична дела*).⁷ Само изузетно, када се ради о темпоралним кривичним делима, примењује се другачији критеријум у односу на основни критеријум по којем рок застарелости кривичног гоњења почиње да тече од дана извршења кривичног дела. Тада није релевантно време радње кривичног дела већ *време наступања последице*.

Уколико последица кривичног дела наступи касније, застарелост кривичног гоњења почиње од дана када је последица наступила (чл. 104, ст. 1 КЗ). На пример, учинилац је извршио убиство тако што је пасивног субјекта изложио смртоносном радиоактивном зрачењу, због чега је код жртве наступила тзв. радијацијска болест, услед које она умире након неколико месеци од дана када је била изложена високој дози радиоактивности, што је била конкретна радња извршења кривичног дела. Рок застарелости би у том хипотетичком случају почео да тече од дана наступања последице, тј. од оног дана када је пасивни субјект умро, а не од дана када је учинилац предузео радњу извршења која је касније довела до смрти пасивног субјекта, односно наступања релевантне кривичноправне последице.

5.2.2. Започињање рока застарелости кривичног гоњења у случају трајних кривичних дела

С обзиром на последицу кривичног дела, разликују се кривична дела без последице у кривичноправном смислу (*делатносна кривична дела*) и кривична дела са последицом (*последична кривична дела*).⁸ Трајна кривична дела су специфична последична кривична дела код којих се „последица састоји у створеном противправном стању које траје дуже или краће време“, тако да „за све то време кривично дело постоји“, као што је то, на пример, случај са про-

⁷ Више о томе: Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Београд 2015, 239–240.

⁸ *Ibid.*, 239.

тивправним лишењем слободе, које постоји током целокупног времена у којем је неко лице противправно лишено слободе.⁹ Од трајних кривичних дела треба разликовати *кривична дела стања*, код којих постоји одређена последица која је трајног карактера, али је „биће кривичног дела остварено самим наступањем одређеног стања, као што је то, на пример, случај са кривичним делом двобрачности“.¹⁰

Рок застарелости код трајних кривичних дела започиње оног момента када је престало одређено противправно стање, односно стање чије је постојање, тј. „стварање“ и реализовање, законом прописано као кривично дело, а које је претходно трајало одређено време. На пример, када је у питању кривично дело противправног лишења слободе, рок застарелости започиње даном када се лице које је противправно лишено слободе нађе на слободи, тј. када престане противправно лишење слободе (даном ослобођења), а не даном када је дошло до противправног лишења слободе, односно када је започето такво противправно стање.

Другачије је када се ради о типичном кривичном делу које се у нашој теорији уобичајено сматра типичним деликтом стања, као што је то случај са двобрачношћу,¹¹ код којег рок застарелости почиње да тече оног дана када је лице закључило нови брак, а није битно колико ће тај „други брак“ трајати, тј. колико ће трајати стање двобрачности, при чему се формално тај други брак сматра апсолутно ништавим.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ У ствари, иако се у нашој кривичноправној теорији двобрачност углавном сматра „типичним кривичним делом стања“, питање је да ли у таквом случају уопште, а посебно када се имају у виду и релевантни прописи породичног права, ту и настаје неко противправно стање које „траје“ одређено време, односно бар неко време. Наиме, како се „други“, односно „нови“ брак, закључен након постојећег пуноважног брака, по самом закону сматра апсолутно ништавим, такав „брак“ у ствари, формалноправно посматрано и није брак, па тада ни не настаје неко противправно стање, већ је самим моментом закључења „другог брака“ (који у смислу породичног права практично не постоји), лице учинило кривично дело двобрачности.

Никакво посебно противправно стање закључењем „другог брака“, практично ни не настаје јер према правилима породичног права постоји само онај „први и прави брак“, који је, док на неки од законом прописаних начина евентуално не престане, једини важећи, односно само је он правно стање њиме створено и релевантно у смислу породичноправних и брачних прописа. Како је други брак ништав, он практично као и да не постоји, односно као и да није постојао, што значи да његовим „закључењем“ није настало било какво правно релевантно стање, а супружник који је такав „брак закључио“ док је још увек био у „пуноважном“, односно постојећем браку, и даље је у том „првом браку“, тј. једином у правном смислу „правом браку“, док сама његова радња закључења „новог брака“, у том случају представља радњу извршења кривичног дела двобрачности.

Наиме, „према члану 33 Породичног закона, ништав је брак који је закључен за време трајања ранијег брака једног од супружника“.¹²

Судска пракса се некада колеба у вези са природом одређених кривичних дела, те их понекад сврстава у трајна кривична дела, а у ствари се ту углавном ради о продуженим кривичним делима, што може бити релевантно и са становишта рачунања рока застарелости, односно одређивања дана од којег започиње да тече тај рок. Такав је случај са кривичним делом недавања издржавања, па је тако у изреци једне првостепене пресуде наведено: „да окривљена од 03.09.2007. године па до 31.12.2009. године, способна да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима, није давала издржавање за лице које је по закону дужна да издржава“, те је оглашена кривом за кривично дело недавања издржавања из чл. 195 КЗ. У решењу донетом у жалбеном поступку закључује се да је првостепени суд погрешно јер „како кривично дело недавања издржавања из чл. 195 КЗ није трајно кривично дело, већ је дело свршено самим пропуштањем да се издржавање да онако како је то одређено правноснажном судском одлуком, којом је установљено, те се сваком евентуално поновљеном радњом извршења према истом лицу, стичу обележја новог кривичног дела за које теку појединачни рокови застарелости“.¹³ У том случају се, по свему судећи, ради о продуженом кривичном делу недавања издржавања, које иначе не мора увек бити продужено кривично дело (иако у пракси често јесте), већ је довољно да се једном пропусти давање издржавања, па да постоји једно свршено кривично дело недавања издржавања.

Посебну варијанту трајних кривичних дела представљају *кривична дела поседовања*, тј. она кривична дела код којих се радња извршења састоји у остваривању државине над одређеним стварима, чије се поседовање начелно сматра опасним уопште (попут оружја, муниције и експлозивних средстава), или у односу на здравље самог оног ко такве ствари, односно материје поседује, односно њему блиска лица (као када се ради о поседовању опојне дроге за сопствене потребе, што је у Србији кривично дело неовлашћеног држања опојних дрога),¹⁴ или су у питању одређени комбиновани разлози, како здравствене, тако и етичке природе, попут инкриминисања допинг средстава, или се ради о разлозима етичког карактера и потреби посебне заштите малолетних лица у сфери сексуалности, али и

¹² Слободан Панов, *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015⁶, 117.

¹³ Решење Апелационог суда у Новом Саду Кж.1 130/13 од 22. јануара 2013. године, *Билтен Апелационог суда у Новом Саду* 5/2013, „Intermex“, Београд 2013. (судска пракса на интернету).

¹⁴ Више о томе: Вељко Делибашић, *Сузбијање злоупотреба опојних дрога са становишта кривичног права*, Службени гласник, Београд 2014, 201–203.

шире, као када је у питању поседовање тзв. децје порнографије итд. Кривична дела поседовања се, у светлу теоријски уобичајене поделе на трајна и тренутна кривична дела,¹⁵ могу посматрати као веома специфична и особена.

Трајни деликти су кривична дела која не представљају само и непосредно остварење бића кривичног дела, већ се они манифестују испољавањем „трајне деликтне“ воље учиниоца, што је субјективни аспект тих деликата, који се у објективној сфери огледа у оствареном противправном стању које као такво траје одређено време, као што је то, на пример, у Немачкој случај са кривичним делом „нарушавања кућног мира“, које као свршено настаје већ са првим продором учиниоца у одређени простор, али притом, такво кривично дело „траје“ и све док учинилац борави у таквом „правом заштићеном“ простору, које је „правом заштићено“, а слично је и када се ради о кривичном делу противправног лишења слободе итд.¹⁶

Кривична дела поседовања су, по логици ствари, трајна кривична дела. То директно произлази из њихове кривичноправне природе. Поседовање се суштински састоји у остваривању државине на одговарајућој ствари у неком временском периоду, што би често био релативно дужи период времена, али би такође и државина, која је реализована у неком сасвим кратком периоду времена, већ као таква, била сасвим довољна да постоји конкретно кривично дело. Када је реч о започињању рока застарелости код таквих кривичних дела, ту се, такође, примењује опште правило, као и иначе када се ради о другим трајним кривичним делима, што значи да рок застарелости почиње да тече од оног тренутка до којег је трајало одговарајуће противправно стање, које је претходно настало и као такво постојало одређено време.

5.2.3. *Започињање рока застарелости кривичног гоњења када је за кривично дело прописано више казни, у погледу кривичних дела нечињења и у случају продуженог кривичног дела*

Уколико је за кривично дело прописано више казни, рок застарелости се одређује према најтежој од прописаних казни, а код продуженог кривичног дела рок застарелости се рачуна од предузимања радње последњег дела које улази у састав продуженог кривичног

¹⁵ У немачкој кривичноправној теорији се говори о две врсте кривичних дела која се разликују према том критеријуму, а то су: 1) трајни деликти (*Dauerdelikte*) и 2) тренутни деликти (*Zustandsdelikte*). Може се закључити да се, у ствари, тренутни деликти састоје у одређеном стању које по правилу, настаје „одмах“ и непосредно, самим тим што је остварена одређена последица, која најчешће наступа моментално, тј. „без икакве задршке“, па се стога, ту углавном ради о „последичним деликтима“.

¹⁶ Више о томе: Claus Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Verlag C. H. Beck, München 2006, 330–331.

дела, док у случају кривичних дела нечињења¹⁷ рок застарелости кривичног гоњења почиње да се рачуна од престанка дужности на чињење.¹⁸

Када је реч о продуженом кривичном делу, које представља одређену кривичноправну конструкцију, односно једну врсту фикције и посебан случај привидног реалног стицаја кривичних дела, логично је да се рок застарелости рачуна од предузимања радње последњег, дакле „најновијег“ кривичног дела које је сегмент укупног („једног“) продуженог кривичног дела, али то не значи да у односу на сва поједина кривична дела која су ушла у састав продуженог кривичног дела не теку рокови застарелости који се односе на њих конкретно. То значи да ће она кривична дела у погледу којих је наступила застарелост кривичног гоњења, било апсолутна, било релативна (мада би се у пракси у тој ситуацији, по логици ствари, чешће радило о апсолутној застарелости), „испасти“ из састава продуженог кривичног дела. Ако то само по себи није довело до престанка могућности за постојање продуженог кривичног дела, онда продужено кривично дело опстаје, тј. и даље егзистира, али „скраћено“, односно „умањено“ за оно кривично дело у погледу којег је наступила застарелост кривичног гоњења.

Кривично дело у погледу којег је кривично гоњење застарело свакако не може бити предмет кривичног поступка, односно у погледу таквог кривичног дела ни иначе није могуће кривично гоњење, па се то односи како само на то „изоловано“ кривично дело, тако и на случај када је оно у саставу продуженог кривичног дела. На тај начин резонује и судска пракса, па се тако у једној одлуци закључује да се „апсолутна застарелост кривичног гоњења код продуженог кривичног дела има узимати за свако кривично дело понаособ, а не према временски последњем извршеном кривичном делу“.¹⁹ На истоветан начин је резоновала и знатно старија судска пракса, у време када продужено кривично дело уопште и није било формално дефинисано у тада важећем кривичном законодавству, па се тако закључује да „апсолутна застарелост кривичног гоњења, одвојено тече за сваку радњу која улази у састав продуженог кривичног дела“.²⁰ На исти

¹⁷ Више о нечињењу као пропуштању дужног чињења: Игор Вуковић, *Кривична дела неправог нечињења*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 21–24.

¹⁸ З. Стојановић (2015), 297.

¹⁹ Решење Општинског суда у Нишу К. 467/02 и пресуда Округног суда у Нишу Кж. бр. 209/04, *Билтен судске праксе Округног суда у Нишу* 22/2006, „Inter-mex“, Београд 2013. (судска пракса на интернету).

²⁰ Пресуда Врховног суда Војводине Кж. бр. 8/91 од 22. октобра 1982, „Inter-mex“, Београд 2013. (судска пракса на интернету).

начин је резоновало и Врховни суд Србије када је закључио да „се време апсолутне застарелости кривичног гоњења рачуна засебно и одвојено за сваку радњу која улази у оквир продуженог кривичног дела“.²¹

5.2.4. *Започињање рока застарелости кривичног гоњења у неким ситуацијама повезаним са саучесништвом*

Уколико су радња извршења кривичног дела и радња саучесништва предузете у исто време, тада се, по логици ствари, уопште ни не поставља као проблем питање могућег различитог одређивања дана од којег за поједине актере кривичног дела, тј. (са)извршиоце и саучеснике у ужем смислу (подстрекаче и помагаче), започиње да тече рок застарелости кривичног гоњења.

Питање почетка застаривања кривичног гоњења поставља се у случају саучесништва у кривичном делу онда када постоји „временска удаљеност предузетих саучесничких радњи и радње главног извршиоца“.²² То је питање некада било ствар тумачења кривично-правне теорије и праксе јер се у кривичном законодавству није дефинисало да ли онда када је у питању радња саучесника која је *временски удаљена* од радње извршиоца кривичног дела, треба сматрати да рок застарелости почиње да тече уобичајено од времена извршења кривичног дела (које се везивало искључиво за радњу извршиоца) или од времена када је конкретни саучесник предузео своју (саучесничку) радњу. У тадашњој теорији је објашњавано да, иако је било могуће дати предност како једном тако и другом решењу, превагу је у кривичноправној теорији и пракси углавном односило схватање према којем, независно од општег правила нашег кривичног права по којем се као „основ за саучесништво узима лимитирана акцесорност“, за саучеснике застаривање почиње да тече од времена када је сам саучесник предузео сопствену радњу, без обзира на време када је остварена радња извршиоца.²³

Питање момента започињања рока застарелости у погледу саучесника суштински је решено тиме што је одредбама Кривичног законика Србије из 2006. године стриктно регулисано време чињења кривичног дела од стране саучесника, тако што је прописано да је саучесник кривично дело учинио у време када је радио или био дужан

²¹ Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1235/88 од 3. марта 1989. и пресуда Окружног суда у Београду К. 191/83 од 28. јуна 1988, „Intermex“, Београд 2013. (судска пракса на интернету).

²² Више о томе: Маринка Цетинић, „Нека питања рачунања почетка застаривања кривичног гоњења“, *Архив за правне и друштвене науке* 1–2/2006, 109 и 111–116.

²³ *Ibid.*, 298.

да ради (чл. 16, ст. 2 КЗ). Такво законско решење је, иначе, сасвим логично и оправдано у контексту концепта лимитиране акцесорности саучесника која је прихваћена у нашем кривичном праву, а оно, осим тога, одговара и уобичајеној животної логици. Другачије је у законодавствима која прихватају строгу акцесорност саучесништва или у оним законодавствима код којих је, као што је то случај у немачком кривичном праву, за одговорност саучесника неопходно постојање умишљајног дела извршиоца, чиме се, у ствари, практично доспева на терен теорије о строго акцесорној природи саучесништва,²⁴ због чега је између осталог, немачко кривично право приморано и на коришћење института посредног извршилаштва.²⁵

5.3. Обуштава и прекид застарелости кривичног гоњења

Током времена у којем тече рок застарелости могуће је наступање „две ситуације, које у ствари, продужавају тај рок, а то су обуштава и прекид застарелости“.²⁶

Деловањем механизма обуштаве и прекида застарелости омогућава се да рок застарелости наставља да тече након одређеног застоја, односно „мировања“, или почне поново да тече изнова.

5.3.1. Обуштава застарелости кривичног гоњења

Одредбом чл. 104, ст. 2 КЗ утврђен је механизам обуштаве застарелости кривичног гоњења, која не тече за време за које се по закону гоњење не може отпочети или наставити.

Саме сметње које доводе, односно које би могле довести до обуштаве застарелости могу бити стварне или правне, али „наше кривично законодавство уважава само правне сметње“, попут, на пример, душевне болести учиниоца услед које се не може водити кривични поступак.²⁷ Оправданост обуштаве застарелости се огледа у томе што она спречава да дође до застарелости кривичног гоњења,

²⁴ Више о томе: Милан Шкулић, „Однос организованог криминалитета у кривичноправном смислу и саучесништва“, *НБП – наука, безбедност полиција – журнал за криминалистику и право* 3/2014, Криминалистичко-полицијска академија, 15–17.

²⁵ Лимитирана акцесорност нема у немачком кривичном праву ни изблиза онај значај који има у нашем кривичном законодавству. Из тога, између осталог, произлази и да, када се ради о саучесништву у немачком кривичном праву, рок застарелости почиње да тече од дана када је „главно дело“ (*Haupttat*) довршено, што значи да је у односу на то питање ирелевантно време деловања саучесника. Више о томе: Adolf Schönke, Horst Schröder, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München 2001, 1023.

²⁶ З. Стојановић (2015), 298.

²⁷ *Ibid.*

а да суштински „није ни створена могућност судског расправљања кривичног дела“.²⁸

Дејство обуставе застарелости своди се на престанак тока застарелости у периоду постојања правне сметње за кривично гоњење, што значи да претходно протекло време у којем је текао рок застарелости „опстаје“, а онда када се отклони сметња за кривично гоњење, рок застарелости наставља да тече, од момента у којем је „зауостављен“.

5.3.2. Прекид застарелости кривичног гоњења

Другачије је дејство прекида застарелости, до којег долази у *две ситуације*: 1) застарелост се прекида сваком процесном радњом која се предузима ради откривања кривичног дела или ради откривања и гоњења учиниоца због учињеног кривичног дела (чл. 104, ст. 3 КЗ), а поред тога 2) застарелост се прекида и кад учинилац у време док тече рок застарелости учини исто тако тешко или теже кривично дело (чл. 104, ст. 4 КЗ).

Механизам прекида застарелости кривичног гоњења своди се на својеврсно „поништавање“ ефекта претходно протеклог времена јер сваким прекидом застарелости она почиње поново да тече (чл. 104, ст. 5 КЗ).

Под *процесном радњом* која прекида ток застарелости требало би подразумевати било коју радњу, пре свега органа поступка која је функционално усмерена на актуелно или потенцијално кривично дело, тако што би се таквом радњом могло допринети откривању кривичног дела или откривању и гоњењу „учиниоца“, односно лица у погледу којег постоји одређени процесно релевантан степен сумње да је кривично дело учинило.

Позитивно законско решење је слично ономе које је деценијама постојало у нашем кривичном праву, с обзиром на то да се као и раније, ток застарелости прекида *процесном радњом*, али је оно ипак знатно шире јер је некада (чл. 96, ст. 3 КЗ СФРЈ) било прописано да се застаревање „прекида сваком процесном радњом која се предузима ради гоњења учиниоца због учињеног кривичног дела“.²⁹

²⁸ Маринка Цетинић, „Институт застарелости у југословенском кривичном праву“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право (ЈРКК)* 1–2/1983, 145.

²⁹ Овде се у ствари, због дејства претпоставке невиности, може радити само о кривичном гоњењу *окривљеног*, а не и „учиниоца“, нарочито не „због учињеног кривичног дела“, као што се то наводи у цитираој одредби некадашњег КЗ СФРЈ, али је код нас и иначе сасвим уобичајено да се у Кривичном закон(ик)у, као основном извору материјалног кривичног права, практично углавном не користе термини кривичног процесног права, па се зато и овде говори о „учиниоцу“, а

То значи да нису долазиле у обзир процесне радње усмерене на откривање кривичног дела или откривање учиниоца, као што је то према садашњем законском решењу. Некада се, у време важења тог ранијег законског решења, у нашој кривичноправној теорији сматрало да процесна радња може бити основ за прекид застаревања, само када су кумулативно испуњени следећи услови: а) ако је предузета од надлежног државног органа или лица (физичког или правног),³⁰ које је овлашћено за предузимање свих или неких процесних радњи, б) уколико је предузета у циљу кривичног гоњења одређеног лица за одређено (конкретно) кривично дело, те в) ако је предузета у циљу кривичног гоњења одређеног лица за одређено (конкретно) кривично дело.³¹ Као што је већ претходно објашњено, у контексту садашњег законског решења само први од тих услова може да опстане у целом облику, док код другог и трећег услова више уопште није потребно да се ради о кривичном гоњењу *одређеног лица* нити да се процесна радња врши баш у односу на *одређено (конкретно)* кривично дело, јер се може радити како (што је исто као и раније) о процесним радњама усмереним на кривично гоњење, односно којима се реализује кривично гоњење, али могу бити у питању и процесне радње чији је циљ откривање кривичног дела и учиниоца. То је знатно шире законско решење, али оно ипак не сме у пракси бити схваћено прешироко јер би онда свака, чак и рутинска активност, пре свега полиције, чији је основни циљ, па и сама сврха постојања и деловања, баш откривање кривичних дела, могла да се сматра радњом којом се прекида застарелост кривичног гоњења, а што би практично могло да обесмисли целокупан механизам прекида тока застарелости кривичног гоњења.

Поставља се питање које су процесне радње подобне да доведу до прекида застарелости у контексту садашњег система јавно-тужилачке истраге, којој претходи предистражни поступак, те могућности и за непосредно оптужење, као и с обзиром на позитивно законско решење према којем се истрага не води у погледу кривичних дела за која се гони у скраћеном поступку. Не треба заборавити да је

не о „окривљеном“. Слични примери постоје и у позитивном Кривичном законнику Србије, док се другачије поступа у неким другим законодавствима, као што се може уочити у претходно објашњеним примерима из немачког Кривичног законика (*StGB*), чије одредбе често садрже и одговарајућу кривичнопроцесну терминологију.

³⁰ У ствари, овде би се, пре свега, радило о надлежном државном органу, а под физичким или правним лицем које је овлашћено за предузимање одређених процесних радњи треба подразумевати искључиво одређене категорије „неофицијелних“ овлашћених тужилаца, тј. приватног тужиоца и оштећеног као тужиоца, као и оштећеног у кривичном поступку који се водио по захтеву јавног тужиоца.

³¹ Група аутора, *Коментар Кривичног закона СФРЈ* (ред. Н. Срзентић), Савремена администрација, Београд 1986, 366.

основни услов да се ради о *процесним радњама*. То би начелно могле да буду радње како јавног тужиоца и кривичног суда, тако и полиције када се ради о откривању кривичног дела и учиниоца, али само када су у питању радње које се *могу сматрати процесним радњама*, што значи да спадају у домен права, дужности и овлашћења надлежних органа поступка или одређених категорија овлашћених тужилаца и потенцијалног тужиоца (приватни тужилац, оштећени као тужилац и оштећени као могући тужилац), те да се притом врше у одређеној процесној форми.

Следеће процесне радње су начелно подобне да доведу до прекида застарелости кривичног гоњења: 1) радње које имају одређени начелни доказни значај, а ту спадају све доказне радње прописане Закоником о кривичном поступку, како опште доказне радње, тако и посебне доказне радње; 2) радње којима се обезбеђују процесни услови за вршење доказних радњи, где спада и позивање одређених лица која имају право да присуствују одређеним доказним радњама, а то могу бити и одређене радње процесне принуде, којима се, осим обезбеђивања присуства одређених лица, могу остваривати и други процесни циљеви, попут наредбе за довођење окривљеног, задржавање осумњиченог у предистражном поступку, забране прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем, као и забране посеђивања одређених места, забрана напуштања боравишта, одређивања јемства, забране напуштања стана, те одређивања притвора у кривичном поступку, као и предузимања у одређеним процесним формама других мера којима се обезбеђује присуство одређених лица, а ту би у ширем смислу спадало и издавање потернице за окривљеним који се крије или је у бекству, 3) радње које представљају манифестацију начела акузаторности, где спада подношење оптужних аката или предлога оштећеног за кривично гоњење, као и друге процесне активности овлашћених тужилаца, 4) радње којима се омогућава ток кривичног поступка, те његово „стадијумско кретање“, попут доношења наредбе јавног тужиоца о спровођењу истраге, позивања лица чије је присуство обавезно или потребно на припремно рочиште и на главни претрес, као и све процесне радње којима се омогућава одржавање главног претреса, његов ток, прекид, одлагање итд., као и 5) радње органа поступка усмерене на захтевање међународне кривичноправне помоћи, што се односи само на такве радње (попут издавања замолнице), домаћег органа поступка, било јавног тужиоца, било суда, а не и радње које приликом пружања међународне правне помоћи у кривичним стварима предузме страни орган. У том је погледу још увек актуелно и схватање наше старије теорије по којем „процесне радње предузете од органа стране државе, немају утицаја на ток застаревања“.³²

³² *Ibid.*, 368.

Радње које врше кривичнопроцесни субјекти у функцији одбране, а то су окривљени који је изворно странка у кривичном поступку, тј. једна од странака и бранилац који му пружа стручну помоћ, без обзира на то што најчешће имају својство процесних радњи, нису радње које су подобне да доведу до прекида застарелости кривичног гоњења јер се, с обзиром на положај одбране у кривичном поступку и начелни циљ радњи које врше субјекти у функцији одбране, такве радње свакако не могу сматрати радњама које се врше ради откривања кривичног дела или ради откривања и гоњења учиниоца због учињеног кривичног дела. То се односи и на елементе тзв. паралелне истраге одбране у оквиру јавнотужилачке истраге и на радње које врши стручни саветник којег је ангажовала одбрана.

По логици ствари се само оне радње које се предузимају у одређеној *процесној форми* могу сматрати „процесним радњама“, што начелно из те категорије искључује све чисто *оперативне полицијске радње*, попут прикупљања обавештења од грађана (тзв. информативни разговор), прегледа превозних средстава, путника и пртљага, предузимања мера у вези са утврђивањем истоветности лица и предмета; расписивања потраге за лицем и предметима за којима се трага итд. Израз „процесна радња“ је у ствари исто што и *кривичнопроцесна радња*, што је један од основних појмова кривичног процесног права у оквиру којег се кривичнопроцесне радње дефинишу као „Закоником о кривичном поступку уређене делатности кривичнопроцесних субјеката који су надлежни или овлашћени да их врше, захваљујући чему ти субјекти остварују своја права и дужности у кривичном поступку, а у циљу утицања на његово започињање, одвијање или окончање, те остваривање одређених процесних и правних ефеката, ради доношења одговарајућих одлука у кривичном поступку“.³³ С обзиром на њихов садржај, те њихово процесно и правно дејство, кривичнопроцесне радње могу да се поделе на следеће врсте: 1) радње потенцијалне и актуелне процесне принуде, 2) доказне радње, 3) радње одлучивања и 4) доставне радње.³⁴

Некада се изричито сматрало да радње које би предузели „органи унутрашњих послова“ (полиција) пре отпочињања кривичног поступка ради откривања кривичног дела и проналажења његовог учиниоца немају карактер процесних радњи и не изазивају прекид застаревања.³⁵ То схватање је и сада у основи прихватљиво, али само када се ради о радњама полиције које се не могу сматрати процесним радњама, а то су све *оперативне радње*, док у случајевима

³³ Милан Шкулић, Татјана Бугарски, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2015, 325.

³⁴ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, ЦИД, Подгорица 2012, 306.

³⁵ Група аутора, 366.

када полиција врши процесне радње у предистражном поступку треба сматрати да се таквим радњама прекида застаревање кривичног гоњења. Ту би спадале радње попут претресања стана, других просторија и лица, било без наредбе, када је за то испуњен потребан законски услов, било са наредбом суда, када се полицији повери да такву радњу спроведе, вршење увиђаја под одређеним условима, привремено одузимање предмета, саслушање осумњиченог у предистражном поступку итд.

Подношење *кривичне пријаве* не представља процесну радњу овог типа, тј. радњу која би могла довести до прекида застарелости, већ би то била само одређена официјелна активност јавног тужиоца који поступа поводом примљене кривичне пријаве, односно полиције, када она по захтеву јавног тужиоца врши одређене радње проверавања у односу на наводе садржане у кривичној пријави, што се у пракси практично своди на прикупљање потребних обавештења. Међутим, као што је претходно већ објашњено, и овде важи начелно правило да такав карактер не могу имати оперативне радње полиције (попут, на пример, прикупљања обавештења од грађана), већ само оне радње полиције које се врше у одређеној процесној форми, а то су пре свега радње чији исход и резултати начелно могу имати доказни кредибилитет.

Сама кривична пријава није оптужни акт, нити радња подношења кривичне пријаве може да се сматра процесном радњом, јер у моменту подношења кривичне пријаве ни нема поступка нити је, по правилу, већ започето кривично гоњење јер се у ЗКП-у из 2011. године разликује моменат отпочињања кривичног гоњења од тренутка када се сматра да је отпочео кривични поступак. То значи да би се процесним радњама које прекидају ток застарелости могле сматрати и радње из предистражног поступка које предузимају јавни тужилац и полиција, а усмерене су на откривање кривичног дела или откривање учиниоца, јер су такве радње према самом ЗКП-у садржина кривичног гоњења, чак и када се сматра да није започео кривични поступак. Процесне радње су, као што је објашњено, и радње које се врше након подношења кривичне пријаве, а пре започињања кривичног поступка, али само подношење кривичне пријаве по себи није процесна радња већ је то радња којом се надлежном органу, а то је јавни тужилац, само *иницира* предузимање одређених процесних радњи поводом кривичне пријаве и у вези са кривичним делом које је предмет пријаве.

С обзиром на то да би могућност обуставе и прекида застарелости могла практично да доведе до тога да се институт застарелости не примењује, предвиђен је институт *апсолутне застарелости* кривичног гоњења,³⁶ која наступа у сваком случају када протекне

³⁶ З. Стојановић (2015), 298.

двоструко време које се по закону тражи за застарелост кривичног гоњења (чл. 104, ст. 6 КЗ).

6. НЕЗАСТАРЕВАЊЕ КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ПОЛНЕ СЛОБОДЕ УЧИЊЕНИХ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИМ ЛИЦИМА

Законом о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима прописан је низ посебних правила у односу на опште кривичноправне прописе.³⁷ Како се у уводним одредбама тог закона наводи, њиме се прописују посебне мере које се спроводе према учиниоцима кривичних дела против полне слободе извршених према малолетним лицима одређеним у самом том закону,³⁸ те уређује вођење посебне евиденције лица осуђених за та кривична дела (чл. 1 ЗПМ), док је сврха тог закона да се учиниоци кривичних дела против полне слободе извршених према малолетним лицима спрече да врше та дела (чл. 2 ЗПМ).

Под учиниоцима тих кривичних дела подразумевају се искључиво пунолетна лица јер је самим законом искључена његова примена у односу на малолетнике као учиниоце таквих кривичних дела (чл. 3, ст. 2 ЗПМ). Законом о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима прописано је, између осталог, и да за одређена кривична дела учињена према малолетним лицима кривично гоњење и извршење казне не застаревају (чл. 5).

³⁷ Како је наслов овог закона веома дугачак (*Службени лист РС*, бр. 32/2013), у даљем тексту ће се користити скраћеница *ЗПМ*. Тај закон, иначе у јавности познат као тзв. Маријин закон јер је непосредан повод за његово доношење био један трагичан догађај, односно злочин учињен према детету, има у правнотехничком смислу бројне слабости, није адекватно и суштински уклопљен у кривичноправни систем, а низ његових одредби није практично примењив и, нажалост, тај је закон више плод настојања да се умири јавност, згрожена једним трагичним догађајем, али и другим кривичним делима те врсте, која су доживела (пре)велику медијску пажњу, најчешће на крајње сензационалистички начин, понекад понижавајући и за саме жртве.

Практично и сам тзв. Маријин закон, без обзира на „добре намере“, које би се могле сматрати основним елементом његовог *ratio legis*-а, у основи је вид реаговања законодавца у оквиру деловања једног ширег друштвеног феномена који је у криминологији познат као „морална паника“, што је превод термина који је изворно формулисан на енглеском језику и није сасвим адекватан са становишта значења како именице „морал“ те атрибута „морална“, тако и речи „паника“ у српском језику, али је већ постао прилично устаљен и код нас. Више о тзв. моралној паници: F. E. Hagan, *Introduction to Criminology – Theories, Methods and Criminal Behavior*, 6th Edition, Sage Publications, Thousand Oaks, California 2008, 450.

³⁸ Више о кривичним делима против полне слободе: Зоран Стојановић, Наташа Делић, *Кривично право – посебни део*, Правни факултет Универзитета у Београду и Правна књига, XIV издање, Београд 2013, 71–93.

У кривична дела у погледу којих кривично гоњење ни извршење казне не застаревају када су учињена према малолетним лицима, спадају (чл. 3 ЗПМ): 1) силовање (чл. 178, ст. 3 и 4 КЗ); 2) обљуба над немоћним лицем (чл. 179, ст. 2 и 3 КЗ); 3) обљуба са дететом (чл. 180 КЗ); 4) обљуба злоупотребом положаја (чл. 181 КЗ); 5) недозвољене полне радње (чл. 182 КЗ); 6) подвођење и омогућавање вршења полног односа (чл. 183 КЗ); 7) посредовање у вршењу проституције (чл. 184, ст. 2 КЗ); 8) приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (чл. 185 КЗ); 9) навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама (чл. 185а КЗ); те 10) искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу (чл. 185б КЗ).

Није сасвим јасан *ratio legis* сврставања свих кривичних дела против полне слободе учињених према малолетним лицима у категорију кривичних дела која не застаревају,³⁹ иако свакако није спорно да малолетна лица начелно заслужују највиши ниво кривичноправне заштите, а нарочито када се ради о кривичним делима против полне слободе за која је, између осталог, карактеристично и да изазивају изузетно висок ниво секундарне виктимизације. Међутим, то у пракси некада може бити скопчано и са великим озбиљним проблемима, нарочито у сфери доказивања, што би, у ствари, могло да буде веома трауматично често и за оштећене тим кривичним делима.⁴⁰

³⁹ Наиме, без обзира на то што кривична дела против полне слободе и иначе, а нарочито када су учињена према деци и уопште малолетним лицима, имају један изразито одуран и „згражавајући“ карактер, те су гнусна по својој природи, ипак не може бити спорно да малолетна лица могу бити и жртве неких тежих кривичних дела, у погледу којих иначе, по општим правилима, кривично гоњење може да застари, као што је то, на пример, случај са убиством.

Умишљајно лишавање живота детета је тешко убиство (чл. 114, тач. 7 КЗ), за које је прописана казна од најмање десет година или затвор од тридесет до четрдесет година, а кривично гоњење за такво кривично дело може да застари, док, на пример, кривично гоњење за кривично дело недозвољене полне радње (некадашње блудне радње) никада не застарева ако је учињено према малолетном лицу.

⁴⁰ Извесно је да ће потенцијални доказни проблеми те врсте бити и значајно већи кад наш законодавац усклади у области кривичних дела против полне слободе кривично законодавство Србије са чланом 36 Истанбулске конвенције, којим се захтева инкриминисање не само принудне обљубе, већ и свих других облика обљубе и са њом изједначеног чина, без пристанка пасивног субјекта. Више о томе: Зоран Стојановић, „Усаглашавање Кривичног законика Србије са Истанбулском конвенцијом“, зборник Удружења јавних тужилаца Србије *Доминантни правци развоја кривичног законодавства и друга актуелна питања у правном систему Србије*, Копаоник 2016, 9–29, и Зоран Стојановић, „Силовање без принуде: усаглашавање КЗ Србије са чланом 36 Истанбулске конвенције“, *НБП – наука, безбедност полиција – журнал за криминалистику и право* 1/2016, Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2016, 1–23.

Наиме, како таква кривична дела никада не застаревају, а гоне се по службеној дужности, могуће је замислити и ситуацију да након више деценија неко (можда и сасвим малициозно, било према осумњиченом, било у односу на оштећеног) поднесе кривичну пријаву против неког лица, које тада може бити чак и у позном животном добу, те га „оптужи“ да је учинио неко такво кривично дело према малолетном лицу, које ће тада такође бити увелико пунолетно, а можда имати и поприлично година. Лако је замислити колико би било тешко, практично у већини случајева немогуће прикупити релевантне доказе и уопште разјаснити такав случај, а то би често било скопчано са великим непријатностима, не само за таквог осумњиченог, већ и за оштећеног.

Обрнуто, ако би неки оштећени после протека дужег времена и након што је већ увелико постао пунолетан, поднео кривичну пријаву за кривично дело те врсте учињено према њему док је био малолетан (независно од мотива за подношење такве пријаве, те чак и без обзира на то да ли је пријава истинита или лажна), такво кривично дело би често због протека времена било скоро немогуће доказати, односно доказивање би се у пракси најчешће сводило на „реч против речи“, што је увек својеврсна „ноћна мора“ за службене актере кривичног поступка, пре свега јавног тужиоца и суд, али и полицију у предистражном поступку.

7. ОПШТИ ЕФЕКАТ ЗАСТАРЕЛОСТИ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ И ЊЕНО ДЕЈСТВО У КРИВИЧНОПРОЦЕСНОМ СМИСЛУ

Застарелост кривичног гоњења представља *трајну и неотклоњиву процесну сметњу*. То значи да када је у односу на конкретно кривично дело наступила застарелост кривичног гоњења, кривични поступак не може да започне у односу на конкретно лице које би се теретило за то кривично дело, или већ започети кривични поступак мора да се на одговарајући начин оконча онда када се констатује да је наступила застарелост кривичног гоњења у погледу кривичног дела које је предмет конкретног кривичног поступка.

Одлуке било кривичног суда (решење о обустави кривичног поступка или пресуда којом се оптужба одбија), било јавног тужиоца (решење о одбацивању кривичне пријаве или наредба о обустави истраге), донесене онда када је констатовано да је наступила застарелост кривичног гоњења, не заснивају се на оцени органа поступка, тј. јавног тужиоца или кривичног суда, да је кривично дело учињено или да није учињено, да има или да нема доказа у прилог постојања

или непостојања противправног дела које је законом прописано као кривично и кривице лица које је за то дело окривљено/оптужено, већ произлазе из немогућности да се о тим питањима уопште и расправља јер је наступило деловање трајне процесне сметње.

У правном систему, с обзиром на деловање других не само кривичнопроцесних, већ и уставних механизма, као што је претпоставка невиности (чл. 34, ст. 3 Устава Србије и чл. 3, ст. 1 Законика о кривичном поступку), из које произлази апсолутна немогућност да се учиниоцем сматра лице у погледу којег чињеница да је учинио кривично дело није утврђена правноснажном одлуком суда, одлука којом је утврђено да је кривично гоњење застарело, а када је реч о суду, то може бити било решење о обустави кривичног поступка, било одбијајућа пресуда, значи да се такво лице у смислу кривичног права не може сматрати учиниоцем кривичног дела. У једном уобичајеном животном смислу то не значи да кривично дело заиста није учињено, али се оно формално не може у кривичноправном смислу приписати конкретном лицу, које је у формалноправном смислу „остало“ невинно, тј. самим тим што није дошло до правноснажне одлуке суда (попут пресуде којом се оптужени оглашава кривим) то лице, односно некадашњи окривљени или оптужени, не може се сматрати учиниоцем конкретног кривичног дела.

О постојању застарелости кривичног гоњења, као и о било којој другој процесној сметњи за вођење кривичног поступка, суд води рачуна по службеној дужности и независно од предлога/приговора било које странке, односно другог субјекта кривичног поступка, увек када кривични суд констатује да је наступила застарелост кривичног гоњења, он *ex officio* мора да донесе одговарајућу одлуку (врста одлуке зависи од фазе кривичног поступка), којом се из тог разлога кривични поступак окончава.

С обзиром на то да суд није мериторно решио предмет кривичног поступка јер то због наступања трајне процесне сметње није ни могао, у неким ситуацијама чињеница да се лице у кривичноправном смислу не може сматрати учиниоцем кривичног дела не искључује могућност да се њему припишу ефекти учињеног противправног дела које је у закону прописано као кривично дело, тј. да се он сматра, на пример, виновником штете која је настала услед таквог дела, али се то, ако постоји одређени правни основ, не може решавати на нивоу кривичног права и кривичног поступка већ у неком другом поступку, попут, на пример, парничног поступка. Наравно, то је тада начелно знатно теже него када је претходно правноснажном судском одлуком утврђено да је конкретно лице учинило кривично дело, када сама таква одлука кривичног суда (попут правноснажне осуђујуће пресуде, што је најчешће) има одговарајући формални значај и пот-

пуно онемогућава доказивање супротног, што значи да не може, на пример, парнични суд да доказује да конкретно лице није учинило кривично дело, ако је то претходно већ утврђено правноснажном одлуком кривичног суда.

Међутим, и поред тога, парнични суд, односно било који други облик мериторног одлучивања у релевантном поступку, попут, на пример арбитражног суда, може и онда када нема правноснажне одлуке кривичног суда да је одређено лице учинило кривично дело, а нарочито онда када таква одлука није могла бити донесена због наступања застарелости кривичног гоњења као трајне процесне сметње, утврђивати да постоји, не кривичноправни, већ неки други облик одговорности конкретног лица за последице које су наступиле учињеним делом које, иначе, има противправни карактер и садржи обележја кривичног дела прописана законом.

7.1. Однос застарелости и теоријске поделе на мериторне и формалне пресуде, односно одлуке органа поступка

У теоријском смислу се, прилично уобичајено, пресуде деле на две основне врсте:⁴¹

1) *мериторне* пресуде, које се одликују тиме да се њима решава суштинско питање (не)постојања, тј. постојања или непостојања, односно доказаности или недоказаности кривичног дела и одговорности (кривице) за дело које је противправно и законом прописано као кривично дело, као и питање избора кривичне санкције, односно одлуке о ослобађању од казне (када су за то испуњени законски услови), ако је суд нашао да је окривљени учинио кривично дело, те

2) *формална* пресуда, када се суд уопште не упушта у решавање проблематике (не)постојања кривичног дела и одговорности (кривице) за противправно дело које је законом прописано као кривично дело јер је установио постојање одређених трајних процесних (формалних) сметњи за суштинско одлучивање о предмету кривичног поступка.

Према тој подели мериторне пресуде су ослобађајућа и осуђујућа пресуда, док је одбијајућа пресуда формална јер је заснована на формалноправном констатовању да постојање одређене трајне процесне сметње неотклоњиво онемогућава мериторно решавање предмета кривичног поступка. Типична таква трајна процесна сметња је наступела застарелост кривичног гоњења.

⁴¹ Више о томе: Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, осмо измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд 2015, 403.

У пракси суд и онда када одговарајућу одлуку, попут пресуде којом се оптужба одбија, доноси због застарелости кривичног гоњења, може бити интимно уверен у кривицу оптуженог у погледу којег је кривично гоњење застарело, али он то не сме показати, те је и стога, између осталог, у Законику о кривичном поступку прописано да се приликом образлагања такве пресуде суд мора ограничити само на објашњење разлога за њено доношење, тј. констатовање да постоји трајна процесна сметња, а без залажења у проблематику постојања или непостојања кривичног дела у конкретном случају.

Уколико је застарелост кривично гоњења наступила пре започињања главног претреса, предмет кривичног поступка се решава доношењем решења о обустави кривичног поступка, а ако је до застарелости дошло онда када је већ започет главни претрес, то је разлог за доношење пресуде којом се оптужба одбија, тј. одбијајуће пресуде. Ефекат је исти, са становишта правног система, на такве одлуке суда се односи начело *ne bis in idem* када постану правноснажне, тј. окривљени се не може поново гонити за исто кривично дело, а он се и иначе не може гонити због наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења.

Иако се решења о обустави теоријски не деле на мериторна и формална, као што је то претходно објашњено у погледу пресуда, и она се могу заснивати на мериторним разлозима, попут констатовања да дело које је у питању уопште није кривично дело, или на формалним разлозима, као што је то случај са застарелошћу кривичног гоњења, када се само констатује да је она наступила, те да то представља трајну процесну сметњу за кривично гоњење.

Ако би се јавном тужиоцу у погледу кривичног дела за које се гони по службеној дужности поднела кривична пријава, а он констатује да је наступила застарелост кривичног гоњења, то би био разлог за доношење решења о одбацивању такве кривичне пријаве, тј. тада јавни тужилац не би ни започињано кривично гоњење.

Иако решење о одбацивању кривичне пријаве, за разлику од правноснажног решења о обустави кривичног поступка, односно правноснажне пресуде (у овом случају, тј. када се ради о застарелости кривичног гоњења – одбијајуће пресуде), нема дејство у смислу начела *ne bis in idem*, ни тада, наравно, не би могло доћи у обзир поновно кривично гоњење за такво кривично дело, уколико је наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења.⁴²

⁴² Више о томе: Милан Шкулић, „Начело опортунитета кривичног гоњења и (не)деловање начела *ne bis in idem*“, *Правни информатор – стручно-информативни часопис* 10, „Intermex“, Београд октобар 2015, 19–20.

8. ПОГРЕШНО СВРСТАВАЊЕ ЗАСТАРЕЛОСТИ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА МЕЂУ АПСОЛУТНО БИТНЕ ПОВРЕДЕ ОДРЕДАБА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Жалбени основи су Закоником о кривичном поступку формулисани општи разлози из којих се жалбом може побијати, односно процесноправно нападати пресуда, те на којима се у садржинском смислу жалба може начелно заснивати.⁴³

Постоје две основне врсте жалбених основа: 1) жалбени основи *правног карактера*, који представљају одговарајуће правне аномалије пресуде, и 2) жалбени основи *фактичког карактера*, који се свode на одређене чињеничне грешке садржане у пресуди. У оба та случаја израз „аномалије“ или „грешке“ треба схватити условно јер је реч о грешкама са становишта подносиоца жалбе, као и према законској терминологији, а тек ће другостепени суд, у жалбеном поступку, својом одлуком констатовати да ли су оправдане тврдње изнесене у жалби, односно да ли у конкретном случају заиста постоје одређене правне или чињеничне аномалије побијане пресуде.⁴⁴

Постоје две основне врсте жалбених основа који су *правног карактера*: 1) повреде *кривичнопроцесног* карактера – битне повреде одредаба кривичног поступка; 2) повреде *кривичноправног материјалног* карактера, у које спадају: а) повреде *кривичног закона* и б) повреде које се односе на *одлуке* донесене у кривичном поступку, односно произишле из њега. Жалбени основ *фактичког карактера* јесте погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање. То значи да се жалба може изјавити због неког од следећих опционо прописаних законских разлога: 1) битне повреде одредаба кривичног поступка; 2) повреде кривичног закона; 3) погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања; те 4) одлуке о кривичним санкцијама и о другим одлукама.

Нису све повреде одредаба кривичног поступка релевантне. Само су најозбиљније кривичнопроцесне повреде, тј. повреде са одређеним степеном релевантности, разлог за жалбу и оне се у Законнику означавају као *битне повреде одредаба кривичног поступка*.

Према критеријуму *дејства одређене битне повреде*, оне се деле на *две врсте*: а) *апсолутно битне* повреде одредаба кривичног поступка и б) *релативно битне* повреде одредаба кривичног поступка.

⁴³ Више о томе: М. Шкулић, *Кривично процесно право* (2015), 418–419.

⁴⁴ Сам законодавац говори о *повредама* кривичног закона, односно *повредама* одредаба кривичног поступка итд., што значи да се и у *законско-термиолошком смислу* може говорити о одговарајућим „аномалијама“ пресуде која се побија жалбом.

Апсолутно битне повреде одредаба кривичног поступка су оне повреде процесних одредаба код којих се не захтева да између повреде одређене законске одредбе и одговарајуће штетне последице у пресуди, попут њене незаконитости или неправилности, мора бити манифестована нека посебна каузална веза, већ је довољно да се утврди таква повреда па да се то аутоматски одрази на процесну судбину побијане „пресуде“, која је проистекла из тако учињене повреде. Када се утврди таква повреда одредаба Законика, аутоматски се сматра да пресуда која је проистекла из ње никако не може бити ваљана, те не може процесно опстати у таквом облику. То, у ствари, значи да се овде каузална веза између такве повреде и незаконитости, односно неправилности пресуде – *апсолутно претпоставља*, па се самим тим не мора ни посебно утврђивати, односно објашњавати. Није могуће тврдити да је пресуда заснована на таквој повреди, упркос учињеној повреди процесних законских одредаба, ипак законита и правилна, већ учињена повреда такве врсте, по аутоматизму, у сваком случају доводи до правне неваљаности пресуде донесене у кривичном поступку у оквиру којег је учињена конкретна апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка.

Апсолутне битне повреде одредаба кривичног поступка стриктно и *таксативно* се набрајају у самом Законнику, и то на *лимитативан начин*, што значи да се у категорију таквих повреда никада не може подвести било која друга повреда процесних одредаба, осим оних које су у самом Законнику означене као такве.

Релативно битне повреде одредаба кривичног поступка су оне повреде код којих између повреде одређене законске одредбе и одговарајуће штетне последице у пресуди мора да постоји *узрочно-последична веза*, тако да се у сваком случају мора утврдити да је конкретна повреда неке одредбе Законика о кривичном поступку била узрок одређене процесне консеквенце: 1) у виду незаконитости или неправилности у пресуди, тј. уопште у пресуђењу, или 2) у односу на могућност да се уопште испита законитост и правилност пресуде, односно 3) у погледу тога да ли је или није очигледно да би и без конкретног правно неваљаног доказа била донесена иста пресуда. У том случају, такве процесне грешке, попут незаконитости или неправилности у пресуди, *последица* су повреде одређене одредбе Законика, која је њихов *узрок*. То истовремено значи и да није свака повреда било које одредбе Законика релевантна, већ само она која је била од релевантног процесног утицаја, а то питање оцењује другостепени суд у сваком конкретном случају руководећи се начелом слободне оцене доказа и на темељу свог слободног уверења. Таква је повреда релевантна само ако суд утврди одговарајућу актуелну или потенцијалну *каузалну везу* између ње као узрока и одређене релевантне последице проистекле из учињене повреде. То такође значи

и да се релативно битне повреде одредаба кривичног поступка не набрајају у потпуности на таксативан и лимитативан начин, попут апсолутно битних повреда одредаба кривичног поступка, већ се Законик дају само одговарајући *опити параметри* када се одређене повреде одредаба кривичног поступка могу сматрати битним.

Као *прва апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка* дефинисана је повреда која се односи на *кривично гоњење* – ако је наступила застарелост кривичног гоњења или је гоњење искључено услед амнестије или помиловања или је ствар већ правноснажно пресуђена, или постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење (чл. 438, ст. 1, тач. 1 ЗКП). То је сасвим погрешно, како у правнотехничком, тако и у суштинском смислу.⁴⁵ Наиме, док је такав разлог био повреда кривичног закона (као што је код нас било деценијама у свим раније важећим законима/законима о кривичном поступку), он је био формулисан као *повреда кривичног закона* у погледу *питања* – *да ли има околности које искључују кривично гоњење, а нарочито да ли је наступила застарелост кривичног гоњења или је гоњење искључено услед амнестије или помиловања, или је ствар већ правноснажно пресуђена* (чл. 369 ЗКП/2001). Таква формулација је била логична јер је из ње произлазило да суд може погрешити у *оба смера* – било да донесе пресуду сматрајући погрешно да постоји нека околност која трајно искључује кривично гоњење, а она, у ствари, не постоји, било да не донесе одбијајућу пресуду, погрешно оцењујући да нема околности која трајно спречава кривично гоњење, а она, у ствари, постоји.

Иако се ту ради о *трајним процесним сметњама*, што „звучи“ као да представља искључиво кривичнопроцесни институт, боље је када се таква повреда сврстава у повреду кривичног закона него у повреду одредаба кривичног поступка, а коначно, застарелост се и регулише кривичним законом. Међутим, овде није проблем само у сврставању такве повреде међу повреде процесног или материјалног кривичног права, већ у погрешној формулацији, због које практично није могуће донети одбијајућу пресуду (дакле, ни онда када свакако постоји конкретан законски разлог за то), због постојања трајних процесних сметњи, а да се тиме „аутоматски“ не учини апсолутно битна повреда кривичног поступка, што је и више него апсурдно.⁴⁶

⁴⁵ Више о томе: Милан Шкулић, Горан Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије – Репформа у стилу „један корак напред – два корака назад“*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Правни факултет Универзитета у Београду и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд 2012, 102–103.

⁴⁶ Више о томе: Милан Шкулић, Горан Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије – Како је пропала реформа – шта да се ради?*, Удружење јавних

У пракси то, тј. таква грешка законодавца, ипак, вероватно неће доводити до озбиљн(и)х проблема јер се може претпоставити да пресуду донету због околности које трајно искључују кривично гоњење (иако се ту формално увек ради о апсолутно битној повреди одредаба кривичног поступка) нико у пракси неће ни побијати жалбом, па ће она, по правилу, пасивно постајати правноснажна.⁴⁷ Наиме, оптужени и бранилац ни иначе немају правни интерес да улажу жалбу против такве пресуде, а претпоставка је да то неће чинити ни савесни јавни тужиоци, али се овде ипак ради о тешко објашњивом не само правнотехничком, већ и суштинском пропусту законодавца.

9. ОСНОВНО КРИВИЧНОПРОЦЕСНО ДЕЈСТВО ЗАСТАРЕЛОСТИ КАО РАЗЛОГА КОЈИ ОНЕМОГУЋАВА МЕРИТОРНО РЕШАВАЊЕ ПРЕДМЕТА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Застарелост кривичног гоњења представља *трајну процесну сметњу*. Та сметња је *апсолутног карактера*, те је по својој процесној природи *неотклоњива*. Она када једном наступи, више не може да буде искључена на било који начин. Кривично дело у погледу којег је наступила застарелост кривичног гоњења више се не може решавати као предмет кривичног поступка.

Наступела застарелост кривичног гоњења, самим тим што представља трајну процесну сметњу да конкретно кривично дело буде предмет кривичног поступка, апсолутно *онемогућава кривични суд да мериторно реши тај предмет*.

Кривични суд се, онда када је застарелост кривичног гоњења наступила, што се своди на протек одређеног времена од дана извршења кривичног дела, мора стриктно *ограничити* само на констатовање да је дошло до застарелости кривичног гоњења, те се то

тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије и Немачка фондација за међународну правну сарадњу (IRZ), Београд 2012, 97–98.

⁴⁷ Овде се примарно мисли на *формалну правноснажност пресуде*, према уобичајеном схватању у нашој кривичнопроцесној теорији, а у немачкој кривичнопроцесној теорији се формална и материјална правноснажност нешто другачије објашњавају, па се тако наводи: „Појмовима формална и материјална правноснажност се описују различита дејства пресуде. Формална правноснажност означава немогућност побијања (‘ненападивост’), једне одлуке у оквиру истог процеса (*завршно дејство*), што је повезано и са извршношћу пресуде када се за то стекну услови (*извршно дејство*). Материјална правноснажност подразумева да се ствар која је правноснажно већ пресуђена, не може још једном у неком другом поступку решавати, јер је право на жалбу већ искоришћено (*ограничавајуће дејство*).“ Више о томе: Claus Roxin, Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2012²⁷, 436.

манифестује доношењем одговарајуће одлуке суда – решења о обустави кривичног поступка ако главни претрес још није започео, односно пресуде којом се оптужба одбија, уколико је главни претрес већ започео. Осим тога, у поступку оптужења (*судска контрола оптужнице*), због застарелости кривичног гоњења може се донети и *решење о одбијању оптужбе*, што ће ванпретресно веће учинити када испитује оптужницу јавног тужиоца поднесену без спровођења истраге или приватну тужбу (чл. 339, ст. 1 ЗКП).

Кривични суд, онда када је наступила застарелост кривичног гоњења, практично дефинитивно губи могућност да расправља о било којем мериторном питању, односно питању постојања или непостојања доказа у прилог констатацији да је учињено дело које је противправно и законом прописано као кривично дело, те постојања или непостојања кривице за такво дело лица, тј. окривљеног/оптуженог, које се на нивоу одређеног степена сумње за њега теретило.

Иако кривични суд дефинитивно губи прилику да мериторно реши предмет кривичног поступка онда када је наступила застарелост кривичног гоњења, то ипак начелно не значи да се одговарајући други ефекти кривичног дела у погледу којег је застарелост кривичног гоњења наступила, попут, на пример, настале штете услед противправне радње не могу решавати у другој врсти поступка (попут, на пример, парничног поступка), али је, наравно, тада знатно теже доказати одговорност конкретног лица него да је он претходно правноснажно осуђен, тј. оглашен кривим за кривично дело, услед чијег је извршења наступила одређена правно релевантна последица, попут настале штете.

Треба имати у виду да наступела застарелост кривичног гоњења обавезује не само кривични суд на претходно објашњен начин, већ и остале службене актере кривичног поступка, што се, пре свега, односи на јавног тужиоца. То значи да јавни тужилац, с једне стране, не би смео да подноси оптужни акт за кривично дело у погледу којег је наступила (било апсолутна, било релативна) застарелост кривичног гоњења, док би, с друге стране, он морао свакако да одустане од кривичног гоњења оног тренутка када стекне сазнање да је наступила застарелост кривичног гоњења.

У пракси се може приметити да неки јавни тужиоци нерадо одустају од започетог кривичног гоњења, чак и онда када је евидентно наступила застарелост, што је погрешно не само из формалних, већ и из суштинских разлога. Наиме, на тај начин такви јавни тужиоци неоправдано „продужују статус окривљеног“ и лицу у односу на које је кривично гоњење већ застарело, што би се могло сматрати обликом кршења права на правичан поступак, док се тако такође, непотребно праве и додатни трошкови, јер се кривични поступак,

чији се „исход свакако зна“, потпуно непотребно продужава. Разлог за такво поступање неких јавних тужилаца у основи је углавном сасвим тривијалне природе, а своди се на настојање да се коначан, тј. правноснажан исход таквог кривичног поступка (а то ће, зависно од процесног стадијума у којем је наступила застарелост кривичног гоњења, бити решење о обустави кривичног поступка или пресуда којом се оптужба одбија) не буде *одустанак од кривичног гоњења/ одустанак од оптужбе* јавног тужиоца, а што би неко малициозан можда могао чак и да „замери јавном тужицу“, већ једноставно констатовање самог суда да је наступила застарелост кривичног гоњења. Наравно, таква пракса је апсолутно неприхватљива.

10. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Застарелост кривичног гоњења је значајан институт кривичног права, како материјалног, тако и процесног, који има своју јасну физиономију и неспоран *ratio legis*.

Постоје одређени криминално-политички разлози да се у погледу неких кривичних дела пропише незастаревање кривичног гоњења, али ту треба наћи „праву меру“ и избегавати претерано ширење круга таквих кривичних дела јер то некада може бити и контрапродуктивно.

Застарелост кривичног гоњења се некада у масовним медијима, а нарочито када се ради о „интересантним“ случајевима, на пример, о политичарима, актуелним или бившим државним функционерима,⁴⁸ јавним личностима и сл., приказује као резултат *злоупотребе* или се чак наговештавају неки потенцијално „коруптивни мотиви“ службених актера поступка, чије је чињење, односно нечињење довело до застарелости. Иако се, наравно, не може априорно искључити ни тако нешто, то свакако није прави разлог да се сам институт застарелости кривичног гоњења као такав доводи у питање.

⁴⁸ Тако се, на пример, неки такви случајеви користе и као својеврсни „занимљив увод“ у класичну „школску“ кривичноправну лекцију о застарелости кривичног гоњења, попут једног примера из Немачке, када један професор своје излагање у оквиру припрема студената за први државни испит започиње следећим речима: „Појам кривичноправне застарелости код већине студената буди сећање на новинске наслове који се односе на неке италијанске кривичне поступке, а посебно на кривично гоњење некадашњег италијанског премијера Берлусконија. Тек недавно је овај поступак окончан, тако што је суд закључио да је кривично гоњење искључено услед застарелости. Ово само по себи није ништа посебно, јер су одлуке те врсте у Италији честе – само је прошле године 140.000 поступака завршено на такав начин.“ – Helmut Satzger, *Die Verjährung im Strafrecht*, DOI: 10.1515/jura-2012-0094, München 2012, 1, <http://www.juraexamen.info/wp-content/uploads/jura-2012-0094.pdf>, 25. март 2016. у 13.48.

Онда када стопа застаревања кривичног гоњења не прелази неку разумну меру, то наравно, не представља ни неку посебну „аномалију“ у кривичноправном систему, односно пре свега у кривичноправној компоненти правосудног система, али увек је повишен број „застарелих предмета“ извештан разлог за посебну пажњу, па некада и официјелну (пр)оцену да ли се конкретни случај може довести у везу са несавесним радом конкретних носилаца правосудних функција. Ту се у пракси некада и греша, па донекле и површно резонује, јер се лаичка јавност, али некада и одговорни чиниоци у правосудном систему (попут председника судова, дисциплинског тужиоца, дисциплинске комисије Високог савета судства, па и самог тог Савета), сувише фокусирају на „последње инстанце“, односно „процесне карике“ у конкретним кривичним поступцима, тј. оне конкретне судије „чији су кривични предмети застарели“, а не уочавају цео „процесни ланац“, односно улоге службених актера кривичног поступка у различитим фазама процедуре, а не само у оној „финалној“, у којој је наступила застарелост.

Осим тога, понекад се у пракси, а нарочито када долази у обзир разматрање дисциплинске одговорности носилаца правосудних функција због наступеле застарелости кривичног гоњења у конкретним кривичним предметима, не поклања довољно пажње ни анализи читавог низа објективних услова и релевантних претпоставки који су саставни део каузалног ланца, који је довео до конкретног случаја застаревања кривичног гоњења или је томе битно допринео.

Другим речима, ако се разматра проблематика дисциплинске одговорности због застарелости кривичног гоњења у неком конкретном случају, треба пажљиво анализирати све услове и разлоге уопште који су довели до дужег трајања кривичног поступка, а нарочито је неопходно водити рачуна о томе колико је кривични поступак трајао у првом степену, односно у његовим претходним фазама, а не само механички бити фокусиран на конкретну фазу кривичног поступка и конкретног судију, тј. конкретан суд у одређеном облику функционалне надлежности, коме је практично „запало“ да му „предмет застари“, а који је у пракси, често и због недовољно ефикасног рада у претходним стадијумима поступка, објективно доведен у стање „временске изнудице“.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Ambos, K., *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2006.

- Бабић, М., Марковић, И., *Кривично право – опити дио*, Правни факултет у Бањој Луци, Бања Лука 2013⁴. (Babić, M., Marković, I., *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet u Banjoj Luci, Banja Luka 2013⁴)
- Бабић, М., *Међународно кривично право*, Правни факултет у Бањој Луци, Бања Лука 2011. (Babić, M., *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet u Banjoj Luci, Banja Luka 2011)
- Burke, R. H., *An Introduction to Criminological Theory*, Willan Publishing, Portland – Oregon 2005².
- Cassese, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford – New York 2003.
- Цетинић, М. „Институт застарелости у југословенском кривичном праву“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право (ЈРКК)* 1–2/1983. (Cetinić, M., „Institut zastarelosti u jugoslovenskom krivičnom pravu“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo [JRKK]* 1–2/1983)
- Цетинић, М. „Институт застарелости у Кривичном законнику Србије“, *Бранич – часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије* 2/2006. (Cetinić, M., „Institut zastarelosti u Krivičnom zakoniku Srbije“, *Branich – časopis za pravnu teoriju i praksu Advokatske komore Srbije* 2/2006)
- Цетинић, М. „Нека питања рачунања почетка застаревања кривичног гоњења“, *Архив за правне и друштвене науке* 1–2/2006. (Cetinić, M., „Neka pitanja računanja početka zastarevanja krivičnog gonjenja“, *Arhiv za pravne i društvene nauke* 1–2/2006)
- Цетинић, М., *Застарелост у кривичном праву СФРЈ*, необјављена магистарска теза, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1980. (Cetinić, M., *Zastarelost u krivičnom pravu SFRJ*, neobjavljena magistarska teza, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 1980)
- Делибашић, В., *Сузбијање злоупотреба опојних дрога са становишта кривичног права*, Службени гласник, Београд 2014. (Delibašić, V., *Suzbijanje zloupotreba opojnih droga sa stanovišta krivičnog prava*, Službeni glasnik, Beograd 2014)
- Gropengießer, H., Kreicker, H., „National Bericht – Deutschland“, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Band 1* (Hrsg. A. Eser, H. Kreicker), Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg 2003.
- Hagan, F. E., *Introduction to Criminology – Theories, Methods and Criminal Behavior*, Sage Publications, Thousand Oaks, California 2008⁶.

- Hall, D., *Criminal Law and Procedure*, Lawyers Cooperative Publishing & Delmar Publishers, New York 1992.
- Jescheck, H. H., Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin 1996⁵.
- Kindhäuser, U., *Strafrecht – Besonderer Teil I – Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, Nomos, Baden-Baden 2009⁴.
- Панов, С., *Породично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015⁶. (Panov, S., *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015⁶)
- Перић, О., *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Службени гласник, Београд 2005. (Perić, O., *Komentar Zakona o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica*, Službeni glasnik, Beograd 2005)
- Roxin, C., Schünemann, B., *Strafverfahrensrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2012²⁷.
- Roxin, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I – Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Verlag C. H. Beck, München 2006⁴.
- Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, Verlag C. H. Beck, München 1998²⁵.
- Satzger, H., *Die Verjährung im Strafrecht*, München 2012, <http://www.juraexamen.info/wp-content/uploads/jura-2012-0094.pdf>, 25. март 2016.
- Satzger, H., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden 2005.
- Scheb, J. M., Scheb, J. M. I., *Criminal Law and Procedure*, Wadsworth & Thomson Learning, Belmont 2002⁴.
- Schönke, A., Schröder, H., *Strafgesetzbuch – Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München 2001²⁶.
- Срзентић, Н. *et al.*, *Коментар Кривичног закона СФРЈ*, Савремена администрација, Београд 1986. (Sržentić, N. *et al.*, *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Savremena administracija, Beograd 1986)
- Stangroom, J., Garvey, J., *Die berühmtesten Philosophen*, Premio, London – Münster 2006.
- Стојановић, З., „Силовање без принуде: усаглашавање КЗ Србије са чланом 36 Истанбулске конвенције“, *НБП – наука, безбедност, полиција – журнал за криминалистику и право* 1/2016. (Stojanović, Z., „Silovanje bez prinude: usaglašavanje KZ Srbije sa članom 36 Istanbulske konvencije“, *NBP – nauka, bezbednost, policija – žurnal za kriminalistiku i pravo* 1/2016)

- Стојановић, З., „Усаглашавање Кривичног законика Србије са Истанбулском конвенцијом“, *Зборник Удружења јавних тужилаца Србије – Доминантни правци развоја кривичног законодавства и друга актуелна питања у правном систему Србије*, Копаоник 2016. (Stojanović, Z., „Usaglašavanje Krivičnog zakonika Srbije sa Istanbulskom konvencijom“, *Zbornik Udruženja javnih tužilaca Srbije – Dominantni pravci razvoja krivičnog zakonodavstva i druga aktuelna pitanja u pravnom sistemu Srbije*, Кораоник 2016)
- Стојановић, З., Делић, Н., *Кривично право – посебни део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Правна књига, Београд 2013¹⁴. (Stojanović, Z., Delić, N., *Krivično pravo – posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Pravna knjiga, Beograd 2013¹⁴)
- Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд 2012. (Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd 2012)
- Стојановић, З., *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд 2015²². (Stojanović, Z., *Krivično pravo – opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd 2015²²)
- Стојановић, З., *Кривично право*, ЦИД, Подгорица 2008. (Stojanović, Z., *Krivično pravo*, CID, Podgorica 2008)
- Стојановић, З., *Међународно кривично право*, Правна књига, Београд 2015⁸. (Stojanović, Z., *Međunarodno krivično pravo*, Pravna knjiga, Beograd 2015⁸)
- Škulić, M., „National Bericht – Serbien und Montenegro“, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Teilband III* (Hrsg. A. Eser, H. Kreicker), Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg 2004.
- Шкулић, М., Илић, Г., *Нови Законик о кривичном поступку Србије – Реформа у стилу „један корак напред – два корака назад“*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Правни факултет Универзитета у Београду и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд 2012. (Škulić, M., Ilić, G., *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – Reforma u stilu „jedan korak napred – dva koraka nazad“*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnu teoriju i praksu, Beograd 2012)
- Шкулић, М., „Начело опортунитета кривичног гоњења и (не)деловање начела *ne bis in idem*“, *Правни информатор – стручно-информативни часопис* 10/2015. (Škulić, M., „Načelo oportuniteta

- krivičnog gonjenja i (ne)delovanje načela *ne bis in idem*“, *Pravni informator – stručno-informativni časopis* 10/2015)
- Шкулић, М., „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду* 1/2010. (Škulić, М., „Načelo zakonitosti u krivičnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu* 1/2010)
- Шкулић, М., „Неурачунљивост и интоксикација у кривичном праву САД – сличности и разлике са неурачунљивошћу и скривљеном неурачунљивошћу у српском кривичном праву“, *НБП – наука, безбедност полиција – журнал за криминалистику и право* 2/2015. Шкулић, М., „Однос организованог криминалитета у кривичноправном смислу и саучесништва“, *НБП – наука, безбедност, полиција – журнал за криминалистику и право* 3/2014. (Škulić, М., „Odnos organizovanog kriminaliteta u krivičnom smislu i saučesništva“, *NBP – nauka, bezbednost, policija – žurnal za kriminalistiku i pravo* 3/2014)
- Шкулић, М., „Општи појам кривичног дела у Сједињеним Америчким Државама – сличности и разлике у односу на српско кривично право“, *Тематска монографија: Казнена реакција у Србији, V део*, Београд 2015. (Škulić, М., „Opšti pojam krivičnog dela u Sjedinjenim Američkim Državama – sličnosti i razlike u odnosu na srpsko krivično pravo“, *Tematska monografija: Kaznena reakcija u Srbiji, V deo*, Beograd 2015)
- Шкулић, М., Бугарски, Т., *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2015. (Škulić, М., Бугарски, Т., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2015)
- Шкулић, М., *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд 2015⁸. (Škulić, М., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd 2015⁸)
- Шкулић, М., *Кривично процесно право*, ЦИД, Подгорица 2012. (Škulić, М., *Krivično procesno pravo*, CID, Podgorica 2012)
- Шкулић, М., *Малолетничко кривично право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011. (Škulić, М., *Maloletničko krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011)
- Шкулић, М., *Међународни кривични суд – надлежност и поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду и Досије, Београд 2005. (Škulić, М., *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Dosije, Beograd 2005)

- Шкулић, М., *Застарелост кривичног гоњења – законско решење и нека спорна питања*, Билтен Првог основног суда у Београду 1/2016, Београд 2016. (Škulić, M., *Zastarelost krivičnog gonjenja – zakonsko rešenje i neka sporna pitanja*, Bilten Prvog osnovnog suda u Beogradu 1/2016, Beograd 2016)
- Шкулић, М., Илић, Г., *Нови Законик о кривичном поступку Србије – Како је пропала реформа – шта да се ради?*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије и Немачка фондација за међународну правну сарадњу (IRZ), Београд 2012. (Škulić, M., Ilić, G., *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – Kako je propala reforma – šta da se radi?*, Udruženje javnih tužilaca iamenika javnih tužilaca Srbije i Nemačka fondacija za međunarodnu saradnju [IRZ], Beograd 2012)
- Вуковић, И., *Кривична дела неправог нечињења*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013. (Vuković, I., *Krivična dela nepravog nečinjenja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013)
- Wessels., J., Beulke, W., *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Straftat und Ihr Aufbau*, C. H. Müller, Heidelberg 2003³³.

Milan Škulić, PhD

Full Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

LEGAL NATURE AND THE CRIMINAL LAW EFFECT (SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL) OF STATUTE OF LIMITATIONS OF CRIMINAL PROSECUTION

Summary

The article contains an analysis of criminal justice and criminal effects of Statute of Limitations of Criminal Prosecution, as well as institute which has double natures, i.e. it is the institute of substantial criminal law and as well the institute of procedural criminal law, which has its own specific action in criminal proceedings. The Statute of Limitations of Criminal Prosecution is a permanent criminal procedural obstacle which prevents the prosecution and is cause for termination of the criminal proceedings if he started, and prevents its start, if criminal proceedings are not initiated, which is in both of these situations manifested by adopting the relevant decisions of the proceeding – by the criminal court or by a

public prosecutor, in case of criminal offenses which are prosecuted *ex officio*.

In the article are discussed the concept of statute of limitations of criminal prosecution and its *ratio legis*, certain comparative solutions (German criminal law and criminal law of the United States of America), the normative solutions in the present Serbian criminal law, as well as basic criminal procedural effects of statute of limitations of criminal prosecution with a special analysis some illogical solutions in the Criminal Procedure Code of Serbia, where statute of limitations of criminal prosecution is wrongly classified as one of the absolutely essential violations of criminal procedure.

Key words: *Statute of limitations on criminal prosecution. – Criminal law. – Criminal offense. – Criminal procedural law of criminal procedure. – Verdict.*

Article history:
Received: 11. 5. 2016.
Accepted: 4. 7. 2016.

Др Игор Вуковић*

Др Вања Бајовић*

САДРЖИНА ПОМИЛОВАЊА И ПОЈЕДИНЕ НЕДОУМИЦЕ У ЊЕГОВОЈ ПРИМЕНИ

Помиловање представља акт „милости“ председника Србије, којим се одређено лице поименично ослобађа од кривичног гоњења, потпуно или делимично ослобађа од извршења казне, изречена казна му се замењује блажом казном или условном осудом или му се даје рехабилитација. У раду се разматрају поједина спорна питања у вези са тим институтом и његовом практичном применом. Да ли се делимично ослобађање од извршења казне мора кретати у границама предвиђеним Кривичним закоником за ублажавање казне по мери? Може ли се актом помиловања одредити извршење изречене казне затвора у кућним условима? Да ли се аболација односно ослобађање од кривичног гоњења може оправдати правним аргументима или је заснована преваходно на разлозима политичке природе? Да ли се изречена казна може заменити казном блажом по мери или се тај вид милости односи само на замену изречене казне блажом врстом казне? Може ли се актом помиловања изречена затворска казна заменити условном осудом? Циљ анализе је да одговором на та питања пружи одређене смернице за примену и боље разумевање института помиловања.

Кључне речи: *Помиловање. – Председник Републике. – Аболиција. – Ослобођење од извршења казне.*

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, igorvu@ius.bg.ac.rs.

* Ауторка је доценткиња Правног факултета Универзитета у Београду и члан Комисије за помиловање, bajovic@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД

Помиловање се уобичајено сматра једним од основа гашења кривичних санкција. Ипак, тај институт има и шири домашај, будући да према нашем праву може захватити и у право државе да уопште казни, као што се може односити и на нека шира јавноправна дејства, изван режима кривичних санкција. Помиловањем као појединачним (у)правним актом највиши органи извршне власти (у Србији председник државе) мењају дејство правноснажних судских одлука у корист осуђеног лица. Осим што представља вид милости, у иностраној¹ и домаћој² литератури се често указује на то да помиловање има и функцију последњег механизма корекције неправичних судских одлука, који омогућава исправљање ефеката осуђујућих пресуда у односу на невина лица (на пример, у случају појаве нових доказа), или неправичности осуде у условима измењених друштвених околности. Ипак, будући да у нашем кривичном поступку рок за подношење захтева за понављање поступка на темељу нових чињеница и доказа, који могу довести до ослобођења од оптужбе, није ограничен (вид. чл. 473, ст. 1, тач. 3 Законика о кривичном поступку – ЗКП), тај механизам контроле више одликује правне системе (нарочито из англосаксонског правног круга) који не познају слично ванредно правно средство.³ Стога се у нашем праву осуђујућа пресуда не може помиловањем заменити ослобађајућом. Тако нешто могуће је само у поновљеном судском поступку.

У упоредном праву постоје крајње разноврсни модели помиловања, праћени различитим овлашћењима титулара, и они се углавном преклапају са онима које познаје наше право.⁴ Према чл. 110 Кривичног законика, помиловањем се може дати: ослобођење од кривичног гоњења, потпуно или делимично ослобођење од извршења казне, замена изречене казне блажом казном или условном осудом, рехабилитација, као и краће трајање или укидање правне последи-

¹ Тако се у Сједињеним Америчким Државама између 1885. и 1931. године најчешћи разлог за давање помиловања односио на сумњу у кривицу осуђеног, као у случајевима замене идентитета или покајничког признања убица на самрти – Kathleen Dean Moore, „Pardon for Good and Sufficient Reasons“, *University of Richmond Law Review* 1992–1993, 283. Ипак, последњих тридесетак година, основни разлог за давање помиловања тицао се околности које се односе на промену личности осуђеног лица (*ibid.*, 286), односно околности које се тичу хуманитарних разлога (тешке болести, старости и слично).

² Вид., на пример, Бора Чејовић, *Кривично право општи део*, Београд 2002, 598.

³ Вид. Henry Weihofen, „The Effect of a Pardon“, *University of Pennsylvania Law Review* 1939–1940, 192.

⁴ Вид. детаљније Leslie Sebba, „The Pardoning Power: A World Survey“, *Journal of Criminal Law and Criminology* 1/1977, 116 и даље.

це осуде. Осим тога, помиловањем се може укинути или одредити краће трајање мера безбедности: забране вршења позива делатности и дужности, забране управљања моторним возилом и протеривања странца из земље. Предмет наших разматрања биће анализа тих овлашћења и границе права на помиловање у српском праву.

2. ОСЛОБОЂЕЊЕ ОД КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

Помиловање обухвата најпре могућност аболиције – ослобођења од кривичног гоњења. То дејство се по својој природи суштински разликује од осталих. Док се друга прописана дејства помиловања тичу важења изречене кривичне санкције и њених правних последица, аболиција онемогућава само вођење кривичног поступка, представљајући околност која трајно искључује кривично гоњење. Другим речима, након аболирања учиниоца кривична пријава се одбацује (чл. 284, ст. 1, тач. 2 ЗКП), кривични поступак у односу на осумњаченог (чл. 308, ст. 1, тач. 2 ЗКП), окривљеног (чл. 338, ст. 1, тач. 2 ЗКП) односно оптуженог (чл. 352, ст. 1, тач. 3 ЗКП) обуставља, или се пресудом оптужба одбија (чл. 422, тач. 3 ЗКП). Давање аболиције производи далекосежне последице. Најзначајнија њена последица је немогућност поновног вођења кривичног поступка за исто кривично дело на које се ослобођење од кривичног гоњења односило, што би важило чак и случају да помиловано лице има интерес да се кривични поступак, како би се дефинитивно разјаснила његова невиност, ипак поведе.⁵ По природи ствари, поступак за помиловање којим се даје ослобођење од кривичног гоњења могуће је покренути искључиво по службеној дужности и само док кривични поступак није правноснажно окончан.

Повод за увођење аболиције углавном је политички,⁶ будући да се то овлашћење тешко може оправдати разлозима правне природе.⁷ Могућност да се учинилац кривичног дела појединачним актом ослободи од кривичног гоњења није честа у упоредном праву,⁸ а у кривичноправној доктрини се углавном критикује. Њоме

⁵ Душица Миладиновић, „Институт помиловања у светлу ресторативне правде“, *Темид* 1/2007, 38; Mark P. Zimmet, „The Law of Pardon“, *Annual Survey of American Law* 1974–1975, 184.

⁶ Предраг Благојевић, *Помиловање кроз теорију и праксу*, Београд 2005, 88.

⁷ Радмила Васић, „Помиловање као инструмент корективне правде“, *Право и правда* 2013, Београд 2014, 221 фн. 59.

⁸ Ипак, та могућност постоји у многим англосаксонским системима. Познат је случај помиловања америчког председника Никсона, које је учинио председник Форд, а које се односило на сва кривична дела која је овај стварно или евентуално у време свог мандата учинио или у њима учествовао. Вид. нарочито Hugh C. Mac-

се најнепосредније задире у домен правосуђа, будући да орган извршне власти у појединачном случају онемогућава примену права, стварајући тако неједнакост између грађана.⁹ Као овлашћење, аболиција је примеренија деловању законодавног тела (амнестији), где би применом на већи број лица, под објективизираним критеријумима установљеним законом (о амнестији), оштрица приговара неједнакости била донекле ублажена. Може се уосталом оправдано поставити питање да ли је слично ограничавање судске власти сагласно нашем Уставу. Према чл. 145, ст. 5 Устава Републике Србије помиловањем (односно амнестијом) може се без судске одлуке у целини или делимично опростити само изречена казна. Устав дакле уопште ни не помиње могућност да се неко лице ослободи и самог вођења поступка који изрицању казне претходи. И у нашој литератури се већински заговара напуштање могућности да се помиловањем да ослобођење од кривичног гоњења,¹⁰ тако да би је у некој будућој реформи у сваком случају требало преиспитати.

3. ПОТПУНО ОСЛОБОЂЕЊЕ ОД ИЗВРШЕЊА КАЗНЕ

Потпуно ослобођење од извршења казне представља потпуно гашење изречене казне, било започете, када се осуђени ослобађа њеног даљег извршења, било оне која и није почела да се извршава. У првом случају се осуђени ослобађа спровођења преосталог дела казне који још није извршен (остатка казне), а у другом извршења изречене казне у целини.¹¹ С друге стране, претпоставка ослобођења од извршења казне је да је извршење казне још увек у току. Ако је казна у целини извршена, помиловање по овом основу и није могуће, иако је поступак за помиловање можда био отпочео у моменту када је извршење још увек трајало. Као акт милости, помиловање не до-

gill, „The Nixon Pardon: Limits on the Benign Prerogative“, *Connecticut Law Review* 1974–1975, 64 и даље.

⁹ Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2*, Heidelberg – Karlsruhe 1978, 607. У литератури се с правом указује на ризик да једном учеснику у кривичном делу буде дато помиловање, а да други саучесници не буду помиловани. – Д. Миладиновић, „Осврт на концепт помиловања у кривичном законодавству Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 2006а, 135.

¹⁰ Тако, на пример, Д. Миладиновић, *Помиловање у кривичном законодавству Србије*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад 2006б, 125.

¹¹ У делу наше литературе се сматра да потпуно ослобођење од казне подразумева искључиво ситуацију да се са извршењем казне још није започело јер би у супротном било могуће само делимично ослобођење од извршења казне – П. Благојевић, 72; Јелена Јовичић, „Помиловање“, *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања. I део*, Београд 2007, 226.

тиче правну ваљаност судске одлуке нити делу већ извршене казне измичу правно утемељење и легитимитет. Таква природа помиловања има извесне конкретне последице. Осуђено лице које је ослобођено даљег извршења казне није неосновано осуђено лице, које би могло да полаже право на накнаду штете због неосноване осуде, нити би се део већ извршене казне могао сматрати некаквим неоснованим лишењем слободе. Сличан закључак би се могао извести и у погледу казне рада у јавном интересу, када би евентуално помиловање дотичало само преостале часове необављеног рада.

Исто би важило и за изречену новчану казну, иако је овде, за разлику од затвора и рада у јавном интересу, где је део издржане казне неповратно протекао, фактички замислив и повраћај исплаћеног новчаног износа у поступку извршења.¹² Идентичан закључак треба извести и за одузету имовинску корист прибављену кривичним делом, односно одузету имовину проистеклу из кривичног дела.¹³ У случају оба института реч је о плодовима криминалне активности који у ширем смислу представљају правну последицу кривичних осуда, на темељу принципа да се нико не може обогатити криминалом. Иако одузимање имовине проистекле из кривичног дела није имуно од бројних догматских приговара, и неспорно делом садржи и ретрибутивне моменте, ослобођење од извршења казне не повлачи за собом право на повраћај по овим основима одузетих вредности.

4. ДЕЛИМИЧНО ОСЛОБОЂЕЊЕ ОД ИЗВРШЕЊА КАЗНЕ

Делимично ослобођење од извршења казне подразумева да се у случају започетог извршења осуђеник ослобађа дела казне.¹⁴ У нашој теорији се та ситуација тумачи као вид ублажавања казне по мери,¹⁵ с тим што се не би примењивале границе ублажавања

¹² Такав став заступа, на пример, Благојевић, ако се новчана казна исплаћује у ратама, када би према том схватању у случају помиловања требало извршити повраћај исплаћеног дела новчане казне – П. Благојевић, 72–73.

¹³ Вид. Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, *Службени гласник РС*, бр. 32/2013.

¹⁴ У делу литературе се као вид делимичног ослобођења сматра и случај када је лице кумулативно осуђено на више различитих казни, а помиловањем се ослобађа само неке од изречених казни. Вид., на пример, Драган Јовашевић, Зоран Стевановић, „Место и улога помиловања у функцији сузбијања криминалитета“, *Зборник Института за криминологику и социолошку истраживања* 1–2/2008, 101. Ипак, и у случају две кумулативно изречене казне, свака остаје самостално изречена, тако да би се и овде радило о виду потпуног ослобођења од извршења (једне од казни).

¹⁵ Тако, на пример, Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика*, Београд 2011², 414, 416.

из чл. 57 Кривичног законика (КЗ). Разлог би представљало то што би орган који има овлашћење да осуђеног потпуно ослободи од извршења казне морао имати и овлашћење да учиниоцу казну умањи мимо установљених ограничења. Важили би само општи распони кажњавања, тако да казна не би могла бити изречена испод њеног општег минимума. Делимично ослобођење од извршења казне се у упоредној пракси врло често примењује.¹⁶

Не мислимо да би делимично ослобођење од извршења казне требало доводити у везу са ублажавањем казне (по мери) јер ослобођење од извршења казне није исто што и ослобођење од казне, које изриче суд (вид. чл. 58 КЗ). Напросто, домашај тог овлашћења по природи ствари омогућава да се у целини или делимично угаси неизвршени остатак изречене казне. Иако се у једном делу извршење казне суспендује, одлуком о помиловању казна се формално не ублажава, нити се то може довести у везу са тим институтом и његовим границама (из чл. 57 КЗ), због чега би осуђено лице фактички могло бити ослобођено и у трајању које је испод општег минимума казне у питању.

У литератури се поставља питање на који начин би се делимично ослобођење од извршења казне спроводило у случају казне затвора од 30 до 40 година. Како се иначе ни за једно ни за више дела у стицају не може изрећи казна затвора између 20 и 30 година, према једном мишљењу не би било могуће да се делимичним ослобођењем казна сведе на неко трајање у том распону. Заиста, ако се у погледу дејстава помиловања начелно уважавају границе општих распона казни, прописане кривичним законодавством, онда би то требало да важи и у овом случају. С друге стране, против тог размишљања говори већ поменути аргумент да ако давалац помиловања може да ослободи од казне у целини, онда он тим пре треба да има могућност да осуђеног ослободи од казне у једном њеном делу,¹⁷ независно од тога што законодавац одмеравање извесним правилима ограничава. Ипак, како нам се чини, овде слично логичко тумачење и није неопходно јер се изречена казна не замењује другом, новом казном у неком нижем трајању већ се само умањује време издржавања судски изречене казне. Да ли ће фактичко умањење казне затвора захватити распон у којем се казна затвора не може изрећи (између 20 и 30 година), није од нарочитог значаја.

Слично питање се данас поставља и за кућни затвор, будући да осуђена лица често моле да помиловањем издржавања казне на-

¹⁶ Тако се после 1910. у САД најчешће примењује умањење изречене казне (тзв. *sentence commutation*), за разлику од претходног периода, када се чешће давало пуно или условно ослобођење. Вид. Margaret Colgate Love, „The Twilight of the Pardon Power“, *Journal of Criminal Law & Criminology* 2010, 1186.

¹⁷ Љ. Лазаревић, 414; Д. Миладиновић (2006b), 103.

ставе у кућним условима. Према нашем праву, кућни затвор не представља самосталну казну у систему кривичних санкција већ само модалитет извршења казне затвора. Ако је, наиме, учиниоцу изречена казна затвора до једне године, суд може одредити да ће се она извршити тако што ће је осуђени издржавати у просторијама у којима станује, ако постоје околности које показују да се и на тај начин може остварити сврха кажњавања (чл. 45, ст. 5 КЗ). Овде постоји неколико недоумица. Најпре, може се начелно поставити питање да ли се дејство помиловања може уопште односити на казну која се не налази у систему санкција. Чини нам се да не постоје сметње за такво тумачење. Да кућни затвор представља самосталну казну, онда би се помиловање могло кретати искључиво у оквирима замене изречене казне (затвора) блажом казном (кућног затвора). Како се ово овлашћење односи на делимично ослобођење од извршења казне, а кућни затвор представља управо вид извршења, може само бити спорно да ли би се сматрало делимичним ослобођењем ако дата милост не би умањила трајање изречене казне затвора, већ само заменила начин издржавања казне (у кућним условима уместо у казнено-поправном заводу, односно окружном затвору). Не видимо због чега делимично ослобођење од извршења казне не би могло и тако да се протумачи, тим пре што и давалац помиловања може да закључи да постоје околности које оправдавају такав модалитет извршења.

Осим тога, може бити спорно и да ли би тај модалитет извршења казне затвора могао да се примени и на казне затвора изречене преко једне године, ако је до истека издржавања казне остало време до годину дана. Ту могућност, према нашем мишљењу, не би требало прихватити јер би излазила изван кривичним законодавством установљених оквира кућног затвора, који обухватају само изречене казне затвора до годину дана. Тим пре се то односи на изречене казне затвора преко једне године. У тим случајевима би давалац помиловања требало да се окрене неким другим видовима милости. Брану другачијем тумачењу представља чл. 3 Закона о помиловању. Тај актуелни пропис из 1995. године¹⁸ утврђује да се помиловање даје у складу са Кривичним закоником,¹⁹ односно кривичним законодавством. То се не може односити искључиво на одредбе из главе XI Кривичног законика, које се непосредно односе на амнестију и помиловање, већ се и употребљени изрази и институти, поменути у чл. 110, који утврђује границе помиловања, морају тумачити у складу са тим закоником.

¹⁸ Закон о помиловању, *Службени гласник РС*, бр. 49/1995 и 50/1995 – испр.

¹⁹ Истина, та одредба упућује на примену Кривичног закона Савезне Републике Југославије, што би данас подразумевало примену Кривичног законика Републике Србије.

На крају ових разматрања, треба разјаснити и једну могућу недоумицу. Може бити нејасно да ли делимично ослобођење од извршења казне треба тумачити искључиво као ситуацију потпуног ослобођења од започетог али недовршеног издржавања казне, или би делимично ослобођење могло значити и да осуђеник буде ослобођен само дела преостале казне.²⁰ Иако би се „ослобођење“ језички могло разумети и у случају делимичног ослобођења у правцу искључиво гашења преостале неиздржане казне, чини нам се да би циљно и логички посматрано делимично ослобођење ипак требало разумети у смислу другог решења. Ако титулар помиловања има овлашћење да осуђено лице ослободи од извршења казне у целини, онда он тим пре има овлашћење да осуђеника ослободи од извршења у само једном делу.

5. ЗАМЕНА ИЗРЕЧЕНЕ КАЗНЕ БЛАЖОМ КАЗНОМ

Према владајућем становишту у нашој литератури,²¹ замена изречене казне блажом казном подразумева могућност да се помиловањем изречена казна ублажи искључиво по врсти. У прилог том тумачењу говорило би то што би у погледу ублажавања казне по мери дејство помиловања било изједначено са делимичним ослобођењем од извршења казне.²² Ипак, како смо већ приметили, није прихватљиво изједначавати делимично ослобођење од извршења казне и ублажавање казне по мери. Делимично ослобођење као вид помиловања утиче искључиво на извршење казне, па у погледу других кривичноправних института и даље правно егзистира ранија правноснажна одлука. У случају замене изречене казне блажом казном, с друге стране, одлуком о помиловању као новом одлуком замењује се ранија судска одлука, тако да у погледу појединих института правно постоји само (нова) одлука даваоца помиловања.²³

²⁰ У првом случају би потпуно ослобођење било могуће само уколико извршење казне још увек није започело, док би делимично ослобођење подразумевало одлучивање о већ започетом издржавању. По дејству би, међутим, и оно било „потпуно“ јер би се преостали део казне гасио у целини.

²¹ Вид., на пример, П. Благојевић, 75; Д. Јовашевић, 3. Стевановић, 101; Љ. Лазаревић, 414, 416; Д. Миладиновић (2006b), 103; Јанко Таховић, *Коментар Кривичног законика*, Београд 1956, 255.

²² У том смислу Ђорђевић у Коментару Кривичног закона СФРЈ изричито указује на то да се делимичним ослобођењем од извршења казне изречена казна фактички замењује новом блажом казном исте врсте, па у случају тог вида помиловања преостаје ублажавање казне само по врсти. Вид. Мирослав Ђорђевић и др., *Коментар Кривичног закона СФРЈ* (ред. Никола Срзентић), Београд 1986³, 378, 381.

²³ Актом помиловања се правноснажна пресуда у делу о казни преиначава. Вид. Боривој Никшић, „Да ли се амнестијом и помиловањем мењају судске одлуке“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 3–4/1981, 396.

Стога се делимично извршење од извршења казне и замена изречене казне блажом казном суштински разликују, због чега замену изречене казне блажом казном не треба сводити искључиво на ублажавање по врсти. У југословенској и српској доктрини само је мањи број аутора заступао став да, осим ублажавања казне по врсти, помиловање обухвата и ублажавање изречене казне по мери.²⁴ Поред поменутог, у прилог том становишту говоре и други аргументи. Најпре, језичко тумачење замене изречене казне „блажом казном“ не искључује да замена укључи само казну блажу по висини. Јер, и казна чија је мера нижа у односу на изречену – у односу на њу је блажа. Осим тога, иако се у Кривичном законнику на другим местима не помиње идентична синтаagma, код појединих института (на пример, покушаја и помагања) законодавац помиње „ублажену казну“, под тим подразумевајући институт ублажавања у његовој целовитости – дакле, укључујући и ублажавање по врсти и ублажавање по мери.

Наш систем казни обухвата четири санкције: затвор, новчану казну, рад у јавном интересу и одузимање возачке дозволе. Од замисливих констелација практично је најзначајнија могућност замене казне затвора блажом казном. У том смислу, није спорно да су све три преостале казне фактички блаже у односу на затвор, али се поставља питање да ли би ограничење представљало то што Кривични законик (чл. 57, ст. 1, тач. 7) дозвољава ублажавање затвора искључиво новчаном казном или радом у јавном интересу, али не и одузимањем возачке дозволе. Уосталом, ублажавање других казни по врсти, осим казне затвора, кривични законодавац ни не предвиђа, тако да би везаност тог вида помиловања општим правилима о ублажавању имала (бар теоријски)²⁵ извештан ограничавајући ефекат.

Чини нам се да то ограничење заслужује предност. Најпре, тиме би се доследно држали принципа да се овлашћења која се тичу помиловања морају кретати у оквиру правила дефинисаних кривичним законодавством. Такође, утврђивање хијерархије између новчане казне, одузимања возачке дозволе и рада у јавном интересу по тежини, полазећи од њихове различите природе, особених законских претпоставки за изрицање²⁶ и условљене тежине дела,²⁷ није једноставно извести. Стога би с потешкоћама било повезано

²⁴ Тако, на пример, Фрањо Бачић, *Кривично право. Опћи дио*, Загреб 1986, 557.

²⁵ Није превише вероватно да се молба за помиловање подноси у случају изречене новчане казне, рада у јавном интересу или одузимања возачке дозволе.

²⁶ Тако се, примера ради, одузимање возачке дозволе изриче само уколико је у вршењу кривичног дела коришћено моторно возило.

²⁷ Тако се, за разлику од одузимања возачке дозволе, које се може изрећи ако је за учињено дело прописана казна затвора до две године (или новчана казна), новчана казна (вид. чл. 49, ст. 6, тач. 5 и чл. 50, ст. 3, тач. 5 КЗ) и рад у јавном

упоређивање обављања часова рада у јавном интересу са плаћањем неког новчаног износа или временом у којем је лице онемогућено да управља моторним возилом. Може се претпоставити да се зависно од околности конкретног случаја свака од поменуте три казне може појавити као строжа или блажа од осталих. Утолико и из угла криминално-политичких интереса не би било оправдано неком учинити милост у погледу које је неизвестан већ сам њен привилегујући карактер. Дакле, можемо закључити да се по том основу искључиво казна затвора може заменити новчаном казном или радом у јавном интересу.²⁸

Ипак, и замена изречене казне затвора новчаном казном или радом у јавном интересу у практичној примени може наићи на нејасноће. Тако би замена новчаном казном захтевала да се у обзир узму и новчани приходи учиниоца. Оба модела новчане казне која постоје у нашем кривичном праву (и у дневним износима и у одређеном износу) имовно стање учиниоца сматрају централном околношћу која утиче на њену висину.²⁹ Мало је вероватно да ће приликом одлучивања о помиловању ти подаци бити доступни, а ако то није случај, остаје отворено на темељу којих критеријума би се замена обавила.³⁰ С друге стране, изрицање рада у јавном интересу подразумева да је учинилац због забране принудног рада (вид. чл. 26, ст. 3 Устава) са њим сагласан, што би опет створило потешкоће на плану спровођења помиловања.³¹ Због тих недоумица, налазимо да би давалац помиловања требало да избегава ублажавање изречене казне по врсти.

Може бити спорно да ли би ублажавање казне по мери морало уважити границе ублажавања казне предвиђене кривичним законодавством. Иако би и овде на први поглед требало применити скалу ублажавања из чл. 57 КЗ, у нашој литератури се сматра да би, аналогно одредби чл. 57, ст. 4 КЗ, која предвиђа да када је суд овлашћен да учиниоца ослободи од казне, казну може и неограничено да ублажи, и давање помиловања заменом изречене казне блажом морало да

интересу редовно везују за учињено кривично дело за које је прописана казна затвора до три године (или [у случају рада у јавном интересу] и новчана казна).

²⁸ Слично и Љ. Лазаревић, 414–415. Супротно Д. Јовашевић, З. Стевановић, 101–102, према којима у обзир долази и замена казне затвора одузимањем возачке дозволе.

²⁹ У новчану казну у дневним износима тај критеријум је потпуно уграђен, док у одмеравању новчане казне у фиксном износу законодавац налаже суду да нарочито узме у обзир имовно стање учиниоца (вид. чл. 54, ст. 2 КЗ).

³⁰ С правом Д. Миладиновић (2006b), 104.

³¹ Условљавање давања помиловања је супротстављено и принципу да се помиловање не може одбити и да не зависи од воље помилованог лица. – Љ. Лазаревић, 418; Д. Миладиновић (2006b), 105; Ј. Таховић, 253.

подразумева неограничено ублажавање.³² С тим аргументом се не бисмо могли сложити. Већ смо указали на то да могућност (потпуног или делимичног) ослобођења од извршења казне треба разликовати од института ослобођења од казне, тако да се та аналогија формално не би могла извести. Ни суштински за тако нечим нема потребе. Ако давалац помиловања жели да се креће изван граница ублажавања предвиђених кривичним законодавством, онда треба да се определи за неки други вид милости.

6. ЗАМЕНА ИЗРЕЧЕНЕ КАЗНЕ УСЛОВНОМ ОСУДОМ

Закон не даје ближа објашњења под којим условима би се спровела замена изречене казне условном осудом. И иначе, у нашој литератури постоји одбојност према условљавању дејстава помиловања. Тако Таховић истиче да се у случају амнестије и помиловања не може „њихово дејство везати ни за какве услове, било од којих би њихово дејство зависило било од наступања којих би њихово дејство престало“.³³ Иако се овде превасходно мисли на условљавање самог помиловања, језичким тумачењем би се под то искључење могла подвести и друга условљавања дејстава помиловања. Ипак, законско решење од таквог приступа очигледно не полази.

Закон о помиловању од 1977. године (чл. 3)³⁴ предвиђао је да се у случају замене изречене казне условном осудом примењују одредбе кривичног законодавства о условима за изрицање условне осуде, њеном дејству и опозивању, с тим што је време у којем је учинилац био обавезан да се уздржи од вршења кривичних дела (тзв. време проверавања) било могуће искључиво у трајању од три године. Такође, уз такву условну осуду није се могао одредити заштитни надзор, нити се условно осуђеном могло наложити испуњење посебних обавеза. Сличну одредбу познавао је и Закон о помиловању од 1994. године (чл. 4).³⁵ Аутоматизам у одређивању времена проверавања (три године фиксно уместо одабира одговарајућег трајања у распону од једне до пет година) и немогућност одређивања заштитног надзора и посебних обавеза образлагани су тиме што председник Републике није могао преузети улогу суда и прилагодити ту условну осуду околностима случаја.³⁶ У актуелном Закону о помиловању, међутим,

³² Слично Љ. Лазаревић, 414. Разуме се, ублажена казна би се морала кретати у оквиру општих распона сваке појединачне казне.

³³ Ј. Таховић, 84.

³⁴ Вид. Закон о помиловању, *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/1977.

³⁵ Вид. Закон о помиловању, *Службени лист СРЈ*, бр. 90/1994.

³⁶ Вид. Д. Миладиновић (2006b), 139. У немачком праву такође постоји могућност условног одгањања извршења казне (у целини или преосталог дела) као

прецизирања неких нарочитих услова нема, тако да остаје нејасно да ли би се замена изречене казне затвора³⁷ условном осудом имала спровести према одговарајућим одредбама кривичног законодавства које се односе на условну осуду.

У прилог таквом решењу говоре најпре разлози формалне природе. Закон о помиловању (чл. 3) изричито упућује на то да се помиловање даје у складу са кривичним законодавством. Када пак Кривични законик говори о замени изречене казне условном осудом, онда би тај појам требало употребљавати у оном значењу у којем га тај пропис и разуме. То би значило да би условном осудом као видом помиловања суд требало осуђеном да утврди казну и да истовремено одреди да се она неће извршити, ако осуђени за време које одреди суд, а које не може бити краће од једне нити дуже од пет година, не учини ново кривично дело (чл. 65, ст. 1 КЗ). Ако и занемаримо чињеницу да је овде учиниоцу казна већ била изречена и да ју је он вероватно делом и издржао, то решење наилази на друге проблеме. Први се односи на претпоставке под којима се условна осуда може изрећи. Та мера у нашем систему представља самосталну кривичну санкцију, намењену зони лакшег криминалитета. Стога се она може изрећи само ако је учиниоцу утврђена казна затвора у трајању мањем од две године (чл. 66, ст. 1 КЗ). Истовремено, суд је не може изрећи ако је за учињено дело предвиђена казна затвора у трајању од десет или више година (чл. 66, ст. 2 КЗ). Осим тих, Кривични законик предвиђа и друге ограничавајуће услове.³⁸ У нашој литератури већина аутора заступа становиште да би замена изречене казне условном осудом као вид помиловања морала да узме у обзир и уважи да ли су услови, предвиђени за условну осуду као кривичну санкцију, у сваком конкретном случају испуњени.³⁹

Примена тих ограничења, међутим, значајно би умањила до-
машај условне осуде као вида помиловања, с обзиром на то да би из
сфере замене била изузета тежа кривична дела, праћена дуготрајним
казнама затвора. Како је претпоставка условне осуде да је учиниоцу
утврђена казна затвора у трајању мањем од две године, помиловање

вида помиловања, која се врло често примењује. Време проверавања се одређује према општим правилима из Кривичног законика, од две до пет година. Вид. Jo-hann-Georg Schätzler, *Handbuch des Gnadenrechts*, München 1992, 68.

³⁷ Закон више не допушта могућност да се условном осудом утврди новчана казна. Вид. Зоран Стојановић, *Кривично право. Општи део*, Београд 2015, 326).

³⁸ Овде би био нарочито значајан услов да се условна осуда не може изрећи ако није протекло више од пет година од правноснажности осуде којом је учиниоцу изречена казна затвора за умишљајно кривично дело (чл. 66, ст. 3 КЗ).

³⁹ П. Благојевић, 78; Д. Јовашевић, 3. Стевановић, 102; Љ. Лазаревић, 416–417; Никола Срзентић, Александар Стајић, Љубиша Лазаревић, *Кривично право СФРЈ*, Београд 1990, 478; Б. Чејовић, 601.

за учињено кривично дело могло би уследити само у случају да је учиниоцу била изречена казна затвора такође у трајању мањем од две године. Притом, замена изречене казне условном осудом била би смисленија ако осуђени још увек није започео да издржава казну. Таква могућност није искључена, будући да се молба за помиловање може поднети одмах након правноснажности пресуде, а да до ступања на извршење казне долази након протеча извесног времена, иако, имајући у виду просечно трајање поступка помиловања (око два месеца),⁴⁰ пре представља изузетак него правило. С друге стране, ако се са издржавањем казне затвора започне, отвара се питање на који начин ће се време које је учинилац већ издржао одразити на одлуку о замени условном осудом. Будући да је реч о замени једне санкције другом, било би логично да се и у том случају време проведено на издржавању казне, као вид „лишења слободе у вези са кривичним делом“ учиниоцу на известан начин урачуна (вид. чл. 63, ст. 1 КЗ) у условну осуду, на неки начин умањивши трајање нове утврђене казне. У сваком случају, имајући у виду краткоћу трајања утврђене казне затвора (мање од две године) и чињеницу да ће до одлуке о помиловању осуђени вероватно већ издржати део изречене казне затвора, логичније је да се помиловање да делимично ослобођење од извршења казне (без условљавања), него да се новом условном осудом извршење преостале неиздржане казне условно одгоди и услови одређивањем времена у којем ће постојати обавеза нечињења нових кривичних дела.

Проблематично је и одређивање времена проверавања, као другог централног елемента условне осуде. Читав концепт проверавања учиниоца, у складу са чим му се и одређује време у којем ће се процена суда да он неће чинити кривична дела показати као ваљана или неваљана, полази од неопходности прилагођавања дужине трајања тог периода карактеристикама кривичног дела и учиниоца. Стога је раније законско решење, које је подразумевало фиксирање времена проверавања на три године, у литератури с правом критиковано.⁴¹ Међутим, и независно од тог приговора, одлучивање о условној осуди снажно је повезано са индивидуализацијом санкције као овлашћења суда. Учиниоца је својим неделом заслужио одређену казну затвора мању од две године, која му се као претња и утврђује, али се онда суд, водећи рачуна о процени да ће и условна осуда довољно утицати на њега да више не врши кривична дела, о личности учиниоца, његовом ранијем животу, понашању после извршеног

⁴⁰ Вид. П. Благојевић, 155.

⁴¹ Лазаревић сматра да и у том случају орган помиловања мора имати могућност да време проверавања одреди у распону од једне до пет година. Вид. Љ. Лазаревић, 417.

кривичног дела, степену кривице и другим околностима под којима је дело учињено (вид. чл. 66, ст. 4 КЗ) – ипак одлучује за самостално изрицање условне осуде. Може се оправдано поставити питање да ли о тим питањима ваљану процену уопште може дати несудски орган. Осим тога, условна осуда у нашем систему представља убедљиво најчешће изричану кривичну санкцију.⁴² Да је суд уопште био у прилици да условну осуду изрекне, он би је вероватно уместо казне *ab initio* и изрекао. Стога је и фактички мало вероватно да ће приликом одлучивања о помиловању бити испуњене претпоставке неопходне за замену изречене казне условном осудом.

Замерку заслужује и чињеница да је ранија одредба о замени изречене казне условном осудом искључивала могућност одређивања заштитног надзора и одређивања посебних обавеза. Не само да таква могућност постоји према општим правилима о условној осуди (чл. 65, ст. 2 КЗ), већ се стиче утисак да би одређивањем заштитног надзора дефицит политичких критеријума помиловања могао бар делом бити ублажен наметањем извесних обавеза које би пратили обучени повереници Одељења за третман и алтернативне санкције Министарства правде.⁴³

Најзад, иако је у државама бивше Југославије углавном задржана слична могућност замене изречене казне условном осудом,⁴⁴ чини нам се да је то решење могуће и нешто другачије нормирати.⁴⁵ У кривичном праву постоји институт који омогућава да се учинилац отпусти са издржавања казне затвора, уз услов да до краја времена за које је казна изречена не учини ново кривично дело, али тај институт није условна осуда већ условни отпуст. Не мислимо да би таква могућност била супротна општим правилима о условном отпусту јер између два института (помиловања и условног отпуста) постоје

⁴² Процент лица којима је у периоду од 2010. до 2014. године била изрицана условна осуда (уз утврђену казну затвора) кретао се од 50% до 60% свих укупно изречених санкција. Вид. Саопштење о пунолетним учиниоцима кривичних дела у РС за 2014. годину, http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/01/80/71/SK12_192_srb-punoletni-2014.pdf.

⁴³ Слично и Ј. Лазаревић, 417; Д. Миладиновић (2007), 39.

⁴⁴ Вид. чл. 117 Кривичног закона и чл. 4 Закона о помиловању Републике Српске, чл. 131 Кривичног законика и чл. 3 Закона о помиловању Црне Горе (*Службени лист Црне Горе*, бр. 31/2012), чл. 114 Кривичног законика и чл. 1а и 12 Закона за помиловање Македоније (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 20/1993 и 12/2009), чл. 97 Казненог законика и чл. 2 Закона о помиловању Словеније (*Uradni list RS*, бр. 45/1995 и 86/2004), чл. 2 Закона о помиловању Хрватске (*Народне новине*, бр. 175/2003), чл. 4 Закона о помиловању Федерације БиХ (*Службене новине Федерације БиХ*, бр. 22/2009 и 91/2015). У литератури се примећује да замена казне условном осудом представља особеност ранијег југословенског законодавства и да је ретка у упоредном праву. Д. Миладиновић (2006а), 137 фн. 11.

⁴⁵ Вид. критички и Д. Миладиновић (2007), 44.

значајне сличности.⁴⁶ Основну препреку увођењу те могућности могла би представљати чињеница да је у оцени да ли је осуђени заслужио условни отпуст кључно његово поправљање у току дотадашњег издржавања казне. Стога се и најважнији законом установљени критеријуми (његово владање током издржавања казне, радни учинак и друге околности које указују на то да је у односу на њега постигнута сврха кажњавања) углавном тичу те околности (вид. чл. 46, ст. 1 КЗ). Ипак, иако се у поступку пуштања на условни отпуст суд превасходно руководи критеријумима остварености сврхе током извршења казне,⁴⁷ не чини нам се да су карактеристике условног отпуста такве да би одлучивање о пуштању у поступку помиловања било повезано са неким непремостивим потешкоћама, тим пре што у поступку одлучивања о помиловању председнику Републике помаже Комисија о помиловању као стручно тело.⁴⁸ Такође, и у том поступку установа у којој лице издржава казну прилаже извештај о понашању осуђеног на издржавању казне,⁴⁹ па би и у случају хипотетичког увођења условног отпуста са издржавања казне било меродавно основано очекивање да ће се осуђени на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена за које је казна изречена неће учинити ново кривично дело.

Тај институт би се разликовао од тзв. условног помиловања, које постоји у упоредном праву. Како у нашем праву нису предвиђени нарочити механизми контроле помиловања, није смислено условљавати дејства самог помиловања неким одложним или раскидним условима. Ако је помиловање дато под претпоставкама института условне осуде или условног отпуста, њихово опозивање уследиће под претпоставкама које предвиђа кривични законодавац, а спроводи суд.⁵⁰

⁴⁶ Тако се у САД често преплићу овлашћења правосудних органа у поступку давања помиловања и пуштања на условни отпуст. То не изненађује будући да је у зачетку свог увођења условни отпуст посматран као својеврстан продужетак помиловања. Касније се, међутим, теоријско објашњење два института одваја, па се помиловање посматра као израз милости и вид окончања кажњавања, док се условни отпуст разуме као наставак кажњавања у заједници са циљем осуђеникове рехабилитације. Вид. М. С. Love, 1189.

⁴⁷ Р. Васић, 208.

⁴⁸ Уосталом, у нашем ранијем законодавству о условном отпусту у нашем праву и није одлучивао суд већ комисија коју образује министар правде, која је могла да суспендује извршење не само трећине, као што је то случај данас, већ и читаве половине казне. Вид. З. Стојановић (2015), 291–292.

⁴⁹ Вид. чл. 7, ст. 3 и 4 Закона о помиловању и чл. 5 Упутства о поступању судова и завода за извршење казни затвора у поступку помиловања (*Службени гласник РС*, бр. 6/1998).

⁵⁰ Не опозива се ни у ком случају помиловање већ мера на коју се акт о помиловању односи.

7. УКИДАЊЕ ИЛИ КРАЋЕ ТРАЈАЊЕ ПОЈЕДИНИХ МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ

У литератури се често критикује могућност да се помиловањем утиче на мере безбедности. Како се мерама безбедности настоје отклонити стања и услови који утичу на вршење кривичних дела у будућности, сматра се нелогичним да се одлучивање о гашењу сличних санкција повери дискреционој оцени органа која подлеже само политичкој контроли.⁵¹ Уосталом, таква опција би била несагласна и природи мера безбедности као типа кривичних санкција. Традиционално њих не одликује репресија према учиниоцу, па се може довести у питање домаћај милости у односу на санкције које учиниоцу не наносе зло већ отклањају опасности које од њега прете.⁵² Заиста, наш законодавац се одлучио да дејства помиловања прошири само на оне мере безбедности чија природа указује и на изванредан ретрибутивни садржај.⁵³ Кривични законодавац дејства помиловања ограничава само на три мере безбедности (од укупно једанаест): забрану вршења позива делатности и дужности, забрану управљања моторним возилом и протеривање странца из земље.⁵⁴

Може се поставити питање да ли је законодавац ваљано одабрао и одредио мере безбедности на које се помиловање може односити. Нема сумње да укидање и одређивање краћег трајања мера медицинског карактера (обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, обавезног психијатријског лечења на слободи, обавезног лечења наркомана и обавезног лечења алкохоличара) не треба да буде омогућено носиоцима извршне власти, будући да ни судови својим одлукама не дефинишу њихово трајање, које се креће у прописаним законским оквирима и у конкретном случају зависи од успеха у лечењу. Уопште, у страној литератури доминира становиште да дејства помиловања могу да се односе само на оне кривичне санкције и друге правне последице кривичног дела у ширем смислу које представљају израз репресивне власти државе и које консеквентно томе почивају на кривици учиниоца. Кривичне санкције које почивају преваходно на опасности учиниоца, као што је то случај са

⁵¹ У том смислу Д. Миладиновић (2007), 41.

⁵² Станко Пихлер, „Прилог расправи о помиловању“, *Правни живот* 6–7/1987, 695.

⁵³ Слично је и у немачком праву. Вид. J.-G. Schätzler, 69–70.

⁵⁴ Та могућност је уведена у наше право Кривичним законом СФРЈ од 1976. године (чл. 102, ст. 2) и Законом о помиловању од 1977. године (чл. 2, ст. 2) и односила се на исте те три мере безбедности. Разлика је једино била у томе што се у случају забране управљања моторним возилом помиловање могло дати само возачу по занимању.

медицинским мерама безбедности, требало би стога да по правилу остану изван права на помиловање.⁵⁵

Законодавац у дејства помиловања с правом није укључио мере безбедности одузимања предмета и јавног објављивања пресуде. Будући да се у првом случају одузимају предмети употребљени или настали извршењем кривичног дела, у литератури се заступа гледиште да би помиловање овде било неоправдано,⁵⁶ док би у другом случају укидање мере на основу које је извесна пресуда претходно већ јавно објављена било беспредметно.

Уводећи у наше кривично право 2009. године две нове мере безбедности – забрану приближавања и комуникације са оштећеним и забрану присуствовања одређеним спортским приредбама – кривични законодавац је пропустио да могућношћу помиловања обухвати и њихово евентуално укидање или краће трајање, па се поставља питање да ли би тако нешто *de lege ferenda* требало учинити. С једне стране, и овде препознајемо извесне ретрибутивне елементе који онемогућавају осуђеног да у дужем периоду комуницира са оштећеним или да присуствује неким спортским приредбама. С друге стране, може се тврдити и да је домашај забрана које осуђеног лишвавају могућности да ради, вози или да уђе у нашу земљу репресивнији.

За разлику од забране вршења позива, делатности и дужности и забране управљања моторним возилом, за које постоји могућност престанка мере безбедности (након протекла три године) и на основу одлуке суда, у случају протеривања странца из земље, помиловање представља једину могућност за поновни улазак у нашу земљу.⁵⁷ Како и та мера безбедности некада има репресивни карактер (на пример, у односу на странца који у нашој земљи има породицу, или у њој студира или ради),⁵⁸ задржавање могућности помиловања у односу на ту меру безбедности је оправдано.

Помиловањем се мера безбедности може укинути или се може одредити њено краће трајање. Укидање мере подразумева или престанак њене даље примене, ако је са њеним извршењем започело, или онемогућавање отпочињања извршења. Одређивање краћег трајања означава скраћивање судском одлуком одређеног трајања мере. При том, иако скраћено, помиловањем одређено трајање мора се кретати у границама законом установљеног распона мере у питању (три месеца до пет година за забрану управљања моторним возилом, односно једне до десет година за забрану вршења позива, делатности и

⁵⁵ R. Maurach, K. H. Gössel, H. Zipf, 608.

⁵⁶ Д. Миладиновић (2006b), 110.

⁵⁷ С правом П. Благојевић, 81.

⁵⁸ Вид. З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд 2016, 351.

дужности и протеривања странца из земље). У сваком случају, титулар помиловања не може одредити трајање мере испод граница општег минимума.⁵⁹

8. ОСТАЛА ДЕЈСТВА ПОМИЛОВАЊА

Помиловањем се осуђено лице може рехабилитовати. Реч је о новом овлашћењу које утврђује Кривични законик од 2005. године, које није постојало у ранијем кривичном законодавству. Рехабилитација подразумева брисање кривичне осуде из евиденције, престанак правних последица осуде и фикцију неосуђиваности (чл. 97 КЗ). Будући да појам рехабилитације обухвата сва три поменута дејства, било да рехабилитација наступа на основу закона или на основу одлуке суда, нема никакве сумње да би исто важило и у случају да се рехабилитација да помиловањем. Утолико се помиловањем не може дати рехабилитација за осуде на казну затвора преко пет година, с обзиром на то да ни судска рехабилитација не подразумева такву могућност. С друге стране, редовно није могуће давање помиловања за кривична дела обухваћена законском рехабилитацијом, с обзиром на то да она наступа по сили закона. Законска рехабилитација наступа самим протеклом времена предвиђеног Кривичним закоником (вид. чл. 98) и уз услов да осуђено лице у законом предвиђеном периоду није учинило ново кривично дело. Како и решење о рехабилитацији, које се у том случају доноси, има само декларативни карактер, тако би и евентуална одлука о помиловању само обнародовала оно што је већ наступило. Отуда би помиловање којим се даје рехабилитација имало смисла само ако би осуђено лице могло да се привилегује изван постојећег режима законске рехабилитације (на пример, превремено). Како због општих правила, која не допуштају да се дејства помиловања тумаче изван услова предвиђених кривичним законодавством, сличан закључак не можемо извести, давање рехабилитације помиловањем у пракси треба свести на могућност рехабилитовања под условима судске рехабилитације. То значи да би се рехабилитација могла односити искључиво на осуде на казне затвора преко три до пет година, ако у року од десет година није учињено ново кривично дело. Ако суд не рехабилитује такво осуђено лице (вид. чл. 99 КЗ), преостаје могућност обраћања титулару помиловања.

Ипак, у делу наше литературе се доводи у питање да ли је законодавац имао идеју да увођењем рехабилитације као вида помиловања омогући давање милости под истим условима као код законске рехабилитације. Према том мишљењу, интенција законодавца је

⁵⁹ П. Благојевић, 80; Д. Миладиновић (2006b), 111.

вероватно била да се по угледу на нека друга законодавства уведе привремена рехабилитација, изван рокова предвиђених Кривичним закоником.⁶⁰ У правцу тог тумачења наводи се и чињеница да је у нашим ранијим законима о помиловању било изричито предвиђено да брисање осуде није ограничено висином изречене казне нити врстом кривичног дела за које је изречена осуда.⁶¹ Иако слична одредба више не постоји, будући да брисање осуде представља један од сегмената рехабилитације, закључак да би и у односу на рехабилитацију у целини ограничења из Кривичног законика била излишна не звучи неразумно. Томе у прилог, рекло би се, говори и природа института помиловања. Милост која се односи на стављање у заборав нечије криминалне прошлости (његово рехабилитовање), иако дотиче извесне даље правне последице судске одлуке, најмање нарушава ауторитет судске власти. Међутим, нејасно је какав би домашај имало такво тумачење. Да ли би се њиме омогућила рехабилитација и у односу на осуде преко пет година затвора, што као могућност не постоји ни у случају судске рехабилитације?⁶² Чини нам се да такво проширивање домашаја кривичноправним одредбама уређене рехабилитације, када ипак нема изричите одредбе као што је раније био случај – у овим околностима ипак не би имало своје оправдање.

Помиловањем се могу укинути све или поједине прецизиране правне последице осуде. Правне последице осуде иначе наступају по сили закона који их предвиди, а могу се односити на престанак односно губитак одређених права (престанак вршења јавних функција, престанак радног односа или престанак вршења одређеног позива или занимања, губитак одређених дозвола или одобрења која се дају одлуком државних органа или органа локалне самоуправе), или на забрану њиховог стицања у периоду до десет година (осим поменутих, и забрана стицања чина војног старешине и забрана унапређења у служби). Тај вид помиловања има значајну примену у упоредној пракси, нарочито у државама у којима кривичне осуде повлаче губитак извесних грађанских права.⁶³ Помиловањем је могуће одредити и краће трајање правних последица које се односе на забрану стицања одређених права.

У литератури је спорно да ли би се помиловање могло односити на све правне последице осуде,⁶⁴ или само на оне које се одно-

⁶⁰ Д. Миладиновић (2006b), 117.

⁶¹ Вид. Закон о помиловању од 1977. године, чл. 4, и Закон о помиловању од 1994. године, чл. 5.

⁶² У том смислу Д. Миладиновић (2006b), 118.

⁶³ Вид. М. С. Love, 1191.

⁶⁴ Милић Петровић, Слободан Батрићевић, *Закон о помиловању СФРЈ и Закон о помиловању СР Србије*, Београд 1986, 4.

се на забрану стицања одређених права.⁶⁵ У сваком случају не би било прихватљиво правне последице осуде разумети у најширем могућем смислу, који би подразумевао да помиловање у овом случају има некакво ретроактивно дејство.⁶⁶ То што се лице убудуће сматра неосуђиваним не значи да извршене казне (на пример, новчана казна или конфискација имовине) осуђенику треба надокнадити.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Бачић, Ф., *Кривично право. Опћи дио*, Загреб 1986. (Ваџић, Ф., *Krivično pravo, Opći dio*, Zagreb 1986)
- Благојевић, П., *Помиловање кроз теорију и праксу*, Београд 2005. (Blagojević, P., *Pomilovanje kroz teoriju i praksu*, Beograd 2005)
- Чејовић, Б., *Кривично право општи део*, Београд 2002. (Ћејовић, В., *Krivično pravo opšti deo*, Beograd 2002)
- Ђорђевић, М. и др., *Коментар Кривичног закона СФРЈ* (ред. Н. Срзентић), Београд 1986³. (Ђорђевић, М. и др., *Komentar Krivičnog zakona SFRJ* [red. N. Srzentić], Beograd 1986³)
- Јовашевић, Д., Стевановић, З., „Место и улога помиловања у функцији сузбијања криминалитета“, *Зборник Института за криминологику и социолошку истраживања* 1–2/2008. (Jovašević, D., Stevanović, Z., „Mesto i uloga pomilovanja u funkciji suzbijanja kriminaliteta“, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* 1–2/2008)
- Јовичић, Ј., „Помиловање“, *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања. I део*, Београд 2007. (Jovičić, J., „Pomilovanje“, *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja. I deo*, Beograd 2007)
- Лазаревић, Љ., *Коментар Кривичног законика*, Београд 2011. (Lazarević, Lj., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2011)
- Love, M. C., „The Twilight of the Pardon Power“, *Journal of Criminal Law & Criminology* 2010.
- Macgill, H. C., „The Nixon Pardon: Limits on the Benign Prerogative“, *Connecticut Law Review* 1974–1975.
- Maurach R., Gössel K. H., Zipf H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2*, Heidelberg – Karlsruhe 1978⁵.

⁶⁵ Љ. Лазаревић, 417; Д. Миладиновић (2006б), 121.

⁶⁶ Тако, на пример, Ј. Таховић, 257.

- Миладиновић, Д., „Институт помиловања у светлу ресторативне правде“, *Темид* 1/2007. (Miladinović, D., „Institut pomilovanja u svetlu restorativne pravde“, *Temida* 1/2007)
- Миладиновић, Д., „Осврт на концепт помиловања у кривичном законодавству Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 2006. (Miladinović, D., „Osvrt na koncept pomilovanja u krivičnom zakonodavstvu Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 2006)
- Миладиновић, Д., *Помиловање у кривичном законодавству Србије*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Новом Саду 2006. (Miladinović, D., *Pomilovanje u krivičnom zakonodavstvu Srbije*, magistarski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu 2006)
- Moore, K. D., „Pardon for Good and Sufficient Reasons“, *University of Richmond Law Review* 1992–1993.
- Никшић, Б., „Да ли се амнестијом и помиловањем мењају судске одлуке“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 3–4/1981. (Nikšić, B., „Da li se amnestijom i pomilovanjem menjaju sudske odluke“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 3–4/1981)
- Петровић, М., Батрићевић, С., *Закон о помиловању СФРЈ и Закон о помиловању СР Србије*, Београд 1986. (Petrović, M., Batrićević, S., *Zakon o pomilovanju SFRJ i Zakon o pomilovanju SR Srbije*, Beograd 1986)
- Пихлер, С., „Прилог расправи о помиловању“, *Правни живот* 6–7/1987. (Pihler, S., „Prilog raspravi o pomilovanju“, *Pravni život* 6–7/1987)
- Schätzler, J.-G., *Handbuch des Gnadenrechts*, München 1992.
- Sebba, L., „The Pardoning Power: A World Survey“, *Journal of Criminal Law and Criminology* 1/1977.
- Срзентић, Н., Стајић А., Лазаревић Љ., *Кривично право СФРЈ*, Београд 1990. (Sržentić, N., Stajić A., Lazarević Lj., *Krivično pravo SFRJ*, Beograd 1990)
- Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, Београд 2016⁵. (Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2016⁵)
- Стојановић, З., *Кривично право. Општи део*, Београд 2015²². (Stojanović, Z., *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd 2015²²)
- Свилар, Р., „Ограничавање права на помиловање за прекршаје и привредне преступе“, *Правни живот* 2/1982. (Svilar, R., „Ograničavanje prava na pomilovanje za prekršaje i privredne prestupe“, *Pravni život* 2/1982)

- Таховић, Ј., *Коментар Кривичног законика*, Београд 1956. (Tahović, J., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 1956)
- Васић, Р., „Помиловање као инструмент корективне правде“, *Право и правда 2013*, Београд 2014. (Vasić, R., „Pomilovanje kao instrument korektivne pravde“, *Pravo i pravda 2013*, Beograd 2014)
- Weihofen, H., „The Effect of a Pardon“, *University of Pennsylvania Law Review* 1939–1940.

Igor Vuković, PhD

Associate Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

Vanja Bajović, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

CONTENT OF PARDON AND SOME DOUBTS REGARDING ITS IMPLEMENTATION

Summary

The granting of a pardon to a person who has committed a criminal offence or who has been convicted of a criminal offence is an act of mercy vested in heads of the President of Republic. According to the Criminal Code, pardon shall release a specifically named person from criminal prosecution and grant full or partial remittance of punishment, replace the pronounced penalty by a lighter penalty or suspended sentence, grant rehabilitation, order shorter duration of legal consequences of conviction or repeal particular or all legal consequences of conviction. Contrary to many comparative jurisdictions, Serbian President is vested with the power to release defendant from criminal prosecution, what is considered as a special form of pardon, so-called ‘abolition’. Although rarely implemented in the practice, such solution is strongly criticized by the author, given the fact that it is motivated more with political than with the legal reasons, and practically means intrusion of executive power in the domain of judicial branches. In the paper are further analyzed particular forms of pardon mentioned above and certain disputable issues related to them. The pardon is mainly granted in the form of partial remittance from the execution of punishment, but the question is whether such re-

mittance must be within the limits prescribed by the CC related to the mitigation of punishment? Whether is possible for the President to grant by the act of pardon execution of prison sentence at prisoner home, under certain condition? Whether is possible to substitute pronounced prison sentence with suspended sentence by an act of pardon? In addition to that, the authors also deal with issues of pardon that repeal or order shorter duration of certain security measures, grant rehabilitation or alter legal consequences of conviction.

Key words: *Pardon. – President of Republic. – Abolition. – Remittance from the Execution of Punishment*

Article history:

Received: 10. 9. 2016.

Accepted: 28. 11. 2016.

Др Горан Дајовић*

ПРАВДА И ПРАВО: НОВИ ОДГОВОРИ НА СТАРО ПИТАЊЕ

У чланку се анализира однос два концепта: концепта праведног делања и концепта права. При томе се следи увид савремених правних филозофа, и то оних с обе стране „борбене линије“ у јуриспруденцији (и позитивиста и јуснатуралиста), који сматрају да је погрешно да се тај однос своди на питање да ли је неправедно (или неморално) право право, то јест да ли је важеће право или није. Ипак, то не значи да не постоје нужне или значајне везе између правде и права које јуриспруденција треба да утврди и које ће нам помоћи да боље разумемо „наш“ правни систем и властиту социјалну праксу. Након анализе два концепта, долази се до закључка, прво, да су две кључне везе између правде (праведног делања) и права у томе да је право подобно да буде процењивано као праведно или неправедно и, друго, да право треба да остварује правду. Из те две нужне везе проистиче да право које не остварује формалну правду и процедуралну правду, концептуално гледано, не може да буде посматрано као типичан правни систем већ као „дефектно“ или изопачено право.

Кључне речи: *Правда*. – *Праведно делање*. – *Право*. – *Формална „правда“*. – *Процедурална правда*,

1. ОДНОС ПРАВДЕ И ПРАВА У ПАСИВНОМ ОФСАЈДУ ЈУРИСПРУДЕНЦИЈЕ

Пре више од три деценије, чувени јуснатуралиста Џон Финис је у свом капиталном делу *Natural Law and Natural Rights*, између осталог, утврдио да теза *Lex injusta non est lex*, која се сматра „борбеним“ слоганом јуснатуралиста и уједно њиховим решењем проблема односа правде и права није теза коју је истину заступао било

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, gorand@ius.bg.ac.rs.

који јуснатуралиста! Штавише, не само да ту тезу није нико заступао него, како то формулише Финис, „[a] theory of natural law need not have as its principal concern, either theoretical or pedagogical, the affirmation that ‘unjust laws are not law’.“¹ Другим речима, јуснатуралисти нити треба да негирају позитивност позитивног права због његове наводне неправедности нити су они то чинили.

С друге стране, две деценије касније, у другом главном табору јуриспруденције, међу позитивистима, јављају се продорни гласови који обзнањују да централна позитивистичка теза о одвојености права од морала (такозвана *separability thesis*) не само да није *централна*, већ у ствари није ни *теза*. Лесли Грин, Џон Гарднер и Андреј Мармор аргументовано и детаљно оповргавају раширено уверење да су позитивисти икада то тврдили, односно да чак ни они који то наизглед *јесу* тврдили (рецимо Харт²) нису оспоравали да постоје многе *неужне* везе између морала и права.³

Ако се замислимо над те две опсервације, долазимо до једног, најблаже речено, занимљивог закључка: обе магистралне теорије у јуриспруденцији – јуснатурализам и правни позитивизам – заступале су, свака са своје стране, по једну очигледно погрешну идеју. Али још је чудније то што нас савремени заступници тих теорија уверавају да, у ствари, обе те идеје заправо нико није озбиљно заступао! Излази да су се филозофи, а касније и јуриспруденти расправљали око два проблема која сви сматрају грешком, али која, сматрају Финис, Гарднер и Грин, заправо не постоје!? Имајући то у виду, поводом питања односа правде и права (а нешто шире и морала и права) јуриспруденција подсећа на фудбалера у пасивном офсајду. Као што љубитељи фудбала знају, такав играч је „у прекршају“, али пошто то *не утиче на игру*, онда га треба игнорисати, као да не постоји.⁴ Тако

¹ John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford 2011², 351.

² У најмању руку се за Харта може рећи да је „флертовао“ с тезом о одвојености, према се његова верзија правног позитивизма одлично држи и без те тезе (уп. Leslie Green, *The Germ of Justice*, 2010, <http://ssrn.com/abstract=1703008>, 9. јул 2016).

³ Сâм Харт је својом тезом о „праву као клици правде“ (*germ of justice thesis*) заправо тврдио да таква веза постоји и између права и правде као једне од моралних вредности (уп. Херберт Харт, *Појам права*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд 2013, 263). О томе како је он гледао на однос права, правде и моралности инструктивно говори Џон Гарднер у чланку John Gardner, „Hart on Legality, Justice, and Morality“, *University of Oxford Legal Research Paper Series* 44/2010, 1–22.

⁴ Према правилима фудбалске игре (Правило 10), „играч у *офсајд* положају се кажњава само ако се, у тренутку када је саиграч додирнуо или одиграо лопту, према мишљењу судије, *активно укључује у игру*: ометањем игре, ометањем противника, или извлачећи предност из овог положаја“ (<http://www.fsb.org.rs/sites/default/files/>

исто испада да су тезе о којима се у правној теорији расправљало и које су јуриспруденти једни другима пришивали – погрешне, али да оне у ствари *не постоје*, да их, другим речима, треба игнорисати као што судија игнорише фудбалера у пасивном офсајду.

Али чак и ако оне „не постоје“, и даље постоји проблем који те „непостојеће“ тезе наводно решавају. То је проблем односа правде и права. Овај прилог је управо покушај да се тај проблем „извуче“ из поменутог пасивног офсајда⁵, да се, другим речима, он не решава на погрешан начин и не сагледава кроз „лажне“ дилеме попут оне да ли је *важење позитивног права повезано с правдом или није*. Однос правде и права заиста као проблем *постоји* или, ако следимо наведену метафору, и те како „активно утиче на игру“ јер су правда и право (иако различити!) до те мере повезани социјални и људски феномени да ће проблем њиховог односа увек бити практички и теоријски релевантан, те се стога и јуриспруденција с њим неизбежно и изнова суочава.

Први корак у том суочавању, према мом уверењу, јесу извесна *концептуална разјашњења*. Та разјашњења ће врло јасно показати да су Финис, Грин и остали поменути аутори у праву када одбацују помињане тезе које су питање односа правде и права довеле у пасиван офсајд јуриспруденције. Тек је на основу што јасније одређених концепата правде (тачније, праведног делања) и права могуће разликовати та два феномена један од другог (а затим и од осталих „околних“ феномена и нормативних пракси), а након тога предузети и други корак и утврдити какве су природе *везе* које између њих постоје. Најпоследње, тек на основу тако утврђених веза могуће је кренути ка једној *теорији* права у којој би концепт правде имао своје достојно место.

У овом прилогу решаваће се прва два задатка, док ће се трећи (за чије решавање је предуслов да се реше претходна два) оставити или за неку другу прилику или неком другом. Из тог разлога, у првом одељку ће се изложити појам праведног делања. Затим ће се стипулирати један прототипски концепт права, описивањем типичних ка-

pravila_fudbalske_igre_1.pdf, 9. јул 2016). Ако се према мишљењу судије играч у офсајд положају активно *не* укључује у игру на један од поменутих начина, онда се, према устаљеној терминологији, такав фудбалер налази у „пасивном офсајду“ а судија га *занемарује и не досуђује прекршај*.

⁵ То „извлачење из пасивног офсајда“ је у савременој јуриспруденцији у ствари већ предузето, и то од неколико аутора (Гарднер, Грин, Волдрон), тако да овај прилог, у извесној мери, следи те подухвате. Такође, у том контексту истичем и један мастер рад на Правном факултету Универзитета у Београду, из октобра 2015, под насловом *Правда у теоријама правног позитивизма*, аутора Милоша Марковића, као хвале вредан покушај да се скрене пажња на поменуте подухвате у савременој јуриспруденцији.

рактеристика права, које се у јуриспруденцији неспорно прихватају као такве. Најзад, на основу изложених концепата, одредиће се које то концептуално нужне везе спајају правду и право, а што је неопходан предуслов да би се уопште могло кренути ка заокруженој идеји (да не кажем теорији) о праву у којој правда заузима одговарајуће место.

2. КОНЦЕПТ ПРАВЕДНОГ ДЕЛАЊА

2.1. Проблеми око дефинисања правде

Правда је сложен феномен и тешко ју је дефинисати. За то постоје најмање три разлога. Прво, правда је универзалан феномен људске егзистенције. Истраживања Жана Пијажеа показују да се интуитивно „разумевање“ правде усваја у раном детињству и да одражава, премда не сасвим јасно, једну врсту осећаја за праведно који људска бића у себи носе такорећи од рођења.⁶ И када га појединац током социјализације адекватно артикулише, тај његов урођени осећај се освешћује, понекад формирајући и конкретно схватање о праведном односно неправедном. Ипак без обзира на конкретна схватања појединаца и група о томе шта је праведно а шта не (Ролс би ова схватања назвао *концепцијама правде*⁷) имајући на уму чињеницу да је њихово прапорекло у оном урођеном осећају, не изненађује да упркос разноликости концепција правде⁸ постоји и извесна транскултурна и транстемпорална сродност концепата правде.⁹

⁶ Код деце, како је то објаснио Пијаже (уп. Jean Piaget, *The Moral Judgment of the Child*, The Free Press, 1948, 195 и даље) схватање правде је више формално, а мање суштинско, супстантивно. Ипак, већ и деца могу да развију један од два основна супстантивна прилаза правди: схватање да је правда нешто у вези са заслугама, али и схватање да је правда поглавито везана за једнак третман *свих*.

⁷ Овде, пре свега, имам на уму дистинкцију коју изводи Џон Ролс између *концепта* правде и *концепција* које су подвиге под исти концепт (уп. John Rawls, *The Concept of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge – London 1995, 5–6, 9). О стварној плодотворности те дистинкције опширније говори Волдрон (уп. Jeremy Waldron, „The Primacy of Justice“, *Legal Theory* 9/2003, 269–294).

⁸ То потврђују и компаративна правноантрополошка истраживања. „Сва друштва имају концепт правичности (fairness), али шта се има сматрати правичним (equitable) варира од друштва до друштва.“ – Laura Nader, June Starr, „Is Equity Universal?“, *Equity in the World's legal Systems: A Comparative Study* (ed. Ralph A. Newman), Établissements Émile Bruylant, Brussels 1973, 126.

⁹ Познати су експерименти које су когнитивни психолози изводили (на пример, *ultimatum game experiment*), који иду у прилог постојања универзалног људског осећаја за праведно, премда је тумачење исхода тих експеримената донекле контроверзно. О идејама о правди које превазилазе културе и епохе уп. Отфрид

Други разлог за комплексност појма правде је њен значај за људску заједницу. Проблем правде, праведности и праведног делања је у центру друштвених дебата и одлучивања. Где и како год да људи егзистирају, они с једне стране живе у друштву, међу другим људима. У свакој заједници највећи део онога што нам припада или чак и што „заслужујемо“ не бисмо добили/имали да није заједнице саме, да не постоје други људи захваљујући којима се наша добра¹⁰ стичу, увећавају и штите. Из тога, нужно, произилази потреба за сарадњом, а онда и за расподелом или разменом ствари (материјалних добара и других вредности) које заједница односно појединац „стварају“ у најширем смислу речи. Потреба за сарадњом у стварању и *расподели* добара као и потреба за *разменом* јасан је наговештај потребе за правдом. И стога се правда неизбежно и свуда појављује као правни и политички појам.

Оба споменута разлога природно доводе до трећег. Наиме, због његове свеprisутности и значаја, моралног, правног и социјалног, највећи мислиоци су још од античког доба разматрали феномен правде и извојили одговарајуће појмове о њему. Вероватно да је тај појам, уз појам слободе, највише расправљан појам моралне, политичке и правне филозофије. Постоје колоне књига и текстова посвећених правди, али не постоји сагласност ни о концепту правде, а још мање о концепцији праведности. Зато се свако *концептуално* разматрање правде (и праведног делања) суочава с једноставним питањем: одакле га започети? Којим год путем да се крене, на њему је много раскрсница, скретања и кружних токова, тако да је врло лако током „путовања“ изгубити оријентацију.

Ако се сада имају на уму сва три разлога која отежавају поимање правде, како онда у једном краћем тексту изаћи на крај с јединственом комплексношћу тако значајног феномена и доћи до релативно заокруженог појма праведног делања? Јер, без обзира на различите своје видове (етичке, правне, политичке) и специфичности сваког од њих, обично се сматра да су сви они довољно повезани да се могу обухватити једним заједничким оквиром – заједничким

Хефе, *Правда – Филозофски увод*, Академска књига, Нови Сад 2008, 11–13. С друге стране, Еренцвајг, примера ради, вели: „Ми можемо да замислимо друштво које би хтело и успело да створи право као прост рационални механизам за унапређење реда и сигурности. Али природа је била превише мудра да би се ослонила само на човеков разум и интелект, па, једнако као што му је подарила инстинкте за глад и секс, тако му је подарила и осећај за правду и моралност.“ – Albert A. Ehrenzweig, „Psychoanalytical Jurisprudence: A Common Language for Babylon“, *Columbia Law Review* 8/1965, 1353. О универзалном људском осећају за правду говоре и многи други аутори, од Роса (уп. Alf Ross, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London 1958, 268–269) до Ролса (уп. J. Rawls, 12, 19).

¹⁰ О термину „добра“ у контексту појма правде, биће више речи касније, али одмах треба јасно истаћи да нису у питању само материјална добра.

(истина сложеним) концептом правде или барем базичним концептом праведног делања.¹¹

У уводној напомени поменуо сам шта ће бити садржај овог прилога и шта ћу настојати да учиним. Из тога је јасно и шта *нећу* чинити када је реч о правди. Нећу говорити о *концепцијама* правде, о критеријумима према којима се неко понашање процењује као праведно и неправедно, о томе да ли су такви критеријуми уопште објективни или субјективни, то јест да ли су сазнатљиви или не. Другим речима, оставићу по страни питања *филозофије и епистемологије правде* и уопште питања која се тичу филозофских и епистемолошких промишљања о (моралним) вредностима уопште. Из разлога једноставности и подесности за анализу коју предузимам, у наредном пододељку фокусираћу се само на концептуализовање праведног делања.

2.2. Одређење концепта праведног делања

Управо је споменуто да правда није само правни или политички феномен. Као *универзалан* људски феномен, она је пре свега морални феномен. Чак и у заједницама које не познају правне или политичке институције, правда игра значајну улогу у животу њених чланова. Неспорно, правда је универзална морална вредност, а бити праведан значи поседовати једну моралну врлину. И обрнуто, бити неправедан значи имати једну моралну ману. Дакле, све што је праведно у исто време је и морално. Али није и обрнуто. Другим речима, правда је *само једна* у низу моралних вредности, а праведност само једна од моралних врлина, као што је и неправедност само један од моралних порока. Пошто су моралне врлине релативно трајне диспозиције карактера које се испољавају у људском понашању у одређеним *практичким ситуацијама*,¹² оне су увек усмерене ка *делању*. А оно што врли људи остварују одређеним моралним *делањем* јесте извесна морална вредност. Сходно томе, правда као морална вредност, праведност као врлина и праведно делање јесу три стране једне исте појаве.¹³

Међутим, сада се поставља кључно питање: по чему се праведност, као морална врлина, разликује од других врлина, рецимо

¹¹ Уп. David D. Raphael, *Concepts of Justice*, Clarendon Press, Oxford 2001, 2.

¹² Уп. Aristotel, *Complete Works of Aristotle* (ed. J. Burns), Princeton University Press, Sixth Printing, with Corrections, Princeton 1995, 49, 3753.

¹³ Данило Баста би овде додао и праведника јер, како он примећује, „правда, праведан чин и праведник свагда иду заједно“. – Данило Баста, „Праведност као врлина (судије)“, *Право и правда, Хрестоматија* (прир. Бојан Спаић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 28.

храбрости, умерености, дарежљивости, марљивости итд.¹⁴ Или, ако посматрамо правду првенствено као дела(ње), а не као врлину, какво *делање* можемо да квалификујемо као праведно или неправедно? Које је његово главно својство? До одговора на то питање (питања) мора се доћи корак по корак. Наиме, ако следимо највећег мислиоца кад је о правди реч, одмах можемо констатовати да је *праведно* делање делање *према другима*.¹⁵ Правда је морална вредност која се не тиче изолованих појединаца. Она је, како се то често каже, интерсубјективна или социјална вредност.¹⁶ И премда је та тврдња неспорна, она је сувише неодређена јер се у том смислу праведност не разликује од, рецимо, оданости или дарежљивости, пошто се може бити лојалан или дарежљив такође *само према некоме другом*. Треба, дакле, ићи даље у прецизирању праведног делања. И то не још један, него још неколико корака даље. Који су то кораци? Овде нам, уз већ помињаног Аристотела, у помоћ могу прискочити Цицерон и Улпијан. И један и други су, само различитим речима, изrekli врло сличну мисао која би се могла парафразирати на следећи начин: „правда значи дати свакоме његово, дати оно што му припада“.¹⁷ И ако следимо ту мисао, јасно је да „концептуализација“ појма праведног делања изискује да се прецизира *давање* као врста делања које је подобно да буде оцењено као (не)праведно. То прецизирање захтева да се испита (1) шта значи, у смислу праведног делања „дати“, затим (2) шта значи „његово“ или „оно што му припада“ и, најзад, (3) шта је „добро“ које се таквим делањем „даје“.

Најпре, треба нагласити да „давање“ у ствари није *само* давање, то јест додела добара или повластица. Реч је заправо о расподели, алокацији како повластица, права, тако и *терета или штете*. Могло би се рећи и да је то „давање“ и пожељних и непожељних „добра“, али ми се чини да је уместо речи „давање“ прикладније да се користи реч (*рас*)*подела, алокација*. Стога ће се у даљем тексту, уз израз „давање“, равноправно користити и та два израза.

Друго, није свако морално делање које подразумева радњу *расподеле* добара праведно делање или индуковано врлином праведно-

¹⁴ То питање се може и обрнути („По чему се неправедност разликује од других моралних мана какве су кукавичлук, неумереност, тврдичлук, лењост итд.?”) а да заправо трагамо за истим одговором.

¹⁵ „Праведно и неправедно увек укључује више од једног лица“. Aristotel, 3857.

¹⁶ Уп. Thomas Aquinas, *Summa Theologica*, II–II, Q 57, A1, Q 58, A1, A2, <http://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.html>, 9. јул 2016.

¹⁷ Улпијанова знаменита изрека гласи: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. – *Digestorum seu Pandectarum Liber primus*, I.10, Службени гласник, Београд 1997, 68.

сти. Често људи делају на тај начин („расподељују“ нека добра) али подстакнути врлинама дарежљивости, милосрђа или солидарности. Некад то чине из љубави или пријатељства, а некад из чисте користи. А ако се, рецимо, унутар породице помаже („даје“) немоћнима, болеснима то јесте алокација добара, али која није у вези с праведношћу него је у вези са ситуационом, моралном обавезом чланова породице да помогну својим ближњима. Према томе, *није* свака радња којом се алоцирају нека добра подесна да се оцењује као (не)праведна. Да би „давање“ као радња било подесно да се оцењује у светлу (не)праведности, алокација треба да се врши према мерилу, чија *форма* је *сразмера*. Тим „мерилом“, на крају крајева, одмерава се шта коме припада или, другим речима, само се „постојаном и трајном“ („*constans et perpetua...*“, како вели Улпијан) *применом* принципа сразмерности према којем се алоцирају предметна добра заиста сваком *даје његово*. Да се поново позovem на Аристотела: „[Праведан човек дела тако] да када расподељује између себе и другог или између друга два човека не дела тако да себи даје више а другоме мање онога што сматра пожељним (и обрнуто када је реч о ономе што је штетно), него и себи и другом даје једнако у складу са *сразмером* (*пропорцијом*), а исто тако и када су у питању друга два лица. Неправда је... оно што је у супротности са *сразмером*...“¹⁸ Стога је праведно да, примера ради, одштета буде сразмерна причињеној штети, казна почињеном злочину, пореска обавеза у сразмери с економском моћи, а оцена на испиту у сразмери с показаним знањем.

Најзад, остаје да се одговори на последње, треће питање: какво је то „добро“ које се праведним делањем „даје“? Како вели Ролс, „[T]he concept of justice applies whenever there is an allotment of something rationally regarded as *advantageous* or *disadvantageous*“.¹⁹ А према Аристотеловом мишљењу, ствари које могу бити вредне (од којих имамо корист или ако их немамо, онда имамо штету) јесу оне које су потребне – потреба је дакле мерило вредности „добра“²⁰ које

¹⁸ Aristotel, 3843. Истини за вољу, сам Аристотел је био склон да о праведном говори *и* као о ономе што је у складу с *једнакошћу*, али је очигледно сматрао да је, у контексту правде, делање према начелу једнакости заправо делање које је у складу с пропорцијом, сразмером, јер он каже да је „праведно пропорционално (сразмерно) а неправедно оно што се огрешује о пропорцију“ (с тим што та пропорција може бити геометријска или аритметичка).

¹⁹ J. Rawls, 8.

²⁰ Аристотел полази, пре свега, од потреба које су индивидуалне, то јест субјективно одређене. С друге стране, Џон Ролс као критеријум за одређење да ли је нешто *расподељиво* „добро“ узима апстрактну рационалност. Најзад, као критеријум „потребности“ односно „расподељивости“ неког добра може се, као што то чини Волцер, узети његова социјална прихваћеност односно друштвено разумевање неког добра као „потребног“. – M. Walzer, *Spheres of Justice – A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, New York 1983, 8–9. Имајући на уму да је правда, како је

је подобно да буде предмет алокације према принципу сразмерности. Осим тога, јасно је да „добро“ о којем је реч мора бити на неки начин (из)мерљиво, будући да се праведним делањем оно расподељује према некој пропорцији. Оно што није мерљиво, што нема *меру*, не може да има ни *сраз-меру*. Уз те две одлике „добра“ које се расподељује, у филозофији и јуриспруденцији се још помињу и оскудност²¹ и ограниченост (у смислу коначности броја расподељујућих добара²²), али будући да та својства немају пресудни значај за однос правде и права, колико прва два, о питању да ли су она заиста *својства* или нису неће се на овом месту дискутовати.

Из свега што је до сада речено произилази својеврсна дефиниција праведног делања. Да би једно делање било подесно да се оцењује у светлу (не)правде као моралне вредности, оно мора да буде предузето тако да делатник *алоцира (даје или узима) добра*²³ *на основу алокативног мерила чија форма је сразмерност*. Уз такву дефиницију нужна су два кратка појашњења. Прво, где год се (у наредном тексту) говори о праведном делању, не говори се о делању као *праведном по себи*. То што се једна врста практичког делања назива „праведним“ само је елиптичан израз за делање које је подесно, подобно да уопште буде (процењивано као) праведно или неправедно. И друго, према стипулираној дефиницији, делатник који у *конкретној* ситуацији алоцира добра према алокационом принципу сразмерности дела праведно (или неправедно). То значи да за праведно делање није нужно да се дела према неком општем начелу праведности (према некој општој норми) већ делатник може казуистички, од случаја до случаја, узимајући у обзир све конкретне околности, да даје „свакоме његово“.²⁴ Ипак, праведност као „постојана и трајна тежња да се свакоме даје његово“ *у свакој ситуацији* води ка томе да праведни делатник често успостави неки супстантивни

напоменуто, интерсубјективна, социјална вредност, ово последње схватање је и најплаузибилније. Ипак, пошто то питање нема пресудни значај за тему прилога, нећемо се њиме подробније бавити.

²¹ Уп. О. Хефе, 26–27.

²² Уп. John Gardner, „The Virtue of Justice and the Character of Law“, *Current Legal Problems* 53/2000 (eds. M. D. A. Freeman, A. D. E. Lewis), Oxford University Press, Oxford, 167.

²³ „Добро“ у смислу како је то управо описано.

²⁴ Управо таква дефиниција праведног делања дозвољава да се разуме и Аристотелов појам правичности као „правде појединачног случаја“, као корекције позитивног закона. Јер, уколико би се праведно делање дефинисало *искључиво* као делање на основу неког постојаног општег алокативног правила (што се касније у тексту назива формалном „правдом“), онда би нам било неразумљиво зашто је Аристотел сматрао да су „правично и праведно једно исто“ и чак да је „правично ипак боље [него праведно]“. – Aristotel, 3855.

општи критеријум, норму праведног делања, коју ће следити како би у свим истим случајевима поступао исто и тако свима који су исти дао оно што им припада. То има посебан значај, како ће се показати касније, за однос праведног делања и права.

2.3. „Врсте“ правде

Током векова, уз умножавање текстова и књига о правди, умножавале су се и различите типологије правде. Тако се од Аристотела преко Томе Аквинског па до савремених аутора говорило о различитим врстама правде, расправљало се о томе да ли су оне адекватно дефинисане, да ли су уопште подводиве под један заједнички концепт правде итд.²⁵ Већ Платон и Аристотел термином „правда“ означавају разнородне ствари, од потпуне врлине до примене позитивних закона („законска“ правда). Аристотел уводи и појмове као што су „дистрибутивна“ и „корективна“ правда, који ће опстати до данас, а потоњи филозофи и правници ће нас „обогатити“ и божанском, комутативном, ретрибутивном, социјалном, политичком, институционалном, природном и процедуралном правдом. У овом прилогу нема ни простора ни потребе да се разматрају све „врсте“ правде већ ће бити представљена једна типологија правде која је заснована на управо предложеној дефиницији (не)праведног делања и на различитим „облицима“ тог делања које оно има у различитим типовима правде. Типологија која ће бити представљена има искључиво хеуристичку вредност јер јој је сврха боље разумевање везе између концепта правде и концепта права.

2.3.1. Дистрибутивна правда

Дистрибутивна правда постоји када се применом алокационог принципа сразмерности деле бенефиције и терети које су исход живота у заједници. Њоме се бави држава када грађанима додељује нека права и слободе (као што је право гласа или слобода вероисповести) или када помоћу прикупљеног пореза помаже привредне субјекте који не би самостално опстали на тржишту или грађане који су социјално угрожени. Држава, дакако, не расподељује само повластице него и терете, попут пореза или војне обавезе, тако да и том приликом може да се говори о (не)праведном опорезивању или (не)праведно распоређеном терету одбране земље.

Према Аристотеловом схватању дистрибутивне правде, њена форма је увек *геометријска* пропорција, а њена *садржина* је заслу-

²⁵ Уп. Stephen Perry, „On the Relationship between Corrective and Distributive Justice“, *Oxford Essays in Jurisprudence* (ed. Jeremy Horder), 4th series, OUP, Oxford 2000, 237–264.

га – она се увек односи на расподелу која је сразмерна *заслузи*.²⁶ Дакле, речи из темељног поклича правде „дати свакоме што му припада“ заправо значе „дати свакоме оно што заслужује“! Заслужено је, примера ради, да најбољи студент добије студентску стипендију, да највреднији радник буде унапређен, да најхрабрији војник прими орден. Такво аристотеловско схватање супстантивног мерила алокације (расподела према заслуги) постоји, наравно, и данас. Међутим, ново доба је донело и неке друге принципе – једнаку алокацију свима, односно алокацију према *потребама*,²⁷ алокацију према способностима или алокацију према учинку.²⁸

Као што се види, схватање *супстантивног* мерила дистрибутивне правде се мењало. Поједини аутори чак сматрају да је то довело до промене у сâмом концепту дистрибутивне правде, а не само у њеној *концепцији*.²⁹ Чини се, ипак, да и данашње и некадашње разумевање критеријума према којем се терети и повластице деле може да се подведе под исти формални алокативни принцип правде (мерило сразмерности), а о томе сведочи и чињеница да се у модерно доба воде веома жустре полемике управо поводом критеријума дистрибутивне правде, у којима сами учесници препознају и прихватају да не полемичу пре свега о форми дистрибутивне правде него о критеријумима на основу којих се оцењује ваљаност супстантивног мерила правде.

2.3.2. *Корективна правда*

Праведно делање, показано је, пре свега значи „дати свакоме његово“. Општи алокативни принцип правде је да појединци имају своје место релативне (не)једнакости у односу на то шта им (не) припада у једној заједници. Међутим, тај принцип се не примењује само у ситуацијама када појединци на основу њега добијају оно што им припада (или им се, респективно, нешто узима). Он је увек актуелан и када је постојећа равнотежа нарушена, то јест када се иде за тим да се нарушена равнотежа поново успостави. Стога је увек и свуда један од примарних захтева правде да се другоме не наноси зло, бол, увреда или штета, да му се у ширем смислу речи не „узима“ оно што му припада. Или, како то вели Улпијан у својој другој формулацији налога праведног поступања, да се „другоме не шкоди“ (*neminum laedere*).

²⁶ Aristotel, 3835.

²⁷ D. D. Raphael, 5; Samuel Fleischacker, *Short history of distributive justice*, Harvard University Press, Cambridge – London 2004, 2.

²⁸ Уп. А. Ross, 269–272.

²⁹ Уп. S. Fleischacker, 15.

Уколико се ипак догоди да се таква равнотежа поремети, оно што према алокативном принципу праведног размештаја „припада“ појединцу који прекши своје обећање или не изврши уговор или на други начин нанесе штету другоме јесте да он ту штету надокнади, да се коригује нарушена равнотежа и да се тако алокативни принцип правде примени у виду *аритметичке пропорције*.³⁰

Треба нагласити да је и корективна правда, баш као и дистрибутивна, заснована на извесним супстантивним принципима који дају одговор на питање ко одговара за учињену штету, како и због чега. Штавише, у савременом одштетном праву воде се веома „вруће“ расправе о томе шта би требало да буде сврха накнаде причињене штете и у којој мери и ко је тај који би требало штету да надокнади. Док једни заступају принцип да корективна правда захтева да штету увек и потпуно надокнади онај ко је за њу *крив*, други не обраћају пажњу толико на кривицу штетника, колико на последице настале штете и на то да те последице буду отклоњене а да се у будућности причињавање штете сведе на минимум, док трећи посматрају штету и њену накнаду као вид (ре)дистрибуције добара који треба да послужи циљевима неке концепције дистрибутивне правде.

2.3.3. Процедурална правда

Да би се правда из претходне две „инкарнације“ оваплотила у стварном животу, то јест да би се донела конкретна одлука поводом дистрибуције терета или повластица у *конкретном* случају или да би се кориговала нанета штета, често одлучилац треба претходно да спроведе одређени поступак како би дошао до исправне одлуке.

Будући да се таква процедура појављује у контексту дистрибуције терета/повластица, као и приликом примене корективне правде (код које, такође, постоји одређена, алокационим принципом правде, спроведена „редистрибуција“), уобичајило се да се о правилима такве процедуре говори као о правилима процедуралне правде. Иако се та правила тичу *процедуре* или начина долажења до (праведне) одлуке, а не и *садржине* саме одлуке, она се ипак тичу доношења одлуке *која је подобна да буде праведна односно неправедна*, те се, према томе, правила такве процедуре могу назвати процедуралном правдом.

Међутим, постоји значајнији разлог због којег одређена процедурална правила можемо сврстати у посебан тип правде. Наиме, често нека правила поступка могу бити оцењивана као (не)праведна, будући да су она сама по себи алокативна јер алоцирају права и обавезе учесника у разним врстама поступака и то, када је у питању

³⁰ Aristotel, 3836–3839.

решавање спорова, имајући у виду принцип једнакости страна у поступку. И уколико се због тог разлога правила процедуре посматрају као (не)праведна, онда је јасно да не спадају *сва* процедурална правила под процедуралну правду, већ само она која према алокативном принципу једнакости алоцирају права и обавезе учесницима у поступку доношења оне врсте одлука које су подобне да се оцењују као (не)праведне. Тако, примера ради, постоји читав низ принципа које судска процедура мора да садржи да би и сама по себи била фер и праведна. Ти су принципи установљени општим нормама којима се утврђују процесна права странака у спору. Чим једно правило процедуре обе стране третира као равноправне, додељујући им процесна права која ту равноправност пред судом треба да гарантују, можемо рећи да је оно (процедурално) праведно. Неки од тих принципа су на најдиректнији начин надахнути алокативним принципом правде, попут принципа *audiatur et altera pars* или *nemo est iudex in causa sua* или омогућавања правне помоћи неугој и сиромашној странци или „претпоставка невиности“ итд. Такви процедурални стандарди свуда се сматрају захтевима правде³¹ јер се увиђа да правда и неправда могу да постоје не само у коначној одлуци него и у поступку који претходи доношењу одлуке. Ипак, не треба сметнути с ума да примена и најправеднијих процедуралних правила не гарантује праведан исход, то јест коначну одлуку која је супстантивно праведна.

2.3.4. Формална правда

Најзад, на овом месту треба рећи неколико речи о још једној (наводној) врсти правде – *формалној* правди. Ово нарочито стога што на њој инсистирају управо правници и правни теоретичари.³² Обично се каже да се формална правда препознаје у свакој ситуацији у којој се *постојано и непристрасно* примењују законске и друге опште правне норме независно од околности да ли су те норме супстантивно праведне или не. Стога поборници идеје формалне „правде“ сматрају да минимум праведне примене права налаже да се одлука заснива на општем правилу, а не на самовољи, хиру или предрасудама доносилаца одлука. Они свој став заснивају на формули која, наводно, представља принцип праведности да „с једнаким случајевима треба поступати једнако, а с неједнаким неједнако у мери у којој су неједнаки“.³³ Дакле, сумарно говорећи, теза о такозваној формалној правди почива на три стуба: први је да

³¹ У англосаксонској правној култури правила процедуралне правде називају се још и начелима природне правде (*natural justice*) (уп. Х. Харт, 218).

³² Међу њима, Дејвид Лајонс нарочито истиче Келзена, Роса, Перелмана и Харта (уп. David Lyons, „On Formal Justice“, *Cornell Law Review* 58, 3/1973, 833).

³³ Х. Харт, 217.

она постоји када се опште правно правило постојано примењује, други је да се то правило примењује непристрасно и трећи да начело „једнаке третирај једнако...“ јесте основно формално начело правде и да се оно у праву остварује када се примењује формална правда.³⁴

Међутим, идеја о формалној правди подвргнута је критикама с неколико страна.³⁵ И стога што ми се оне чине оправданим, формалну правду сам назвао „наводном“ и такозваном. Наиме, формална „правда“ заправо није врста *правде*, коју треба сврстати уз поменуте (и друге непоменуте) врсте правде. Први разлог за то је што ниједан од стубова који су у темељу идеје о формалној правди није сводив на описани алокативни принцип правде.³⁶ Наравно, то не значи да сваки од њих није у некој вези с тим принципом. Тако, примера ради, алокациони принцип сразмерности не поклапа се већ се само понекад *преклапа* с принципом „једнаке третирај једнако...“. Наиме, уколико тај принцип значи униформно третирање истих случајева према алокационом принципу сразмерности, онда се два принципа преклапају. Али принцип „једнаке третирај једнако...“ не примењује се само на *праведно делање* већ и на друге видове практичког делања. Примера ради, ако васпитавам своју ћерку тако што тражим од ње да не разговара с непознатим људима, уистину тражим да поступа „једнако у једнаким ситуацијама“, то јест с једнаким људима (с непознатима) једнако, али не може се рећи да тражим од ње да с њима поступа праведно јер у таквој ситуацији не постоји радња расподеле у складу с алокационим принципом правде.

Осим тог, постоји један још важнији разлог због којег се формална правда не може називати *правдом*. Реч је о следећем. Делатник који тежи правди такође тежи да његово праведно делање буде постојано, а то значи нужно и униформно у истим или сличним случајевима. Стога такав делатник³⁷ настоји да своје делање, пре или касније, заснује на општем правилу које ће му омогућити да на једноставнији начин него казуистичким одлучивањем праведно дела и да у свим *истим* случајевима доноси исте одлуке. У том смислу, принцип формалне „правде“ може да се примењује код било које врсте правде. И тај принцип је задовољен, баш као што је то и Харт уочио, увек када постоји неко *опште* правило којим се алоцирају терети и повластице и када се оно доследно и непристрасно примењује.³⁸

³⁴ Уп. D. Lyons, 848.

³⁵ Уп. *ibid.*, 848–858; J. Gardner, 163–168.

³⁶ Ти принципи, такође, нису ни сводиви један на други, али нема ни простора ни потребе да се о томе на овом месту детаљније говори.

³⁷ А поготово правни званичник из разлога због којих је право заиста право, о којима ће више речи бити у наредном одељку.

³⁸ С тим што је он погрешно сматрао да право, баш због тога што се састоји од општих правила (наравно, под условом да се та правила постојано и једнако

Међутим, да ли ће исход те примене бити *праведан* или *неправедан*, не зависи само од *примене* општег правила у конкретном случају већ од тога да ли је сâмо правило *супстантивно* праведно односно морално. Уколико се доследно и непристрасно примењују правила која, примера ради, дискриминишу жене, црнце или хомосексуалце, коначна одлука ће бити супстантивно неправедна. Из тог разлога, формална правда није никаква правда већ само *форма* коју (не)праведна алокација у *праву* најчешће задобија.³⁹ И утолико је она, барем када је реч о праву, нужан али не и довољан услов за праведно поступање. Заправо, будући да је она форма алокативног принципа правде у праву, да бисмо неко правно делање уопште могли да процењујемо као (не)праведно, оно мора да буде делање у тој форми. Међутим, овим задњим тврдњама већ сам на неки начин закорачио у тему следећег одељка јер, говорећи о томе шта је *форма* (не)праведне алокације у праву, говори се заправо о самом концепту права. У том смислу, о тој форми као и о другим карактеристикама савременог правног система биће више речи у редовима који следе.

3. ОДРЕЂЕЊЕ КОНЦЕПТА ПРАВА

Поменуто је на самом почетку како се осећај за правду сматра такорећи урођеним, а како се рудиментарне представе о правди стичу већ у раном детињству. За разлику од правде, представа о томе шта је право стиче се много касније. И то сведочи о извесној артифицијелности феномена права у односу на правду. Упркос томе, образован човек разуме да савремено право има одређене карактеристике⁴⁰ и такво (само)разумевање сопствене социјалне нормативне праксе коју називамо правом може бити полазна тачка у одређењу концепта права. Међутим, од те полазне тачке јуриспруденција је стигла до веома различитих схватања о појму права. У том мноштву схватања, издваја се једно језгро, један збир карактеристика, које се додуше не могу сматрати нужним и довољним да бисмо право појмили у смислу класичне дефиниције, али се могу сврстати у ка-

примењују на све на које се односе), садржи „клицу *правде*“. Општа правила једноставно не садрже клицу правде јер формална „*правда*“ коју наводно применом општих правила постижемо није уопште *правда*, будући да формално „*праведна*“ одлука може бити веома неправедна у супстантивном смислу.

³⁹ „Ваљани принципи правде, баш као и они који нису ваљани [...] имају исту особену форму. Утврђујући само ту форму, Аристотел тиме није покушао да разликује праведно од неправедног“. – J. Gardner, 160.

⁴⁰ Рецимо, да садржи правила која забрањују или наређују извештан начин понашања под претњом казне, као и правила која захтевају да људи надокнаде другима штету, те да постоје законодавци која та правила стварају и мењају као и судови који решавају спорове у вези с применом тих правила (уп. X. Харт, 61).

рактеристике које поседује типични правни поредак. Стипулирање једне такве прототипске дефиниције концепта права⁴¹ биће сасвим довољно за сврхе овог прилога.

Према једној од таквих дефиниција, наводи се да су три типичне (и најзначајније) карактеристике права институционалност, нормативност и принудност.⁴² Институционалност права у најкраћем значи да су стварање, промена и примена права у најтешњој вези с институцијама, то јест да право доноси, мењају и примењују одређене институције. Те институције, барем у модерно доба, обухватају неку врсту законодавних институција, као и судских и административних институција задужених за решавање спорова и примену права. Разлика између те две врсте институција, између осталог, јесте у томе што прве делују проспективно, њихове одлуке се по правилу односе на будуће догађаје, док друге делују и одлучују о постојећим или већ свршеним догађајима и односима. Друга битна разлика је у томе што су одлуке прве врсте институција општег карактера (то су општа правила), док друге доноси појединачне одлуке у односу на појединачна лица. Осим тога, имајући на уму тему овог прилога, није наодмет поменути да и у другој групи институција постоје специфичности које издвајају правосуђе у односу на остале институције које примењују право (управу, агенције итд.). Наиме, правосуђе увек делује када (већ) постоји *спор* у којем су увек укључене две (конкретне) стране, а трећа, непристрасна страна (суд) тај спор по правилу решава на основу унапред познатих општих норми, а на основу чињеница и аргумената које су обе стране изнеле пред њу током поступка решавања спора.⁴³

Надаље, право је нормативно јер путем општих норми које се практикују и које представљају специфичну врсту разлога за поступање усмерава понашање сопствених адресата⁴⁴ и утиче конклузивно на одлуке у споровима који се у друштву појављују.⁴⁵ Од-

⁴¹ О прототипским дефиницијама уопште као и о дефинисању права на тај начин уп. Радмила Васић, Миоџаг Јовановић, Горан Дајовић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 8–27.

⁴² Уп. Joseph Raz, *The Concept of Legal System*, Clarendon Press, Oxford 1975, 168.

⁴³ Уп. Martin Golding, *Philosophy of Law*, Prentice-Hall, Upper Saddle River, 1974, 108–112.

⁴⁴ Ради прецизности, треба додати да „усмерава понашање“ барем неких адресата. Ако никог другог, а оно правних званичника.

⁴⁵ Како је то истакао Харт: „Мислим да је потпуно узалудно тражити било какву даљу специфичну сврху којој право као такво служи, него што је пружање смерница за понашање људи и *стандарда* (нагласио Г. Д.) за критику таквог понашања.“ – Х. Харт, 303. Раз, као и Харт сматра да је главна функција права да обезбеди „јавно доступне стандарде за усмеравање понашања“. – J. Raz, *The Authori-*

луке у тим споровима се, дакле, доносе на основу постојећих општих норми, чије постојање се утврђује призивом на неки социјални факт. И чак и када се у појединим правним ситемима одлука која би била сматрана правном донесе без ослањања на постојећа правила (казуистички), разлог који је до ње довео постаје опште правило за све наредне сличне случајеве (систем прецедената). Дакле, ни казуистичко одлучивање не лебди у правном вакууму. И оно се руководи принципима, разлозима за и против неке одлуке у појединачном случају.⁴⁶ Али, што је још важније, таквим одлукама се ствара право, у смислу опште, унапред познате норме, која усмерава наше радње и која ће се примењивати на будуће сличне случајеве.

Најзад, у оба своја аспекта (и институционалном и нормативном) типичан правни поредак је и принудан. То значи да је (1) право везано за институције које поседују моћ принуде (пре свега, физичке) и да (2) садржи норме којима се регулише употреба принуде и норме којима се регулишу принудно спроводиве санкције за кршење правних норми.

Осим поменутих типичних карактеристика права, треба додати још једну уобичајену карактеристику која произилази из претходних а која је значајна за тему овог прилога. Наиме, право као институционализовани нормативни принудни систем сматра се потенцијално *свеобухватним*.⁴⁷ Шта то значи? Сфере понашања које (и принудним) нормама регулишу неке друге институције (на пример, црква или спортске асоцијације) ограничене су на сасвим одређене делатности и понашања (на пример, однос према Богу или правила спортске игре и пропозиције такмичења). Право не „познаје“ таква ограничења. Према томе, оно барем хипотетички јесте *свеобухватан* систем норми. Кажем „хипотетички“ јер правни поредак у стварности никад не регулише *све* друштвене односе. Међутим, сматра се неспорним да право *извесне* односе увек регулише. Предмет правног регулисања *увек и свуда* су односи који се у једној заједници сматрају *важним*.⁴⁸ Харт је чак сматрао да у том смислу постоји један минимум типичних односа који се у *свакој* заједници сматрао важним и

ty of Law, Clarendon Press, Oxford 1979, 50–51. Мерју Кремер истиче како „практично сваки правни позитивист... приписује праву функцију да усмерава понашање“. – Matthew Kramer, *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, Oxford 2005, 6. Али такав став није идиосинкразија правног позитивизма. И Тома Аквински каже нешто слично када констатује да је „закон правило и мера људског деловања“. – Т. Aquinas, II–I, Q90, A1.

⁴⁶ Уп. Cass Sunstein, „Problems with Rules“, *California Law Review* 83/1995, 956–958.

⁴⁷ Уп. Р. Васић, М. Јовановић, Г. Дајовић, 16–17.

⁴⁸ Уп. L. Green (2010), 17.

да регулисање тих односа спада у минималан садржај сваког права.⁴⁹ Било то тачно или не, битно је имати на уму да право као институционални нормативни систем увек уређује *важне* друштвене односе.

На крају одељка о концепту права треба додати једну напомену, као уводну за наредни. Поимању права према оваквој прототипској дефиницији често се придодаје још један елемент – *правда*. Не залазећи у детаље дуговечне дебате о томе да ли је правда *необходно* својство (концепта) права или није, данас и с једне и с друге стране линије поделе поводом тог питања на јуснатуралисте и позитивисте постоје аутори чији се ставови готово не разликују, без обзира на то с које стране те линије да се налазе.⁵⁰ У том смислу, подсетићу на оно што је на самом почетку већ речено: данашњи јуснатуралисти прихватају да право може бити право чак и ако је неправедно, премда такво право не сматрају централним или жаришним случајем права⁵¹, док савремени позитивисти јасно истичу да између права и морала *постоје* неке везе, а да је једна од њих да је право *погодно* да буде процењивано у светлу (не)праведности као моралне вредности.⁵² У наредном одељку ће се показати не само да таква веза постоји, већ и да она имплицира постојање неких других важних веза између правде и права.

4. ОДНОС ИЗМЕЂУ ДВА КОНЦЕПТА – ПОСТОЈИ ЛИ КОНЦЕПТУАЛНА ВЕЗА ПРАВДЕ И ПРАВА?

Баш као што свако практичко делање, да би било подесно да се процењује као (не)праведно, мора да буде у форми праведног делања како је оно стипулирано у првом одељку, тако и делање правних институција, да бисмо уопште могли да говоримо о *вези* правде и права, мора да буде у једној од форми тог делања. Према томе, треба испитати *да ли* и *како* правне институције о којима сам управо говорио у свом делању примењују алокативни принцип сразмерности.

⁴⁹ Уп. Х. Харт, 251–257.

⁵⁰ А то нам потврђује да су у праву аутори који говоре да можда та јасна линија данас више уопште не постоји или барем да више није „Берлински зид“ јуриспруденције, који се тешко прелази.

⁵¹ Многи савремени јуснатуралисти следе такво схватање, које је осамдесетих година прошлог века уобличио Џон Финис.

⁵² Такво схватање на најупечатљивији начин у модерној јуриспруденцији изнео је Лесли Грин (уп. L. Green, „Positivism and the Inseparability of Laws and Morals“, *New York University Law Review* 83/2008, 1047–1054). Али већина истакнутих позитивиста (почев од Раза, па до Коулмена, али и помињаних Гарднера и Мармора), на овај или онај начин, налази многе везе између права и морала па и ову о којој говори Грин.

У претходном одељку споменуто је да постоје две главне врсте правних институција: прве које се углавном баве апстрактним регулисањем друштвених односа путем општих норми и друге које одлучују на основу тих општих норми у постојећим или већ свршеним ситуацијама, дакле, *ex post*. У савременој држави један од главних задатака прве врсте институција (законодавца) јесте да између припадника заједнице на апстрактан начин расподељује друштвена добра и терете, права и обавезе. Другим речима, да путем закона формулише супстантивне принципе дистрибутивне правде. Имајући на уму стипулативну дефиницију праведног делања, одлуке законодавних институција могу се процењивати као посредно (не)праведне само под условом да (1) алоцирају сразмерно (2) извесну врсту добара. То значи да није сваки могући закон подесан да се процењује у светлу (не)правде⁵³ већ само онај чији је циљ да осигура или утврди извесну расподелу терета и повластица међу појединцима путем алокативног принципа сразмерности, с тим што мора да буде реч о „важним“, „потребним“⁵⁴ добрима, што је, подсетићу, услов који правни поредак у начелу испуњава, будући да се правом увек и свуда регулишу и *важни* друштвени односи.

Осим законодавца, још једна правна институција игра важну улогу, у ствари и важнију, у остваривању правде – суд. Чак се може утврдити да је суд правна институција која је концептуално везана за праведно делање. Наиме, за разлику од одлука законодавца, које представљају праведно делање на посредан, апстрактан начин, судови *праведно делају* непосредно, у конкретном случају. Осим тога, одлуке законодавца *нису увек* у форми алокативног принципа правде (за примере вид. фусногу 53), док, с друге стране, суд *увек* својом одлуком решава ко треба шта да добије (изгуби) и по ком основу, то јест увек *расподељује* терет (изгубљен спор) или „повластицу“ (добијен спор) на основу алокативног принципа сразмерности.⁵⁵ И то не важи само за одлуке којима се спроводи корективна правда већ и за оне које се тичу спорова поводом општих *норми које не алоцирају* терете и повластице. Јер чак и они закони који имају неки други циљ а не сразмерну алокацију терета или повластица или корекцију неправде, могу бити разлог за спор који долази пред суд.⁵⁶

⁵³ Велики број општих законских норми нема за свој предмет било какву алокацију добара или алокацију „важних“ добара. Примера ради, норме које служе да координирају понашања појединаца не служе превасходно алокацији. С друге стране, неке норме могу да алоцирају извесна добра, али не на основу алокативног принципа правде, као што су норме које прописују одређене церемоније, процедуралне норме које следе ефикасност или опортунитет као алокативне принципе или норме које следе принцип корисности.

⁵⁴ „Потребним“, имајући на уму оно што је речено у фусноти 20.

⁵⁵ Уп. L. Green (2008), 1050 и даље; J. Gardner, 171, 174, 184.

⁵⁶ Када се, примера ради, пропише да се у градски аутобус улази на предња а излази на задња врата, тиме се на путнике не расподељује никакав „важан“ терет

Према томе, без обзира на то да ли је реч о апстрактној, посредној правди (правди законодавца) или непосредној, делујућој правди (правди судова), која је још значајнија јер одиста представља праведно *делање*, право је дефинитивно институционални артефакт који је, како је то већ споменуто, „подесан да се испитује и процењује у светлу правде“ („justice-art“). То је нужна веза правде и права. Али то је и *значајна* веза, будући да, прво, није свака људска творевина „justice-art“ и друго, право као такво је превасходно подобно да се оцењује у светлу правде, али не и у светлу већине других моралних вредности (скоро никада нећемо право оцењивати као храбро, одано, искрено итд.). Та веза проистиче, да поновим, из чињенице да правне институције у типичном правном поретку доносе одлуке које се могу процењивати као (не)праведне јер испуњавају услов из дефиниције делања које (можемо да) назовемо (не)праведним. Такође, из те концептуално нужне везе произилази друга важна веза права и правде. Наиме, право *треба да* остварује правду.⁵⁷ Јер све што може бити (процењивано као) праведно или неправедно, треба да буде праведно⁵⁸, баш као што и свако делање које може да буде морално исправно и треба да буде морално исправно.⁵⁹

или повластица (јер се може прописати и обрнут начин уласка/изласка у аутобус) већ се само координира њихово понашање које се без такве ауторитативне координације може теже практиковати. Ипак, у случају прекршаја те одредбе настаје спор и тада ће се прекршиоцу алоцирати изванредан терет (казна), која обично неће бити казна дугогодишњег затвора или милионска новчана казна, већ казна *сразмерна* учињеном прекршају.

⁵⁷ „[T]he mere fact that law has a certain form and remains true to it can't ensure that it is in any way just. But maybe it *can* explain, all the same, why law is the kind of thing that *ought* to be just. Maybe the form of law matches the form of justice (or one of the forms of justice) and that is why law necessarily holds itself out for evaluation specifically in the dimension of justice and injustice. Whatever takes justice's form, you may say, stands or falls by justice's lights, for necessarily – by its very form – it purports to be just.“ – J. Gardner, 163–164. У сличном смислу изјашњава се и Волдрон: „[L]aw does not present itself to us as an arbitrary array of decrees and regulations any more than science presents itself as a set of idle assertions. A legal system presents itself as having a commitment to justice from start to finish [...] you cannot begin to understand the legal system without recognizing that it presents itself as having this aspiration, any more than you can understand what scientists are doing apart from their professed aim of verisimilitude.“ – J. Waldron, 273.

⁵⁸ Да ли је то *прва* функција права, да парафразирам Ролса, то јест да ли она треба да ужива примат над осталим функцијама, односно да ли правда као вредност треба да буде изнад осталих вредности које право треба да остварује, није питање на које је нужно претходно одговорити да би се одговорило на питање да ли право треба да има функцију да остварује правду. Јер, да ли право треба да има и неке друге функције и ако треба, да ли је ова која се тиче правде примарна, не утиче на аргумент на основу којег се дошло до тога да право треба да има и ову функцију.

⁵⁹ Уп. J. Gardner, 151.

Међутим, када се констатује да је право „justice-apt“, те да треба да има функцију да остварује правду, какве то концептуалне консеквенце носи када је у питању однос права и *појединих* „*типова*“ правде? Директан одговор гласи: прво својство да је право „justice-apt“ има везе с такозваном формалном „правдом“, а друга карактеристика да право треба да има функцију да остварује правду у вези је с процедуралном правдом. Али шта је с дистрибутивном и корективном правдом?

Како је на одговарајућим местима већ објашњено, истинску праведност дистрибутивне и корективне правде одређује *садржина* а не *форма* алокативног принципа правде. То што и праведни и неправедни закони имају исту форму указује само на то да одлуке законодавца којима се постављају правила дистрибутивне и корективне правде могу бити процењиване и као праведне и као неправедне. Многи аутори сматрају да историјска контингентност и концептуална „неухватљивост“ критеријума дистрибутивне правде (а *mutatis mutandis* то важи и за критеријуме корективне правде) не допушта да *правду као такву* дефинишемо помоћу „супстантивних“ елемената, а самим тим и онемогућава да се *на нивоу концепта* дистрибутивне и корективне правде, *као таквих*, успоставе нужне везе између појма правде и појма права.

Међутим, независно од тога да ли је такво гледиште исправно, постоји други разлог који „спречава“ директну концептуалну везу на нивоу супстантивних принципа дистрибутивне и корективне правде и права, који би постојао чак и ако био овај претходни отпао. Примера ради, он би постојао чак и ако бисмо прихватили да је нужан елемент концепта правде, рецимо, принцип који се учестало истиче као основни супстантивни принцип дистрибутивне правде: „слобода и право једног условљена је истим таквим слободама и правима свих других“. ⁶⁰ У чему се састоји тај разлог?

Ако је полазна тачка у сваком разматрању о правди и праведном *делању* слоган „дати свакоме оно што је његово“, онда правда не може да постоји ако се заиста не *даје* свакоме његово, макар обзнањена општа правила сразмерне алокације била неспорно *супстантивно* праведна. Нема правде без праведног *делања*, а то значи без *примене* алокативног принципа сразмерности на појединце. Другим речима, да би правда постојала, неопходно је да се у стварности *непристрасно примењују* општа правна правила која алоцирају добра према принципу праведности. Из тога је већ на први поглед видљиво да су у том смислу од кључног значаја друге две врсте правде из типологије која је представљена у одељку 1.3, то јест процедурална и формална правда.

⁶⁰ У овој или оној форми, тај принцип помињу Русо, Кант, Хабермас, Ролс и многи други истакнути мислиоци.

Наиме, да би се задатак „примене“ правде заиста обавио *непристрасно*, уколико тај задатак обавља суд, обе стране у спору морају *пред* њим да буду у истом положају. Непристрасност суда (судије) као треће стране у поступку поводом спора који постоји између две странке изискује *једнак* третман обе. Као што је наведено у претходном одељку, суд доноси коначну одлуку „на основу чињеница и аргумената које су *обе стране* изнеле пред њу током поступка решавања спора“. Историјски посматрано, то су учили још и стари Египћани, који су још хиљаду и по година пре наше ере прописали: „Гледај на онога кога познајеш као на онога кога не познајеш, а на онога ко ти је близак као на онога ко је туђ твојој кући“, док једна стара немачка изрека вели: *Говор једног човека је као ничији говор, право је да се саслушају обојица*“.⁶¹ И не само да се та *формална* једнакост две странке одувек препознавала и признавала као услов за непристрасно (а без чега не постоји ни праведно) решење спора него она, будући да је процедуралне природе, не зависи ни од каквих контингентних својстава те две стране. Стога, ако се основни принципи процедуралне правде не остварују⁶², онда је право неправедно јер се базични алокативни принцип правде (принцип једнакости који је у случају процедуре само појавни облик алокативног принципа сразмерности) не остварује, *не примењује* већ у *процесу* доношења одлука које се тичу алокације, расподеле.⁶³ А неправедно право није право које извршава функцију коју треба да има – функцију да остварује правду.

С друге стране, још је тешња концептуална веза права с такзваном формалном „правдом“. Наиме, типичне карактеристике које право поседује кореспондирају с тенденцијом праведног делања да буде постојано, устаљено примењивање алокативног принципа сразмерности. Општост правних норми, те институционална природа права излазе тој тежњи у сусрет јер кад постоји правни систем, делатник који хоће праведно да дела више не примењује алокативни принцип сразмерности казуистички или *ad hoc* већ иде за тим да, следећи опште норме, „с једнакима поступа једнако...“ (у ситуацијама у којима је праведно делање уопште могуће) и тиме

⁶¹ Нав. према О. Хефе, 49.

⁶² О којима је било више речи у одељку 1.3.3.

⁶³ Ипак, треба поновити да је примена правила процедуралне правде нужан, али не и довољан услов за праведан исход судског спора. Јер, чак и кад се „ваљана“ процедурална правила поштују, а судија заиста суди непристрасно, не значи да ће његова одлука аутоматски бити праведна. Она то не мора да буде, прво, ако је сам закон који примењује супстантивно неправедан – као у случају закона који дискриминише црнци или хомосексуалце, на пример, и друго, уколико сам судија из неких разлога (несавесност, нестручност) донесе пресуду која није у складу са супстантивно праведним општим правилом.

знатно поједностављује пут до тога да „свако добије његово“.⁶⁴ Или краће речено, он спроводи формалну „правду“. Али поновићу да формална „правда“ у ствари није правда него само *форма* коју праведно делање задобија у праву (респективно, такође, и неправедно делање), али да она истовремено кореспондира с типичним карактеристикама права, то јест с нормативношћу и институционалношћу. То значи да право које није формално „праведно“ није ни типично право. Рецимо, правни систем који није подобан да се оцењује као праведан или неправедан (који није „justice-art“) заправо и није правни систем у његовом прототипском одређењу. Шта то заправо значи? Примера ради, судија који би у време апартхејда у Јужној Африци ускратио сваком црнци бирачко право поступао би формално „праведно“ јер би непристрасно и постојано примењивао тада важећи закон који такво право црнцима није давао. Наравно, имајући на уму оно што је речено у пододелку о формалној „правди“, такав судија заправо уопште не би делао праведно већ би његово делање само било у форми *која је подобна да се уопште оцењује као праведна или неправедна*. Међутим, ако би се његово делање у таквим ситуацијама руководило личним интересом, хиром или бацањем новчића, рецимо, те би у неким случајевима поједини црнци добили право гласа а неки други не, он не би делао у било којој форми (не)праведног делања јер не би алоцирао право гласа у складу с алокационим принципом сразмерности. И због тога би такав „поредак“ више личио на оно што је Џозеф Раз називао „системом апсолутне дискреције“⁶⁵ него на правни систем. И због тога би за њега било концептуално бесмислено рећи чак и да је неправедан, док је то смислено рећи у првом случају.

5. ЗАКЉУЧАК

Пред теорију права, када је реч о односу права и правде, поставља се читав низ питања. У овом прилогу настојао сам да

⁶⁴ У тој вези општости права и праведног делања крије се једна од добро познатих „напетости“ у којој се право и правда могу наћи. Наиме, право као систем норми „стеже“ алокативни принцип сразмерности у стеге униформности општих норми. Међутим, праведно делање (онако како је стипулативном дефиницијом одређено) не може се увек преточити у општу правну норму. И управо увиђајући ту „напетост“ Аристотел је високо ценио *правичност* која треба да, зарад остварења правде у појединачном случају, „ублажи“ типичну карактеристику оне врсте правних институција које делају и одлучују у појединачним случајевима (а пре свега судова) да у свом делању примењују опште норме. Или како то формулише Гарднер: „[T] here are some just rulings... which are not amenable to being rendered as rules; but legal systems, being systems of rules, will tend to insist on trying to render them as rules all the same, a tendency which, for the sake of justice itself, sometimes needs to have its wings clipped. That, as Aristotle explains, is where equity comes into play.“ – J. Gardner, 170.

⁶⁵ Уп. J. Raz (1979), 111–114, 173–175.

одговорим само на питање концептуалне везе између базичног концепта праведног делања и прототипског концепта права. Међутим, као што сам у уводним напоменама назначио, за једну теорију права у којој би правда била сагледана на свеобухватан начин, треба анализирати још бројна питања за која у овом прилогу једноставно није било места. Само провизорно и примера ради помињем: питање дискреције судског одлучивања и утицаја прихваћених доктрина тумачења на примену формалне „правде“; питање односа правде као моралне вредности према другим правним и моралним вредностима које право (треба да) остварује; питање везе права и супстантивних принципа дистрибутивне и корективне правде (рецимо, питање релевантности супстантивног принципа дистрибутивне правде у виду „цивилизацијски достигнутог нивоа људских права“⁶⁶) итд.

На самом крају ћу се осврнути на једно од тих могућих питања, на оно које, *додуше само привидно*,⁶⁷ личи на питање с почетка, а које је довело правду у пасиван офсајд јуриспруденције. Оно се у ствари природно надовезује на досадашње излагање и овај прилог ћу закључити одговором на то питање. Оно се може формулисати на следећи начин: ако се прихвате у претходном одељку изнете концептуалне везе између правде и права које сугеришу да је право „justice-art“, те да треба да остварује правду, да ли се може утврдити да право које није праведно или које чак није ни подобно да се оцењује као (не)праведно, *право* право или је само „наизглед“ право?

Настојао сам да покажем да на концептуалном нивоу може да се установи веза између правде и права када је реч о такозваној формалној „правди“.⁶⁸ Јер, не може се говорити о правном поретку ако то о чему говоримо нема *форму* правног поретка (институционалност + нормативност + принудност). Исто важи и за *форму правде*. Ако те форме у праву нема (формалне „правде“), онда у праву нема ни (не)праведног делања. Такво право не би било „justice-art“. Али будући да право, концептуално гледано, *јесте* „justice-art“, то би значило да право које не остварује формалну „правду“ (у смислу

⁶⁶ Од свих питања, ово је вероватно и најзначајније јер ако право *треба* да остварује правду, онда дакако та концептуална веза мора да постоји и на нивоу дистрибутивне и корективне правде, а не само „формалне“ и процедуралне, како се у овом чланку тврди. Ипак, из разлога који су већ помињани (ограниченост простора, као и логички приоритет предузете концептуалне анализе у односу на питање односа права и супстантивних принципа дистрибутивне и корективне правде) њиме се нисам позабавио већ сам га само нотирао.

⁶⁷ Ипак, то питање није исто као оно „офсајд“ питање којим је овај прилог започет јер оно се, прво, не тиче питања важења позитивног права и, друго, оно није само концептуално или чак пуко терминолошко питање већ је и практички важно питање.

⁶⁸ Уз напомену да, као што је речено у одељку 1.3.4, формална „правда“ заправо није посебан тип правде.

постојања општих норми као форме алокативног принципа сразмерности у праву *које се постојано и непристрасно примењују*) није у пуном смислу те речи право.

Ипак, то није само концептуално или семантичко питање већ је нарочито битно практичко питање. Наиме, право није само по себи морално супериорније од других нормативних друштвених поредака.⁶⁹ И могуће је замислити *праведне* међуљудске односе без постојања законодавног и правосудног система, дакле без закона и судова који их спроводе и штите. Међутим, с друге стране, тешко је замислити да је *данас* могуће да постоји друштво које не живи у некој форми правног поретка. Из тога произилази да је на данашњем ступњу развоја људске цивилизације такав поредак једини *реалан* оквир⁷⁰ у којем, барем до неке мере, правда као морална вредност може да буде остварена, а урођени осећај људи за правду барем до неке мере задовољен. Стога, ако је право на овај начин нужно (преко одлука својих институција) у вези с праведним делањем, а уколико тог делања нема већ на нивоу *формалне и процедуралне* правде (а то се, како је показано, може несумњиво утврдити), онда може да се каже да у том друштву нема ни права у пуном смислу те речи. Може се утврдити да се, примера ради, друштво у којем маскирани људи ноћу и насилно руше наводно нелегално саграђене објекте, а да при томе оштећенима полиција, тужилаштва и судови одбијају да пруже зајемчену правну заштиту налази, кад је реч о праву и правди, у цивилизацијском офсајду. И то не пасивном.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

Aristotel, *Complete Works of Aristotle* (ed. J. Burns), Princeton University Press, Princeton 1995⁶.

Aquinas, T., *Summa Theologica*, <http://www.ccel.org/ccel/aquinas/summa.html>.

Баста, Д. „Праведност као врлина (судије)“, *Право и правда, Хрестоматија* (прир. Б. Спаић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014. (Basta, D., „Pravednost kao vrlina (sudije)“, *Pravo i pravda, Hrestomatija* [прир. В. Спаић], Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014)

⁶⁹ Штавише, оно чак може бити морално „опасније“ ако, рецимо, у друштву не постиже правду, будући да је, „технички“ посматрано, ефикасније од других друштвених поредака и стога потенцијално од њих више угњетавачко. – Уп. L. Green (2008), 1052.

⁷⁰ С тим се, наравно, не би сложили заступници различитих анархистичких политичких теорија. Али управо зато се и користи термин „реалан“, а не, рецимо, „нужан“ или „општеприхваћен“.

- Ehrenzweig, A. A., „Psychoanalytical Jurisprudence: A Common Language for Babylon“, *Columbia Law Review* 8/1965.
- Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford 2011².
- Fleischacker, S., *Short history of distributive justice*, Harvard University Press, Cambridge – London 2004.
- Gardner, J., „Hart on Legality, Justice, and Morality“, *University of Oxford Legal Research Paper Series* 44/2010.
- Gardner, J., „The Virtue of Justice and the Character of Law“, *Current Legal Problems* 53/2000 (eds. M. D. A. Freeman, A. D. E. Lewis), Oxford University Press, Oxford.
- Golding, M., *Philosophy of Law*, Prentice-Hall, Upper Saddle River, 1974.
- Green, L., „Positivism and the Inseparability of Laws and Morals“, *New York University Law Review* 83/2008.
- Green, L., *The Germ of Justice*, <http://ssrn.com/abstract=1703008>.
- Харт, Х., *Појам права*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд 2013. (Hart, H., *Pojam prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Sluzbeni glasnik, Beograd 2013)
- Хефе, О., *Правда – Филозофски увод*, Академска књига, Нови Сад 2008. (Hefe, O., *Pravda – Filozofski uvod*, Akademska knjiga, Novi Sad 2008)
- Kramer, M., *Where Law and Morality Meet*, Oxford University Press, Oxford 2005.
- Lyons, D., „On Formal Justice“, *Cornell Law Review* 3/1973.
- Nader, L., Starr, J., „Is Equity Universal?“, *Equity in the World's legal Systems: A Comparative Study* (ed. Ralph A. Newman), Établissements Émile Bruylant, Brussels 1973.
- Perry, S., „On the Relationship between Corrective and Distributive Justice“, *Oxford Essays in Jurisprudence* (ed. J. Horder), 4th series, OUP, Oxford 2000.
- Piaget, J., *The Moral Judgment of the Child*, The Free Press, 1948.
- Raphael, D. D., *Concepts of Justice*, Clarendon Press, Oxford 2001.
- Rawls, J., *The Concept of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge – London 1995.
- Raz, J., *The Concept of Legal System*, Clarendon Press, Oxford 1975.
- Raz, J., *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford 1979.
- Ross, A., *On Law and Justice*, Stevens & Sons, London 1958.
- Sunnstein, C., „Problems with Rules“, *California Law Review* 83/1995.

Васић, Р., Јовановић, М., Дајовић, Г., *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014. (Vasić, R., Jovanović, M., Dajović, G., *Uvod u pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014)

Waldron, J., „The Primacy of Justice“, *Legal Theory* 9/2003.

Walzer, M., *Spheres of Justice – A Defense of Pluralism and Equality*, Basic Books, New York 1983.

Goran Dajović, PhD

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE JUSTICE AND THE LAW IN THE PASSIVE OFFSIDE OF JURISPRUDENCE

Summary

In the article, the author analyzes the relationship between two concepts: the concept of a just action and the concept of the law. In doing so, he follows insight of contemporary legal philosophers, those on both sides of the „front lines“ in the jurisprudence (positivists as well as natural law theorists), according to which it is wrong to confine that relationship to the question of whether *Lex injusta* has legal validity or not.

However, this does not mean that there are no essential or significant relationships between the two concepts. The task of jurisprudence is to deal with these questions and in that respect help us to better understand of „our“ own legal system and social practices.

After analyzing the two concepts, it can be concluded, first, that the two key links between justice (just action), and the law is that the law is „justice-apt“, and second, that the law is the kind of thing that *ought* to be just. From these two necessary connections, it follows that the law which does not succeed to actualize so-called formal „justice“ and procedural justice, conceptually speaking, can not be recognized as a typical legal system, but can be regarded as the „defective“ or perverted law.

Key words: *Justice. – Just action – The Law. – Formal „Justice“.* – *Procedural Justice.*

Article history:
Received: 14. 7. 2016.
Accepted: 4. 4. 2017.

Др Бојан Спаић*

ДВА ПОИМАЊА ПРАВНИХ ПРИНЦИПА¹

*Класично схватање правних принципа као најопштијих норми правног поретка разматра се у овом раду критички, из перспективе Дворкиновог и Алексијевог схватања правних принципа као *prima facie* налога за дјеловање. За разлику од увреженог становишта у теорији права на овим просторима, које у крајњој линији доводи у питање правне принципе као налоге за дјеловање, показује се да је другачије схватање правних принципа значајно за правну праксу те сљедствено и за правну догматику. Хеуристичка плодност разумијевања принципа као оптимизационих команди јасно се сагледава када се они повежу с анализом пропорционалности као основним начином примјене правних принципа. Тај се начин разликује од супсумптивног начина примјене правних правила. Теорија принципа коју излажу Дворкин и Алекси показује се у том смислу као нормативно и дескриптивно боља од другачијих схватања, али има и мањкавости, које се, прије свега, огледају у томе што не садржи прецизне упуте за *ex ante* разликовање и класификацију правних норми на правила и принципе.*

Кључне ријечи: *Правни принципи. – Правна правила. – Правно расуђивање. – Пропорционалност. – Балансирање. – Роберт Алекси. – Роналд Дворкин.*

* Аутор је доцент Правног факултета Универзитета у Београду, bojan.spaic@ius.bg.ac.rs.

¹ Захваљујем Милошу Марковићу, Душки Франети, Марку Божићу и Горану Дајовићу на коментарима радне верзије чланка, које сам добио на конференцији „Work in Progress“ Српског удружења за правну и социјалну филозофију у јуну 2016. Радна верзија чланка доступна је на интернет странама удружења „Центар за правосудна истраживања“ (www.cepris.org) и академске друштвене мреже „Academia“ (www.academia.edu).

1. РАЗЛИЧИТА СХВАТАЊА ПРАВНИХ ПРИНЦИПА

Док се правна правила у нашој правној теорији често изричито и недвосмислено одређују као команде (императиви, налози), најчешће државних институција, које служе регулисању понашања, дефинисање правних принципа традиционално је штуро и недовољно одређено.² Сљедствено, ни однос између правних правила и правних принципа није доспио у центар пажње правних теоретичара с ових простора.³ За разлику од наше правне теорије, у иностраној општој теорији права и филозофији права, али и теорији јавног права, тема односа између правних принципа и правних правила једна је од најзначајнијих у претходне три деценије. Већ и површан преглед иностране литературе у тој области показује развијену правнофилозофску дебату између сада већ непомирљивих становишта: једног које тврди да је разлика између правних правила и правних принципа једино у општости и другог које тврди да је ријеч о структуралној, логичкој разлици између двије основне врсте правних норми.⁴ У овом дијелу рада изложићемо сумарно основна од тих становишта да бисмо потом могли развити централну тему текста.

Аутор узорног огледа у којем се разматрају правни принципи је Џозеф Раз (*Joseph Raz*),⁵ који расправу започиње тако што настоји

² Таква одређења налазимо у убеницима из предмета *Увод у право*, који се користе на Правном факултету Универзитета у Београду: Драган Митровић, *Увод у право*, Београд 2015; Радмила Васић, Миодраг Јовановић, Горан Дајовић, *Увод у право*, Београд 2014. Нешто детаљнији увод у материју нормативног статуса правила и принципа садржи: Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд 2014.

³ Лексикографија „обичног“ (а не стручног правног) језика одређује значење термина „принцип“ истовјетно као и значење термина „начело“. И у једном и у другом случају ријеч је о полазној замисли, главној поставци, идеји у науци или теорији, с том разликом што *начело* може значити и *општи принцип*. Према том потоњем одређењу, принципи би могли бити општи, посебни или појединачни, па се као примјер наводи: „Њихов принцип је био неостављање рањеног друга“. – Милица Вујанић *et al.*, *Речник српскога језика*, Нови Сад 2011, 1029. У наставку текста видјемо да Радомир Лукић користи и термин „општа правна начела“, који, дакле, одступа од поменутог лексикографског одређења. – Радомир Лукић, *Тумачење права*, Београд 1961, 123. За потребе овог чланка, имајући у виду да нису прецизирани у нашој досадашњој правној литератури, термини *правни принцип* и *правно начело* користе се као синоними.

⁴ Вид., примјера ради: *Law, Rights and Discourse* (ed. George Pavlakos), Oxford 2007; Humberto Ávila, *Theory of Legal Principles*, Dordrecht 2007; *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts* (Hg. Bernd Schilcher, Peter Koller, Bernd-Christian Funk), Wien 2000; Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden 1998; Ralf Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen 1998; *Institutionalized Reason* (ed. Matthias Klatt), Oxford 2012.

⁵ Joseph Raz, „Legal Principles and the Limits of Law“, *The Yale Law Journal* 81/1972, 823–854.

да класификује различите облике стандарда понашања на основу уобичајеног схватања у англоамеричкој правној литератури. *Стандарди понашања*, према Разовом мишљењу, јесу најопштији појам и могу се подијелити на *правне стандарде понашања* и *неправне стандарде понашања*. Правни стандарди понашања дијеле се даље на *правне норме* и *законе који нијесу норме*, док се правне норме дијеле на *опште* и *појединачне*. У опште правне норме убраја *правна правила* и *правне принципе*.⁶ Одређујући правне принципе, Раз наводи чак пет различитих схватања о њиховим функцијама у праву. Принципи су: 1. основ за тумачење права; 2. основ за промјену закона; 3. основ за посебне изузетке од закона; 4. основ за стварање нових правила; 5. једини основ за дјеловање у одређеним случајевима.⁷ Сам Раз једним дијелом прихвата становиште да је општост – бар у значајном броју случајева коришћења појмова *принцип* и *правило* – основни разликовни критеријум између правила и принципа.

Роберт Алекси (*Robert Alexy*) мање је систематичан у погледу излагања позиција различитих аутора у вези с правним принципима, али је значајно минуциознији. Он извјештава о томе да се према Канарисовом мишљењу (*Claus-Wilhelm Canaris*), примјера ради, принципи од правила разликују по томе што принципи имају „експлицитно евалуативан садржај“;⁸ Шуман (*Samuel I. Shuman*) и Екхоф (*Torstein Eckhoff*) истичу да су правила створена, док су принципи еволуирали у оквиру правног поретка;⁹ Јозеф Есер (*Joseph Esser*) сматра да је ситуације на које се односи правило могуће прецизно навести, док с принципима то није случај;¹⁰ Гросово (*Hyman Gross*) размишљање иде у том смјеру да су принципи заправо норме аргументације, а не норме понашања.¹¹ Излагање различитих правнотеоријских позиција наводи Алексија на закључак да у односима између правила и принципа постоје три јасно профилисане позиције: 1) према првом становишту, сматра се да свака подјела правних норми у различите групе неизбјежно изоставља одређене, значајне дијелове нормативне правне стварности, па је самим тим бескорисна. На основу тог схватања,

⁶ J. Raz, 824.

⁷ *Ibid.*, 839–841.

⁸ Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin 1983², 50 (нав. према: Robert Alexy, *Theorie Der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1986, 74).

⁹ Samuel I. Shuman, „Justification of Judicial Decisions“, *California Law Review* 59/1971, 715; Torstein Eckhoff, „Guiding Standards in Legal Reasoning“, *Current Legal Problems* 1976, 205–19.

¹⁰ Josef Esser, *Grundsatz und Norm*, Tübingen 1974³, 51 (нав. према: R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 74).

¹¹ Hyman Gross, „Standards as Law“, *Annual Survey of American Law* 1968, 575–80.

подјела норми на принципе и правила упада у парадокс већ стога што постоји небројено много степена општости између двије врсте норми, али и зато што критеријуми за разликовање врста норми у правном систему могу бити многоструки;¹² 2) према другој групи становишта, сматра се да је разлика између правила и принципа квантитативна, то јест разлика у степену. Видјели смо да и Раз наводи та становишта и да су му у одређеној мјери блиска. Принципи су према том схватању најопштије норме једног правног поретка; 3) коначно, трећа теза (а то је теза о којој ће у наставку бити највише ријечи) јесте схватање да је разлика између правила и принципа логичка, структурална, па тиме и квалитативна.¹³

Радови двојице правних филозофа Роналда Дворкина (*Ronald Dworkin*) и Роберта Алексија кључно су одређивали дебату о правилима и принципима у протеклих неколико деценија. Алексијево и Дворкиново разматрање правних принципа подразумијева значајно одступање од конвенционалних ставова правне теорије, а потпуно одступање од степена општости као критеријума за разликовање између те двије врсте правних норми. Зато основни циљ овог рада и јесте упоређивање класичних теоријскоправних и филозофскоправних позиција о правним принципима с теоријом правних принципа коју формулишу Дворкин и Алекси. Настојаћемо, наиме, да покажемо да теорија принципа као оптимизационих команди нуди бољи опис судијског расуђивања у вези с правним принципима – у односу на другачије, класично схватање које је доминантно заступљено и у нашој правној теорији. Стога ће у наставку (под 2) најприје бити изложена схватања правних принципа у нашој општој теорији права и теорији јавног права како би се показало да се принципи ту претежно схватају једнодимензионално – као најопштија правна правила једног правног система, затим ће (под 3) бити изложена схватања правних принципа двојице поменутих филозофа права, а онда ће се (под 4) на основу разматрања везе између правних принципа и идеје пропорционалности показати да специфично поимање принципа као оптимизационих команди на бољи начин описује расуђивање судова од класичних поимања принципа, да би се на крају (под 5) изложили думети Алексијевог и Дворкиновог схватања и приговори који им се могу упутити. У четвртом дијелу рада наводе се и примјери расуђивања на основу правних принципа у праву Србије како би се истакли проблеми и предности различитих схватања правних принципа о којима се у раду говори.

¹² R. Alexy (1986), 74.

¹³ *Ibid.*, 74–75.

2. ПРАВНИ ПРИНЦИПИ У НАШОЈ ТЕОРИЈИ ПРАВА

Радомир Лукић, чија су схватања свагда добра полазна основа за излагање ортодоксије правне теорије у Србији, сматра да су правна начела најопштије норме правног поретка, које се односе на све остале норме тог истог поретка.¹⁴ Општост у том контексту значи да принципи регулишу „веома велики“ број случајева и да су принципи основ за настанак великог броја правила,¹⁵ и то на тај начин да „општија норма само поставља оквире, границе значења мање опште норме“.¹⁶ Без обзира на то што недостају прецизнија одређења, можемо претпоставити да су принципи, према Лукићевом мишљењу, метаправила, правила о правилима, која управљају стварањем и тумачењем осталих правила у правном систему. Лукић разликује изричито прописана начела од оних која се могу извести из одређеног броја посебних правила, као и она начела за која се претпоставља да су универзална, па се по претпоставци могу уочити у сваком постојећем правном поретку.¹⁷ Друга специфична употреба правних принципа састоји се, сматра Лукић, у њиховом коришћењу приликом попуњавања правних празнина. Када не постоје правне норме које регулишу конкретан правни однос, на њега се могу примијенити општа правна начела као најопштије правне норме.¹⁸ Степен општости стандарда понашања које право прописује јесте, дакле, основни разликовни критеријум између начела и правила, а изворна улога начела, према нашој класичној правној теорији, јесте у руковођењу стварањем нових правних правила и тумачењем постојећих.

Новија разматрања правних принципа на некадашњем српскохрватском говорном подручју налазимо у зборнику Едина Шарчевића насловљеном управо *Правни принципи*. Не упуштајући се у јавноправне анализе појединих принципа које излажу аутори прилога, изгледа нам сасвим јасно да се у основним теоријским поставкама прилога у зборнику не одступа у значајној мјери од Лукићевог схватања да су правни принципи заправо најопштија правна правила, без обзира на то да ли су изведена из неког скупа прописаних правила правном конструкцијом или их је пак изричито формулисао законодавац. Од тог Лукићевог схватања одступа у одређеној мјери Шарчевић,¹⁹ који се првенствено бави односом између циљева и

¹⁴ Р. Лукић, 124.

¹⁵ *Ibid.*, 180.

¹⁶ *Ibid.*, 123.

¹⁷ *Ibid.*, 122–130.

¹⁸ *Ibid.*, 182.

¹⁹ Един Шарчевић, „Интегрални и сумативни приступ правним принципима: један методолошки проблем?“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014, 9–10.

принципа, одређујући принципе као „кондиционалне програме“, који функционишу по логичкој схеми ако–онда, а државне циљеве као циљне програме који функционишу тако што утврђују крајњи циљ који треба да се постигне.²⁰ Остали аутори прилога у зборнику држе се ортодоксије коју је најутицајније формулисао Лукић; Јадранко Југ каже да су правна начела „општеприхваћени правни стандарди којима се признаје статус обавезујуће норме и које судови користе у образложењима својих одлука“ и наводи нека скорија схватања у хрватској правној науци;²¹ Владан Петров и Саво Манојловић користе одређења типична за српску правну науку, наслањајући се на Лукића, али и Ратка Марковића и Зорана Стојановића, који дају класификације принципа у јавном праву, али не објашњавају улогу принципа у пресуђивању ни њихов нормативни статус;²² за Андреја Абрамковића правни принципи су општеприхваћена морална начела која преваходно служе тумачењу права.²³

Наша правна теорија, дакле, одређује се претежно за прво и четврто становиште у Разовој класификацији функција правних принципа јер их схвата као средства за тумачење правних правила и као основ за доношење нових правних правила, где се може сврстати и улога коју Раз не наводи изричито а која се тиче попуњавања правних празнина. У Алексијевој пак класификацији становишта највећи дио наше правне теорије и филозофије права могао би се сврстати у другу групу, у којој се разлика између правила и принципа разумије као квантитативна, то јест као разлика у степену општости. Упркос реферирању на нека савремена схватања која су се научно, догматички и правнопрактички показала плодним, разлика између правних правила и правних принципа у теорији и филозофији права на нашим просторима схвата се првенствено као разлика у обиму норми, односно у броју актуелних и потенцијалних конкретних случајева на које се норме односе.²⁴

²⁰ *Ibid.*, 11–12. Вид. Ronald Dworkin, „The Model of Rules“, *The University of Chicago Law Review* 35/1967, 23.

²¹ Јадранко Југ, „Примјена правних начела у одлукама Врховног суда Републике Хрватске“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014, 45.

²² Владан Петров, Саво Манојловић, „Уставна начела у пракси Уставног суда Србије“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014, 77–78.

²³ Андреј Абрамковић, „Општеприхваћена начела као критериј за тумачење правне норме“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014, 103–122.

²⁴ Насупрот релативној унисонности у нашој правној теорији, у правној пракси у Србији правни принципи често нису третирани чак ни као најопштија правила јер би у том случају морали бити примјењени као и остала законска правила. О томе говори и један скорији примјер који се тиче научноистраживачке дјелатности и података о личности. Закон о научноистраживачкој дјелатности – ЗНИД (*Сл. гласник РС*, бр. 110/2005, 50/2006 – испр., 18/2010 и 112/2015) у чл. 5, ст. 1, тач. 2 предвиђа да су научноистраживачки рад и његови резултати јавни. Истовремено

3. ДВОРКИНОВО И АЛЕКСИЈЕВО СХВАТАЊЕ ПРАВНИХ ПРИНЦИПА

И Дворкин и Алекси почињу своја разматрања тврђом да се све норме правног поретка дијеле на правна правила и правне принципе. Дворкин сопствену критику правног позитивизма формулише управо тако што позитивизам означава као „модел правила“, оптужујући тиме позитивисте да занемарују читав скуп стандарда понашања који нијесу правила.²⁵ Најзначајнији стандард понашања који није обухваћен појмом правних правила јесу, сматра Дворкин, управо правни принципи.²⁶ Разлика између правних правила и правних принципа притом није разлика у општости, већ је логичка разлика.²⁷ Она се у првом реду огледа у томе што се правила примијењују према моделу све или ништа. Испуне ли се услови које

но, научноистраживачки рад и његови резултати на основу чл. 3, ст. 1, тач. 1 Закона о заштити података о личности – ЗЗПЛ (Сл. гласник РС, бр. 97/2008, 104/2009, 68/2012 – Одлука УС и 107/2012) потпадају под податке о личности. Званичан став повереника за слободан приступ информацијама и заштиту података о личности, поткријељен одлуком Уставног суда Србије (Сл. гласник РС, бр. 68/2012), јесте да обрада оних података о личности који се тичу научноистраживачког рада и његових резултата није дозвољена без изричитог пристанка лица чији се научноистраживачки резултати обрађују, упркос томе што је једно од основних начела научноистраживачког рада управо његова јавност. Према схватању повереника, начело предвиђено ЗНИД-ом не може фигурирати као разлог за омогућавање обраде резултата научноистраживачког рада јер оно и није законска норма у смислу чл. 14, ст. 2, тач. 2 ЗЗПЛ-а, гдје се предвиђа да се подаци могу прикупљати само ако је то законом изричито предвиђено. Укратко, начело о јавности научноистраживачког рада изгледа да подразумијева да су тај рад и његови резултати јавни само уколико на то пристане лице које се тим радом бави. Парадоксална ситуација је бар једним дијелом узрокована тиме што принципи, схваћени као најопштије норме једног правног поретка, не фигурирају на одговарајући начин као аргументи у правном расуђивању, па се на њима не заснивају ни одлуке државних органа већ се једноставно на основу неке прећутне интерпретативне максиме (која би у овом случају могла бити *lex specialis derogat legi generali*) искључују из разматрања. Управо у том смислу чини се оправданим закључак о могућој „безначајности правних принципа за правосуђе“ у условима у којима стручна заједница нема изграђене ставове о тим питањима, па сљедствено не постоји ни конзистентна пракса која би била заснована на тим ставовима. – Јасминка Хасанбеговић, „Скица о правно-политичком значају и безначајности правних принципа за правосуђе с освртом на стање у Србији“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014, 123–145.

²⁵ R. Dworkin, 23.

²⁶ Дворкин даје и потподјелу у оквиру оних правних стандарда понашања који нису правна правила. Та потподјела обухвата принципе и политике. Политике су, наиме, норме које утврђују неки политички, економски или друштвени циљ који треба да се постигне, док су принципи норме које је неопходно узети у обзир из моралних разлога, на примјер, из разлога правичности. Разликовање ипак није стабилно јер сам Дворкин тврди да се циљеви могу преформулисати као вриједности и *vice versa*. – *Ibid.*, 23.

²⁷ *Ibid.*, 25.

правило прописује за сопствену примјену, адресат тог правила ће се наћи пред одлуком која је бинарна – или ће поступити по правилу, или ће поступити супротно правилу. Судија ће такође, утврди ли да су услови из претпоставке правила испуњени, бити дужан да то правило примијени у том случају. Из перспективе правних правила, поступање је или законито или незаконито у најширем смислу те ријечи.

За разлику од правила, принципи не прописују услове за сопствену примјену.²⁸ Будући да нису дефинитивне команде, на основу принципа се – према Дворкиновом мишљењу – не може одлучити о исходу одређеног спора, то јест о постојању права и обавеза у том спору.²⁹ Они фигурирају у расуђивању као разлози у прилог одређеном начину рјешења спора. Друга разлика се, сматра Дворкин, састоји у томе што принципи посједују специфичне тежине које правила немају.³⁰ Специфична тежина принципа првенствено налаже различито поступање у случајевима конфликта између сукобљених принципа, у односу пак на поступање када је ријеч о сукобу правилā. Дођу ли два принципа у конфликт, он ће бити ријешен *балансирањем*, док ће у случају сукоба правних правила једно поништити друго зависно од важећих правила за рјешавање конфликта у правном систему.³¹

Дворкинови основни ставови о односу правила и принципа значајни су првенствено као критика правног позитивизма уопште и посебно Хартовог (*Herbert Hart*) позитивизма, па су у том погледу и ограничени на најопштије тезе које припадају теоријској јуриспруденцији. Ослањајући се управо на основне поставке Дворкинове теорије права, Роберт Алекси дефинише принципе као норме које „наређују да нешто буде остварено у највећој мјери с обзиром на стварне и правне могућности“.³² И за њега је разлика између правила и принципа очигледна када се узму у обзир разлике у начинима њихове примјене: док се правна правила примјењују према механизму све или ништа, правни принципи представљају норме које налажу оптимизацију, то јест остварење у највећој могућој мјери.

²⁸ *Ibid.*, 26.

²⁹ Та начелна тврдња подлијеже и код Дворкина једном значајном изузетку: скуп међусобно повезаних принципа могао би да доведе до дефинитивне одлуке у спору, али би и тада примјена принципа зависила од одмјеравања (балансирања) аргумената у прилог рјешавању спора на основу принципа и аргумената против таквог рјешавања спора. – *Ibid.*, 44.

³⁰ *Ibid.*, 27.

³¹ *Ibid.*, 28.

³² R. Alexy, „On the Structure of Legal Principles“, *Ratio Juris* 13/2000, 295; R. Alexy, „Constitutional Rights and Proportionality“, *Revus* 22/2014, 52; R. Alexy (1986), 76.

С обзиром на то да су правила дефинитивне команде, њихов специфичан начин примјене је *супсумпција*. Ако је правило важеће и ако су испуњени услови из његове претпоставке, њиме се дефинитивно прописује одређено понашање. Алекси је свјестан да постоје бројни приговори на рачун таквог модела расуђивања у вези с правним правилима, али је увјерен да рационалност формалних структура у расуђивању односи хеуристичку превагу у односу на другачије моделе, те да је у погледу могућности формалногичког представљања пресуђивања према правилима од пресудног значаја разликовање између формалне структуре супсумпције и самог садржаја аргументације приликом пресуђивања у праву.³³

Карактеристика принципа што су *оптимизационе команде* у границама правних и фактичких могућности – значи, између осталог, и то да је опсег правно могућег приликом остварења принципа одређен другим принципима и другим правилима, па основни поступак примјене принципа, односно максимизације захтјева садржаног у принципу, Алекси такође назива *балансирањем*. Из тога произлази да оствареност правних правила није подложна градацији, док оствареност правних принципа јесте. Ако је брзина дозвољена на аутопуту 120 километара на сат, а возач одређену дионицу аутопута пређе возећи брзином од 121 километар на сат, несумњиво је ријеч о радњи којом је прекршено правно правило. Приликом доношења и формулације правних правила већ је, дакле, одлучено о томе шта је правно и фактички могуће, а шта је правно и фактички немогуће.³⁴ Прописује ли правни поредак да нико не смије поступати тако да изазове штету другом лицу, извјесно је да је одступање од норме подложно градацији и са становишта правила којима се та норма прецизира и са становишта расуђивања у погледу тога да ли је неком радњом прекршено правно начело или није. Начелном забраном изазивања штете постављен је само *prima facie* захтјев, а не дефинитивна команда.³⁵

Разлика између правила и принципа најочљивија је за Алексија онда када се у обзир узму колизија између принципа и колизија између правила.³⁶ Колизија правила у оквирима правног система производи један од два могућа резултата: 1) једно правило се поништава у корист другог правила примјеном неког тумачењског принципа карактеристичног за правни систем (на примјер, *lex specialis derogat legi generali* или *lex prior derogat legi posteriori*, а у нашем правном

³³ R. Alexy, „On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison“, *Ratio Juris* 16/2003, 433.

³⁴ R. Alexy (1986), 88.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ R. Alexy (2000), 295.

систему и то да системски закон дерогира обичан закон); 2) једно правило постаје изузетак у односу на друго правило, при чему оба правила остају на снази. Колизија принципа не води поништавању једног принципа нити се један принцип интерпретира као изузетак од другог.

С обзиром на то да су принципи команде које захтијевају остварење нечега у највећој могућој мјери у датим правним и фактичким могућностима и да је управо због тих (не)могућности основни модалитет примјене принципа балансирање, Алекси тврди да се у основи балансирања налази *пропорционалност*. Остварење принципа у оквирима фактичких могућности састоји се у избјегавању оних трошкова остварења принципа који се могу избјећи. Принцип заштите потрошача у вези с генетички модификованом храном (ГМО) може се, на примјер, остварити тако што ће се забранити производња и увоз ГМО, али се у складу с принципом пропорционалности може остварити и увођењем обавезе произвођача да јасно на паковању назначи да је ријеч о ГМО производу.³⁷ Остварење принципа у оквиру правних могућности подразумијева управо то да принципи долазе у конфликт с другим принципима. Тај се конфликт, сматра Алекси, рјешава „установљавањем условног приоритета једног принципа у односу на други уважавајући околности конкретног случаја“.³⁸

Принцип пропорционалности који налаже оптимизацију у оквирима фактичких и правних могућности заснива се, са становишта фактичких могућности, на *принципу подесности* и *принципу неопходности*. Притом треба имати на уму да, ако дође до колизије између два принципа, балансирање доводи до утврђивања тежине принципа за тај случај, али је у другим околностима могуће да други принцип има већу тежину и да однесе превагу у одлучивању.³⁹ *Принцип подесности* искључује коришћење средстава која спријечавају остварење једног принципа без унапређења остварења другог принципа или циља због којег је тај принцип усвојен. У контексту дискусије о правним принципима то представља усвајање идеје Парето-оптималности.⁴⁰ *Принцип неопходности* функционише на нешто другачији

³⁷ R. Alexy (2014), 54. Сличну одлуку Федералног уставног суда Њемачке наводи Алекси – BVerfGE 53, 135 (146).

³⁸ R. Alexy (2000), 296.

³⁹ R. Alexy (1986), 50.

⁴⁰ Идеја Парето-оптималности изворно подразумијева такву алокацију ресурса у којој је немогуће да се положај једног појединца побољша, а да се истовремено не погорша положај другог појединца. – R. Alexy (2014), 52–53. У *Теорији уставних права* Алекси је највећу пажњу поклањао тзв. закону сукобљених принципа који гласи: „Услови под којима један принцип има предност у односу на други принцип конституишу услове правила, које има исте правне последице као и принцип веће тежине.“ – R. Alexy (1986), 84.

начин и знатно је практично релевантнији. Налаже да се од два средства којима се у једнакој мјери унапријеђује један принцип – усвоји оно средство којим се у мањој мјери осујеђује остварење другог принципа.⁴¹ Са становишта правних могућности за остварење принципа, Алекси говори о *принципу пропорционалности у ужем смислу* и изражава се идејом која одређује шта значи балансирање: „Што је већи степен неостварења или оштећења једног принципа, то већи мора бити значај остварења другог принципа.“⁴²

Колико год да разрадимо формулације принципа о којима говори Алекси, морамо имати на уму да је са становишта формалног идеала његов модел за анализу примјене принципа заправо онај логички модел који се користи приликом анализе правила. Наравно, када говоримо о принципима, нема супсумпције, па ни силогистичког представљања принципа балансирања. Начин на који се рјешавају конфликти између принципā, то јест начин на који се принципи примјењују у оквирима правних могућности, Алекси назива *формулом тежине*. Уз формулу супсумпције, формула тежине је један од два основна облика аргуменације у правном дискурсу.⁴³ Основни циљ формуле тежине јесте да одреди конкретну тежину принципа у односу на принцип с којим је у колизији. Та тежина је производ (у математичком смислу) конкретне тежине принципа (принцип i , конкретна тежина I), апстрактне тежине принципа (W) и мјере поузданости емпиријских претпоставки о томе шта мјера која се предузима значи за неостварење принципа (R), подијељен с производом истих мјера (I, W, R) у погледу другог принципа (принцип j) с којим је први принцип у конфликту ($W_{i,j} = \frac{I_i W_i R_i}{I_j W_j R_j}$).

Да би избјегао приговор да се правно расуђивање не може свести на математичку формулу, Алекси наглашава да су бројеви у овом случају само нумерички израз судова какви су „лак прекршај принципа“, „умјерен прекршај принципа“ и „тежак прекршај принципа“.⁴⁴ Нумеричко представљање прекршаја или пак интерференције између принципа јесте заправо проблем градације, а не математички проблем у строгом смислу те ријечи. Вриједности „лак“, „умјерен“ и „тежак“ нумерички се могу представити и на тај начин се могу укључити у предложену формулу тежине. Тријадичка скала резултата формуле тежине омогућава Алексију да разликује три ситуације

⁴¹ R. Alexy (2014), 53.

⁴² *Ibid.*, 54.

⁴³ R. Alexy (2003), 433.

⁴⁴ R. Alexy (2014), 55–56. Исто значење имају и формулације „слаба интерференција (тј. узајамни утицај) једног принципа на други“, „умјерена интерференција једног принципа на други“ и „јака интерференција једног принципа на други“.

којима резултира конфликт принципа: 1) ако је конкретна тежина принципа већа од 1, принцип има предност у односу на принцип с којим је у конфликту, 2) ако је конкретна тежина принципа мања од 1, други принцип има предност и, коначно, 3) ако је конкретна тежина принципа 1, орган који примјењује принцип има дискрециону власт да одлучи о томе који ће принцип примијенити.⁴⁵

4. АНАЛИЗА ПРОПОРЦИОНАЛНОСТИ И УЧЕЊА О ПРАВНИМ ПРИНЦИПИМА

Прије него што се упустимо у разматрање утицаја претходно изложеног схватања, ваља напоменути да правна филозофија углавном разматра односе између правила и принципа на концептуалном нивоу. Са становишта употребљивости у правничкој пракси, један дио идеја које су изложене може звучати као цијепаве длаке на четворо. У том смислу, предмет излагања које слиједи није тривијално питање о томе у којој се мјери свака од детаљно разрађених Алексијевих (и у мањој мјери Дворкинових) теза може пронаћи у неизмијењеном облику у правној науци, правној догматици и правној пракси, већ је основна намјера тог излагања да се процијени да ли су претходно изложене поставке од помоћи за научно, догматичко и практично расуђивање о праву и у праву. Оставићемо стога за тренутак по страни могуће проблеме основних поставки Дворкинове и Алексијеве концепције принципа и Алексијеве разраде таквог схватања принципа да бисмо пажњу посветили значају те концепције.

Читаоцу сигурно није промакло да и Роналд Дворкин и Роберт Алекси повезују правне принципе с једним одређеним поступком правног расуђивања који називамо балансирањем, као и с принципом према којем се то балансирање изводи и који називамо принципом пропорционалности. Алекси је изричит у томе да је балансирање свеприсутно у праву.⁴⁶ Основни разлог за то јесте устројство уставне државе, у којој све одлуке државних власти имају потенцијал да угрозе уставна права појединца, што је, сматра Алекси, дозвољено само ако је оправдано. У оправдању ограничења уставних права кључну улогу игра управо принцип пропорционалности, а анализа пропорционалности се показује као основно средство за утврђивање тежине нарушавања одређеног принципа неком државном мјером.⁴⁷

⁴⁵ *Ibid.*, 55.

⁴⁶ R. Alexy, „Balancing, Constitutional Review, and Representation“, *International Journal of Constitutional Law* 3/2005, 572.

⁴⁷ R. Alexy (2003), 436.

Свит (*Alec Stone Sweet*) и Метјуз (*Jud Mathews*), у узорном чланку насловљеном „Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism“, за парадигматску ситуацију анализе пропорционалности узимају било који случај у којем се тврди да је неко уставно право повријеђено неком државном мјером. Сама анализа, према њиховом мишљењу, подразумијева четири основна корака: (1) судија утврђује да ли је орган државне власти овлашћен да предузме такву мјеру, (2) судија провјерава да ли је мјера разумно повезана с њеним изричитим циљем, (3) судија утврђује да ли мјера ограничава неко право више него што је неопходно да би власт остварила изричито постављени циљ, (4) судија „одмјерава“, „вага“ или „балансира“ провјеравајући користи од мјере владе у односу на „трошкове“ који настају ограничавањем права и одлучује на који ће се начин у конкретном случају ријешити конфликт између уставног принципа на којем је заснована мјера и уставног принципа на којем је засновано право.⁴⁸ Тај основни садржај принципа пропорционалности, без обзира на његове појавне облике који су контекстуално условљени, постоји и у јавном праву националних држава и у међународном праву. Видјели смо да се на тај начин о вези између правних принципа и анализе пропорционалности у нашој теорији јавног права скоро и не расправља.⁴⁹

У протеклих педесет година анализа пропорционалности усвојена је у пракси највиших националних и међународних судова као основна процедура приликом одлучивања о два захтјева за правима, као и у случајевима конфликта између норми и легитимног државног интереса.⁵⁰ Принцип пропорционалности је у правну науку увео пруски правник Карл Готлиб Суарез (*Carl Gottlieb Svarez*) да би га у пресуђивању искористио Виши административни суд Прусије у тзв. кројцбершким пресудама из 1880. и 1882.⁵¹ Систематско уобличење добио је 1954. године у пракси Савезног уставног суда Њемачке

⁴⁸ Alec Stone Sweet, Jud Mathews, „Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism“, *Columbia Journal of Transnational Law* 47/2008, 75–76.

⁴⁹ У појединим радовима из области јавног права који се тичу пресуђивања поводом кршења одређених уставноправних норми о људским правима или норми Европске конвенције о људским правима, принципима се приступа и из перспективе анализе пропорционалности. Вид. Невена Петрушић, Ивана Крстић, Танасије Маринковић, *Коментар Закона о забрани дискриминације*, Београд 2014; Т. Маринковић, *Границе слободе политичког удруживања: упореднотеоријска студија*, Београд 2014; Т. Маринковић, „Прилог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама“, *Анали Правног факултета (Анали ПФБ)* 1/2011, 267–385.

⁵⁰ A. S. Sweet, J. Mathews, 73.

⁵¹ Anne Peters, „Proportionality as a Global Constitutional Principle“, *MPIL Research Paper Series* 2016, 1–2.

(*Bundesverfassungsgericht*).⁵² Анализа пропорционалности развијала се у посљедњих педесет година да би „данас постала свеобухватни принцип уставног пресуђивања и најчешћи поступак за рјешавање оних спорова који укључују наводни конфликт између два захтјева за правом, или између прописа о правима и легитимног државног или јавног интереса“,⁵³ задржавајући притом неке основне карактеристике које је имала у њеном првобитном уобличењу.⁵⁴ У једном скоријем чланку ауторке Ане Петерс (*Anne Peters*) прецизно се идентификују бројне и области међународног права у којима је примјена принципа пропорционалности изричито нормирана.⁵⁵ Петерсова закључује да сам принцип, без обзира на могуће разлике у различитим областима међународног права, увијек подразумијева одређену „технику структурирања, откривања, а тиме и рационализације и помирења сукобљених интереса, позиција или права“.⁵⁶ Због тога принцип пропорционалности, према мишљењу те ауторке, треба да буде квалификован као глобална уставна норма.⁵⁷

И Уставни суд Србије усвојио је у одређеној мјери анализу сразмјерности захваљујући ауторитету Европског суда за људска права,⁵⁸ који балансирање користи у вези са сваким правом Европске конвенције о људским правима.⁵⁹ При одлучивању о повреди

⁵² BVerfGE 3, 383, 399 (1954)

⁵³ A. S. Sweet, J. Mathews, 73.

⁵⁴ Aharon Barak, *Proportionality*, Cambridge 2012, 181. Сам развој анализе пропорционалности као глобалног уставног принципа не може бити размотрен у овом раду. Ријеч је, како истичу Свит и Метјуз, о сложеној историји која обухвата на хиљаде одлука јавних и приватних актера, сложене друштвене и политичке околности. – A. S. Sweet, J. Mathews, 80. Вид. Thomas Alexander Aleinikoff, „Constitutional Law in the Age of Balancing“, *The Yale Law Journal* 96/1987, 943–944.

⁵⁵ A. Peters, 3.

⁵⁶ *Ibid.*, 11–12.

⁵⁷ *Ibid.*, 12–14.

⁵⁸ *Ibid.*, 112.

⁵⁹ Вид. Stavros Tsakyrakis, „Proportionality: An Assault on Human Rights?“, *International Journal of Constitutional Law* 7/2009, 468. Прву изричиту примјену анализе пропорционалности у пракси Европског суда за људска права налазимо у случају *Dudgeon v. the United Kingdom* из 1981. у којем се криминализација хомосексуалних чинова наводи као непропорционална из перспективе права на приватност из чл. 8 Конвенције. – A. S. Sweet, J. Mathews, 148. У два важна случаја анализа пропорционалности се налаже и позитивним правом Србије. Први је одређен чл. 20 Устава Републике Србије из 2006, у чијем је ст. 3 предвиђено да сви државни органи, а нарочито судови, воде рачуна приликом изрицања мјера којима се људска права ограничавају о томе да ли се сврха ограничења може постићи мањим ограничењем права. Јасно је да се државним органима уопште, и судовима посебно, тиме налаже да разматрају сразмјерност између мјере којом се право ограничава и самог права. Други случај је предвиђен у чл. 7 Закона о забрани дискриминације, којим се за-

уставом зајемчених права, Уставни суд изричито разматра да ли је „ограничење пропорционално циљу који се жели постићи у демократском друштву“ и заузима став да „је у ситуацији када постоје два или више супротстављених права или интереса, чије уживање је гарантовано Уставом, задатак редовних судова да, ценећи околности сваког конкретног случаја, успоставе равнотежу између тих супротстављених права, или да, уколико дају превагу једном праву над другим, своју одлуку детаљно образложе, посебно водећи рачуна о значају, садржини и границама тих права, односно да обезбеде да свако ограничење буде оправдано и сразмерно“.⁶⁰

Анализу пропорционалности је Суд, додуше, користио претежно у контексту забране рада удружења, који није сасвим типичан, али га овом приликом користимо јер је општепознат у стручној јавности, а индикативан је и са становишта Алексијевих ставова о дуалном карактеру уставних норми – као правила и као принципа. Приликом коришћења овлашћења из чл. 167, ст. 3 Устава РС, у вези с његовим чл. 55, ст. 4, којима се под одређеним условима регулише могућност забране удружења, Суд заузима став да се „питање неопходности ограничења неког права, односно слободе у демократском друштву“, у овом случају слободе удруживања, „своди на питање да ли је то ограничење у сразмери са потребом заштите легитимног циља“.⁶¹ У истој одлуци Суд објашњава да неопходност изрицања те мјере значи „постојање нужне друштвене потребе за датом ограничавајућом мером“ уз услов да је „мера сразмерна легитимним циљевима који се желе постићи“.⁶² Тај карактеристичан случај свједочи у прилог томе да Уставни суд Србије, водећи се праксом Европског суда за људска права, неке уставноправне норме третира и

конски дефинише шта се сматра посредном дискриминацијом, а уједно се одмах потом такође изричито одређује и законски изузетак, то јест шта се неће сматрати посредном дискриминацијом, стипулирајући прецизно: „осим ако је то оправдано законитим циљем, а средства за постизање тог циља су примерена и нужна“. – *Сл. гласник РС*, бр. 22/2009.

⁶⁰ Уставни суд Србије, Уж-1167/2011.

⁶¹ Уставни суд Србије, VIIY-249/2009; *Сл. гласник РС*, бр. 69/2012.

⁶² Оцјена рада Уставног суда и успјех у формулисању доктрине пропорционалности која би била употребљива у пракси уставносудског пресуђивања није предмет овог рада. Успутно треба напоменути да је аргументација Суда у погледу испуњавања критеријума нужности и пропорционалности махом недостатна, а често и неконзистентна с обзиром на то да се права не третирају досљедно као принципи у смислу који је објашњен у претходном тексту, а који је предуслов за анализу пропорционалности. Анализа пропорционалности се у Одлуци о забрани организације „Национални строј“ од 2. јуна 2011. године не помиње (VIIY-171/2008, *Сл. гласник РС*, бр. 50/2011). У издвојеном мишљењу у предмету VIIY-482/2011 судија Оливера Вучић указује на неоправдано различито поступање суда и на проблеме у судијској аргументацији.

као правила и као принципе. Онда када уставне норме третира као принципе, Уставни суд Србије се приликом одлучивања ослања и на анализу пропорционалности.

С обзиром на то да је и у Дворкиново и у Алексијево схватање правних принципа концептуално „уграђена“ тврдња да је основни поступак примјене правних принципа њихово балансирање на основу анализе пропорционалности, доминантност принципа пропорционалности у пресуђивању судова на националном и на међународном нивоу говори у прилог томе да се правни принципи заиста схватају као структурално специфичне норме, различите од правних правила, а не само као најопштија правна правила једног правног поретка.

5. ПРАВНИ ПРИНЦИПИ И ПРОПОРЦИОНАЛНОСТ У ФИЛОЗОФИЈИ ПРАВА

Као што се и може очекивати с обзиром на то да је Дворкин један од најутицајнијих филозофа права на енглеском говорном подручју а Алекси један од најутицајнијих филозофа права на њемачком говорном подручју и уз то аутор чија су сва капитална дјела преведена на енглески језик, схватање принципа као оптимизационих команди било је добра основа за филозофскоправна разматрања рационалности, аргументације и интерпретације у контексту правног расуђивања. У њиховим дјелима је правнофилозофски утемељена и логички изложена структура анализе пропорционалности као поступка који се употребљава приликом пресуђивања на основу правних принципа. С обзиром на то да се изложена теорија правних принципа односи прије свега на уставна права, анализа пропорционалности заузела је посебно значајно мјесто управо у доктрини и науци јавног права. Утолико је чудније што је у теорији уставног права и филозофији права код нас неоправдано запостављено то схватање правних принципа које је од немјерљивог значаја за савремене дебате у тим областима.

То, наравно, још увијек не значи да је схватање принципа као општијих норми погрешно. Напротив, много је теоретичара који сматрају да је управо Дворкиново и Алексијево схватање у тој мјери мањкаво да га треба потпуно одбацити. Стога нам ваља сумарно представити и неке од основних приговора квалитативном схватању разлике између правила и принципа прије него што закључимо рад.⁶³

⁶³ Приговоре смо у претходном наврату изложили под насловом „Rules and Principles: What Kind of a difference?“ у оквиру свјетског IVR конгреса. За детаљну критику Дворкиновог схватања принципа вид. Larry Alexander, Ken Kress, „Against Legal Principles“, *Iowa Law Review* 82/1997, 739–86; Stephen R. Perry, „Models of Legal Principles“, *Iowa Law Review* 82/1997, 787–819; Jeremy Waldron, „The Need for

Најпроминентнији заступници првог приговора, који можемо назвати „приговор разграничења“, јесу Џозеф Раз и Андреј Мармор (*Andrei Marmor*). У том приговору не постоји логичка разлика између правила и принципа, већ постоји само разлика у степену, па су принципи само општа и неодређена правила.⁶⁴ Други приговор се може назвати „приговор преформулације“ и излажу га Ралф Пошер (*Ralf Poscher*) и Андрас Јакаб (*András Jakab*),⁶⁵ који тврде да се расуђивање судова, без обзира на то што судови изричито кажу, може у сваком случају преформулисати тако да принципи постану непотребни. Теза коју заступа Луиђи Феррајоли (*Luigi Ferrajoli*), названа „приговор непосредне опасности“, састоји се у идеји да такав начин разматрања разлике између правила и принципа угрожава хијерархију правних извора и подјелу власти у уставним демократијама.⁶⁶ Коначно, Алексију се често приговара да је класична или формална логика којом се користи неадекватна да изрази правно расуђивање о нормама и њиховој садржини.⁶⁷ Неки од аутора који истичу тај „приговор недостатности формалне логике“ уочавају да су правила и принципи логички идентични у том смислу да имају исте карактеристике у оквирима правне аргументације. Међу основним приговорима су питање о примени супсумптивног представљања расуђивања о правним правилима, као и питање да ли је балансирање она процедура расуђивања која се може формално представити и која испуњава критеријуме рационалности на онај исти или сличан начин на који их испуњава супсумпција.⁶⁸

Нама изгледа најуспјешнији онај приговор Алексијевом поимању принципа који се тиче могућности идентификације различитих врста норми прије самог поступка којим се те норме примјењују. Чини нам се, наиме, да постојање кондиционалног језичког израза норме не може поуздано послужити као критеријум разликовања између правила и принципа, посебно с обзиром на то да свако правило једног правног система може попримити било кондиционални било императивни облик. Управо стога је извјесно да се питање квалитације норме као правила или као принципа у првом реду

Legal Principles“, *Iowa Law Review* 82/1997, 857–865, и друге текстове објављене у специјалном издању *Iowa Law Review* 82.

⁶⁴ J. Raz, 833; Andrei Marmor, „The Separation Thesis and the Limits of Interpretation“, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 12/1999, 145.

⁶⁵ R. Poscher, „The Principles Theory“, *SSRN Electronic Journal* 2009, 5; András Jakab, „Concept and Function of Principles, a Critique of Robert Alexy“, *SSRN Electronic Journal* 2009, 1–14.

⁶⁶ L. Ferrajoli, „Constitutional Democracy“, *Revus* 18/2012, 90.

⁶⁷ Bart Verheij, Jaap C. Hage, H. Jaap Van Den Herik, „An Integrated View on Rules and Principles“, *Artificial Intelligence and Law* 6/1998, 18.

⁶⁸ Могућу ирационалност балансирања истакли су Јирген Хабермас (*Jürgen Habermas*) и Бернард Шлинк (*Bernhard Schlink*): R. Alexy (2003), 436.

рјешава на пољу интерпретације многих различитих правних текстова у којима су норме у својим разноврсним видовима и садржане. У складу с реалистичким поставкама у теорији правне интерпретације које заступамо, норме представљају резултат поступка тумачења правних текстова, а само тумачење је приписивање значења правном тексту. Ако су претпоставке тог схватања правног тумачења исправне, интерпретирани нормативни судови немају никада нити могу имати (само) истиносну вриједност, па ће врста норме (кондиционална или императивна) прије свега зависити од интерпретативне праксе у одређеној заједници.

6. ЗАКЉУЧАК

У претходним разматрањима настојали смо да изложимо теорије правних принципа управо као теорије, то јест првенствено као објашњења како судска пракса примјењује правне принципе, не улазећи претјерано у нормативна разматрања, у аргументацију у прилог одређеном начину поступања судова. Упркос томе што у филозофији и теорији код нас ова питања нису систематски обрађена, извјесно је да је судска пракса у одређеним областима, а нарочито у области уставног права, данас претежно ослоњена на схватање принципа као норми које су квалитативно различите од правних правила, па захтијевају и различите начине примјене. Јасно је, такође, да балансирање засновано на принципу пропорционалности представља начин примјене правних принципа који је и у пракси доминантан. Дворкинов и, далеко више, Алексијев приступ на одговарајући начин одражавају управо ту праксу пресуђивања.

Само по себи, то не значи да су погрешна схватања принципа као најопштијих норми у оквиру једног правног поретка које имају и треба да имају значајну улогу у тумачењу постојећих, односно важећих правних правила, као и при стварању нових правних правила, укључујући и попуњавање правних празнина. Изгледа, ипак, да судови у Србији зазиру од директне примјене правних принципа на конкретне случајеве.⁶⁹ Тачније, судови нису склони да правне принципе схватају и примјењују као правна правила управо због

⁶⁹ Појмовна претрага праксе Врховног касационог суда у Србији указује на изузетно мали број пресуда у којима се суд позива на правне принципе. У већини пресуда позивање на правне принципе фигурира као нека врста супсидијерног аргумента, реторичког додатка основној линији аргументације која се користи у образложењу пресуде. Број пресуда у којима се термин *принцип* уопште помиње, а које су објављене у електронској бази Врховног касационог суда Србије, тако је мали да их на овом мјесту могуће и побројати. У кривичној материји три: Кж I 2124/07, Кж I 1807/05, Кж I 203/05; у грађанској материји пет: Прев 40/07, Рев 604/06, Рев 3210/05, Рев2 306/06, Рев 1523/05; и у управној материји такође пет: У

општости правних принципа. Схватање принципа као команди за оптимизацију има, дакле, и ту предност да се балансирање од стране судова разумије као саставни дио њихове дјелатности, док се супсумпција случајева под најопштије и најзначајније опште норме (тј. принципе) претежно схвата као мијешање у посао законодавца, чији је задатак да законом конкретизује те норме било да су оне садржане у уставу или у другим законима.

Схватимо ли правне принципе на начин на који их схватају Дворкин и Алекси, њихова веза с балансирањем, а тиме и с анализом пропорционалности, постаје неупитна. Тада нам као средство за *ex post facto* дискриминацију између правила и принципа у правној догматици може послужити питање да ли је приликом примјене одређене правне норме употребљена анализа пропорционалности, то јест балансирање у најширем смислу те ријечи, или је правна норма примијењена супсумпцијом. Одговор на то питање зависи, дакако, од праксе судова поводом одређених питања у различитим гранама права.

Занемаримо ли схватање принципа као *prima facie* налога који не садрже услове за сопствену примјену, као што то чини наша правна теорија и теорија уставног права, и одлучимо ли се искључиво за схватање принципа као најопштијих норми правног поретка, остаће нам, без одговарајуће помоћи правне догматике, проблем неразумијевања анализе пропорционалности коју примјењују судови, прије свега Уставни суд Србије. У том смислу се и претходни текст може читати као позив правној догматици да понуди нормативне упуте за пресуђивање на основу пропорционалности, али и као позив правној филозофији да темељно размотри различита схватања правних принципа и различита схватања односа правних принципа и анализе пропорционалности.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Абрамовић, А., „Опћеприхваћена начела као критериј за тумачење правне норме“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014. (Abramović, A., „Općeprihvaćena načela kao kriterij za tumačenje pravne norme“, *Pravni principi* [ur. E. Šarčević], Sarajevo 2014)
- Aleinikoff, T. A., „Constitutional Law in the Age of Balancing“, *The Yale Law Journal* 96/1987.
- Alexander, L., Kress, K., „Against Legal Principles“, *Iowa Law Review* 82/1997.

2026/06, Уж 12/07_в п, Уж 11/07, У 3019/05, У 3019/05, дакле, укупно 13. Истовјетна претрага у бази одлука Уставног суда Србије даје чак 785 резултата.

- Alexy, R., „Balancing, Constitutional Review, and Representation“, *International Journal of Constitutional Law* 3/2005.
- Alexy, R., „Constitutional Rights and Proportionality“, *Revus* 22/2014.
- Alexy, R., „On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison“, *Ratio Juris* 16/2003.
- Alexy, R., „On the Structure of Legal Principles“, *Ratio Juris* 13/2000.
- Alexy, R., *Theorie Der Grundrechte*, Frankfurt am Main 1986.
- Ávila, H., *Theory of Legal Principles*, Dordrecht 2007.
- Barak, A., *Proportionality*, Cambridge 2012.
- Borowski, M., *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden 1998.
- Canaris, C.-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin 1983.
- Dworkin, R., „The Model of Rules“, *The University of Chicago Law Review* 35/1967.
- Eckhoff, T., „Guiding Standards in Legal Reasoning“, *Current Legal Problems* 1976.
- Esser, J., *Grundsatz und Norm*, Tübingen 1974.
- Ferrajoli, L., „Constitutional Democracy“, *Revus* 18/2012.
- Gross, H., „Standards as Law“, *Annual Survey of American Law* 1968.
- Хасанбеговић, Ј., „Скица о правно-политичком значају и безначајности правних принципа за правосуђе с освртом на стање у Србији“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014. (Hasanbegović, J., „Skica o pravno-političkom značaju i beznačajnosti pravnih principa za pravosuđe s osvrtom na stanje u Srbiji“, *Pravni principi* [ur. E. Šarčević], Sarajevo 2014)
- Jakab, A., „Concept and Function of Principles. A Critique of Robert Alexy“, *SSRN Electronic Journal* 2009, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1918421>.
- Југ, Ј., „Примјена правних начела у одлукама Врховног суда Републике Хрватске“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014. (Jug, J., „Primjena pravnih načela u odlukama Vrhovnog suda Republike Hrvatske“, *Pravni principi* [ur. E. Šarčević], Sarajevo 2014)
- Klatt, M. (ed.), *Institutionalized Reason*, Oxford 2012.
- Лукић, Р., *Тумачење права*, Београд 1961. (Lukić, R., *Tumačenje prava*, Beograd 1961)
- Маринковић, Т., *Границе слободе политичког удруживања: упореднотеоријска студија*, Београд 2014. (Marinković, T. *Granice slobode političkog udruživanja: uporednoteorijska studija*, Beograd 2014)

- Маринковић, Т., „Прилог за јавну расправу о уставности Закона о црквама и верским заједницама“, *Анали Правног факултета* 1/2011. (Marinković, T., „Prilog za javnu raspravu o ustavnosti Zakona o crkvama i verskim zajednicama“, *Anali Pravnog fakulteta* 1/2011)
- Marmor, A., „The Separation Thesis and the Limits of Interpretation“, *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 12/1999.
- Митровић, Д., *Увод у право*, Београд 2015. (Mitrović, D., *Uvod u pravo*, Beograd 2015)
- Pavlakos, G. (ed.), *Law, Rights and Discourse*, Oxford 2007.
- Perry, S. R., „Models of Legal Principles“, *Iowa Law Review* 82/1997.
- Peters, A., „Proportionality as a Global Constitutional Principle“, *MPIL Research Paper Series* 2016, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2773733>.
- Петров, В., Манојловић, С., „Уставна начела у пракси Уставног суда Србије“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014. (Petrov, V., Manojlović, S., „Ustavna načela u praksi Ustavnog suda Srbije“, *Pravni principi* [ur. E. Šarčević], Sarajevo 2014)
- Петрушић, Н., Крстић, И., Маринковић, Т., *Коментар Закона о забрани дискриминације*, Београд 2014. (Petrušić, N., Krstić, I., Marinković, T., *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije*, Beograd 2014)
- Poscher, R., „The Principles Theory“, *SSRN Electronic Journal* 2009, <https://ssrn.com/abstract=1411181>.
- Poscher, R., *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen 1998.
- Raz, J., „Legal Principles and the Limits of Law“, *The Yale Law Journal* 81/1972.
- Schilcher, B., Koller, P., Funk, B. C. (Hg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien 2000.
- Shuman, S. I., „Justification of Judicial Decisions“, *California Law Review* 59/1971.
- Sweet, A. S., Mathews, J., „Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism“, *Columbia Journal of Transnational Law* 47/2008.
- Шарчевић, Е., „Интегрални и сумативни приступ правним принципима: један методолошки проблем?“, *Правни принципи* (ур. Е. Шарчевић), Сарајево 2014. (Šarčević, E., „Integralni i sumativni pristup pravnim principima: jedan metodološki problem?“, *Pravni principi* [ur. E. Šarčević], Sarajevo 2014)
- Tsakyrakis, S., „Proportionality: An Assault on Human Rights?“, *International Journal of Constitutional Law* 7/2009.

- Васић, Р., Јовановић, М., Дајовић, Г., *Увод у право*, Београд 2014. (Vasić, R., Jovanović, M., Dajović, G., *Uvod u pravo*, Beograd 2014)
- Verheij, B., Hage, J. C., Van Den Herik H. J., „An Integrated View on Rules and Principles“, *Artificial Intelligence and Law* 6/1998.
- Водинелић, В., *Увод у грађанско право*, Београд 2014. (Vodinelic, V., *Uvod u gradansko pravo*, Beograd 2014)
- Вујанић, М. *et al.*, *Речник српског језика*, Нови Сад 2011. (Vujanic, M., *Rečnik srpskoga jezika*, Novi Sad 2011)
- Waldron, J., „The Need for Legal Principles“, *Iowa Law Review* 82/1997.

Bojan Spaić, PhD

Assistant Professor
University of Belgrade, Faculty of Law

TWO CONCEPTIONS OF LEGAL PRINCIPLES

Summary

The paper discusses the classical understanding of legal principles as the most general norms of a legal order, confronting it with Dworkin's and Alexy's understanding of legal principles as *prima facie*, unconditional commands. The analysis shows that the common, classical conception brings into question the status of legal principles as norms, by disregarding their usefulness in judicial reasoning, while, conversely, the latter has significant import for legal practice and consequently for legal dogmatics. It is argued that the heuristic fruitfulness of understanding principles as optimization commands thus becomes apparent. When we understand the relation of principles to the idea of proportionality, as this specific mode of their application, which is different from the presumptive mode of applying rules, the theory of legal principles advanced by Dworkin and Alexy appears therefore to be descriptively better than others, but not without its flaws.

Key words: *Legal principles. – Legal rules. – Legal reasoning. – Proportionality. – Balancing. – Robert Alexy. – Ronald Dworkin.*

Article history:
Received: 20. 6. 2016.
Accepted: 4. 4. 2017.

УДК 347.2:663.256.2(73); 340.113(73)

CERIF: H210, H300, H312, S100

Др Самир Аличић*

ВИНСКЕ ПОСУДЕ (*VASA VINARIA*) У РИМСКОМ ПРАВУ

*Под винским посудама у римском праву подразумевају се све посуде које садрже вино. Оне не морају бити стандардизоване по запремини, те иако термини *atrphora*, *igna* и *culleus* означавају како посуде за вино тако и јединице мере, у питању су две различите ствари. У погледу тога да ли представљају припадак вина или не, прокулеански правници деле винске посуде у две категорије. У прву спадају они који следе правну судбину вина, пре свега амфоре и остали крчази (*cadī*) који се користе за паковање односно „флаширање“. Другу групу, у коју се углавном убрајају бурад (*cuprae*) и керамичке цистерне (*dolia*), чине посуде који не следе правну судбину вина, и који по правилу чине део опреме земљишног имања (*instrumentum fundi*) и следе његову правну судбину. Међутим, критеријуми поделе у ове две категорије нису исти код свих правника.*

Кључне речи: *Римско право. – Вино. – Винске посуде. – Амфоре. – Припадак ствари. – Амбалажа.*

1. УВОД

Вино је било омиљено пиће старих Римљана и један од најкарактеристичнијих аспеката римске и класичне цивилизације уопште.¹

* Аутор је доцент Правног департмана Државног универзитета у Новом Пазару и Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, samiralicic1@gmail.com.

¹ Могло би се нашироко расправљати о културном, религијском и економском значају вина у старом Риму, али оно што прво пада у очи јесте његова распрострањеност у свим слојевима друштва и свим географским подручјима Империје. Из Катоних списа види се да ни робови на пољским имањима нису били лишавани вина. Количина вина коју Катон прописује креће се од седам до десет амфора по робу годишње, што износи отприлике од 182 до 260 литара. – Sato, *De agricultura*, 50. Очигледно, Римљани су вино сматрали једном од основних животних намирница, које нико не сме да буде лишен. По Плутарху, вино које су пили Катано-

Било је често у привредном а самим тим и у правном промету. Није ни чудо да се вино помиње у бројним римским правним текстовима² који су већ дуже време у центру пажње савремене романистике, са посебним акцентом на питање ризика код купопродаје вина.³

У овом раду настојаћемо да сагледамо ствари из једног нешто ређеј угла. Покушаћемо да објаснимо какав је правни статус посуда

ви робови било је истог квалитета као оно које је пио њихов господар. – Plutarchus, *Cato*, 3. Ипак, Римљани су познавали и луксузна вина чије су цене биле баснословне, попут „фалернског опимијанског стогодишњег“, које је послужено запечаћено у финим стакленим амфорама на имагинарној гозби богатог ослобођеника Трималхиона. – Petronius, *Satyricon*, 34. Археолошки налази потврђују да Римљани нису могли без вина чак ни у хладним и влажним шумама дуж северног Лимеса, укључујући и удаљену Британију. Вид. Paul Arthur, David Williams, „Campain wine, Roman Britain and the third century A. D.“, *Journal of Roman Archeology* 5/1992, 250–260. Била је то најраспрострањенија намирница после жита и маслиновог уља и уједно један од најчешћих трговинских артикала.

² Претрага у електронском архиву *Bibliotheca iuris antiqui* (BIA) показује да се у облику *vinum* јавља 89 пута, као *vini* 56, *vino* 42 пута итд. – BIA, Sistema informativo integrati sui diritti dell'Antichità, direzione scientifica di Nicola Palazzolo, 2000. Бројни су аспекти о којима римски правници расправљају: о квалитету и квантитету вина приликом купопродаје, о одговорности продавца или трешних лица за кварење или просипање вина, о вину као генеричној ствари и ризику за његову случајну пропаст, о тумачењу воље тестатора у погледу легата итд.

³ Вид., на пример, Sergio Zazzera, „Brevi note sul legato di vino“, *Labeo* 18/1972, 348–352; Maria M. Benitez Lopez, *La venta de vino y otras mercancias en la jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid 1994; Martin Pennitz, „Die Gefahrtragung beim Weinverkauf im klassischen römischen Recht“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TR)* 62/1994, 251–296; Francesco Casavola, „Emptio pondere numero mensura“, *Scritti giur. per il centenario della casa ed. Jovene*, 1954, 551–580; Éva Jakab, *Risikomanagement beim Weinverkauf, Periculum und praxis im Imperium Romanum*, München 2009; Norbert Olszak, „Emptio ad gustum: la vente à la dégustation de l'antiquité à l'article 1587 du Code civil“, *TR* 58/1990, 361–268; Éva Jakab, „Wo gärt der verkaufte Wein?“ Zur Deutung der Weinleinferungskäufe in der graeco-ägyptischen Papyri“, *Symposion 1997, Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln – Weimar – Wien 2003, 295–318; Éva Jakab, „Vinum effundere in Ulp. D.18.6.1.3“, *Zeitschrift der Savigny Stiftung (ZSS)* 116/1999a, 71–111; Éva Jakab, „Garantee and Jars in Sales of Wine on Delivery“, *Journal of Juristic Papyrology* 29/1999b, 33–44; Éva Jakab, „Ein fundus cum instrumentu legatus und der 'Verbliebene Wein': Scevola D.33.7.27.3“, *ZSS* 119/2002, 177–211; Éva Jakab, „Periculum und Praxis: Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein“, *ZSS* 121/2004, 189–232; Arthur Patch Mckinlay, „Wine and the law in ancient times“, *Studies Robinson* 2/1953, 858–867, Sam Eitrem, Leiv Amundsen, „Sale of Wine on Delivery P. Osl. inv. no. 1440“, *Eos* 48.2 [*Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae II*] 1957, 77–81; Reuven Yaron, „Sale of Wine“, *Studies in the Roman Law of Sale [Dedicated to the memory of Francis de Zulueta]*, 1959, 71–77; Francien Hanemaayer, „Loan of Wine“, *Antidoron M. David, Lugdunum Batavarum*, 1968, 28–30; Hester Van Oyen, „Acknowledgement of a debt concerning replacement of bad wine“, *Antidoron M. David, Lugdunum Batavarum*, 1968, 77–80; Arrigo Diego Manfredini, „Costantino la Tabernaria e il vino“, *Accademia Romanistica Costantiniana. VII Convegno, 1985*, Napoli 1988, 326–341; Lellia Cracco Ruggini, „Roma e il vino norditalico“, *La mémoire perdue. Recherches sur l'administration romaine*, Roma 1998, 345–364.

за вино у римском праву? Решење тог проблема је комплексно и захтева да понудимо могуће одговоре на следећа питања:

Прво, шта се подразумева под винским посудама (тј. судовима) у правном смислу, које врсте и категорије винских судова правници разликују и којим их терминима римски правници означавају?

Друго, какав је однос терминологије коју јуриспруденција користи за винске судове са правним изразима за мере за запремину вина и, с тим у вези, да ли судови морају бити стандардизовани по запремини?

Треће, да ли вински судови чине припадак вина или земљишног имања на коме се налазе?

2. ШТА СУ ВИНСКИ СУДОВИ И КОЈЕ ВРСТЕ ПОСТОЈЕ?

И, сходно томе, какву терминологију римски правници користе?

Почећемо од једне Јулијанове дефиниције коју су Јустинијанови правници изгледа сматрали важном јер су је сместили у претпоследње поглавље Дигеста *De verborum significatione* (50.16), које садржи објашњења значајних правних термина:

D.50.16.206 ЈУЛИЈАН, из шесте књиге на основу Миниција: *Сматра се да су „вински“ судови у правом смислу они који се користе уз винску пресу; цистерне пак и друго у њих спадају само онда, кад садрже вино, јер без вина престају да се убрајају, будући да могу да се користе за другу сврху, на пример кад се жито сипа у њих. На исти начин се убрајају амфоре, јер, када садрже вино онда се убрајају у винске судове, а када су празне, онда се не убрајају, јер се нешто друго може ставити у њих.*⁴

Јулијан каже да су вински судови (*vasa vinaria*) у правом смислу те речи само они који се користе непосредно уз винску пресу (*vasa torcularia*). Није потпуно извесно на шта Јулијан мисли, али вероватно је реч о онима који се користе у процесу производње, а не за чување вина. Остали судови, попут цистерни и амфора, који се могу употребити и у друге сврхе, на пример за складиштење жита, спадају у винске судове само уколико садрже вино. Ако су празни или почну да се користе у другу сврху, губе карактер винских судова.

⁴ D.50.16.206 IULIANUS libro sexto ex Minicio 'Vinaria' vasa proprie vasa torcularia esse placet: dolia autem et serias tamdiu in ea causa esse, quamdiu vinum haberent, cum sine vino esse desinerent, in eo numero non esse, quoniam ad alium usum transferri possent, veluti si frumentum in his addatur. eandem causam amphorarum esse, ut, cum vinum habeant, tum in vasis vinariis, cum inanes sint, tum extra numerum vinariorum sint, quia aliud in his addi possit.

Други правни текстови потврђују да је израз *vasa* генерички термин за судове, односно било какве посуде које садрже течност, док је *vasa vinaria* уобичајен правнотехнички термин за винске судове.⁵

Што се тиче посебних типова судова који спадају у категорију *vasa vinaria*, спектар израза који се користе у римском правном жаргону је широк. Почећемо од оних које наводи Јулијан: *dolia* и *amphorae*.

Иако се понекад преводи као *буре*, израз *dolium* у ствари означава огроман земљани суд за чување вина и других течних или зрнастих материја, а не дрвено буре какво данас познајемо. *Dolia* су коришћена слично данашњим металним цистернама или дрвеним буррадима. Била су најчешћи избор римских виноградара за сазревање⁶ и чување вина, те су се углавном налазила у винским подрумима или другим просторима у којима се чувало вино (*cella vinaria*), укупани у земљу, и вино је црпљено из њих. Додуше, могла су се користити и за транспорт вина, причвршћена у спремиштима специјално конструисаних бродова.⁷ Дакле, представљала су непокретну или тешко покретну ствар. За потребе овог рада, *dolium* ћемо преводити као *цистерна*. На једном месту Улпијан спомиње и резервоар (*laccum*) пун вина.⁸ Могуће је да се мисли на *dolium*, али је могуће и да је у питању зидани резервоар који се користи у процесу цеђења вина.

Термин *amphora* је савременом читаоцу толико познат да га готово и не треба објашњавати. То је керамичка ваза средње величине, са две дршке, и типичног цилиндричног облика који олакшава ношење и слагање. Осим за вино, могле су се користити и за паковање уља, жита и друге течне или растресите робе. Вино по правилу није сазревало у амфорама, него у керамичким цистернама. У амфорама је стизало до потрошача,⁹ „флаширано“, запечаћено гипсаним или

⁵ Сцевола такође користи термин *vasa vinaria* (D.32.93.4). Израз *vasa* као генерички термин за винске судове налазимо код Паула (PS.3.6.63), Помпонија (D.33.6.14) и Улпијана (D.33.6.3.1), који разликује и судове за уље (*vasa olearia* – D.18.6.1.3) као посебну категорију.

⁶ У бројним литерарним изворима каже се да се шира (*mustum*) сипа у *dolia*, тако Sato, De agricultura 23.3–4. Тако и Varro, De re rustica, 1.65 – *Quod mustum conditur in dolium, ut habeamus vinum, non promendum dum fervet, neque etiam dum processit ita, ut sit vinum factum.* – Шира која се налази у цистернама, да бисмо добили вино, не треба да се пресипа за време ферментације, нити исто тако кад је (ферментација) завршена, све док се не претвори у вино.

⁷ Вид. Sabrina Marlier, Patricia Sibella, „La Giraglia, a dolia wreck of the 1st century BC from Corsica, France: Study of its hull remains“, *International Journal of Nautical Archeology* 31.2/2002, 161–171.

⁸ D.9.2.27.35.

⁹ Обично је само вино бољег квалитета након врења пресипано у амфоре и печењено и тако сазревало, док је оно лошијег квалитета остајало у цистернама до употребе или продавано „у ринфузи“. – Ђ. Jakab (2002), 195.

воштаним печатом. По правилу није отворано до употребе, а кад би се отворило, морало се попиту у релативно кратком року да се не би укварило.¹⁰

У текстовима римских правника помињу се и други типови винских судова.

Cadi су ћупови или крчази уопште. У питању је генерички појам за било какав суд од керамике.¹¹ Као такав, он укључује и амфоре. С друге стране, израз *урне (urnae)*¹² означавао је посебну врсту керамичког суда, мањег од амфоре.¹³ Сви ти крчази користили су се на исти начин као и амфоре – у њима се вино чувало до употребе.

*Cyprae*¹⁴ су најсличније данашњим винским бурадима: дрвени судови од дасака повезаних металним обручима.¹⁵ Ти *дрвени судови – vasa lignea*, како их назива Плиније, коришћени су углавном у северним провинцијама и алпским регионима, и то вероватно преваходно за транспорт, зато што се тако смањивала могућност смрзавања вина.¹⁶

¹⁰ Истраживање римских амфора постало је веома софистицирано и данас се може рећи да се развило у посебну грану археологије. Од изузетно бројне литературе о овој теми вид., на пример: Martine Sciallano, Patricia Sibella, *Amphores, Comment les identifier*, Aix-en Provence 1994; David Williams, David P. F. Peacock, *Amphorae and the Roman economy, an introductory guide*, Longman Archeology Series, New York 1994; K. D. White, *Farm Equipment of the Roman World*, Cambridge University Press, New York 1975, 109–110; J. Theodore Peña, *Roman Pottery in the Archeological Record*, Cambridge 2011; Jeremy Paterson, „Salvation from the Sea: Amphorae and Trade in the Roman West“, *The Journal of the Roman Studies* 72/1982, 146–157; Brunella Bruno, „Le anfore da trasporto“, *La ceramica e i materiali in età romana. Classi, produzioni, commerci e consumi* (a cura di Daniela Gandolfi), Istituto internazionale di studi liguri, 2005; Martin Archer, „Imports at Ostia in the Imperial Period and Late Antiquity: The Amphora Evidence from the Dai-Aaar Excavations“, *Memoirs of the American Academy in Rome. Supplementary Volumes, The Maritime World of Ancient Rome* 6/2008, 105–118; Clementina Panella, André Tchernia, „Agricultural Products Transported in Amphorae: Oil and Wine“, *Ancient Economy* (ed. Walter Scheidel, Sitta von Reden), New York 2002, 173–189.

¹¹ Прокул (D.33.6.6 и 33.6.15), Помпоније (D.33.6.14) и Улпијан (D.7.1.15.6).

¹² Прокул, позивајући се на Лабедона и Требација (33.6.16pr).

¹³ Данашња употреба тог термина знатно је ужа, што може да збуну читаоца. Римљани су доиста такве посуде користили, између осталог, и за чување пепела покојника, али су их употребљавали и у разне друге сврхе.

¹⁴ Улпијан (D.7.1.15.6; 33.7.8pr) и Сцевола (D.32.93.4). Поново треба водити рачуна о томе да у савременим језицима постоје морфолошки сличне речи којима се означавају чаше или пехари, а не бурад (на пример, енг. *cup*, ит. *copra*). Реч „купа“ постоји као архаизам и српском језику, углавном у еписким песмама у стереотипној синтагми „златна купа“. Данас се користи углавном у значењу спортског пехара, „куп“, али у овом последњем значењу стигао је вероватно као позајмљеница из енглеског језика.

¹⁵ K. D. White, 115.

¹⁶ Plinius, *Nat. Hist.*, 14.132.

Винари у Италији и осталим медитеранским регионима дуго нису схватили предности које доноси дрвена бурад и када би амфоре биле непрактичне, рецимо приликом транспорта сувоземним путем, када је постојала већа могућност да се разбију, радије су користили кожне мешине (*utres*).¹⁷ Мале мешине су биле најчешћи избор римских војника и путника, а и индивидуалних потрошача у градовима који би куповали мању количину вина. Ако је требало транспортовати већу количину вина воловским колима, обично су се користиле огромне мешине зване *cullei*.¹⁸

3. ДА ЛИ ЈЕ ВИНСКА АМБАЛАЖА СТАНДАРДИЗОВАНА ПО ЗАПРЕМИНИ?

Од поменутих назива судова за вино, само три су била коришћена и као називи за јединице мере. Једна *amphora* је износила око 26 литара, једна *urna* пола амфоре, а *culleus* 20 амфора.¹⁹ Урна и кулеус су вероватно установљени обичајем и засновани су на амфори као јединици мере, која је као таква била прописана законом.

Та јединица мере називала се *amphora quadrantal*, само *quadrantal* или просто *amphora*. Занимљиво је да је амфора била изворно управо јединица за вино и, према Фесту, цео систем прерачунавања римских мера тежине у јединице запремине био је заснован на мерењу вина, а не воде, као у данашњем метричком систему (грам је изворно дефинисан као кубни центиметар воде на температури топљења леда). Наиме, једним плебисцитом, који је данас познат као *Силијев закон о јавним мерама (Lex Silia de ponderibus publicis)*,²⁰ један квадрантал (тј. амфора) одређен је као јединица запремине коју заузима осамдесет²¹ римских фунти (*libra*, око 327 g) вина, што би приближно износило 26 литара. Она се даље делила у 10 конгиуса, а ови у мање јединице.²² Квадрантал је био усклађен са системом мера

¹⁷ Улпијан, D.33.6.3.1.

¹⁸ Улпијан, D.33.6.3.1. Иако је по основној функцији мешина за течност, *culleus* је романистима можда познатији као средство за извршење смртне казне зашивањем осуђеника у мешину и бацањем у воду (*poena cullei*).

¹⁹ Nikolaj Aleksandrovič Maškin, *Istorija starog Rima*, Naučna KMD, Beograd 2005, 589.

²⁰ О том закону не знамо ништа, осим имена предлагача и чињенице да је донет у форми плебисцита. Спорни су и идентитет доносиоца и време настанка. Највероватније је донет између 287. и 218. године пре н. е.

²¹ Римски систем мера је углавном заснован на броју осам. Римљани су иначе, као што је добро познато, користили децимални систем бројева, па је тај изузетак учињен вероватно ради лакше дељивости.

²² *Ex ponderibus publicis, quibus hac tempestate populus oetier solet, uti coaequatur se dolo malo, uti quadrantal vini lxxx pondo siet; congius vini x pondo siet; vi*

за дужину као кубна амфора (*amphora cubus*), тако што је утврђено да је он еквивалентан коцки чије странице износе једну стопу (*pes*), и за тежину, јер је тежио тачно један талант. Стандардна амфора (*Amphora Capitolina*) чувала се у Јупитеровом храму на Капитолу.²³ Амфора је била уобичајена јединица мере којом се, између осталог, одређивала носивост бродова.²⁴

Да ли су амфоре морале бити израђиване у складу са запремином еталона чуваног на Капитолу? Археолошки налази дају јасан одговор: не. Римске амфоре биле су различите величине.²⁵ Еталон који се налазио на Капитолу коришћен је, према томе, за стандардизацију мерица за вино (*mensurae*), а не винске амбалаже.²⁶

Свакако, коришћење лажне мере и тежине носило је одговорност по *Lex Cornelia de falsis*.²⁷ Но, то нема никакве везе са

sextari congius siet vini; duodequinginta sextari quadrantal siet vini; sextarius aequus aequo cum librario siet; sex decemque librari in modio sient. si quis magistratus adversus hac dolo malo pondera modiosque vasaque publica modica minora maiorave faxit iusseritve fieri, dolumve adduit, quod ea fiant, eum quis volet magistratus multare, dum minore parti familias taxat liceto; sive quis in sacrum iudicare voluerit, liceto. Festus, *De verborum significatione, Publica pondera* (F.246).

²³ *Amphora fit cubus, quam non violare liceret, Sacravere Iovi Tarpeio in monte Quirites.* Priscianus, *Carm. de Mens. et Pond.* Вид. и Cato, *De agricultura*, 57; Gellius, *Noctes Atticae*, 1.120; Maximin., 4. О конгиусу као јединици мере вид. William Smith, „Quadrantal“, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (ed. John Murray), London 1875.

²⁴ Cic, *ad Fam.*, 12.15; Livius, *A. U. C.*, 21.63.

²⁵ Сачуване амфоре показују да мањи или већи степен стандардизације јесте постојао, али да су у свим периодима римске историје постојале и амфоре које су одступале од стандарда. Никада у античко доба нису све амфоре биле исте величине. Због тога је већ у старој Грчкој било уобичајено да имају натпис који, осим података о врсти и квалитету, произвођачу вина, берби и др., садржи и податке о количини. Вид. Vladimir F. Stolba, „Local Patterns of Trade in Wine and the Chronological Implications of Amphora Stamps“, *Black Sea Studies* 6/2007, 149–159.

²⁶ Уосталом, странке су биле слободне да приликом купопродаје вина користе било коју јединицу мере око које би се могле договорити, што потврђују и правни извори. Вид. D.18.1.71. Јавне службе у Риму, попут службе снабдевања Града житом (*Annona*), користиле су званичне мере које су биле прописане Силијевим законом. Али, приватна лица нису морала да их се придржавају у својим пословима. Уместо службених, могла су да користе неку од бројних локалних, често обичајем установљених мера које су постојале у појединим деловима Империје.

²⁷ Додуше, не по слову Закона него проширењем његове примене од претора, императора и правне науке. Лице које би користило лажну меру за вино морало је да плати двоструки износ нанете штете и могло је бити кажњено релогацијом: D.48.10.32.1 MODESTINUS libro primo de poenis *Si venditor mensuras publice probatas vini, frumenti vel cuiuslibet rei, aut emptor corrupit dolove malo fraudem fecerit: quanti ea res est, eius dupli condemnatur: decretoque divi Hadriani praeceptum est in insulam eos relegari, qui pondera aut mensuras falsassent.* Ипак, изгледа да је и пре доношења тог закона, још у преткласичном периоду, постојала могућност да купац тужи продавца због „закидања“ у количини вина. Зато Катон у свом приручнику за пољопривреднике

паковањем у амфоре. До коришћења лажне мере може доћи и приликом продаје вина „у ринфузи“. С друге стране, ако би неко продавао вино запечаћено у амфорама већим или мањим од прописане величине и то ставио купцима до знања, то свакако не представља превару. Зато, на амфорама које су одступале од стандардне величине често се налазио натпис који је показивао запремину или тежину.²⁸

Дакле, важно је истаћи да амфора у правним текстовима има два значења, која јуриспруденти јасно разликују: означава једну врсту винске амбалаже, али и јединицу мере, и оне не морају да се подударaju. Амфора се често помиње као јединица мере у правним текстовима.²⁹

4. ДА ЛИ СУ ВИНСКИ СУДОВИ ПРИПАДАК ВИНА?

Ако неко продаје или легира амфору или цистерну вина, мислећи при томе на суд а не на јединицу мере, да ли се подразумева да ће бити предат и сам керамички суд или само његов садржај? То питање је дуго било предмет расправе у класичном праву. Повод је било једно друго питање: шта се све сматра под винским судовима?

Оно је имало значаја пре свега за тумачење воље тестатора.³⁰ Тако, ако је легирао грчко, слатко или амијенско „амфорирано“ вино

саветује произвођаче који продају вино „на кулеус“ да у њега сипају 41 урну (Cato, *De Agricultura*, 148), иако је стандардни кулеус био 40 урни, да би се избегло да продавац одговара због грешке у мерењу (Jeremy Paterson, 156–157), или мањка вина услед просипања приликом претакања (É. Jakab [2009], 55) или због калирања. Но, не знамо сигурно који је био правни основ за одговорност продавца у том периоду. – Ulrich von Lübtow, „Catos leges venditioni et locationi dictae“, *EOS* 48, 3/1956–1957; M. Pennitz, 256–260; É. Jakab (2009), 47–72, 232–233. О различитим правним аспектима продаје на меру вид. Francesco Casavola, „Emptio pondere numero mensura“, *Scritti giur. per il centenario della casa ed. Jovene*, ed. Jovene, Napoli 1954, 551–580.

²⁸ Пронађено је много амфора са натписима (*tituli picti*). Они су представљали својеврсну декларацију производа. Углавном су садржали податке о географском пореклу, произвођачу, врсти и количини. Посебно велики број *tituli picti* сачуван је на уљним амфорама на депонији Monte Testaccio у близини Рима. На њима је, између осталог, углавном била означена тежина уља у либрама (римским фунтама). Вид. José María Blázquez Martínez, José Remesal Rodríguez, „*Estudios sobre el Monte Testaccio (Roma)*“, ed. Universidad de Barcelona, Barcelona 2010, 41 и даље.

²⁹ Тако се у посткласичном периоду услед економске кризе и инфлације одређени број амфора вина појављује као средство плаћања (СТ.14.4.4pr; СТ.14.6.1). У класичним текстовима носивост брода се одређује бројем амфора вина које се на њега могу украти (D.14.2.10.2). Такође, амфора као јединица мере помиње се код одређивања легата (D.5.1.38; D.31.8.2; D.33.5.2.3; D.33.6.2.1; D.33.6.3pr; D.33.6.5; D.33.6.13. D.45.1.83.5), продаје или стипулације вина (D.18.6.1.1; D.18.6.5; D.45.1.74; D.45.1.75.2) и утврђивања штете нанете крађом (D.47.2.21.6; D.47.2.52.25).

³⁰ Више о легату вина вид. у S. Zazzera, 348–352.

(*vinum amphorarium*), Прокул каже, позивајући се на Лабера, да то укључује само оно које одговара опису и које је садржано у амфорама, али не и оно које је припадало тестатору али није „флаширано“.³¹

Понекад ствари могу бити сложеније. Прокул каже, у случају да је тестатор легирао вино из Сорента у амфорама, а све вино са тог географског подручја је заправо држао у мањим посудама – урнама, сматраће се да постоји легат, као да је тестатор мислио на урне.³²

Међутим, када су у питању *dolia*, исти правник размишља другачије:

D.33.6.15 Прокул, из друге књиге писама: *Легирао је вино са судовима. Треба ције негира да се дугује оно које је у цистернама и сматра да је једно намера тестатора а друго његове речи; и да уосталом цистерне не спадају у винске судове. Иако цистерне не спадају у винске судове, ја се ипак не слажем са Треба цијем да вино које је у цистернама није легирано. Сматрам да је исправно то, да су оне коме је легирано вино са судовима, легиране и амфоре и ћупови у којима чувамо наточено вино; вино наиме точимо у амфоре и ћупове са том намером, да буде у њима, док се не проба са намером коришћења, и разуме се да га продајемо са припадајућим амфорама и ћуповима; у цистерне га пак сипамо са другачијом намером, дакако да их одатле преточимо у амфоре и ћупове или продамо без самих цистерни.*³³

Тај сложени текст захтева подробну анализу. Чињенично стање је следеће: тестатор је легатом оставио вино са судовима. Правно питање је да ли то обухвата вино у свим судовима, укључујући и цистерне (*dolia*).

Прокул цитира Треба ција, који сматра да наследник не треба да преда вино у цистернама. Аргументи су да је то вероватно била намера тестатора и да бурад не спада у винске судове. Иако није

³¹ D.33.6.16.1–2.

³² D.33.6.16pr. PROCULUS libro tertio ex posterioribus Labeonis *Qui vinum Surrentinum in urnalibus habebat diffusum, is tibi vinum legaverat in amphoris omne. illud quoque vinum, quod in urnalibus fuisset, legatum esse Labeo et Trebatius responderunt.*

³³ D.33.6.15 PROCULUS libro secundo epistularum *Vinum cum vasis legavit. negat Trebatius quod in doliis sit deberi et sensum testatoris alium putat esse, verborum alium: ceterum dolia in vasis vinariis non essent. ego et si dolia in vasis vinariis non sunt, tamen non concederem Trebatius vinum quod in doliis esset, id est quod in vasis non esset, non esse legatum. illud verum esse puto, cui vinum cum vasis legatum erit, ei amphoras cadous, in quibus vina diffusa servamus, legatos esse: vinum enim in amphoras et cadous hac mente diffundimus, ut in his sit, donec usus causa probetur, et scilicet id vendimus cum his amphoris et cadous: in dolia autem alia mente coicimus, scilicet ut ex his postea vel in amphoras et cadous diffundamus vel sine ipsis doliis veneat.* Вид. Herbert Hausmaninger, „Zur Legatsinterpretation des Celsus“, *Iura, rivista internazionale di diritto romano e antico (IVRA)*, 35/1984, 27; S. Zazzera, 349; N. Olszak, 371.

изричито речено, из даљег Прокуловог коментара изгледа да произлази да је Требације сматрао да легатару треба да припада вино у амфорама и другим крчазима, и то заједно са самим судовима.

Прокул се слаже да бурад не спада у винске судове. Даље, он не само да се слаже да легатару коме је остављено вино са судовима припадају и вино и судови, него мисли да би тако требало поступити и ако у тестаменту нису изричито поменути судови јер су они припадак вина. То, међутим, важи само за амфоре и остале крчаге, али не и за керамичке цистерне (*dolia*).³⁴ Под винским судовима он подразумева само оне у које је вино наточено са намером да се не отвара до момента коришћења. Вино у амфорама и другим крчазима је, савременим језиком речено, „флаширано“ и када се једном отвори, оно се мора попити јер брзо губи своју каквоћу. Прокул примећује да је уобичајено да се и приликом купопродаје „амбалажа“ сматра за припадак вина, те нема разлога да се поступа другачије код легата. У *dolia*, пак, вино се сипа не са намером да се продаје заједно са судом, него или да се преспе у амфоре или друге крчаге, или да се продаје „у ринфузи“, те није уобичајено да се сматра да су цистерне припадак вина.³⁵

Ипак, у једној ствари Прокул се не слаже са Требацијем: он сматра да ако је у тестаменту легирано вино *са судовима*, то подразумева и оно које се налази у цистернама (*dolia*), само што у том случају оно припада легатару без цистерни. Тај став је разјаснио у једном другом фрагменту из истог дела, *Књиге писама*:

D.33.6.6 Прокул, из пете књиге писама *Када је наследнику наложено да некоме преда вино, он треба да преда и оно које је наточено у амфоре и крчаге, иако судови нису изричито поменути. Исто тако, иако је легирано са судовима и крчазима, ипак се сматра да је легирано и оно које је у цистернама, као што и ако је неко легирао робове заједно са њиховим пекулијумом, сматра се да је легирао и оне који немају никакав пекулијум.*³⁶

Прокул се, изгледа, разумео у вино и волео је о њему да расправља, а то је по свему судећи била традиција прокулеанске

³⁴ Тако и М. М. Benitez Lopez, 112–114. Ауторка сматра да, чак и ако је тај текст претрпео мање измене од Јустинијанових компилатора, решење које он садржи одражава мишљење класичних правника. – *Ibid*.

³⁵ Riccardo Astolfi, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano II*, Padova 1969, 143.

³⁶ D.33.6.6 PROCULUS libro quinto epistularum *Cui vinum heres dare damnatus est, quod in amphoris et cadis diffusum est dari debet, etiamsi vasorum mentio facta non est. item quamvis cum vasis cadis legatum est, tamen id quoque, quod in doliis, legatum esse videtur, sicuti, si servos omnes cum peculio cuiusque eorum legasset, etiam eos, quibus peculii nihil esset, legasse videretur.* Вид. S. Zazzera, 349.

школе и пре,³⁷ а како ћемо касније видети, и после њега. Требације је био и учитељ Лабеа, оснивача школе којој је касније припадао Прокул и која је по њему добила име.³⁸ Та школа је од почетка била позната по спремности да уведе новине у право, тако да није ни чудо што се Прокул усудио да одступи од мишљења старога правника Требација.³⁹

Каснија јуриспруденција, изгледа, није прихватила терминологију према којој цистерне не спадају у категорију *вински судови* (*vasa vinaria*).⁴⁰ Ипак, основна логика Прокуловог добро избалансираниог решења прихваћена је и касније, али у виду поделе винских судова на две врсте. Помпоније, такође прокулеанац из II века, решава исти проблем на следећи начин:

D.33.6.14 Помпоније, из шесте књиге о Сабину: *Посуде следе легирано вино само онда, када су тако наточене, да нису одређене за дуготрајну употребу, као што су амфоре и ћупови.*⁴¹

Помпоније износи прост критеријум поделе судова: да ли се посуда може употребити поново или не? Слично као и данашње боце, амфоре и остала керамичка амбалажа се по правилу бацају или рециклирају након употребе.⁴² Међу различитим врстама керамичке

³⁷ Развој њихове мисли о том проблему можемо да реконструисемо на следећи начин. Требације је правник с краја републике и почетка принципата, те можемо закључити да је питање судова за вино било предмет расправе међу правницима бар од тог периода, ако не и раније. Већ тада се сматрало да амфоре и друге керамичке посуде представљају „амбалажу“ вина која следи његову правну судбину. Међутим, нашавши се пред питањем како да реши проблем легата вина у *судовима*, Требације је заузео гледиште да винске цистерне не спадају у винске судове, те да се легат не односи на вино које се у њима налази.

³⁸ D.1.2.2.47–53.

³⁹ Његово решење је заиста „соломонско“: он искључује цистерне из круга винских судова и сматра да оне не следе правну судбину вина. Ипак, у томе није сасвим доследан јер сматра да је у случају када је легирано вино у судовима (*vasa*), легирано и оно у цистернама, само што треба да буде предато без цистерни.

⁴⁰ Како смо видели, Јулијан, сабинијанац из II века, сматра да у ширем смислу у винске судове спадају и *dolia*. Његову дефиницију су прихватили и Јустинијанови правници, доделивши јој почасно место у претпоследњем поглављу Дигеста (D.50.16.206): вински суд је онај који садржи вино.

⁴¹ D.33.6.14 POMPONIUS libro sexto ad Sabinum *Vino legato ea demum vasa sequuntur, quae ita diffusa sunt, ut non ad perpetuum usum vasa reservarentur, veluti amphorae et cadi*. Нема сумње да су текст и решење садржано у њему класични. – М. М. Benitez Lopez, 113.

⁴² И литерарни извори и археолошки докази показују да су амфоре могле да се употребе поново за паковање зрнасте или течне робе, али и да је то чињено ретко. Разлог су биле тешкоће у поновној употреби и ниска цена керамичке амбалаже, која је такву употребу чинила неекономичном. Понека амфора је могла да заврши искоришћена у другу сврху, на пример, као саксија за цвеће или сегмент канализационе или иригационе цеви, али по правилу употребљене амфоре су баца-

амбалаже нема разлике и није битно да ли су то амфоре или крчази неке друге величине и облика. Помпоније не помиње *dolia*, али имплицира да постоје и вински судови који се могу поново употребити и који, према томе, не следе правну судбину вина. Помпонијев критеријум је другачији од Прокуловог, али доводи до истог практичног резултата.

Слично решење налазимо код прокулеанца Целза, савременика Помпонија, а то решење прихвата и Улпијан, правник са краја класичног периода:

D.33.6.3.1 Улпијан, из двадесет треће књиге о Сабину: *Ако је легирано вино, да видимо, да ли се дугује заједно са судовима? И Целз каже да ако је легирано вино, иако није легирано са судовима, да се сматра да су и судови легирани, не зато што су судови део вина, макар били украшени сребром (попут дршке и огледала), већ јер је извесно да је то била намера тестатора, да је хтео да амфоре прирасту вину; и тако, каже, уобичајено је кад кажемо „хиљаду амфора“ да се то не односи на меру за вино. У погледу цистерни не мислим да је тачно, да се када је легирано вино дугују и цистерне, поготово ако су укупане у винском подруму или ако су такве, да се због величине тешко померају. У погледу буради, пак, и бурића, сматрам да треба допустити да се и они дугују, изузев ако су исто тако фиксирани или ако представљају опрему на земљишном имању. Када је легирано вино не дугују се мешине; кажем да ни велике мешине не треба да се дугују.*⁴³

не или рециклиране, као и данашње флаше. Најчешћа судбина винских и житних амфора била је да буду одложене на одређене депоније, где би биле издробљене и употребљене као састојак *opus signinum*-а, једне врсте цемента. Из неког разлога уљне амфоре нису употребљаване ни за шта, било због тога што су због величине и дебљине биле неподобне за дробљење или због тога што би чињеница да су биле напоњене уљем утицала на квалитет цемента. Оне су одбациване, и то на одређене депоније. Тако је настало цело брдо поред Рима, високо 35 метара и са површином од око два хектара, познато као *Monte Testaccio*. – J. T. Peña, 300–306; Lynne C. Lancaster, *Concrete Vaulted Construction in Imperial Rome. Innovations in Context*, ed. Cambridge University Press, Cambridge 2005, 81. О *Monte Testaccio* вид. J. M. Blázquez Martínez, J. Remesal Rodríguez, *Estudios sobre el Monte Testaccio (Roma)*, Barcelona 2010.

⁴³ D.33.6.3.1 ULPIANUS libro vicesimo tertio ad Sabinum *Si vinum legatum sit, videamus, an cum vasis debeat. et Celsus inquit vino legato, etiamsi non sit legatum cum vasis, vasa quoque legata videri, non quia pars sunt vini vasa, quemadmodum emblemata argenti (scyphorum forte vel speculi), sed quia credible est mentem testantis eam esse, ut voluerit accessioni esse vino amphoras: et sic, inquit, loquimur habere non amphoras mille, ad mensuram vini referentes. in doliis non puto verum, ut vino legato et dolia debeantur, maxime si depressa in cella vinaria fuerint aut ea sunt, quae per magnitudinem difficile moventur. in cuppis autem sive cuppulis puto admittendum et ea deberi, nisi pari modo immobiles in agro velut instrumentum agri erant. vino legato utres non debentur: nec culleos quidem deberi dico.* За анализу овог текста са различитих

Целз сматра да вински судови следе правну судбину вина, али не зато што представљају припадак вина у смислу нераздвојне функционалне целине, него зато што је то уобичајено: претпостављена намера тестатора или продавца је да се вино преда заједно са амфором јер кад се каже *амфора*, углавном се не мисли на меру за вино него на суд. Целз, наслањајући се на Прокула, сматра да све што је *vasa vinaria* следи правну судбину вина мада није његов припадак, што значи да он искључује бурад и цистерне из појма *винских судов*.

Други део текста вероватно представља мишљење самог Улпијана. Он изгледа сматра да су све посуде које садрже вино обухваћене појмом *vasa vinaria* јер их све појединачно анализира. И у погледу питања да ли они следе правну судбину вина или не, Улпијан уводи другачији критеријум од Целза и Прокула: да ли је у питању лако покретни суд и да ли представља припадак земљишног имања или не? Ако је суд лако покретан попут амфоре, нема дилеме да следи судбину вина. Ако су у питању бурад и цистерне, међутим, они не следе вино, *поготово* ако су тешко покретни или фиксирани. То може да значи да Улпијан не искључује потпуно могућност да продаја или легирање вина „на буре“ може да значи и – предају самог бурета, ако је покретно. Таман када бисмо помислили да је Улпијан успоставио општи принцип да правну судбину вина следи посуда која је покретна и која не спада у припадак земљишног имања, он нам прави изненађење које, без икаквог образложења, руши целу ту концепцију: мешине, и мале и велике, не следе вино, вероватно због тога што служе само за привремено чување и транспорт вина, те није уобичајено да се сматрају његовим припатком.⁴⁴

Иако Улпијан не искључује сасвим могућност да се уз вино преда и буре или цистерна, изгледа да је то ипак изузетак, који постоји само онда када је то изричито одређено и уговорено, али се само по себи не подразумева. Други текстови показују да је Улпијан остао доследан у ставу да цистерне по правилу не следе вино. Штавише, као што је у романистици добро познато, кад је купљено вино у цистерни, оно, према Улпијану, треба да буде уклоњено пре наредне бербе, ако нешто друго није уговорено.⁴⁵ Ако га купац не при-

аспекта вид. Н. Hausmaninger, 26, 36, 38, 44; Paolo Maddalena, „‘Accedere’ e ‘cedere’ nelle fonti classiche“, *LABEO* 17/1971, 173; N. Olszak, 371; Bruce W. Frier, „Roman Law and the Wine trade: the Problem of ‘Vinegar Sold as Wine’“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung fuer Rechtsgeschichte (ZSS). Rom. Abt.* 113/1983, 258; M. M. Benitez Lopez, 111–113; R. Yaron, 77.

⁴⁴ Није искључено да су текст скратили Јустинијанови компилатори, што би могао бити разлог за изостанак образложења. Но, будући да за то нема доказа, мораћемо остати при голој претпоставци.

⁴⁵ D.18.6.4.2 ULPIANUS libro vicesimo octavo ad Sabinum *Vino autem per aversionem vendito finis custodiae est avehendi tempus. quod ita erit accipiendum, si adiectum*

ми, мора накнадити штету продавцу због немогућности да користи цистерну, и не само то: јединствено и добро познато Улпијаново решење каже да продавац сме чак и просути вино, ако претходно упозори купца.⁴⁶

5. ДА ЛИ СУ ВИНСКИ СУДОВИ ПРИПАДАК ЗЕМЉИШНОГ ИМАЊА?

Цистерне и бурад, дакле, по правилу нису припадак вина, али да ли се могу сматрати делом земљишног имања?

Тај проблем су разматрали већ правници из периода републике. Сцевола је анализирао питање да ли се алати, машине и посуђе на земљишном имању сматрају делом легираног земљишта. Одговор старог правника је негативан. Чак и кад су причвршћени, цистерне и бурад нису део легираног земљишног имања, као ни остали припааци, јер у тестаменту није споменуто да је земљиште легирано заједно са припаацима.⁴⁷ У једном другом случају, међутим, у коме је легирано имање заједно са припаацима, Сцевола сматра да се чак и вино које је преостало у цистернама може сматрати припатком имања.⁴⁸ Тим пре се подразумева да у припатке имања спадају и саме цистерне.

Дакле, очигледно је да је већ Сцевола сматрао да су вински судови део опреме земљишног имања, а то мисле и каснији прав-

tempus est: ceterum si non sit adiectum, videndum, ne infinitam custodiam non debeat venditor: et est verius secundum ea quae supra ostendimus, aut interesse, quid de tempore actum sit, aut denunciare ei, ut tollat vinum: certe antequam ad vindemiam fuerint dolia necessaria, debet avehi vinum.

⁴⁶ D.18.6.1.3 ULPIANUS libro vicesimo octavo ad Sabinum *Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est. effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: eapropter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. commodius est autem conducere vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur; aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori.* Овај текст, као и претходни, врло је важан за романисте који се баве питањима ризика за пропаст ствари и одговорности странака у купопродаји. Но будући да то излази изван поља нашег истраживања, овом приликом нећемо их анализирати детаљније. Вид., на пример, Ђ. Јакоб (1999а), 71–111; В. В. Фриер (1983), 276, 290; Аpathy Peter, „Mora accipiendi und Schadenersatz“, ZSS 114/1984, 190–205.

⁴⁷ D.32.93.4 SCAEVOLA libro tertio responsorum *Collegio fabrorum fundum cum silvis, quae ei cedere solent, uti optimus maximusque esset, legavit. quaero, an ea quoque, quae in diem mortis ibi fuissent, id est faenum pabulum palea, item machina, vasa vinaria, id est cuppae et dolia, quae in cella defixa sunt, item granaria legata essent. respondit non recte peti, quod legatum non esset.*

⁴⁸ D.33.7.27.3 За детаљну анализу овог текста вид. Ђ. Јакоб (2002), 177–211.

ници. Тако Улпијан, позивајући се на Сабина, каже да у опрему земљишног имања (*instrumentum fundi*) спада све оно што се користи за прибирање, скупљање и чување плодова. То укључује и цистерне и бурад, и то чак и ако нису причвршћени:

D.33.7.8pr. Улпијан, из двадесете књиге о Сабину: *У опрему земљишног имања улази оно, што је подобно за прибирање, прикупљање и чување плодова, како јасно набраја Сабин у књизи о Вителију... за чување, као што су цистерне за вино, чак и ако нису укопане, и бурад.*⁴⁹

Како правни конзервативизам буде слабио, све чешће ће се сматрати да опрема на земљишном имању, чак и кад није изричито споменута, следи правну судбину земље као главне ствари ако је то у складу са претпостављеном вољом странке. Међутим, то ће ићи постепено и не без неслагања међу правницима. Улпијан наводи да су неки правници, чија имена не спомиње, некада сумњали да плодоуживалац земљишта може да користи винске судове. Сām Улпијан не сумња да може да их користи, само ако их тиме неће довести у горе стање:

D.7.1.15.6 Улпијан, из осамнаесте књиге о Сабину: *Власник не треба да спречи плодоуживаоца да нешто користи тако, да то не доведе у горе стање. У погледу пончега се сумња, ако му забрани да користи, да ли је то учинио у складу с правом? На пример цистерне за вино, ако је рецимо легирано плодоуживање земљишног имања, и мисле да чак и ако су укопане у земљу, може да му забрани. Исто мисле и у погледу буради и крчага и амфора; исто и у погледу прозорских оквира, ако је легирано плодоуживање куће. Али ја мислим, да то исто тако улази у опрему земљишног имања или куће, изузев ако воља (тестатора) није другачија.*⁵⁰

⁴⁹ D.33.7.8pr. ULPIANUS libro vicesimo ad Sabinum *In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi cogendi conservandi gratia parata sunt, Sabinus libris ad Vitelium evidenter enumerat...conservandi, quasi dolia, licet defossa non sint, et cuppae.* Како правилно примећује Никозија (Nicosia), све ствари које су *instrumentum fundi* и које Улпијан набраја, нису нужно и *res mancipi*. У ту другу категорију спадају само оне таксативно набројане вредније ствари које служе непосредно за обраду земље у најужем смислу, као што су волови и плугови. – Giovanni Nicosia, „Animalia quae collo dorsove domantur“, *IVRA* 18/1967, 60 и даље, 71 и даље. За детаљније одређење појма *instrumentum fundi* вид. и P. Maddalena, 172; Barbero Fernando Reinoso, „Definitio periculosa: Javoleno o Labeon?“, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja (BIDR)* 90/1987; Ђ. Јакоб (2002), 184.

⁵⁰ D.7.1.15.6 ULPIANUS libro octavo decimo ad Sabinum *Proprietatis dominus non debet impedire fructuarium ita utentem, ne deteriore eum condicionem faciat. de quibusdam plane dubitatur, si eum uti prohibeat, an iure id faciat: ut puta doleis, si forte fundi usus fructus sit legatus, et putant quidam, etsi defossa sint, uti prohibendum: idem et in seriis et in cuppis et in cadis et amphoris putant: idem et in specularibus, si domus usus fructus legetur: sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi vel*

Сходно томе, Паул сматра да може постојати земљишна службеност коришћења грнчарске радионице на послужном земљишту ради израде судова за вино произведено на повласном земљишту, док би у случају да се судови производе за продају, то било могуће само ако постоји плодоуживање.⁵¹

Такође, Улпијан, позивајући се на Нерација и Аристона, сматра да закупац земљишног имања има право да користи винске цистерне (*dolia vinaria*), које се третирају као припадак земље, али сноси и одговорност ако буду оштећене.⁵²

У складу са сличном логиком, Паул каже да приликом тумачења воље тестатора судови за точење вина (*vasa, in quibus vinum defunditur* и *popularia vasa*) треба да се сматрају делом легираног угоститељског прибора за обављање крчмарског заната.⁵³ Према Улпијану, који се позива на Аристона, цистерне и вино у њима не сматрају се, међутим, стварима за личну употребу, за разлику од стоних посуда (*vasa penuria*).⁵⁴

domus contineri. Вид. John Piffe, „The Usufructuary as Plaintiff Under the Lex Aquilia According to the Classical Jurists“, *Revue internationale des droits de l'antiquité (RIDA)* 12/1965, 331.

⁵¹ D.8.3.6pr. PAULUS libro quinto decimo ad Plautium *veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportarentur (sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur aut ut dolia fiant), vel tegulae vel ad villam aedificandam. sed si, ut vasa venirent, figlinae exercebantur, usus fructus erit.*

⁵² D.19.2.19.2 ULPIANUS libro trigesimo secundo ad edictum *Illud nobis videndum est, si quis fundum locaverit, quae soleat instrumenti nomine conductori praestare, quaeque si non praestet, ex locato tenetur. et est epistula Neratii ad Aristonem dolia utique colono esse praestanda et praelum et trapetum instructa funibus, si minus, dominum instruere ea debere: sed et praelum vitiatum dominum reficere debere. quod si culpa coloni quid eorum corruptum sit, ex locato eum teneri. fiscos autem, quibus ad premendam oleam utimur, colonum sibi parare debere Neratius scripsit: quod si regulis olea prematur, et praelum et suculam et regulas et tympanum et cocleas quibus relevatur praelum dominum parare oportere. item aenum, in quo olea calda aqua lavatur, ut cetera vasa olearia dominum praestare oportere, sicuti dolia vinaria, quae ad praesentem usum colonum picare oportebit. haec omnia sic sunt accipienda, nisi si quid aliud specialiter actum sit.*

⁵³ PS.3.6.61 *Instrumento cauponio legato ea debentur, quae cauponis usus parata sunt, velut vasa, in quibus vinum defunditur: escarai quoque et popularia vasa debentur. sane ministri earum rerum legato non cedunt.*

⁵⁴ D.33.9.3.11 ULPIANUS libro vicesimo secundo ad Sabinum *Vasa quoque penuria quae continantur, nulla dubitatio est. Aristo autem scribit dolia non contineri, et est verum secundum illam distinctionem, quam supra in vino fecimus. nec frumenti nec leguminum thecae (arculae forte vel sportae) vel si qua alia sunt, quae horrei penuriae vel cellae penuriae instruendae gratia habentur, non continebuntur, sed ea sola continentur, sine quibus penus haberi non recte potest.*

6. ЗАКЉУЧАК

О појму, подели и правном режиму винских судова римски правници су расправљали доста рано, бар од краја старе и почетка нове ере. Из разлога који нису довољно јасни, расправу су изгледа водили углавном прокулеански правници. Ипак, Јустинијанови компилатори су прихватили дефиницију сабинијанца Јулијана према којој су вински судови (*vasa vinaria*) у ужем смислу само они који се користе у процесу производње вина, док су у ширем смислу то сви они који садрже вино и који то својство губе кад престану да се користе у ту сврху.

Не постоји пропис у римском праву који одређује да вински судови морају да буду стандардне величине. Иако се термини *amphorae*, *urnae* и *cullei* користе и за јединице мере и за судове, у питању су две различите ствари.

Старије схватање раних прокулеанаца, попут Требација, да цистерне и бурад за вино не спадају под појам *вински судови* касније је одбачено и уместо тога је уведена подела винских судова на две врсте, с тим што критеријуми за ту поделу нису увек били исти.

У прву категорију спадају они судови који представљају припадак вина, као што су амфоре (*amphorae*) и други крчази (*cadī, urnae*), зато што се вино у њих сипа са намером да се не отвара до употребе (Прокул), намењени су за једнократну употребу (Помпоније), намера је странака да следе правну судбину вина (Целз), то је уобичајено у промету (Улпијан) и осим тога су покретни (Улпијан).

Другу групу чине посуде које нису припадак вина, пре свега цистерне (*dolia*) и бурад (*cippae*). На њих се наведени критеријуми примењују у обрнутом смислу (вино се из њих сипа у друге посуде пре употребе, могу се користити више пута, намера странака је да не следе правну судбину вина или је то уобичајено у промету, непокретни су или тешко покретни). По правилу се убрајају у опрему земљишног имања (*instrumentum fundi*) уколико су повезани са земљиштем физички или функционално. Еволуцијом у класичном периоду дошло се до става да они као такви представљају припадак земље и следе њену правну судбину увек када то није у супротности са изричито изјављеном вољом странке.

Та правила су диспозитивна и странке могу уговорити нешто друго.⁵⁵

⁵⁵ Папиролошки извори потврђују да је приликом куповине вина у тексту уговора често изричито одређивано да ли судове треба да обезбеди купац или продавац. То се посебно односи на куповину вина од нове бербе. У папирусима из птоломејског, римског и византијског Египта чак се понекад прецизира и да судови које обезбеђује продавац морају бити нови. – S. Eitrem, L. Amundsen, 77–81. Ева Јакаб (Éva Jakab) сматра да се у случајевима кад судове не обезбеђује купац, односно

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Apathy, P., „Mora accipiendi und Schadenersatz“, *Zeitschrift der Savigny Stiftung (ZSS)* 114/1984.
- Archer, M., „Imports at Ostia in the Imperial Period and Late Antiquity: The Amphora Evidence from the Dai-Aaar Excavations“, *Memoirs of the American Academy in Rome. Supplementary Volumes. The Maritime World of Ancient Rome* 6/2008.
- Astolfi, R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano II*, Padova 1969.
- Benitez Lopez, M. M., *La venta de vino y otras mercancias en la jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid 1994.
- BIA – *Bibliotheca iuris antiqui*, Sistema informativo integrati sui diritti dell'Antichità, direzione scientifica di Nicola Palazzolo, 2000.
- Blázquez Martínez, J. M., Remesal Rodríguez J., *Estudios sobre el Monte Testaccio (Roma)*, Barcelona 2010.
- Brunella, B., „Le anfore da trasporto“, *La ceramica e i materiali in età romana. Classi, produzioni, commerci e consumi* (a cura di Daniela Gandolfi), Istituto internazionale di studi liguri, 2005.
- Casavola, F., „Emptio pondere numero mensura“, *Scritti giur. per il centenario della casa ed. Jovene*, 1954.
- Cracco Ruggini, L., „Roma e il vino norditalico“, *La mémoire perdue. Recherches sur l'administration romaine*, Roma 1998.
- Eitrem, S., Amundsen, L., „Sale of Wine on Delivery P. Osl. inv. no. 1440“, *Eos* 48.2 [*Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae II*], 1957 .
- Frier, B. W., „Roman Law and the Wine trade: the Problem of 'Vinegar Sold as Wine'“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung fuer Rechtsgeschichte (ZSS)*. Rom. Abt., 113/1983.
- Hanemaayer, F., „Loan of Wine“, *Antidoron M. David, Lugdunum Batavarum*, 1968.
- Hausmaninger H., „Zur Legatsinterpretation des Celsus“, *Iura, rivista internazionale di diritto romano e antico (IVRA)* 35/1984.
- Ilfiffé J., „The Usufructuary as Plaintiff Under the Lex Aquilia According to the Classical Jurists“, *Revue internationale des droits de l'antiquité (RIDA)* 12/1965
- Jakab, É., „Garantee and Jars in Sales of Wine on Delivery“, *Journal of Juristic Papyrology* 29/1999b.
- Jakab É., „Ein fundus cum instrumentu legatus und der 'Verbliebene Wein'“: Scevola D.33.7.27.3“, *ZSS* 119/2002.

када вино остаје да одлежи код продавца, од продавца по правилу захтева гаранција да се вино неће покварити, која се не захтева када судове обезбеђује купац. – É. Jakab (1999b), 33–44.

- Jakab, É., „Periculum und Praxis: Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein“, *ZSS* 121/2004.
- Jakab, É., „Vinum effundere in Ulp. D.18.6.1.3“, *Zeitschrift der Savigny Stiftung (ZSS)* 116/1999 (a).
- Jakab, É., „Wo gärt der verkaufte Wein?“ *Zur Deutung der Weinleinführungskäufe in der graeco-ägyptischen Papyri, Symposium 1997, Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte, Köln–Weimar–Wien 2003.*
- Jakab, É., *Risikomanagement beim Weinverkauf, Periculum und praxis im Imperium Romanum*, München 2009.
- Lancaster, L. C., *Concrete Vaulted Construction in Imperial Rome. Innovations in Context*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.
- Manfredini, A. D., „Costantino la Tabernaria e il vino“, *Accademia Romanistica Costantiniana. VII Convegno, 1985*, Napoli 1988.
- Marlier, S., Sibella P., „La Giraglia, a dolia wreck of the 1st century BC from Corsica, France: Study of its hull remains“, *International Journal of Nautical Archeology* 2/2002.
- Maškin, N. A., *Istorija starog Rima*, Naučna KMD, Beograd 2005.
- Nicosia, G., „Animalia quae collo dorsove domantur“, *IVRA* 18/1967.
- Olszak, N., „Emptio ad gustum: la vente à la dégustation de l’antiquité à l’article 1587 du Code civil“, *TR* 58/1990.
- Panella, C., Tchernia, A., „Agricultural Products Transported in Amphorae: Oil and Wine“, *Ancient Economy* (ed. Walter Scheidel – Sitta von Reden), New York 2002.
- Patch Mckinlay, A., „Wine and the law in ancient times“, *Studies Robinson* 2/1953.
- Paterson, J., „Salvation from the Sea: Amphorae and Trade in the Roman West“, *The Journal of the Roman Studies* 72/1982.
- Peña, J. Th., *Roman Pottery in the Archeological Record*, Cambridge 2011.
- Pennitz, M., „Die Gefahrtragung beim Weinverkauf im klassischen römischen Recht“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TR)* 62/1994.
- Reinoso, B. F., „‘Definitio periculosa’: Javoleno o Labeon?“, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja (BIDR)* 90/1987.
- Sciallano, M., Sibella, P., *Amphores, Comment les identifier*, Aix-en Provence, 1994
- Smith, W., „Quadrantal“, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (ed. John Murray), London 1875.
- Stolba, V. F., „Local Patterns of Trade in Wine and the Chronological Implications of Amphora Stamps“, *Black Sea Studies* 6/2007.

- Van Oyen, H., „Acknowledgement of a debt concerning replacement of bad wine“, *Antidoron M. David, Lugdunum Batavarum*, 1968.
- Von Lübtow, U., „Catos leges venditioni et locationi dictae“, *EOS* 48/3/1956–1957.
- White, K. D., *Farm Equipment of the Roman World*, Cambridge University Press, New York 1975.
- Williams, D., P. F. Peacock D., *Amphorae and the Roman economy, an introductory guide*, Longman Archeology Series, New York 1994.
- Yaron, R., „Sale of Wine“, *Studies in the Roman Law of Sale (Dedicated to the memory of Francis de Zulueta)*, 1959 .
- Zazzera, S., „Brevi note sul legato di vino“, *Labeo* 18/1972.

Samir Aličić, PhD

Assistant Professor

University of Novi Pazar, Department of Law

University of East Sarajevo, Faculty of Law

WINE VESSELS (*VASA VINARIA*) IN ROMAN LAW

Summary

The notion of “wine vessels” in Roman law comprises all the wine-containing recipients. There is no legal standardization of wine vessels by means of volume, and although the terms *amphora*, *urna* and *culleus* are used to designate both the vessels and the units of measure, these are two different meanings of the terms. In regard of the question, whether the vessels make appurtenance of the wine, jurists of the proculean school divided them in two categories. In the first category are those that follow legal status of wine, usually amphoras and other jars (*cadī*) which are used for “packaging”, i. e. “bottling” of the wine. The second category make mostly vats (*cuppae*) and ceramic cisterns (*dolia*), which don't follow legal status of wine, making instead part of farming equipment of a landed property (*instrumentum fundi*) and it's appurtenance. But, the roman jurists are not consistent regarding criteria for distinguishing these two categories.

Key words: *Roman law. – Wine vessels. – Amphorae. – Wine. – Appurtenances of things. – Packaging.*

Article history:

Received: 11. 7. 2016.

Accepted: 24. 10. 2016.

Др Јелена Ђуришић*

СПОРНА ПИТАЊА У ВЕЗИ СА КРИВИЧНИМ ДЈЕЛОМ НЕСАВЈЕСНО ПРУЖАЊЕ ЛЕКАРСКЕ ПОМОЋИ

У раду су разматрана одређена спорна питања у вези са кривичним дјелом несавјесно пружање лекарске помоћи међу којима се посебно истичу следећа: прво питање се односи на тумачење појмова пружања лекарске помоћи и лијечења у контексту анализираних кривичних дјела, а у складу са тим и назива кривичног дјела несавјесно пружање лекарске помоћи док се као треће отвара питање категорија лица која могу бити учиниоци тог кривичног дјела будући да је из законског описа дјела изостављена категорија здравствених сарадника као лица која би, осим здравствених радника, могла учинити то кривично дјело.

У раду се истиче значај поштовања протокола о лијечењу и значај оснивања националних система за пријављивање и праћење стручних грешака у области здравствене дјелатности. Строго поштовање протокола о лијечењу и уредно вођење медицинске документације има вишеструки значај будући да она представља најсигурнији вид заштите и здравственог радника, односно здравственог сарадника и лица које остварује право на здравствену заштиту.

Кључне ријечи: *Кривично дјело несавјесно пружање лекарске помоћи. – Узрочна веза. – Тумачење појма лијечења. – Здравствени сарадници.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Право на здравље као основно људско право предвиђено је бројним међународноправним документима. На националном нивоу, то право је гарантовано уставним одредбама, а заштита права на здравље и здравствену заштиту пружа се бројним гранама пра-

* Ауторка је асистенткиња на Факултету правних наука Универзитета Доња Горлица у Подгорици, jelena.popovic@udg.edu.me.

ва. Иако здравље човјека представља један од важнијих заштитних објеката, фрагментарни карактер кривичног права овдје посебно долази до изражаја будући да се кривичноправна заштита пружа само у случајевима озбиљног угрожавања, односно повреде здравља лица. У новије вријеме све актуелнија постају и питања из области био-медицине, гдје се такође, у одређеним случајевима, као оправдана показује и кривичноправна интервенција.¹

Термин стручна љекарска грешка први пут се у стручној литератури помиње у XIX вијеку иако је настао и много раније. Тако се као прва позната дефиниција појма стручне љекарске грешке јавља дефиниција њемачког љекара Фирхова (*Virchow*), који је стручну љекарску грешку дефинисао као „кршење општепризнатих правила вјештине лијечења, услијед одсуства потребне пажње и опрезности“. У контексту савремене медицине и права, под појмом стручне љекарске грешке подразумева се свако поступање које је *contra legem artis*.²

Кривично дјело несавјесно пружање љекарске помоћи данас се све чешће процесуира. За разлику од развијенијих земаља свијета у којима је покретање поступака против здравствених радника давно постало пракса, народи нашег поднебља су се услијед менталитетске матрице, али и недовољне информисаности, само у изузетно ријетким случајевима упуштали у дуготрајне судске поступке.³

На самом почетку разматрања те изузетно важне тематике важно је нагласити да стручна љекарска грешка сама по себи не повлачи одмах ни кривичну ни грађанску одговорност већ је неопходно да је због несавјесно пружене љекарске помоћи наступило погоршање здравственог стања лица.⁴ Доказивање постојања узрочне везе између несавјесно пружене љекарске помоћи и погоршања здравственог стања пацијента у пракси је по правилу веома сложено будући да је у питању утврђивање односа између постојећег и непостојећег. У том контексту посебно комплексно питање може се јавити у случају

¹ Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Подгорица 2010, 604.

² Милан Почуча, Небојша Шаркић, Наташа Мрвић Петровић, „Лекарска грешка као разлог правне одговорности лекара и здравствених установа“, *Војно-санитетски преглед* 2/2013, Београд, 208.

³ Љекарска комора Србије први пут је 2011. године трајно одузела лиценцу љекару Н. З. након правоснажне пресуде Апелационог суда у Крагујевцу за тешко дјело против здравља људи, којом је осуђен на осмомјесечну казну затвора због несавјесног лијечења четворогодишње дјевојчице, која је преминула. Суђење је трајало 12 година. У Црној Гори тренутно су у току кривични поступци против петнаестак љекара по тужби пет породица за кривично дјело несавјесно пружање љекарске помоћи, чији су чланови преминули у току лијечења или убрзо након отпуштања.

⁴ Mario Pompili, Stephen Ferracuti, „Suicide and some of its legal problems with particular reference to the shizophrenia patient“, *Crimen* 1/2011, 34–36.

када се нечињење љекара сматра узроком погоршања здравственог стања лица, што заправо представља и најсуптилније практично питање у области медицинског права.⁵ С обзиром на то да љекар према пацијенту има положај гаранта те да је дужан да медицинским мјерама штити његов живот и здравље, у случају када се његово здравствено стање значајно погорша, одговорности љекара могу се приписати настале нежељене последице само када се утврди да је предузимањем потребних мјера било могуће спријечити погоршање здравственог стања односно смрт.⁶ Дакле, не утврђује се стварна већ хипотетичка узрочна веза, при чему се полази од претпоставке да је лице о чијем пропуштању је ријеч имало реалну могућност да благовременим и сврсисходним чињењем спријечи или умањи штету која је пријетила те да се то од учиниоца дјела оправдано могло очекивати.⁷ У том смислу, интересантно је да у случају утврђивања постојања кривиче љекара њемачки судови захтијевају да узрочна веза између љекарске грешке и погоршања здравственог стања односно смрти пацијента буде сигурнија него када је у питању утврђивање одговорности у грађанском праву, тражећи „степен вјероватноће који се граничи са сигурношћу“. Тако у бројним новијим судским одлукама питање узрочности није довођено у везу искључиво са спасавањем живота, као што је то раније чињено, већ са његовим продужењем па се, сходно томе, медицинским вјештацима за вријеме вођења кривичног поступка све чешће упућује питање да ли би пацијент, да је исправно лијечен, преживио тренутак смрти са вјероватноћом која се граничи са сигурношћу?⁸

2. НОРМАТИВНА КОНСТРУКЦИЈА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА НЕСАВЈЕСНО ПРУЖАЊЕ ЉЕКАРСКЕ ПОМОЋИ

Кривично дјело несавјесно пружање љекарске помоћи регулисано је чл. 251 Кривичног законика Србије⁹ и чл. 290 Кривичног законика Црне Горе¹⁰. Кривично дјело несавјесно пружање љекарске помоћи има два основна облика која се разликују према томе ко

⁵ Јаков Радишић, „Одговорност љекара због смрти пацијента изазване нехатним нечињењем – поглед у њемачку правну теорију и судску праксу“, *Анали ПФБ* 1/2012, 20.

⁶ Ненад Ђурђевић, „Кривична одговорност лекара у случају самоубиства пацијента“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 1–2/1997, 250;

⁷ Ј. Радишић (2012), 20.

⁸ *Ibid.*

⁹ Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13 и 108/14.

¹⁰ Кривични законик, *Службени лист ЦГ*, бр. 70/03, 13/04, 47/06, 40/08, 25/10, 32/11, 64/11 и 40/13.

може бити извршилац кривичног дјела па, сходно законским одредбама, извршилац првог основног облика може бити љекар, док се као извршилац другог основног облика јавља други здравствени радник који у пружању медицинске помоћи или њега односно у вршењу друге здравствене дјелатности очигледно несавјесно поступа и тиме узрокује погоршање здравственог стања лица.

Радња извршења првог основног облика кривичног дјела огледа се у четири алтернативно постављене радње извршења, које морају бити предузете у току лијечења односно пружања љекарске помоћи. У пракси је могуће да љекар у току лијечења, односно пружања љекарске помоћи изврши више алтернативно постављених радњи извршења дјела, при чему то неће имати утицаја на квалификацију кривичног дјела.

Као прва алтернативна радња извршења првог основног облика кривичног дјела несавјесно пружање љекарске помоћи наводи се примјена очигледно неподобног средства лијечења. У том смислу средствима лијечења треба сматрати медицинска средства и лијекове. Средствима лијечења односно медицинским средствима, сходно одредбама Закона о медицинским средствима¹¹ и Закона о лековима и медицинским средствима¹², сматрају се инструменти, апарати, уређаји и производи који се примјењују на људима у складу са намјеном коју им је одредио произвођач, а који своје основно дјеловање не постиже на основу фармаколошких, имунолошких и метаболичких особина. Медицинска средства могу се користити самостално или у комбинацији, у сљедећим случајевима: утврђивање дијагнозе, превенција, праћење лијечења или ублажавања болести; праћење лијечења или ублажавања повреда или инвалидитета; испитивање, замјена или модификација анатомских или физиолошких функција и контрола зачећа (чл. 2).¹³ У свакој поменутој намијени медицинско средство може бити потпомогнуто супстанцама које испољавају фармаколошке, имунолошке или метаболичке активности. Употреба медицинског средства носи и одређене ризи-

¹¹ Закон о медицинским средствима, *Службени лист ЦГ*, бр. 79/04 и 53/09.

¹² Закон о лековима и медицинским средствима, *Службени гласник РС*, бр. 30/2010.

¹³ Медицинским средством сматра се и оно средство које не испуњава своју основу намијену у или на људском организму фармаколошком, имунолошком или метаболичком активношћу, али може у својој намијени бити потпомогнуто супстанцама у свом саставу које испољавају исту такву активност. У општа медицинска средства спадају и помоћна средства која по дефиницији нису медицинска средства, а која означавају производ који је намијењен да у комбинацији са медицинским средством омогући његову употребу, затим медицинско средство произведено по наруци за одређеног пацијента, израђено у складу са писаним упутством одговарајућег стручњака, који имају посебне конструкционе карактеристике, као и медицинско средство намијењено клиничком испитивању.

ке који се могу испољити као нежељено, али и озбиљно нежељено дејство медицинског средства.¹⁴ Стога је, у контексту анализираних проблематике, важно приближити односно разјаснити значење појма „нежељеног дејства медицинског средства“ и „озбиљно нежељено дејства медицинског средства“. Тако под појмом нежељеног дејства медицинског средства треба схватати свако штетно, односно неодговарајуће дејство медицинског средства, али и свако одступање од карактеристика и/или дјеловања медицинског средства које није у складу са ознаком и упутством за примјену, а које може, посредно или непосредно, изазвати смрт или угрозити здравствено стање пацијента, односно корисника и безбједност других лица. За разлику од нежељеног дејства медицинског средства озбиљно нежељено дејство медицинског средства подразумијева свако штетно, односно неодговарајуће дејство медицинског средства, свако одступање од карактеристика и/или дјеловања медицинског средства које није у складу са ознаком и упутством за примјену, а које је, посредно или непосредно, изазвало смрт, непосредну животну угроженост, болничко лијечење, односно продужетак болничког лијечења пацијента, ако за тим није било потребе прије употребе медицинског средства, као и корисника и других лица (чл. 5).¹⁵

У случају да је наступило нежељено или озбиљно нежељено дејство медицинског средства које је за последицу имало нарушавање здравља лица, одговорност љекара ће бити искључена уколико је његово поступање било у складу са медицинским стандардима и правилима лијечења која је требало спровести у конкретном случају, што је у складу са начелним правилом да је здравствена установа дужна да примјењује само научно провјерене и доказане медицинске методе и поступке, као и стручно провјерене, традиционалне и алтернативне методе лијечења, које нијесу штетне по здравље лица. Сходно законским одредбама, захтијева се да здравствени радници обављају здравствену дјелатност у складу са важећом доктрином и кодексом професионалне етике па у том смислу за свој рад преузимају стручну, етичку, кривичну и материјалну одговорност (чл. 169).¹⁶

¹⁴ Према степену ризика за корисника, медицинска средства се дијеле на средства са ниским, вишим, високом и највишим степеном ризика, а према природи производа, повезаности са изворима енергије и другим карактеристикама на: неинвазивна, инвазивна и активна. У Србији и Црној Гори у промету могу бити само медицинска средства која испуњавају законима прописане опште и посебне услове.

¹⁵ Закон о здравственој заштити – 333 ЦГ, *Службени лист ЦГ*, бр. 39/04, 14/10, 73/10 и 40/11.

¹⁶ Закон о здравственој заштити – 333 РС, *Службени гласник РС*, бр. 107/15, 72/09 – др. законом, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 – др. законом, 93/2014, 96/2015 и 106/2015.

Како лијечење у смислу тог кривичног дјела обухвата постављање дијагнозе, као и одређивање и примјену терапије, и постављање погрешне дијагнозе која за последицу има примјену неподобног средства улази у појам овог облика радње извршења кривичног дјела.¹⁷ Узимајући у обзир да се употреба неподобног средства лијечења са аспекта кривичног права и криминалне политике донекле може толерисати, захтијева се да употреба односно примјена неподобног средства мора бити очигледно неподобна, односно ријеч је о степеновању неподобности, то јест мора се радити о високом степену неподобности. Дакле, „очигледно“ мора представљати упадљиву стручну грешку којом се грубо крше правила медицинске струке и науке.¹⁸

Као и у случају примјене очигледно неподобног медицинског средства, и примјена очигледно неподобног начина лијечења подразумева све оно што у дјелатности љекара очигледно одступа од важећих, општеприхваћених принципа медицинске науке и праксе.¹⁹ Важно је истаћи да је овдје заправо ријеч о алтернативној радњи извршења кривичног дјела која је веома слична примјени очигледно неподобног средства лијечења па из тог разлога средство и начин у разматраном контексту некада није ни могуће изоловано посматрати. Ипак, кључну разлику између медицинског средства и начина лијечења треба тражити у схватању да је начин лијечења заправо шири појам који, осим употребе медицинског средства, обухвата и друге поступке и третмане, који се могу спроводити и без примјене или давања лицу одређених средстава.²⁰ У том смислу, као и у првој алтернативно постављеној радњи извршења, и овдје мора постојати висок степен неподобности начина лијечења. Очигледна неподобност начина лијечења и у овом случају мора представљати упадљиву стручну грешку љекара којом се грубо крше правила струке и науке.²¹

У теорији и науци кривичног права постоји став да и пропуштање предузимања превентивних мјера такође може представљати радњу извршења тог облика кривичног дјела. Иако је разумљиво да се такве мјере не могу предузимати против воље пацијента, да би поступање љекара било савјесно, он треба да се увјери да пацијент схвата значај и карактер последица које потенцијално могу наступити по његово здравље.²²

¹⁷ Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд 2012, 727.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Слободан Савић, „Кривична дела у вези са обављањем лекарске делатности“, *Научни часопис ургентне медицине – Хало* 94 2/2010, 57.

²⁰ З. Стојановић (2010), 607.

²¹ *Ibid.*

²² Бора Чејовић, *Кривично право у судској пракси, Посебни део*, Крагујевац 2008, 627.

Трећа алтернативна радња извршења првог основног облика тог кривичног дјела јесте непримјењивање одговарајућих хигијенских мјера, што заправо у пракси најчешће подразумијева пропуштање предузимања одговарајућих хигијенских мјера. Медицинска струка у том смислу поставља одређене стандарде сходно којима хигијенске мјере могу бити општег и посебног карактера.²³ Исто тако, овдје се има у виду и примјена одређених мјера, али не само мјера које је требало предузети већ и начина на који је то било неопходно учинити. Непримјењивање одговарајућих хигијенских мјера може се јавити и као радња извршења тог дјела у случају када се као учинилац јавља било који здравствени радник који при пружању медицинске помоћи или његе или при вршењу друге здравствене дјелатности очигледно несавјесно поступа и тиме проузрокује погоршање здравственог стања неког лица.²⁴

Четврта алтернативно постављена радња извршења првог основног облика дјела огледа се у уопште очигледно несавјесном поступању којим се проузрокује погоршање здравственог стања неког лица. У том контексту, очигледно несавјесно поступање требало би схватити на начин као и у осталим алтернативним облицима радње извршења овог дјела, али је уобичајено да се под овим обликом радње извршења подразумијевају два случаја: непримјењивање очигледно подобног средства или начина лијечења, или се пак може радити и о општој несавјесности која није специфична само за поступак лијечења.²⁵ У том смислу и овдје треба захтијевати виши степен несавјесности тим прије што се појмом „опште несавјесности“ могу обухватити врло хетерогене ситуације, па и атипични случајеви у којима је могућност настанка грешке вјероватнија.²⁶

Други основни облик кривичног дјела несавјесно пружање лјекарске помоћи може извршити други здравствени радник у пружању медицинске помоћи или његе или у вршењу друге здравствене дјелатности. С обзиром на то да извршилац другог основног облика не може бити лекар већ други здравствени радник односно лице које обавља одређене послове у области пружања медицинске помоћи или друге здравствене дјелатности, радња извршења кривичног дјела прилагођена је управо томе, то јест није ријеч о лијечењу већ о пружању медицинске помоћи или његе или вршењу друге здравствене дјелатности, при чему је за постојање радње извршења дјела потребно да извршилац при обављању тих дјелатности поступа очиглед-

²³ З. Стојановић (2012), 728.

²⁴ С. Савић, 57.

²⁵ З. Стојановић (2010), 608.

²⁶ Зоран Стојановић, Наташа Делић, *Кривично право, Посебни део*, Београд 2015, 186.

но несавјесно. Као и у случају првог основног облика дјела, ни овдје није довољно постојање блажих облика несавјесности.²⁷ Обим радњи које у свом раду спроводе категорије лица које према тексту законика могу учинити други основни облик дјела, односно други здравствени радници најчешће чини спровођење терапије према упутству љекара, давање љекова, превијање, обављање физикалне терапије, давање инјекција, вршење разних облика његе и осталих послова у вези са пружањем помоћи.²⁸ У друге здравствене дјелатности сврставају се и поступци као што су: архивирање медицинске документације, узимање крви или другог биолошког материјала, обављање лабораторијских анализа и снимања, стерилизација инструмената, асистенција приликом различитих врста хируршких захвата и др.

Кривично дјело несавјесно пружање љекарске помоћи из ст. 1 и 2 може бити извршено само са евентуалним умишљајем, док уколико је дјело извршено из нехата, што може обухватити и свјесни и несвјесни нехат, постоји лакши облик тог кривичног дјела из ст. 3. Законодавац, осим два основна и лакшег облика кривичног дјела несавјесног пружања љекарске помоћи, познаје и квалификоване облике у случају наступања тешких посљедица регулисаних чл. 302 Кривичног законика (тешка дјела против здравља људи).

3. ПРОБЛЕМИ КОЈИ СЕ ЈАВЉАЈУ У ПРИМЈЕНИ КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА НЕСАВЈЕСНО ПРУЖАЊЕ ЉЕКАРСКЕ ПОМОЋИ

Према недавно објављеним резултатима истраживања спроведеног на Универзитету Џон Хопкинс (*Johns Hopkins*) у Сједињеним Америчким Државама услјед стручне грешке здравственог радника сваке године у просијеку живот изгуби око 250.000 пацијената, што се, према ријечима аутора студије М. Мекарије (*M. Meckaria*), може сматрати трећим по реду узроком смрти у тој земљи, а вјероватно и у свијету. Ипак, истраживачи упозоравају да медицинске грешке не би требало да буду синоним за лоше љекаре, али да указују на заиста озбиљне и дубоке системске проблеме, укључујући лошу координацију, недовољне административне капацитете, подијељене мреже осигурања, недостатак или недовољно коришћење заштитних мрежа и протокола лијечења.²⁹ У том смислу, аутор студије посебно

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Даница Степић, „Кривична одговорност лекара за несавесно пружање лекарске помоћи – упоредноправна анализа кривичних законодавстава неких земаља Југоисточне Европе“, *Страни правни живот* 2/2009, Београд, 201.

²⁹ <https://www.jhu.edu/>, <http://www.glasamerike.net/a/medical-errors/3340214.html>, асп. 21. мај 2016.

наглашава да заправо нико нема тачне и потпуне податке о томе колико је лица преминуло уследијед начињене стручне медицинске грешке с обзиром на то да Свјетска здравствена организација, као ни центри за праћење болести не користе код за медицинске грешке, попут кодова који се користе на рачунима, како би се установили водећи узроци смрти. Управо због недостатка кода за медицинске грешке, Мекарија истиче да се проблему проучавања медицинске грешке не може озбиљније приступити, наглашавајући да је то једина област медицине која није документована.³⁰

Слично истраживање вршено је осамдесетих година на Институту „Роберт Кох“ (*Robert Koh*) у Њемачкој када су истраживачи дошли до податка да се у Њемачкој годишње у просјеку поднесе 40.000 пријава због начињене стручне љекарске грешке.³¹ У Њемачкој се та врста статистике води од 1979. године, а од 2006. године на националном нивоу евиденција се води помоћу Система извјештавања о љекарским грешкама (*Medical Error Reporting System – MERS*). Тај систем је изузетно значајан и подаци до којих се тим путем дође користе се за идентификацију стручних грешака, развијање стратегија избјегавања њиховог понављања и едукацију здравствених радника.³²

Закључак сличног истраживања спроведеног у Великој Британији такође је алармантан. Аутори истраживања дошли су до закључка да је у протеклих тридесетак година број поднијетих пријава против љекара због стручне грешке увећан око хиљаду пута. Од 2009. године у Енглеској је такође у употреби систем NHSE (*National Health Service Complaints England*).³³

Међу водећим разлозима настанка стручне грешке у области здравства у свим спроведеним истраживањима те врсте најчешће се наводи неадекватно вођена медицинска документација.³⁴

Медицинска документација – Медицинска документација, сходно одредбама Правилника о вођењу медицинске документације, начину уписивања података и састављања извјештаја³⁵ и Закона о здравственој документацији и евиденцијама у области здравства,³⁶

³⁰ *Ibid.*

³¹ М. Почуча, Н. Шаркић, Н. Мрвић Петровић, 207.

³² Чедомир Вучетић *et al.*, „Правни аспекти лекарске грешке“, *Acta chirurgica iugoslavica* 1/2011, Београд, 111.

³³ Emily Jackson, *Medical Law: Text, Cases and Materials*, Oxford 2009, 121.

³⁴ Сходно одредбама 333 РС и 333 ЦГ сви учесници у пружању здравствене заштите дужни су да воде одговарајућу медицинску документацију, извјештаје и евиденције.

³⁵ Правилник о вођењу медицинске документације, начину уписивања података и састављања извјештаја, *Службени гласник РС*, бр. 40/81.

³⁶ Закон о здравственој документацији и евиденцијама у области здравства, *Службени гласник РС*, бр. 123/2014.

представља извјештај о здравственом стању лица у који се у складу са законом евидентирају све информације о медицинским мјерама које су предузете, а посебно анамнеза, дијагноза, дијагностичке мјере, терапија и резултати терапије, као и дати савјети. Љекар и други здравствени радници и сарадници имају обавезу да воде прецизну медицинску документацију у коју пацијент има право увида. Обавеза вођења медицинске документације има јавноправни карактер па би стога свако неадекватно вођење медицинске документације морало да повлачи и одређену санкцију. Због мањкавости медицинске документације могуће је наступање разних облика штете, али се све оне у најгрубљем дијеле у двије групе: штета због немогућности да се докаже начињена љекарска грешка и штета због љекарске грешке коју је условила мањкава документација.³⁷

Иако је основна сврха и смисао вођења медицинске документације омогућавање правилног лијечења пацијента, она има и изузетну доказну вриједност пред судом и другим државним органима па у том смислу уредно вођење медицинске документације има вишеструк значај. Уредна медицинска документација помаже пацијенту да остварује своја права и доказује одговорност љекара за стручну грешку, док, с друге стране, љекару обезбјеђује доказ да се у раду придржавао важећих медицинских стандарда и протокола лијечења.

У случају наступања смрти пацијента, љекар је дужан да о томе одмах информише надлежне органе, да предложи вршење судскомедицинске обдукције и да такав свој поступак забиљежи у медицинску документацију, чиме обезбјеђује трајан доказ о свом исправном поступању.³⁸ Због значаја утврђивања узорка смрти у смислу постојања кривичног дјела, прецизирано је шта мора садржати налаз и мишљење вјештака дато након извршене судскомедицинске обдукције, при чему се посебно захтијева изјашњавање о непосредном узроку смрти, шта је тај узрок изазвало, времену наступања смрти и да ли је до тога дошло због личног својства, нарочитог стања организма, случајних околности или околности под којима је нанијета повреда и да ли је благовремено пружена помоћ могла спријечити смртни исход.³⁹ Сходно одредбама чл. 125, ст. 2 Законика о кривичном поступку РС⁴⁰ и чл. 148, ст. 2 Законика о кривичном

³⁷ Јаков Радишић, „Медицинска документација и њен правни значај“, *Право – теорија и пракса*, Београд 2006, 55.

³⁸ С. Савић, 65.

³⁹ Наташа Мрвић Петровић, Јован Ћирић, Милан Почуча, „Медицинска вештачења у кривичном и парничном поступку, *Војносанитетски преглед* 8/2015, Београд, 731.

⁴⁰ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

поступку ЦГ⁴¹, за вјештака се не може одредити доктор медицине који је лијечио умрлог. Из схватљивих разлога, љекар који је лијечио преминулог изузет је од могућности да буде вјештак за преглед и обдукцију леша. Иако вјештачење увијек треба да врши љекар судско-медицинске специјализације и мало је вјероватно да је љекар те врсте специјализације претходно био у функцији лијечења умрлог, ипак то не мора бити искључено, па се на томе и темељи дио *ratio legis-a* одредбе која таквог љекара апсолутно искључује као вјештака за преглед и обдукцију леша.⁴²

Дакле, као што смо претходно истакли, поступање у складу са правилима науке и струке, строго поштовање протокола лијечења и уредно вођена медицинска документација једнако су важни за пацијента као и за здравственог радника.

Нежељено дејство лијека – У контексту анализираног кривичног дјела треба истаћи да се од љекара очекује да просјечно савјесно поступа на нивоу знања просјечно едукованог љекара који прати савремена достигнућа своје струке. Разматрајући ту проблематику, треба имати на уму да лијечење и примјену лијека, односно медицинског средства у ту сврху у пракси може пратити и појава компликација које настају из различитих разлога, као што су године пацијента, природа и фаза болести, фактори ризика, друге болести од којих пацијент болује или је боловао, природа и тежина повреде, коморбидитет, биолошки одговор организма које се некритички повезују са неадекватним радом љекара.⁴³ Такође, као важно у контексту разматране тематике, а сходно одредбама Закона о лијековима, треба истаћи да употреба лијека,⁴⁴ иако у предвиђеној дози и на предвиђен начин, увијек собом носи ризик од наступања „нежељеног дејства лијека“, али и „озбиљног нежељеног дејства лијека“, који се може одразити на здравствено стање и живот пацијента. Такође, Закон о лијековима, осим тих категорија нежељеног дејства лијека, посебно дефинише и појам „неочекиваног нежељеног дејства лијека“ који представља свако штетно нежељено дејство које као такво није описано и самим тим није наведено у сажетку основних карактеристика одређеног лијека (чл. 5).⁴⁵ Појам несрећног случаја у медицини подразумијева

⁴¹ Законик о кривичном поступку, *Службени лист ЦГ*, бр. 57/09, 49/10, 47/14, 2/15, 35/15 и 58/15.

⁴² Милан Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Подгорица 2009, 465.

⁴³ С. Савић, 54.

⁴⁴ Интересантно је да се крв и компоненте крви намијењене трансфузији не сматрају лијеком, међутим лијековима из крви и крвне плазме у смислу овог закона сматрају се лијекови произведени из крви и крвне плазме хуманог или животињског поријекла.

⁴⁵ Закон о лијековима, *Службени лист ЦГ*, бр. 80/04.

оне случајеве у којима су неповољне последице у току пружања здравствене заштите и помоћи наступиле услијед неких околности које се нису могле предвидјети, при чему је љекар примјенио све неопходне мјере предвиђене савременом медицинском науком и праксом да спрјечи наступање тих последица и њихово штетно дејство на здравље пацијента односно штетне последице „наступиле су неочекивано и нису слиједиле из уобичајеног тока догађаја“, при чему фактори који доводе до таквог случаја у медицини могу бити објективног карактера (посебно неке околности случаја – нестанак струје, квар на апарату) или потицати од пацијента (лична својства или нарочито тешка стања организма).⁴⁶ У том смислу, значајно је разликовати узроке погоршања здравственог стања лица по основу начињене стручне љекарске грешке и несрећног случаја у медицини будући да несрећни случај у медицини не повлачи одговорност љекара јер не представља израз његовог несавјесног поступања. У контексту анализираних проблематике чини се важним истаћи и да су у пракси чести случајеви да пацијент допринесе погоршању властитог здравља произвољним коришћењем медикамената, избјегавањем терапије или непоштовањем љекарских забрана, чак и у случајевима када су укључени у процес лијечења.⁴⁷

4. ОДРЕЂИВАЊЕ ПОЈМА НЕСАВЈЕСНОГ ВРШЕЊА ЗДРАВСТВЕНЕ ДЈЕЛАТНОСТИ КАО БИТНОГ ЕЛЕМЕНТА КРИВИЧНОГ ДЈЕЛА

Појам стручне грешке у анализираном контексту традиционално се и веома упорно везује само за поступке љекара, а не и других здравствених радника, што представља веома интересанто питање.⁴⁸ Управо у контексту поменуте разлике по питању учиниоца кривичног дјела несавјесног пружања љекарске помоћи, сматрамо да би то кривично дјело требало да носи назив несавјесно вршење здравствене дјелатности, чему у прилог иду и важеће одредбе Закона о здравственој заштити Србије и Закона о здравственој заштити ЦГ. Тако се, сходно одредбама Закона о здравственој заштити РС, здравственим радницима сматрају лица која су завршила медицински, стоматолошки или фармацеутски факултет и лица са завршеном другом школом здравствене струке, која непосредно као професију обављају здравствену дјелатност у здравственим установама или приватној пракси под законом прописаним условима. Осим категорије здравствених радника, закон познаје и категорију здравствених сарадника

⁴⁶ С. Савић, 55.

⁴⁷ М. Почуча, Н. Шаркић, Н. Мрвић Петровић, 208.

⁴⁸ *Ibid.*

ка коју чине лица са завршеном средњом, вишом, односно високом стручном спремом која обављају одређене послове здравствене заштите у здравственој установи, односно приватној пракси. За вршење здравствене дјелатности здравствени радници и здравствени сарадници морају за одређене послове имати и одговарајућу специјализацију, односно ужу специјализацију (чл. 165, 166). И сходно одредбама Закона о здравственој заштити ЦГ, здравствену дјелатност такође врше двије категорије лица, здравствени радници и здравствени сарадници. Здравствени сарадници могу обављати здравствену дјелатност у области јавног здравства, здравствене заштите дјете, дијагностике, заштите менталног здравља, заштите репродуктивног здравља и одраслих лица са инвалидитетом. Лицу које се у смислу тог закона не сматра здравственим радником или здравственим сарадником, забрањено је обављање здравствене дјелатности (чл. 87–89).

У смислу наведеног, а сходно категоријама које познају поменути закони, треба измијенити назив кривичног дјела несавјесно пружање лекарске помоћи у кривично дјело несавјесно вршење здравствене дјелатности и допунити одредбе КЗ у погледу учиниоца тог кривичног дјела, сходно чему, осим категорије здравствених радника која обухвата лекаре и друге здравствене раднике, то кривично дјело може учинити и здравствени сарадник.

У прилог ставу да је неопходно мијењати назив тог кривичног дјела у кривично дјело несавјесно вршење здравствене дјелатности чини се важним још једном истаћи да се појам лијечења ипак не може сувише екстензивно тумачити, па је у том контексту спорно питање на који начин третирати случајеве који немају за циљ лијечење, али захтијевају вршење здравствене дјелатности, односно подразумијевају пружање здравствене услуге која са собом носи извјестан ризик, попут све масовнијих захвата у естетској хирургији, али и бројни други случајеви у којима се здравствене услуге све чешће пружају здравим лицима. У складу са тим ставом су и одредбе Закона о здравственој заштити, сходно којима је здравствена дјелатност она дјелатност којом се обезбјеђује здравствена заштита грађана, која обухвата спровођење мјера и активности здравствене заштите које се, у складу са здравственом доктрином и уз употребу здравствених технологија, користе и за очување и за унапређење здравља људи, а коју обавља здравствена служба коју чине здравствене установе и други облици здравствене службе, односно приватна пракса, који се оснивају ради спровођења и обезбјеђивања здравствене заштите, као и здравствени радници, односно здравствени сарадници, који обављају здравствену дјелатност у складу са законом (чл. 5, 6). У том смислу, све мјере и активности здравствене заштите морају бити засноване на научним доказима, односно морају бити

безбједне, сигурне и ефикасне и у складу са начелима професионалне етике.

Све то је у складу и са начелом законитости, као једним од најзначајнијих достигнућа кривичног права и принципа правне државе. У контексту поменуте проблематике посебно се истиче један од важних захтјева начела законитости да кривични закон мора имати висок степен одређености у погледу предвиђених инкриминација те у том смислу наведене норме морају бити прецизне у највећој могућој мјери, што се посебно односи на оне норме којима се креирају конкретне инкриминације и прописују казне за њих па сходно томе што је прецизност и одређеност кривичноправних норми већа, то је мања могућност за потенцијална и, по правилу, веома опасна тумачења таквих норми у пракси.⁴⁹ Одређеност закона подразумијева и његов начелни општи карактер, што би морала бити логична консеквенца не само у начелном смислу легитимности кривичног законодавства, које подразумијева да се њиме као својеврсним *ultima ratio* механизмом, а то је могуће само када таква заштита има опште усмјерење, тако и у правнотехничком смислу будући да се норме кривичног права креирају за будућност, а њих тек потом суд примјењује на конкретан догађај.⁵⁰

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Као што је у раду истакнуто, несавјесно поступање здравственог радника не мора увијек водити и погоршању здравственог стања пацијента. Стога, уколико здравствени радник очигледно несавјесно поступа, али тиме не узрокује погоршање здравственог стања лица, неће бити испуњени елементи бића кривичног дјела несавјесно пружање љекарске помоћи, али непостојање елемената бића конкретног кривичног дјела не значи да за несавјесно поступање здравствени радник не треба да сноси одређену професионалну одговорност. Као што је назначено, кривичним правом, као посљедњим средством, штити се здравље човјека од најтежих облика његовог угрожавања док се осталим гранама права рјешавају бројна питања из области остваривања права на здравље и здравствену заштиту.

Осим у раду посебно наглашених спорних питања која се односе на сувише екстензивно тумачење појма лијечења у кривичном праву па, у том контексту, и спорног назива анализираног кривичног дјела, отворено је и значајно питање категорија лица која могу бити учиниоци тог кривичног дјела. У том смислу сматрамо

⁴⁹ Милан Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали ПФБ* 1/2010, 72.

⁵⁰ *Ibid.*, 81.

да је, с обзиром на значајно увећање броја услуга које се све чешће пружају у области здравства а које се не могу сматрати лијечењем, неопходно мијењати назив кривичног дјела несавјесно пружање љекарске помоћи у кривично дјело несавјесно вршење здравствене дјелатности. Такође, сматрамо да би, сходно одредбама Закона о здравственој заштити РС и Закона о здравственој заштити ЦГ које познају двије категорије лица која могу обављати послове из области здравствене заштите, требало допунити одредбе КЗ у погледу тог кривичног дјела тако да се, осим категорије здравствених радника, која обухвата љекаре, односно лица са завршеним медицинским, стоматолошким или фармацеутским факултетом, и друге здравствене раднике, уведе и категорија здравствених сарадника као лица која могу учинити то кривично дјело.

На овом мјесту чини се важним указати и на значај Протокола о лијечењу, у складу са којима се, по угледу на бројне водеће земље свијета, спроводе поступци лијечења. У том смислу строго поштовање Протокола о лијечењу и уредно вођење медицинске документације истовремено би служили као критеријуми контроле рада здравствених радника и здравствених сарадника, али истовремено представљали и изузетно важне доказе приликом утврђивања њихове одговорности. Заправо, поштовање Протокола о лијечењу и прецизно вођење медицинске документације мора бити схваћено као најсигурнији вид заштите сваког здравствених радника, односно сарадника, као и лица која остварују права на здравствену заштиту.

Случајеви у којима у пракси долази до настанка стручне љекарске грешке по правилу су веома бројни.⁵¹ Упркос томе, у Србији, као ни у Црној Гори, не постоји евиденција о тој проблематици. Ипак, поједина осигуравајућа друштва на овим просторима нуде и ову врсту осигурања, али да би се на адекватан начин могло говорити о његовом „успјеху“, оно мора бити одређено као обавезно, као што је то учињено у Словенији.⁵² У контексту разматране тема-

⁵¹ У том смислу интересантан је податак да се, с обзиром на специфичност професије, често дешава да у току хируршке интервенције у тијелу пацијента буде заборављен неки од инструмената или других материјала употребљаваних у току интервенције. Хируршке грешке могу бити веома упадљиве, као што су погрешан пацијент (идентитет), погрешна страна тијела, погрешно мјесто и погрешна процедура, али се као разлози настанка стручне љекарске грешке јављају и опрема, односно техника, лијекови, комуникација и сл. У том смислу опрема може бити неисправна, комуникација нејасна, непотпуна, погрешно схваћена (нечитак рукопис) и често је то примарна грешка за настанак других грешака. Веома је важно указати на то да се разматрање поменутих медицинских грешака односи само на најеклатантније примјере начињених стручних љекарских грешака, што је заправо алармантан показатељ присуства изразито крупних грешака у послу који по замисли не прихвата грешку као допустиву. Наведено према: Ч. Вучетић, *et al.*, 111.

⁵² Владимир Чоловић, „Осигурање од професионалне одговорности“, *Страни правни живот* 3/2010, 33.

тике, као и значаја вођења евиденције стручних грешака у области здравства, а све са циљем њиховог откривања, праћења и отклањања узрока њиховог настанка, сматрамо да је основан у теорији све заступљенији став да је неопходно оснивање националних система за пријављивање и праћење стручних грешака у области здравствене дјелатности, попут система који су у употреби у Енглеској, Њемачкој, Француској и другим водећим земљама у области заштите права на здравље и пружање здравствене заштите.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Чејовић, Б., *Кривично право у судској пракси, Посебни део*, Крагујевац 2008. (Sejović, B., *Krivično pravo u sudskoj praksi, Posebni deo*, Kragujevac 2008)
- Чоловић, В., „Осигурање од професионалне одговорности“, *Страни правни живот* 3/2010. (Čolović, V., „Osiguranje od profesionalne odgovornosti“, *Strani pravni život* 3/2010)
- Ђурђевић, Н., „Кривична одговорност лекара у случају самоубиства пацијента“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право* 1–2/1997. (Đurđević, N., „Krivična odgovornost lekara u slučaju samoubistva pacijenta“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo* 1–2/1997)
- Jackson, E., *Medical Law: Text, Cases and Materials*, Oxford 2009.
- Мрвић Петровић, Н., Ћирић, Ј., Почуча, М., „Медицинска вештачења у кривичном и парничном поступку“, *Војносанитетски преглед* 8/2015. (Mrvić Petrović, N., Ćirić, J., Počuča, M., „Medicinska veštačenja u krivičnom i parničnom postupku“, *Vojnosanitetski pregled* 8/2015)
- Pompili, M., Ferracuti, C., „Suicide and some of its legal problems with particular reference to the shizophrenia patient“, *Crimen* 1/2011.
- Почуча, М., Шаркић, Н., Мрвић Петровић, Н., „Лекарска грешка као разлог правне одговорности лекара и здравствених установа“, *Војносанитетски преглед* 2/2013. (Počuča, M., Šarkić, N., Mrvić Petrović, N., „Lekarska greška kao razlog pravne odgovornosti lekara i zdravstvenih ustanova“, *Vojnosanitetski pregled* 2/2013)
- Радишић, Ј., „Медицинска документација и њен правни значај“, *Право – теорија и пракса*, Београд 2006. (Radišić, J., „Medicinska dokumentacija i njen pravni značaj“, *Pravo – teorija i praksa*, Beograd 2006.
- Радишић, Ј., „Одговорност лекара због смрти пацијента изазване нехатним нечињењем – поглед у њемачку правну теорију и

- судску праксу“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012. (Radišić, J., „Odgovornost ljekara zbog smrti pacijenta izazvane nehatnim nečinjenjem – pogled u njemačku правну теорију и судску праксу“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2012)
- Савић, С., „Кривична дела у вези са обављањем лекарске делатности“, *Научни часопис ургентне медицине – Хало* 94 2/2010. (Savić, S., „Krivična dela u vezi sa obavljanjem lekarske delatnosti“, *Научни часопис ургентне медицине – Хало* 2/2010)
- Степић, Д., „Кривична одговорност лекара за несавесно пружање лекарске помоћи – упоредноправна анализа кривичних законодавстава неких земаља Југоисточне Европе“, *Страни правни живот* 2/2009. (Stepić, D., „Krivična odgovornost lekara za nesavesno pružanje lekarske pomoći – uporednopravna analiza krivičnih zakonodavstava nekih zemalja Jugoistočne Evrope“, *Страни правни живот* 2/2009)
- Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, Београд 2012. (Stojanović, Z., *Коментар Кривичног законика*, Београд 2012)
- Стојановић, З., *Коментар Кривичног законика*, Подгорица 2010. (Stojanović, Z., *Коментар Кривичног законика*, Подгорица 2010)
- Стојановић, З., Делић, Н., *Кривично право, Посебни део*, Београд 2015. (Stojanović, Z., Delić, N., *Кривично право, Посебни део*, Београд 2015)
- Шкулић, М., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Подгорица 2009. (Škulić, M., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Подгорица 2009)
- Шкулић, М., „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010. (Škulić, M., „Načelo zakonitosti u krivičnom pravu“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010)
- Вучетић, Ч. *et al.*, „Правни аспекти лекарске грешке“, *Acta chirurgica iugoslavica* 1/2011. (Vučetić, Č. *et al.*, „Pravni aspekti lekarske greške“, *Acta chirurgica iugoslavica* 1/2011)

Jelena Đurišić, PhD

Assistant Lecturer

University of Donja Gorica, Faculty of Law

CONTROVERSIAL ISSUES RELATED TO THE CRIMINAL
OFFENSE OF UNCONSCIENTIOUS PROVISION OF MEDICAL
ASSISTANCE

Summary

The paper discusses the more issues relating to the criminal offence of unconscientious provision of medical assistance, among which the most important are follows: the first question concerns the interpretation of terms of providing medical assistance and treatment in the context of the analyzed criminal offense and according to the this the interpretation of the title of criminal offense of unconscientious provision of medical assistance while the third raises the question about category of persons who may be offender of this criminal offence.

It also highlighted the importance of respecting the protocols of the treatment and the importance of establishing national system for reporting and monitoring of professional errors in the field of health services. Strict adherence to the protocol of the treatment and orderly conduct of medical documentations is multiple significance because it represents the safest form of protection to the health workers and associates as well as the patient.

Key words: *The criminal offence of unconscientious provision of medical assistance. – Causal relationship. – Health associates.*

Article history:

Received: 30. 6. 2016.

Accepted: 28. 11. 2016

Др Марина Матић Бошковић*

ТУЖИЛАЧКИ САВЕТИ И ГАРАНЦИЈА ТУЖИЛАЧКЕ АУТОНОМИЈЕ У ДРЖАВАМА ЗАПАДНОГ БАЛКАНА

Прошло је више од пет година од оснивања правосудних и тужилачких савета у државама Западног Балкана. Новоосноване институције преузеле су надлежности у избору, напредовању и разрешењу јавних тужилаца у складу са међународним стандардима заштите независности правосуђа, па се намеће питање у којој мери су тужилачки савети испунили очекивања стручне јавности. У тексту се анализирају европски стандарди и добре праксе уређења правосудних савета, као и упоредноправна решења у државама Западног Балкана и њихова усклађеност са стандардима.

Кључне речи: *Правосудни савети. – Независност правосуђа. – Правна природа јавног тужилаштва. – Тужилачка управа. – Политички утицај.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Оснивање правосудних и тужилачких савета се годинама сматрало једном од значајних иницијатива у успостављању независности правосуђа.¹ Том уверењу су у великој мери допринели Савет Европе, доношењем Препоруке о увођењу правосудних савета као

* Ауторка је истраживач сарадник на Институту за упоредно право у Београду, matimarina77@yahoo.com.

¹ Међународни и регионални инструменти о људским правима признају право на независно и непристрасно правосуђе као део шире гаранције права на правично суђење. У данашње време је признато да правосудна независност обухвата и институционалну аутономију судова и јавних тужилаштва. Последњих година се дефинишу и стандарди независности јавних тужилаца и тужилаштва. Независност правосуђа подразумева и постојање органа правосудне самоуправе.

модела управљања правосудним системом,² и успех савета основаних у државама Југозападне Европе.³

Крајем XX и почетком XXI века, правосудни савети су основани у великом броју држава Централне и Источне Европе.⁴ Оснивање правосудних савета промовисано је као универзално и одговарајуће решење којим ће се отклонити сви проблеми који су произлазили из ситуације да је правосудним системом управљало министарство надлежно за правосуђе. Међутим, иако су често оснивани са великим оптимизмом, искуство је показало да успех правосудних савета варира од државе до државе.⁵ Научене лекције показују да су делотворни правосудни савети добро опремљени, на челу са представницима струке са признатим интегритетом и посвећеношћу, и да се налазе у оквиру мреже других актера који раде заједно на успостављању и јачању независности правосуђа. С друге стране, слабе правосудне савете карактерише слаба политичка воља, која се манифестује у ограниченим ресурсима и капацитетима запослених, као и у недовољно интегритету чланова савета.

На уређење правосудног, односно тужилачког савета утиче и правна природа и функција јавног тужилаштва у датом правном систему.

2. ПРАВНА ПРИРОДА И ФУНКЦИЈА ЈАВНОГ/ДРЖАВНОГ ТУЖИЛАШТВА У ДЕМОКРАТСКИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА

Појава и развој јавног тужилаштва везују се за средњи век и захтев владара усмерен према правним заступницима да се ангажују

² Комитет министара, Препорука бр. Р (94) 12, 13. октобар 1994.

³ Први савет правосуђа основан је у Француској (*Conseil Supérieur de la Magistrature*) 1946. године. Француски Савет је био надлежан за управљање правосудним особљем. У Италији је 1958. године основан Правосудни савет (*Consiglio Superiore della Magistratura*) да би се правосуђе потпуно ослободило политичке контроле. Тај модел правосудног савета касније је послужио као узор и другим државама. У Шпанији и Португалу су слични модели основани након пада диктаторских режима средином седамдесетих година XX века.

⁵⁸ Деведесетих година XX века, правосудни савети су основани у већини држава Централне и Источне Европе. У Пољској је Правосудни савет основан 1990, у Словенији, Румунији и Бугарској 1991, у Хрватској 1993, у Литванији и Малти 1994, у Мађарској 1997. године. Приликом оснивања савета државе су имале за узор моделе који су штитили носиоце правосудних функција од утицаја других грана власти на избор, напредовање и разрешење, али и решења која су омогућавала боље управљање системом.

⁵ Michal Bobek, David Kosař, *Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe*, College of Europe, Brugge 2013.

на заштити интереса владара пред судом. Временом се мењао положај правних заступника који су заступали интерес владара пред судом, па су постали обавезни да се искључиво посвете заштити интереса владара, односно државе.⁶

Крајем XVII и у току XIX века, у одређеном броју европских земаља промењен је тип кривичног поступка и инквизиторски поступак је замењен акузаторним поступком, чиме долази до раздвајања суда и тужилаштва.

На промену института јавног, односно државног тужилаштва посебан утицај има Француска револуција из 1789. године. Корени уређења јавног тужилаштва у већини држава континенталног правног система могу се пратити до француског *Coded' Instruction Criminelle* из 1808. године,⁷ којим је успостављено јавно тужилаштво у Француској. Француска је утицала на оснивање јавног тужилаштва у другим европским државама које су биле под француском влашћу. Након ослобођења од Француске, државе су задржале институт јавног тужилаштва. На тај начин држава за себе задржава право кривичног гоњења и по закону овлашћује јавног тужиоца, који заступа јавни интерес и који је првенствени тужилац за кривична дела за која се по закону гони по службеној дужности.

За разлику од држава континенталне правне традиције, у државама англосаксонске правне традиције, систем кривичног гоњења се у великој мери ослањао на појединце.⁸ У Енглеској и Велсу⁹ функција оптужбе се постепено преносила са појединаца на јавно тужилаштво. Јавно тужилаштво се оснива тек средином осамдесетих година XX века, након бројних реформи.

У теорији се појам јавног тужилаштва одређује на различите начине. Постоје теорије да је остваривање законитости основна функција јавног тужиоца, из чега произлази да је тужилац у првом реду „заштитник закона“.¹⁰ Према другом схватању, јавно тужилаштво се одређује на основу процесног положаја јавног тужиоца у кривич-

⁶ Горан Илић и др., *Положај јавног тужилаштва у Републици Србији и упоредно правна анализа*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2007.

⁷ Pieter Verrest, „The French Public Prosecution Service“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 8, 3/2000, 210–244.

⁸ Philip C. Stenning, *Appearing for the Crown: A legal and historical review of criminal prosecutorial authority in Canada*, Brown Legal Publications, Cowansville 1986, 17.

⁹ Thomas Hetherington, *Prosecution and the Public Interest*, Waterlow Practitioners Library, London 1989.

¹⁰ Горан Илић, *Стварање, организација и функционисање кривичног правосуђа у Србији од 1945–1957. године*, одбрањена докторска дисертација, Правни факултет, Универзитет у Нишу 2007.

ном поступку, а функцију оптужбе врши овлашћени тужилац, „који у кривичном поступку остварује кривично гоњење, односно реализује своје право на кривично гоњење, а то је право истовремено и основна обавеза јавног тужиоца“.¹¹ Постоји опште схватање садржано у правној теорији, које је укључено и у међународне акте, да јавни тужилац има кључну улогу у систему кривичног правосуђа.¹² Поједини аутори истичу функцију јавног тужиоца као „чувара суднице“; односно указују на његову улогу у примени диверзионих модела.¹³

Европске државе су подељене када је у питању однос између јавног тужилаштва и других грана власти.¹⁴ Поједине државе су се одлучиле за модел надређености извршне власти, који постоји у више облика. Тако је у Немачкој јавно тужилаштво интегрални део Министарства правде, док је у Холандији министар правде политички одговоран за полицију и тужилаштво. Министар правде има овлашћење да издаје општа и појединачна упутства за поступање тужилаца и одговоран је пред Парламентом за примену тих овлашћења. У Норвешкој је јавно тужилаштво потчињено краљу, али у пракси јавно тужилаштво ужива функционалну независност у поступању у предметима. У државама са дугом демократском традицијом јавно тужилаштво и унутар извршне власти остварује ефективну независност јер друштвена стварност омогућава тужилаштву да поступа професионално и изван утицаја политике.¹⁵ Међутим, у државама у транзицији тај модел може утицати на стварање ставова да јавно тужилаштво није политички неутрално и непристрасно у доношењу одлука.¹⁶

¹¹ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014, 106.

¹² European Guidelines on ethics and conduct for public prosecutors, који су усвојени 31. маја 2005. године (Смернице из Будимпеште), Препорука Савета Европе (2000) 19 о улози јавног тужилаштва у систему кривичног правосуђа.

¹³ Више у Peter J. P. Tak, *Methods of Diversion Used by the Prosecution Services in the Netherlands and other Western European Countries*, UNAFEI Annual report, Resource Material Series 74, <http://www.unafei.or.jp/english/pages/RMS/No74.htm>, 54, 30. август 2016; Julia Fionda, *Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study*, Clarendon Press, 1995, 189; Marianne Wade, „The Changing Role of European Prosecution“, *Newsletter of the European Society of Criminology* 4, 2/2005 (јул), 3, 13–15.

¹⁴ Постоје велике разлике у положају јавних тужилаца упркос јасних препорука изражених у Rec(2000)19 и IAP стандардима. У појединим државама положај јавног тужиоца је једнак положају судије. Вид. P. J. P. Tak, *Report on the relationship between judges and prosecutors*, Working paper of the consultative council of European judges (CCJE-GT(2009)4), 16th meeting, 2009.

¹⁵ Горан Илић, „Однос извршне власти и јавног тужиоца у модерном процесном законодавству“, *Казнено законодавство – прогресивна или регресивна решења*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2005, 360.

¹⁶ Вид. *Opinion of the Venice Commission (European Commission for Democracy through Law) no. 503/2008 on four constitutional laws amending the Constitution of Georgia (CDL-AD(2009)017)*, усвојено на 78. пленарној седници, март 2009.

Други модел постоји у државама у којима тужилаштво има статус посебног, сасвим издвојеног органа, као што је случај у Финској.¹⁷ Трећи тип познају правни системи у којима се тужиоци сматрају делом судске власти. У Италији и Француској тужиоци функционишу и врше своја овлашћења у оквиру посебних канцеларија – магистрата, у којима заједно раде судије и тужиоци. Опредељење за одређени модел најчешће је последица традиције или задатака које су постављени тужилаштву.

У модерним, демократским друштвима јавно тужилаштво је уређено у складу са начелом владавине права. Јавни тужилац у вршењу својих овлашћења мора поступати непристрасно, што захтева уставне и законске гаранције које омогућавају независно деловање јавног тужиоца.

Независност јавног тужилаштва се одређује начином избора, односно именовања јавних тужилаца, сталношћу функције и постојањем забране утицаја на рад јавног тужилаштва и поступање јавног тужиоца у предметима.

Ради јачања независности тужилаштва и спречавања политичког утицаја оснивају се посебне институције, тужилачки, односно правосудни савети. У Италији је основан први правосудни савет са циљем обезбеђења независности.¹⁸ У европским државама правосудни савети делују као посредници између извршне власти и правосуђа.

3. ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ

У Резолуцији Генералне скупштине Европске мреже правосудних савета (ENCJ), која је донета у Будимпешти 23. марта 2008. године, наводи се да у већини европских држава постоје правосудни савети или сличне независне или аутономне институције које су одвојене од извршне и законодавне власти, а имају надлежност да обезбеде независност правосуђа.¹⁹

У појединим државама, тужилачки савет је централно тело надлежно за избор, напредовање и разрешење јавних тужилаца, као и за управљање тужилачким системом и финансијским и људским ресурсима. У Европи постоје различити модели тужилачких савета, који се могу различито класификовати. Најчешће се прави разлика између

¹⁷ Савет Европе, Статус и улога јавних тужилаштава, Стразбур 2000, 30, 33.

¹⁸ Високи савет магистрата (*Consiglio Superiore della Magistratura*), као гаранција спољне независности тужилаштва, основан је на основу Устава из 1948, а почео је да функционише 1959. године.

¹⁹ <http://www.encj.eu/images/stories/pdf/resolutionbudapestfinal.pdf>, 30. август 2016.

јужноевропског модела, у којем се тело успоставља са циљем заштите независности правосуђа и главна улога је избор и дисциплинска одговорност носилаца правосудних функција, и северноевропског модела, у којем се савет успоставља ради управљања системом (надзор на радом писарница, равномерним приливом предмета, стопом решавања предмета, промоцијом уједначавања праксе, квалитетом рада итд.), судском управом (одржавање зграда, аутоматизација радних процеса, обуке запослених), планирањем и извршењем буџета за правосуђе.²⁰ Разлике у надлежностима савета произлазе из различитих историјских околности.²¹ У појединим државама у Европи постоје посебни тужилачки савети (Португал, Црна Гора, Хрватска, Македонија), док у другим државама постоје мешовити правосудни савети (Француска, Италија, Белгија, Румунија, Бугарска, Босна и Херцеговина).²²

У европском контексту један од првих извора „меких“ међународних стандарда, у којима је истакнута потреба за специјализованим правосудним саветима, била је Препорука Комитета министара Савета Европе (94) 12 о независности, ефикасности и улози судија из 1994. године. Савет Европе је препоручио да се надлежност за избор и напредовање судија повери телу које је независно од других грана власти, а да чланове тела бирају сами носиоци правосудне функције.²³

Следећи значајан документ је Европска повеља о закону за судије из 1998. године,²⁴ која садржи начело да сваку одлуку која утиче на избор, именовање, напредовање или разрешење судије доноси тело независно од извршне и законодавне власти. Најмање половину чланова тог тела требало би да чине судије које су изабрале њихове колеге. У Образложењу Повеље наводи се да је напредовање у каријери или престанак функције судије поверено органу независном од извршне и законодавне власти, од чијег чланства барем полови-

²⁰ У Данској и Шведској су правосудни савети основани са циљем да се унапреде управљање и контрола правосудног буџета и запослених у правосуђу. Шведска је била прва држава која је судску управу поверила независној институцији, правосудном савету (*Dolmstolsverket*), који је основан 1975. године. Ирска и Данска су се такође одлучиле за северноевропски модел правосудног савета, који се често описује и као модел чија је основна функција управљање правосудним системом, уз постојање ограничене улоге у избору, напредовању и разрешењу носиоца функције. Избор, напредовање и дисциплински поступак су у државама које су се одлучиле за тај модел поверене посебним правосудним комисијама.

²¹ Више у *Councils for the Judiciary in EU Countries*, СЕРЕЈ, 2003.

²² Више у Љубиша Драгашевић и др., *Тужилачки и правосудни савети – примери и решења из праксе*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2010.

²³ Начело 1 – Основна начела независности судија.

²⁴ https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges_EN.pdf, 30. август 2016.

ну чине судије, које су изабрале њихове колеге судије на начин који гарантује најширу представљеност судства. С обзиром на то да би поједине државе тешко прихватиле препоруку да успоставе независно тело које би преузело надлежности политичких тела за избор носилаца правосудних функција, стандард се тумачи тако да су политичка тела дужна да прибаве мишљење или предлог независног тела и да морају дати образложење у случају да одбију њихов предлог.

Препорука Комитета министара Res(2010)12 о судијама: независност, делотворност и одговорност, од 17. новембра 2010. године, одражава развој схватања улоге правосудних савета. Једно поглавље Препоруке посвећено је улози, саставу и начелима на којима би требало да почивају правосудни савети. Препоруком се правосудни савети дефинишу као независна тела, која се оснивају уставом или законом са циљем да штите независност правосуђа и појединих судија и да допринесу делотворном функционисању правосудног система.²⁵ Када је у питању састав правосудних савета, препоручује се да би најмање половина чланова требало да буду судије које су изабрале њихове колеге са свих нивоа правосуђа. Наводи се и да би правосудни савети требало да покажу највиши степен транспарентности према судијама и друштву тако што ће развијати унапред утврђене процедуре и образложене одлуке.

Консултативно веће европских судија (ССЈЕ) представља саветодавно тело Савета Европе које се изјашњава о питањима значајним за независност, непристрасност и стучност судија. Консултативно веће је истакло значај правосудних савета у Мишљењу број 10 из 2007. године о правосудним саветима у служби друштва. У Мишљењу су утврђени основни елементи који се односе на циљ, састав и функционисање правосудних савета. Међутим, у Мишљењу се не дефинише јединствен модел правосудних савета већ се успостављају основна начела која важе у демократским државама.

Први документ који прецизније говори о саставу и начину избора тужилачких савета је Декларација о начелима јавних тужилаца – Напуљска декларација Европског удружења судија и тужилаца за слободу и демократију (MEDEL) из 1996. године.²⁶ У Декларацији се наводи да би надлежност тужилачког савета требало да обухвата избор, управљање и дисциплински поступак против јавних тужилаца, док би у саставу савета требало да буду сами тужиоци бирани од својих колега на одређени период.²⁷

²⁵ Тачка 26. Препоруке.

²⁶ MEDEL Declaration of principles concerning the public prosecutor, <http://medelnet.eu/images/stories/docs/naples%20eng%20rev.pdf>, 30. август 2016.

²⁷ Милан Шкулић и др., *Државно веће тужилаца у светлу најављених измена Устава*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2016.

Консултативно веће европских тужилаца (ССЕР) је саветодавно тело Савета Европе које доноси мишљења од значаја за положај и организацију јавног тужилаштва. У Мишљењу број 9 из 2014. године о правосуђу у служби друштва утврђују се европске норме и начела о јавним тужиоцима. У Мишљењу се наводи да се непристрасност јавних тужилаца обезбеђује процесом избора и напредовања и да треба размотрити оснивање тужилачких или мешовитих правосудних савета у чијој надлежности би био избор тужилаца.

О тужилачким саветима говори и Извештај Венецијанске комисије о европским стандардима о независности правосуђа²⁸ из 2010. године. У Извештају се препознаје да све више држава оснива тужилачке савета, али да не постоје општеприхваћени стандарди.²⁹ Препоручује се да у састав правосудних савета буду укључени тужиоци свих нивоа, али и други актери, као адвокати и представници академске заједнице. Ако чланове правосудног савета бира парламент, требало би да се захтева квалификована већина. Уколико постоји мешовит судски и тужилачки савет, требало би да се обезбеди да судије и тужиоци не могу да прегласају другу групу у питањима избора или дисциплинског поступка већ да савет одлучује у два већа (судском и тужилачком), као што је случај у Француској.

Поменути документи садрже основна начела на којима би требало да почивају правосудни, односно тужилачки савети:

- независна тела која штите независност правосуђа и појединих судија;
- транспарентан и одговоран начин рада;
- структура, надлежности и процедура рада правосудних савета одражава циљ њиховог оснивања;
- располагање одговарајућим људским и финансијским ресурсима.

Независност правосудних савета означава да би савети требало да буду заштићени од непромереног утицаја извршне и законодавне власти.³⁰ Упоредна решења показују да је структурна и опера-

²⁸ CDL-AD(2010)040-е Report on European Standards as regards the Independence of the Judicial System: Part II – the Prosecution Service, усвојен на 85. пленарној седници Венецијанске комисије, 17–18. децембар 2010.

²⁹ Denis Preshova, Ivan Damjanovski, Zoran Nechev, *The Effectiveness of the 'European Model' of Judicial Independence in the Western Balkans: Judicial Councils as a Solution or a New Cause of Concern for Judicial Reforms*, CLEER PAPERS 2017/1, Asser Institute, the Hague, 16.

³⁰ Violaine Autheman, Sandra Elena, *Global best practices: Judicial Council – Lessons learned from Europe and Latin America*, USAID, 2004.

тивна самосталност непоходна, уз постојање јасног правног основа и надлежности које су дате правосудним саветима. Транспарентан поступак избора чланова правосудног савета, заједно са одговорајућом политиком људских ресурса и интерним контролама, неопходан су елемент за превенцију непотребног мешања у рад. Независност правосудних савета не искључује постојање одговорности.

Чланови правосудног савета требало би да се бирају на основу објективних критеријума у транспарентном и фер поступку, како би се избегла политизација и угрозила независност савета. Само неколико међународних аката указује на питање избора чланова савета. У Европској повељи и другим документима наводи се да би представнике правосуђа требало да бирају њихове колеге. Међутим, ни избор од колега ни именовање у парламенту не може потпуно да спречи спољашње утицаје на савет или непримерене притиске. Да би се избегла политизација и обезбедила контрола система, надлежност за избор чланова савета треба поделити између неколико различитих тела. Тако се у Водичу USAID-а за унапређење независности и непристрасности правосуђа из 2001. године наводи да у појединим државама „професионална тела именују своје чланове за чланство у савету“.³¹

Као што из Препорука произлази, правосудни савети би требало да имају јасан правни основ који уређује надлежност, положај, избор, унутрашњу структуру, одговорност, људске и финансијске ресурсе, процедуру рада итд. Правни основ би требало да буде уређен највишим правним актом једне земље или законом. Државе које су се одлучиле за јужноевропски модел најчешће уређују правосудне савете уставом.

Када је у питању састав правосудних савета, већину чланова би требало да чине тужиоци које су изабрале њихове колеге. Процес избора чланова савета требало би да буде транспарентан и да омогући именовање особа од интегритета на основу објективног и транспарентног процеса избора. Мандат чланова савета требало би да буде заштићен законом од неоснованог разрешења. Осим носилаца правосудних функција, упоредни модели показују да се и друге категорије чланова укључују у састав савета: представници других грана власти (извршне и законодавне); чланови правне заједнице, адвокатске коморе, професори или угледни правници; чланови грађанског друштва.³²

³¹ *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, USAID Technical Publication, Washington, http://www.ifes.org/rule_of_law/description.html, 30. август 2016.

³² У Француској, Литванији и Пољској у састав савета улази министар правде, у Естонији народни посланик, у Македонији и Шпанији адвокати, у Белгији, Италији и Македонији професори права.

У појединим међународним инструментима позива се на диверсификацију чланства у правосудним саветима и препоручује се укључивање „истакнутих личности које именује парламент“³³ или „представника самосталних правних професија“.³⁴

Пресудни значај има одговарајуће финансирање тела. Док пуна финансијска независност не може да се оствари јер се буџет усваја у парламенту, одрживо финансирање мора да буде обезбеђено. Правни прописи би требало да спрече безусловно дискреционо понашање извршне власти над финансирањем правосудних савета.

Транспарентност рада правосудних савета има кључни значај за поверење носилаца правосудних функција у објективно и правично поступање савета, као и за поверење грађана у правосудни систем.

Надлежност правосудних савета требало би да обухвати избор носилаца правосудних функција, напредовање и разрешење, као и обуку, односно допринос обуци носилаца правосудних функција. Осим тих надлежности, правосудни савети би требало да преузму надлежност правосудне управе и буџетске надлежности, како би се смањила могућност спољних утицаја на правосудни систем, посебно од извршне власти. Међутим, обим и ефекти надлежности разликују се од државе до државе. У појединим случајевима, недостатак јасно утврђених надлежности правосудних савета и непотпуно преношење надлежности са других институција правосудног сектора (министарства надлежног за правосудје или врховног суда) имало је за последицу лоше резултате рада савета.

4. УПОРЕДНА АНАЛИЗА ТУЖИЛАЧКИХ САВЕТА У РЕГИОНУ

У државама Западног Балкана преовлађују посебни тужилачки савети, чија је улога заштита самосталности, односно независности јавног тужилаштва. Тај модел обухвата институције које су надлежне за избор, напредовање и разрешење јавних тужилаца, а у појединим државама надлежност обухвата и управљање тужилачким системом. У Босни и Херцеговини постоји заједничко тело надлежно за судије и тужиоце.

³³ Draft Additional Protocol to the ECHR „Palermo Declaration“, Association of European Magistrates for Democracy and Freedoms (MEDEL), Palermo, Italy 1993.

³⁴ Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the LAWASIA Region, 1995, 6th Conference of Chief Justices of Asia and the Pacific, Beijing, China, чл.15

4.1. Законско уређење

Правосудни савети постоје у свим државама Западног Балкана (Србији, Босни и Херцеговини, Црној Гори, Македонији и Албанији). У Србији, Црној Гори и Македонији постоје посебни тужилачки савети, док у Босни и Херцеговини постоји мешовито тело надлежно за судије и јавне тужиоце. У Албанији постоји Савет тужилаца, као колегијално саветодавно тело које подржава рад Главног тужилаштва.

Правни основ којим се уређују оснивање, правни положај, надлежност и организација правосудних савета у Србији, Босни и Херцеговини, Македонији и у Црној Гори представљају највиши правни акти тих држава и посебни закони, док се у Албанији рад тог тела регулише само посебним законом. Тако је у Босни и Херцеговини Високо судско и тужилачко вијеће основано 2004. године.³⁵ Као и у Србији, и у Босни и Херцеговини и Црној Гори оснивање и функционисање правосудних савета био је захтев у процесу придруживања Европској унији.

Тужилачки савет у Македонији основан је 2008. године, на основу уставних амандмана из 2005. године. Прво решење за које се Македонија определила било је оснивање правосудног савета у којем није било носилаца правосудних функција, већ је требало да сви чланови буду угледни правници које бира парламент на предлог председника и парламентарне комисије. Уставни суд је донео одлуку да већину чланова правосудног савета морају чинити носиоци правосудне функције.³⁶ Последње измене у уређењу Тужилачког савета предузете су у априлу 2015. године доношењем Закона за јавнообвинителска служба.³⁷

Државно веће тужилаца као орган тужилачке самоуправе први пут је уређен Уставом Републике Србије из 2006. године, а основан је Законом о Државном већу тужилаца из 2008. године.³⁸ Веће је почело

³⁵ Закон о Високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине (*Службени гласник БиХ*, бр. 25/04), који је ступио на снагу 1. јуна 2004. године, Закон о изменама Закона о Високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине (*Службени гласник БиХ*, бр. 93/05), који је ступио на снагу 7. јануара 2006. године и Закон о измјенама и допунама Закона о Високом судском и тужилачком вијећу Босне и Херцеговине (*Службени гласник БиХ*, бр. 15/08) проглашен Одлуком Високог представника од 15. јуна 2007. године (*Службени гласник БиХ*, бр. 48/07), ступио на снагу 3. јула 2007. године.

³⁶ Извештаји и коментари на одлуку Уставног суда из јула и октобра 2003. године налазе се на сајту македонског Хелсиншког одбора за људска права <http://www.mhc.org.mk/>.

³⁷ *Службени весник на РМ*, бр. 62, од 20. априла 2015. године.

³⁸ Закон о Државном већу тужилаца, *Службени гласник*, бр. 116/2008, 101/2010, 88/2011.

са радом у пролеће 2009. године. И у Црној Гори Тужилачки савет је основан на подстицај међународне заједнице, а ближе је уређен Законом о Државном тужилаштву.³⁹ Састав, надлежност и организација рада Тужилачког савета утврђени су Амандманом XI на Устав Црне Горе.⁴⁰

4.2. Независност

Оснивачким актима се правосудни савети у државама Западног Балкана декларативно одређују као самостална тела, али, као што се види из међународних стандарда, степен независности институције зависи од правног основа и врсте акта којим је уређена (устав, закон или подзаконски акт), положаја институције (самостално тело или јединица у оквиру већ постојеће структуре), састава и начина избора чланова, финансијске и буџетске независности.

Тако је према, тексту Закона, Високо судско и тужилачко вијеће у Босни и Херцеговини самосталан орган Босне и Херцеговине.⁴¹ Сличну одредбу садржи и Закон о Државном већу тужилаца Србије, који дефинише Државно веће тужилаца као самосталан орган који обезбеђује и гарантује самосталност јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца.⁴²

У Закону о државном тужилаштву Црне Горе не наводи се да је тужилачки савет самостално тело већ да штити самосталност тужилаца. У Албанији се у процесу европских интеграција заговарало оснивање правосудног савета.

За организациону независност значајно је питање састава и процеса избора чланова тужилачких савета. Према међународним стандардима, већину чланова правосудних савета требало би да чине носиоци правосудних функција, које су бирале њихове колеге. У свим државама у региону већину чланова правосудних савета чине носиоци правосудне функције, а законодавац се често одлучивао и да у чланству учествују и представници других грана власти, па су тако у Албанији и Црној Гори у састав Тужилачког савета укључени представници Министарства правде, у Србији представник Народне скупштине и министар правде, а у Босни и Херцеговини представник Парламента.⁴³

³⁹ *Службени гласник Црне Горе*, бр. 11/2015 и 42/2015.

⁴⁰ *Службени гласник Црне Горе*, бр. 38/2013.

⁴¹ Закон о Високом судском и тужилачком вијећу, чл 1, ст. 2.

⁴² Закон о Државном већу тужилаца, чл. 2.

⁴³ У Албанији Тужилачки савет има седам чланова, од којих је шест тужилаца и један представник Министарства правде. Представник председника Републике такође може учествовати на састанцима Савета. Иако састав Тужилачког савета

4.3. Надлежности

Према међународним стандардима, правосудни савети би требало да имају јасно уређене надлежности, које омогућавају транспарентност рада тих институција. Тужилачки савети у Македонији, Србији, Црној Гори, Албанији и Босни и Херцеговини према законским одредбама имају значајну улогу у избору, напредовању и разрешењу носилаца правосудних функција.

Када су у питању овлашћења у области тужилачке управе, Државно веће тужилаца Србије има широко постављене и те надлежности, које се често преплићу са надлежностима министарства надлежног за правосуђе и Републичким јавним тужилаштвом, што ствара проблеме у пракси.⁴⁴ Високо судско и тужилачко вијеће Босне и Херцеговине има надлежност и у области правосудне управе и статистике, буџета правосудних институција, надзора над стручним усавршавањем, спровођења и координације реформских активности у правосудном сектору.

Тужилачки савјет Црне Горе, осим надлежности за избор, напредовање и разрешење, стара се о едукацији носилаца тужилачке функције, обезбеђује примену и одрживост Правосудног информационог система и има улогу управљања људским ресурсима у сарадњи са Министарством правде и Врховним државним тужилаштвом.

одговара стандардима, Европска комисија у извештајима истиче да је неопходно изменити улогу Савета у Албанији.

Тужиоци чине већину чланова Државног већа тужилаца у Србији, од једанаест чланова, шест су тужиоци које предлажу њихове колеге, а бира их Народна скупштина. Народна скупштина бира још два члана, која су угледни, истакнути правници, од којих је један адвокат, а други професор права. Три члана су по положају, и то републички јавни тужилац, министар правде и председник Одбора за правосуђе Народне скупштине. Решење које постоји у Србији често је критиковано због прешироких овлашћења Народне скупштине у избору чланова Већа.

Високо судско и тужилачко вијеће у Босни и Херцеговини има петнаест чланова, од којих једанаест бирају колеге из редова тужилаца и судија, два члана су адвокати, а два се бирају из реда Парламента Босне и Херцеговине.

Тужилачки савјет Црне Горе има једанаест чланова, од којих су већина тужиоци. Врховни државни тужилац је члан по положају, а пет чланова су државни тужиоци које предлажу колеге а именује Скупштина. Четири члана су из реда угледних правника које бира и разрешава Скупштина Црне Горе. Министарство правде има једног представника у Тужилачком савјету.

Већину чланова Тужилачког савета Македоније чине јавни тужиоци, од којих је главни тужилац члан по положају, а шест чланова бирају колеге. Парламент бира четири члана из редова адвоката, професора и истакнутих правника.

⁴⁴ Serbia Judicial Functional Review, Multi-donor Trust Fund for Justice Sector Support in Serbia, World Bank, 2014.

Када говоримо о надлежности у избору јавних тужилаца, у државама Западног Балкана постоји заједничка карактеристика која подразумева да тужилачки савет бира све јавне тужиоце осим врховног тужиоца, којег најчешће бирају парламент или влада. Тако у Црној Гори Тужилачки савјет утврђује предлог једног кандидата за врховног државног тужиоца и тај предлог доставља Скупштини на одлучивање, али Тужилачки савјет Црне Горе бира и разрешава руководиоце државних тужилаштава и државне тужиоце. Слично је решење и у Македонији, где Тужилачки савет бира и разрешава све јавне тужиоце осим јавног тужиоца Македоније, којег бира Влада уз претходно прибављено мишљење Савета.

Савет тужилаца у Албанији је саветодавно тело главног тужиоца и нема пуну надлежност у избору, напредовању и разрешењу тужилаца.

У Македонији Тужилачки савет има значајну улогу у избору јавних тужилаца. Влада је обавезна да прибави мишљење Тужилачког савета о избору јавних тужилаца. У случају несагласности са мишљењем Тужилачког савета, Влада од тог савета може да затражи да поново размотри мишљење и, уколико у поновљеном поступку Тужилачки савет двотрећинском већином потврди првобитно мишљење, Влада Републике Македоније је обавезна да га прихвати. На тај начин, Македонија је покушала да смањи политички утицај на процес избора тужилаца.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Правосудни и тужилачки савети у региону представљају релативно нов тренд и настали су почетком XXI века, као последица просеца придруживања Европској унији, политичке воље и обавеза преузетих потписивањем Европске конвенције о људским правима и основним слободама. Изазови који се налазе пред тим релативно младим институцијама односе се на утицај других грана власти и политичке притиске, као и велика очекивања, с једне стране, и недостатак значајних резултата, с друге стране.

Све институције у региону имају слична овлашћења која се односе на статусна питања носилаца правосудних функција, која су уређена правним актима, као и одређену улогу у тужилачкој управи.

У већини држава парламент има значајну улогу у избору чланова савета, а представници других грана власти учествују у раду правосудних савета.

У Босни и Херцеговини, Високо судско и тужилачко веће имало је пуну подршку међународне заједнице у изградњи капацитета

и обезбеђењу неопходних ресурса, тако да се чини да има најбоље резултате рада од свих институција у региону. Државно веће тужилаца у Србији се у тренутку оснивања суочило са великим изазовом – реизбором свих јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца. Недостаци процеса реизбора, који се односе на транспарентност рада и недостатак објективних критеријума и образложених одлука, утицали су на углед новоосноване институције међу самим тужиоцима, али и у стручној јавности.⁴⁵

Све институције би, осим избора, требало да у потпуности буду органи тужилачке управе, односно централне институције у управљању тужилачким системом (планирање и извршење буџета, управљање људским ресурсима, равномерна оптерећеност рада, утврђивање заједничких проблема у примени прописа и обавештавање центара за обуку тужилаца да проблематичне области укључе у планове обуке итд.).

Пракса у државама Централне и Источне Европе показала је да су правосудни савети изазов за државе у транзицији, с обзиром на то да још увек недостају етичка култура и осећај правосудне дужности, као и одговарајући ресурси да би новоосноване институције могле потпуно да врше овлашћења која су им дата. Оснивање нових институција у државама у региону није донело очекиване гаранције независности правосуђа нити унапређење у управљању правосудним системом, што показују и истраживања перцепције и извештаји релевантних институција.⁴⁶

Перцепција корупције у правосуђу у државама Западног Балкана и даље је врло висока. Таква је ситуација у Албанији према *Freedom in the World 2014*⁴⁷ и *Corruption Barometer 2013*.⁴⁸ Сличне оцене су дате и за Босну и Херцеговину према *Freedom in the World 2015*⁴⁹ и *Global Competitiveness Report 2013–2014*,⁵⁰ за Црну Гору према *Index of Economic Freedom* из 2015.⁵¹ и Македонију према

⁴⁵ Горан Илић, Марина Матић Бошковић, Радован Лазич, *Јачање положаја, интегритета и надлежности Државног већа тужилаца*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2015.

⁴⁶ *Judicial Independence in Transition* (ed. A. Seibert-Fohr), Springer, 2012.

⁴⁷ <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2014/albania#.VT6cSE2Qljo>, 30. август 2016.

⁴⁸ <http://www.transparency.org/gcb2013/country/?country=albania>, 30. август 2016.

⁴⁹ <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2014/bosnia-and-herzegovina#.VSA8Z02Qljo>, 30. август 2016.

⁵⁰ http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2013-14.pdf, 30. август 2016.

⁵¹ <http://www.heritage.org/index/country/montenegro>, 30. август 2016.

2014 *Investment Climate Statement*.⁵² Уз високу перцепцију корупције, изражено је схватање да је правосуђе под притиском извршне власти и под утицајем политике,⁵³ да постоје мешање политике у судске предмете и немогућност правосуђа да решава случајеве високе корупције.⁵⁴

Треба да прође још времена да би тужилачки савети у државама Западног Балкана остварили очекиване резултате, да би ојачали административни капацитети нових институција, али и да би се променила свест јавних тужилаца о улози савета у заштити независности и самосталности јавних тужилаца.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Autheman, V., Elena, S., *Global best practices: Judicial Council – Lessons learned from Europe and Latin America*, USAID, 2004.
- Bobek, M., Kosař, D., *Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe*, College of Europe, Brugge 2013.
- Fionda, J., *Public Prosecutors and Discretion: A Comparative Study*, Clarendon Press, 1995.
- Hetherington, T., *Prosecution and the Public Interest*, Waterlow Practitioners Library, London 1989.
- Илић, Г. и др., *Положај јавног тужилаштва у Републици Србији и упоредно правна анализа*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2007. (Ilić, G. i dr., *Položaj javnog tužilaštva u Republici Srbiji i uporedno pravna analiza*, Udruženje javnih tužilaca iamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd 2007)
- Илић, Г., „Однос извршне власти и јавног тужиоца у модерном процесном законодавству“, *Казнено законодавство – прогресивна или регресивна решења*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд 2005. (Ilić, G., „Odnos izvršne vlasti i javnog tužioca u modernom procesnom zakonodavstvu“, *Kazнено zakonodavstvo – progresivna ili regresivna rešenja*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2005)

⁵² <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/ics/2014/228926.htm>, 30. август 2016.

⁵³ *Albania 2014 Progress*.

⁵⁴ *EU Progress Report 2014*, http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2014/20141008-the-former-yugoslav-republic-of-macedonia-progress-report_en.pdf, 30. август 2016.

- Илић, Г., Матић Бошковић, М., Лазић, Р., *Јачање положаја, интегритета и надлежности Државног већа тужилаца*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2015. (Ilić, G., Matic Bošković, M., Lazić, R., *Jačanje položaja, integriteta i nadležnosti Državnog veća tužilaca*, Udruženje javnih tužilaca i заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2015)
- Preshova, D., Damjanovski, I., Nechev, Z., *The Effectiveness of the 'European Model' of Judicial Independence in the Western Balkans: Judicial Councils as a Solution or a New Cause of Concern for Judicial Reforms*, CLEER PAPERS 2017/1, Asser Institute, the Hague 2017.
- Seibert-Fohr, A. (ed.) *Judicial Independence in Transition*, Springer, 2012.
- Stenning, P. C., *Appearing for the Crown: A legal and historical review of criminal prosecutorial authority in Canada*, Brown Legal Publications, Cowansville 1986.
- Tak, P. J. P., *Methods of Diversion Used by the Prosecution Services in the Netherlands and other Western European Countries*, UNAFEI Annual report, Resource Material Series 74, <http://www.unafei.or.jp/english/pages/RMS/No74.htm>, 54.
- Tak, P. J. P., *Report on the relationship between judges and prosecutors*, Working paper of the consultative council of European judges (CCJE-GT(2009)4), 16th meeting, 2009.
- Шкулић, М. и др., *Државно веће тужилаца у светлу најављених измена Устава*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2016. (Škulić, M. i dr., *Državno veće tužilaca u svetlu najavljenih izmena Ustava*, Udruženje javnih tužilaca i заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2016)
- Шкулић, М., *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2014. (Škulić, M., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Београд 2014)
- Verrest, P., „The French Public Prosecution Service“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 3/2000.
- Wade, M. The Changing Role of European Prosecution“, *Newsletter of the European Society of Criminology* 2/2005.

Marina Matic Bošković, PhD

Research Assistant

Institute of Comparative Law, Belgrade

PROSECUTORIAL COUNCILS AND GUARANTEES OF PROSECUTORS AUTONOMY IN WESTERN BALKANS STATES

Summary

More than five years ago judicial and prosecutorial councils were established in the Western Balkans countries. Newly established institutions took over jurisdiction related to the election, promotion and dismissal of public prosecutors in line with the international standards of judicial independence. It is necessary to assess whether the prosecutorial councils fulfilled professional public expectations. In the paper author analysed European standards and good practices of prosecutorial councils' regulations, as well as comparative law models in Western Balkans countries and their compliance with standards.

Key words: *Prosecutorial councils. – Independence of judiciary. – Legal nature of prosecution service. – Prosecutors service management. – Political influence.*

Article history:

Received: 4. 9. 2016.

Accepted: 4. 4. 2017.

Александар Тодоровић*

ОД КОМПРОМИСА ДО ПРИНЦИПА: ПРЕИСПИТИВАЊЕ КОНЦЕПТА СУПСИДИЈАРНОСТИ И ЊЕГОВЕ УЛОГЕ У РЕФОРМИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Сврха овог чланка је да преиспита традиционално поимање супсидијарности у домену европског режима заштите људских права у којем се супсидијарност посматра као део политичког компромиса усмереног на очување суверенитета држава потписница конвенције и афирмацију плурализма, тако што ће аутор настојати да укаже на то да је концепт супсидијарности у пракси Европског суда за људска права кроз реформу контролног механизма прешао дуг пут од политичког компромиса до једног од основних принципа на којима се темељи контролни механизам конвенције. Штавише, аутор ће покушати да објасни да концепт супсидијарности садржи не само узлазну (негативну) компоненту већ и силазну (позитивну) компоненту, истовремено испитујући ваљаност аргументације која тврди супротно.

Кључне речи: *Европски суд за људска права. – Начело супсидијарности. – Реформа суда.*

1. УВОД

Концепт супсидијарности је један од основних принципа вертикалне поделе власти у сложеним правним системима. Сложеност самог принципа као и правног система у којем он уобичајено делује (а уобичајено делује у сложеним правним системима) са собом повлачи бројне могућности различитог тумачења у теорији и различите примене у пракси, а околност да је у конкретном случају реч о међусобном односу држава потписница конвенције и наднационалне

* Аутор је студент друге године докторских студија на Правном факултету Универзитета у Новом Саду, a.todorovic.kikinda@gmail.com.

институције – Европског суда за људска права, додатно доприноси комплексности целе ситуације.

Очигледна потреба за реформом европског режима људских права услед све већег нагомилавања представки које чекају да о њима одлучи Европски суд за људска права отворила је живу дискусију о будућој улози тог суда у контролном механизму који је успостављен Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Од Декларације из Интерлакена па и након Декларације из Брајтона чини се да је концепт супсидијарности једна од централних тачака расправе о реструктурирању европског режима људских права. Иако су и државе потписнице конвенције и Европски суд за људска права (у даљем тексту: Суд) једногласни у истицању чињенице да је, уз појединачну представку, концепт супсидијарности један од главних стубова европског режима људских права, постало је јасно да се идеје о концепту супсидијарности разликују у перспективи Суда од перспективе држава потписница конвенције.

Наиме, иако је за оба заинтересована ентитета неспорно да се супсидијарност односи на вертикалну поделу власти, чини се да државе чланице такву расподелу власти посматрају на начин да она ограничава интервенцију Суда у националне правне системе повећањем прага приступачности Суду и ограничавањем начина на који одлуке Суда делују у националним правним системима, а све то са циљем очувања свог суверенитета. Такво, класично, поимање начела супсидијарности, које се још назива и негативном (или узлазном) супсидијарношћу, државе потписнице образлажу чињеницом да су управо оне гаранте права и слобода зајемчених конвенцијом и да се та права и те слободе на најбољи начин могу остварити деловањем власти на националном нивоу.

Супротно томе, Суд полази од става да је начело супсидијарности двосмерно и да оно, осим негативног, садржи и позитивни аспект, који произилази из вредности на којима се и сам концепт супсидијарности темељи, а то је ефикасност остварења жељеног циља. Тако је, према том ставу Суда, једнако легитимно пренети на више ешелоне власти оне функције које се боље могу остварити на тим нивоима, те да се на тај начин не угрожава сувереност држава потписница јер улога Суда није улога гаранта (то у сваком случају остаје у домену држава потписница) већ улога контролора, за коју је Суд добио мандат од држава чланица које су се тиме истовремено одрекле дела свог суверенитета који се односи на контролу спровођења и поштовања људских права.

Сврха овог чланка је да преиспита традиционално поимање супсидијарности у домену европског режима заштите људских права у којем се супсидијарност посматра као део политичког компромиса

усмереног на очување суверенитета држава потписница конвенције и афирмацију плурализма, тако што ће аутор настојати да укаже на то да је концепт супсидијарности у пракси Суда и кроз реформу контролног механизма прешао дуг пут од политичког компромиса до једног од основних принципа на којима се темељи контролни механизам конвенције. Штавише, аутор ће покушати да објасни да концепт супсидијарности садржи не само узлазну (негативну) компоненту, већ и силазну (позитивну) компоненту, истовремено испитујући ваљаност аргументације која тврди супротно, да би на крају указао на који начин су обе те компоненте инкорпорисане у реформу Европског суда за људска права која је учињена протоколима 14, 15 и 16, са посебним освртом на анализу нових института који произилазе из протокола, а који се заснивају на начелу супсидијарности.

2. РАЗЛОЗИ ПРЕИСПИТИВАЊА КЛАСИЧНОГ ПОИМАЊА СУПСИДИЈАРНОСТИ

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода као међународни инструмент заштите људских права и слобода представља први међународни акт који не само да гарантује права појединцу већ му пружа и могућност да се непосредно обрати међународној судској институцији ради заштите тих права. У том смислу механизам заштите права путем појединачне представке представља круну најразвијенијег међународног система заштите грађанских и политичких права.¹ Самим тим, и Суд, као носилац тог механизма, заузима централно место у европској уставној архитектури.

Управо из тих разлога право на приступ Суду, путем појединачне представке, представља једно од основних права у заштитном механизму који Конвенција пружа, а евентуално сужење обима тог права о којем се активно дискутује у последње време не би смело да буде таквог обима да задире у његову суштину.

Разлози који су допринели отварању дискусије на тему ограничења права приступа Суду огледају су у чињеници да је последњих година рад Суда практично блокиран великим бројем представки које остају нерешене, што прети да контролни механизам успостављен Конвенцијом учини неефикасним, уколико га таквим већ није учињено.

Током преговарачких процеса у Интерлакену, Брајтону и Измиру могуће решење независне ситуације у којој се Суд нашао тражено

¹ Alexander H. E. Morawa, „The European Court of Human Rights Rejection of Petitions where the applicant Has Not Suffered a Significant Disadvantage“, *Journal of transnational legal issues* 1/2012, 1–19.

је захтевима за доследнијом применом начела супсидијарности којим би се праг приступачности Суду повећао и на тај начин омогућило смањење броја појединачних представки о којима Суд треба да одлучи.

Но, истовремено са преговарачким процесом о питању будуће реформе Суда, судска креативност судија Европског суда за људска права унела је радикалне промене у домену практичне примене начела супсидијарности, увођењем института пилот пресуде која омогућава интервенцију тог наднационалног судског тела у националне системе заштите људских права, и то на општи начин. То је имало за последицу потребу да се у стручној јавности преиспита концепт супсидијарности на којем се заштитни механизам Конвенције темељи. У вези са тим, актуелизовано је и питање концепта позитивне супсидијарности које се заснива на идеји да исти разлози целиходности који су основ спуштања надлежности на нижи ниво могу у одређеним околностима бити основ за преношење надлежности на виши ниво.

Иако сама идеја позитивног аспекта начела супсидијарности није нова, чини се да су потенцијали тог концепта доскоро били занемарени у области међународног јавног права, чији је развој донедавно био ограничен услед ригидног тумачења концепта суверенитета државе.

3. ДВА АСПЕКТА НАЧЕЛА СУПСИДИЈАРНОСТИ

Начело супсидијарности је принцип вертикалне поделе власти који претпоставља постојање више различитих нивоа власти који деле надлежност у истој ствари, при чему се подела надлежности у истој ствари заснива на идеји ефикасности која подразумева да ће радње за остварење циљева ради којих је надлежност успостављена предузети онај ниво власти који их објективно може ефикасније остварити. У том смислу, треба напоменути да је то по правилу нижи ниво власти јер је он ближи грађанима и остварује непосреднији однос са њима, због чега је управо тај ниво чешће у бољој позицији да процени које је мере потребно предузети и да потребне мере и предузме. То, међутим, не значи да се начело супсидијарности не може применити и у супротном правцу, подразумевајући притом испуњеност свих оних услова који морају бити остварени у сваком случају када се посеже за применом начела супсидијарности, а који се односе на постојање објективних околности које несумњиво указују на то да се одређени задатак из корпуса надлежности може ефикасније извршити на одређеном нивоу власти. Према томе, телеолошки

посматрано, једнако је исправан и став да у ситуацији у којој се одређени циљ може ефикасније постићи деловањем на вишем нивоу власти, постоји дужност тог вишег нивоа власти да своје деловање усклади ради постизања тог циља. То би била деволутивна компонента начела супсидијарности која се у правној теорији назива позитивном супсидијарношћу.²

Како видимо, начело супсидијарности на први поглед може деловати као контрадикторан концепт који једнако обавезује на уздржавање и на делање, зависно од конкретног случаја. Међутим, као и у многим другим правим односима, примена начела супсидијарности је сва у дискриминацији, односно у прављењу разлике између оних ситуација у којима је неко деловање целисходније предузети на нижем нивоу од оних ситуација у којима је неко деловање целисходније предузети на вишем нивоу власти.

Имајући то у виду, примену начела супсидијарности са аспекта Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода³ не треба посматрати на начин на који се оно уобичајено (и додајмо притом, погрешно) дефинише: као подела надлежности између Суда и државе чланице, у којој је заштита коју пружа Суд секундарна и каснија у односу на заштиту коју пружа држава. Наиме, свака судска заштита, било да је у питању она коју пружа неки национални суд или она коју пружа неко наднационално судско или квазисудско тело (у конкретном случају, то је Европски суд за људска права) по самој својој природи представља секундарну заштиту права јер подразумева да је на нивоу примарног остварења права већ дошло до повреде која захтева реакцију суда и услед које се потенцијална жртва повреде обраћа Суду. Сходно томе, основ супсидијарности не треба тражити у односу секундарне и примарне заштите јер је судска заштита увек секундарна, већ је треба сагледати у односу који се успоставља између националног контролног механизма – који се огледа у делању националних судова и наднационалног контролног механизма – који се, опет, огледа у делању Европског суда за људска права. У том правцу треба тумачити и констатацију Суда да је: „Механизам заштите основних права установљен Конвенцијом супсидијаран национал-

² Paolo G. Carozza, „Supsidiarity as a structural principle of international human rights law“, *The American Journal of International Law* 97/1997, 44.

³ Корисно би било напоменути да се у нашој правној теорији, али и у нашем позитивном законодавству назив Конвенције често погрешно наводи. Наиме, у закону којим је Конвенција ратификована користи се назив Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, док се у скоро свим накнадним законима користи назив Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, што је свакако неправилно имајући у виду да се у обе званичне верзије Конвенције користе речи које у преводу на српски значе „за заштиту“ а не „о заштити“ (енгл. *for protection*, франц. *de sauvegarde*).

ним системима заштите људских права.⁴⁴ Како видимо, и сам Суд полази од односа између националног и наднационалног механизма заштите, а не од односа гаранције и остварења права, с једне стране, и механизма заштите, с друге. То, уосталом произилази и из члана 1 Конвенције, којим је изричито предвиђено да су управо Високе стране уговорнице дужне да обезбеде неспутано уживање права свим лицима у својој надлежности. Према томе, супсидијарну улогу Суда у режиму људских права установљених Конвенцијом не треба тражити у одредбама Конвенције које се тичу остварења зајемчених права јер се остварење зајемчених права налази у искључивој надлежности Високих страна уговорница, већ у одредбама којима је одређен положај суда у контролном механизму Конвенције.

У одредбама Конвенције којима су дефинисане надлежности Суда увиђамо да је надлежност суда двоструко одређена у Конвенцији: прво, Суд пружа индивидуалну правду тако што одлучује о појединачним представкама лица која тврде да су жртве повреде права гарантованог Конвенцијом.⁵ Друго, Суд пружа и конституционалну правду развојем и тумачењем Конвенције као живог организма.⁶

У обављању тако одређене улоге Суд нужно мора користити оба правца деловања начела супсидијарности – и позитивну (силазну) супсидијарност и негативну (узлазну) супсидијарност.

Негативна супсидијарност подразумева да ће Суд бити надлежан да дела у оним ситуацијама у којима се покаже да нижи нивои власти (у конкретном случају, то су национални судови) нису делали уопште или пак нису делали на адекватан начин. Како видимо, негативна супсидијарност делује као ограничавајући фактор за Суд, она повлачи границе његове надлежности тако што му дозвољава да сопствени контролни механизам покрене само када је претходно дошло до неадекватне заштите на националном нивоу и заснива се на разумној претпоставци да су национални судови у бољој позицији да одлуче о конкретном питању постојања или непостојања повреде права гарантованог Конвенцијом. То, уосталом произилази и из услова допуштености којима је изричито прописано да се појединачна представка може поднети Суду само уколико су претходно искоришћени локални правни лекови,⁷ док, с друге стране, Конвенција обавезује

⁴ *Сисојева и други против Летоније (Sisojeva and others v. Latvia)*, представка бр. 60654/00, пара. 90.

⁵ Steven Greer, „Constitutionalizing adjudication under the European Convention on Human Rights“, *Oxford Journal of Legal Studies* 405/2003, 406–407.

⁶ *Ibid.*

⁷ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, чл. 35, ст. 1.

државе потписнице да лицима у својој надлежности обезбеде приступ ефикасним правним лековима.⁸

Позитивна супсидијарност подразумева да ће Суд бити надлежан да дела у оним ситуацијама у којима се одређени циљ може разумно постићи само делањем на наднационалном нивоу. Па тако, нема сумње да постизање правне сигурности у домену примене Конвенције диктира потребу да се њено тумачење повери једном наднационалном органу који ће на јединствен начин утврдити садржај и домен права које она гарантује. То произилази и из саме природе конвенције чије тумачење мора бити уподобљено посебном карактеру конвенције као инструмента заштите људских права⁹ и њеном карактеру конституционалног инструмента европског јавног поретка.¹⁰ Управо то и јесте разлог због којег је ауторитативно тумачење конвенције по принципу позитивне супсидијарности додељено домену надлежности Суда, а не националних власти. Треба, међутим, приметити још и то да, за разлику од негативне супсидијарности, која представља ограничавајући фактор у одређивању надлежности Суда, позитивна супсидијарност нема тај ефекат. Она се заснива на изворној надлежности Суда да ауторитативно тумачи одредбе Конвенције. Штавише, позитивна супсидијарност је ограничавајући фактор за националне судове јер су они дужни да Конвенцију примењују и да њеном применом поштују ставове и тумачења која је установио Европски суд за људска права.

Поменуто, међутим, читалац не треба да схвати тако да створи утисак да постоје две различите улоге Суда у систему механизма заштите људских права и слобода гарантованих Конвенцијом, већ супротно: да Суд у механизму заштите људских права и слобода гарантованих конвенцијом *истовремено врши двоструку, али јединствену улогу*. Наиме, у остваривању своје улоге као носиоца контролног механизма Конвенције Суд истовремено делује двојако: као делилац појединачне правде, тако што одлучује о постојању повреде права у конкретном судском поступку, и као делилац конституционалне правде, тако што приликом одлучивања у конкретном судском поступку ауторитативно тумачи одредбе Конвенције.

Једнако тако, ни питање позитивног и негативног концепта супсидијарности не треба посматрати тако да се они међусобно

⁸ *Ibid.*, чл. 13.

⁹ *Лојзиду против Турске (Loizidou v. Turkey)*, представка бр. 15318/89, пара. 43.

¹⁰ *Банковић и остали против Белгије и других (Bankovic, Stojadinovic, Stojimenovski, Joksimovic and Sukovic v. Belgium, The Czech Republic, Den Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxembourg, The Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and The United Kingdom)*, представка бр. 52207/99, пара. 79.

искључују већ на начин да се они међусобно допуњују. У крајњој линији оба концепта произилазе из истих претпоставки и управљена су ка постизању истог циља, то су само различити начини остварења јединственог начела супсидијарности на којем се темељи улога Суда у контролном механизму Конвенције. Сходно томе, свако настојање да се принцип супсидијарности сведе искључиво на своју негативну (узлазну) компоненту, не само да није оправдан већ представља негирање саме премисе на којој се начело супсидијарности заснива. Из тих разлога, разумевање начела супсидијарности у оба његова аспекта манифестације није само кључ за разумевање тренутне улоге Европског суда за људска права већ и полазна основа за сваку даљу расправу о реформи Суда, о чему ће више речи бити у наставку.

4. УЛОГА НЕЧЕЛА СУПСИДИЈАРНОСТИ У РЕФОРМИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Од свога настанка па до данас систем заштите људских права и слобода који је установљен конвенцијом доживео је бројне промене на свим пољима. Додатним протоколима проширен је каталог гарантованих права и слобода, док је истовремено појединцу олакшан приступ међународном механизму заштите тих права. Све то, укључујући и чињеницу да је број држава чланица Савета Европе нагло порастао током деведестих година и наставио да расте у XXI веку ставило је на пробу контролни механизам који је успостављен Конвенцијом, а чији је главни носилац Европски суд за људска права, као последња инстанца надлежна за приближно 800 милиона људи који се налазе у јурисдикцији држава чланица конвенције. Те чињенице су узрок кризе у функционисању Суда која се огледа у томе што Суд већ извесно време (практично од ступања на снагу Протокола 11) није у стању да изађе на крај са великим бројем представки које чекају да о њима буде одлучено.

Најбољи показатељ величине и природе проблема са којима се Суд суочава свакако јесте статистика самог Суда: закључно са 31. децембром 2014. године приближно 70.000 представки чекало је да о њима буде одлучено.¹¹ Осим тога, треба указати и на то да је у досадашњој пракси Суда чак 97 посто од укупног броја представки које је Суд разматрао бивало одбачено као недопуштено.¹² Интересантан је и податак да 70 посто од свих случајева у којима Суд пресуди да је дошло до кршења Конвенције 70 посто чине они случајеви

¹¹ European Court of Human Rights, *Annual Report 2014*, 167, http://echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG.pdf, 11. септембар 2016.

¹² European Court of Human Rights, *Overview 1959–2011*, <http://www.echr.coe.int/pages/home.aspx?p=reports&c=>, 11. септембар 2016.

који се односе на систематско кршење права од неке државе чланице које је претходно већ било утврђено у судској пракси.¹³

Узимајући у обзир изнете податке, можемо извести одређене прелиминарне закључке о три главна проблема са којима се Суд данас сусреће: преоптерећеност великим бројем представки; висок постотак представки које не испуњавају услове допуштености и велики број представки чији се подносиоци позивају на повреде права које су систематског карактера, а о чијем постојању је Суд већ раније заузео став у другим сличним случајевима и поводом сличне ситуације.

Ради решавања тих проблема, јавила се потреба реформе контролног механизма Конвенције, која и даље постоји. Свака реформа, како она која је већ спроведена Протоколом 14, тако и оне до којих ће доћи ступањем на снагу Протокола 15 и 16, па и свака будућа реформа, међутим, мора испунити два основна захтева, мора бити рационална и мора бити легитимна.

Захтев рационалности заснива се на потреби да реформа буде ефективна, ефикасна и економична у решавању три главна проблема са којима се сусреће Суд, која су већ истакнута. Док се захтев легитимитета заснива на очувању двоструке улоге Суда: улоге последње инстанце обраћања појединца са циљем заштите њему гарантованих права (постизање појединачне правде) и улоге тела коме је поверено ауторитативно тумачење Конвенције (постизање конституционалне правде). Исходиште те двоструке улоге Суда налази се у начелу супсидијарности чија је улога камена темељца контролног механизма конвенције потврђена и Протоколом 15, којим је предвиђено да се управо то начело унесе у измењену преамбулу конвенције.¹⁴

Међутим, улога начела супсидијарности не исцрпљује се само у контроли легитимитета учињених и очекиваних реформи. Како ћемо видети у наставку, начело супсидијарности у оба своја облика манифестације било је инспирација за усвојена, али и очекивана решења за неке од проблема са којима се Суд сусретао у последњој деценији, и то управо са циљем рационализације поступка пред Европским судом за људска права.

Можда и најбољи пример у том правцу, који уједно указује и на нераздвојивост позитивног и негативног аспекта супсидијарности, лежи у новом услову допуштености којим је регулисано питање „значајнијег оштећења“. Увођењем новог услова допуштености одређено је да ће Суд прогласити недопуштеном сваку појединачну представку поднету на основу члана 34, ако сматра да подносилац представке

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Протокол 15 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, чл. 1.

није значајније оштећен.¹⁵ Како видимо, у свом основу, нови услов допуштености заснива се на негативном аспекту супсидијарности, и то на начин да подиже праг приступачности Суду, чиме је коначно одлучивање о постојању повреде права у стварима у којима подносилац представке није претрпео значајније оштећење остављено у искључиву надлежност националног механизма заштите. Речима самог Суда: „Нови услов допуштености заснива се на идеји да повреда права, ма колико она била стварна са правне тачке гледишта, мора у себи садржати одређени минимим озбиљности како би заслужила разматрање од међународног суда.“¹⁶ Ипак, исти тај услов обухвата и позитивни аспект начела супсидијарности јер предвиђа изузетак који се заснива управо на примени позитивног начела супсидијарности. Наиме, у истом ставу у којем је предвиђен основни критеријум за оцену новог услова допуштености предвиђен је и изузетак од његове примене, и то тако што је прописано да представка не може бити одбачена као недопуштена применом услова значајнијег оштећења ако поштовање људских права установљених конвенцијом и протоколима уз њу захтева испитивање суштине представке. Према томе, када је представком покренуто неко озбиљно или ново питање које се тиче примене или тумачења конвенције, Суд ће искористити своје право да ауторитативно тумачење пружи у складу са позитивним начелом супсидијарности, остављајући по страни основно правило које је засновано на негативном аспекту супсидијарности. Сходно томе, принцип супсидијарности биће примењен у сваком случају, али ће правац његове примене зависити од конкретних околности случаја и од прављења разлике између оних ситуација у којима је неко деловање целисходније предузети на нижем нивоу (*i.e.* када нема значајнијег оштећења, па је оправдано коначно одлучивање оставити у домену надлежности националних власти) од оних ситуација у којима је неко деловање целисходније предузети на вишем нивоу власти (*i.e.* када нема значајнијег оштећења, али постоји потреба да се новим ауторитативним тумачењем допринесе развоју правне сигурности и одређености права гарантованих конвенцијом, те је оправдано да то учини Суд чија је то изворна надлежност).

Осим у новом услову допуштености, начело супсидијарности у свом позитивном (силазном) аспекту, било је исходиште и за интервенцију Суда у поље пилот пресуде која представља посебну врсту пресуде Европског суда за људска права, која, осим одлуке о појединачној представици, садржи и запажања Суда о постојању систематског кршења људских права већег броја лица у одређеној држави

¹⁵ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, чл. 35, ст. 36.

¹⁶ *Королев против Русије (Korolev v. Russia)*, представка бр. 25551/05.

и којом се од државе у питању захтева за предузимање мера општег карактера са циљем санирања постојеће ситуације и спречавања даље повреде права. Пилот пресуда тако садржи: 1) утврђивање чињенице да у држави против које је појединачна представка била усмерена постоји повреда права која утичена читаву групу појединаца; 2) закључак да је такво постојање повреде права проузроковало или може да проузрокује велики број појединачних представки упућених Суду; 3) упутство држави у погледу општих мера које треба предузети ради решавања уоченог проблема; 4) укључујући ту и препоруку да мере које је предузела држава треба да имају ретроактивно дејство како би санирале последице постојећих сличних случајева; 5) одлагање одлучивања у свим сличним стварима које су по питању истог проблема изнете пред Суд; 6) одлагање сваке одлуке о правичном задовољењу жртава док држава у питању не предузме адекватне мере; 8) обавештавање надлежних органа у Савету Европе о напретку „пилот случаја“.¹⁷ Како видимо, проблем систематског кршења људских права у појединим државама потписницама Конвенције Суд је решио и решава тако што у ситуацијама када уочи систематско кршење права доноси пилот пресуду и интервенише на општи начин са више инстанце према нижој инстанци тако што потоњој налаже предузимање одређених мера. Интервенцијом у националне системе заштите људских права на општи начин, Суд суштински применом позитивног аспекта начела супсидијарности настоји да реши проблем који очигледно није адекватно решен на националном нивоу.

Ти институти, укључујући и оне који су најављени протоколима који нису ступили на снагу (али и протоколима о којима се тек преговара), попут увођења могућности обраћања националних судова Европском суду за људска права са конкретним питањима у вези са случајевима о којима одлучују, несумњиво произилазе из начела супсидијарности и истовремено доприносе решавању неких од кључних проблема са којима се Суд сусрео последњих година, а који су били узрок како реформи које су произашле из Протокола 14, тако и реформи које су последица судске креативности, али и реформи које су најављене и о којима се и даље воде преговори, услед чега можемо закључити да начело супсидијарности не само да одређује тренутну и будућу улогу Суда, већ у себи крије и кључ за решавање проблема са којима се Суд сусреће.

¹⁷ Наведено према набрајању Луцијуса Вилдхабера. – Luzius Wildhaber, „Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level“, *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Springer Verlag, Berlin 2009, 69–75.

5. ЗАКЉУЧАК

У изложеном раду, аутор је пошао од неутралне поставке начела супсидијарности као принципа вертикалне поделе власти који претпоставља постојање више различитих нивоа власти који деле надлежност у истој ствари, при чему се подела надлежности у истој ствари заснива на идеји ефикасности која подразумева да ће радње ради остварења циљева услед којих је надлежност успостављена предузети онај ниво власти који их објективно може ефикасније остварити. Изнето полазиште искоришћено је затим да би се указало на то да постоје два могућа правца кретања аргумента. Према првом, који се уобичајено користи у објашњавању концепта супсидијарности и узлазног је карактера, остваривање надлежности се креће од нижих нивоа власти ка вишем (негативни аспект супсидијарности). Други је силазног карактера, а према њему се остваривање надлежности креће од виших ка нижим нивоима власти (позитивни аспект супсидијарности).

Узлазна и силазна линија аргументације затим су послужиле да се укаже на специфичност двоструке улоге коју Суд заузима у контролном механизму режима заштите људских права успостављеног Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода.

Све то је учињено ради бољег разумевања сложеног односа између националног и наднационалног система заштите људских права чији се однос константно одвија на линији узлазно-силазног аспекта начела супсидијарности, које не треба да се посматра као узрок проблема са којима се Суд последњих година сусреће већ као извор могућих решења тих проблема. На то је, уосталом, и указано у институтима значајнијег оштећења и пилот пресудама, који представљају добре примере начина на који концепт супсидијарности активно суделује у реформи контролног механизма Конвенције, чији смо сведоци.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Caroza, P. „Supremacy as a structural principle of international human rights law“, *The American Journal of International Law* 97/1997, Washington DC.
- Greer, S. „Constitutionalizing adjudication under the European Convention on Human Rights“, *Oxford Journal of Legal Studies* 23/2003, Oxford.

Morawa, A. „The European Court of Human Rights Rejection of Petitions where the applicant Has Not Suffered a Significant Disadvantage“, *Journal of transnational legal issues* 1/2012, Luzern.

Wildhaber, L. „Pilot Judgments in Cases of Structural or Systemic Problems on the National Level“, *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Springer Verlag, Berlin 2009.

Aleksandar Todorović

PhD Student

University of Novi Sad, Faculty of Law

FROM COMPROMISE TO PRINCIPLE: REVISITING THE
CONCEPT OF SUBSIDIARITY AND ITS ROLE IN ECtHR
REFORM

Summary

Purpose of this article is to revisit the traditional notion of subsidiarity as a principle based on a political compromise aimed at conservation of state sovereignty and affirmation of pluralism and diversity by pointing out that subsidiarity has become a deep structural principle embedded in Convention's supervisory mechanism which outlines the role of the Court in European human rights regime. Furthermore article will argue that subsidiarity incorporates both ascending (negative) and descending (positive) element while questioning validity of the member states argument that Court is overstepping its own competences prescribed by the Convention. Lastly author will elaborate how both, negative and positive, aspects of principle of subsidiarity can be used in resolving ECtHR backlog and explore what instruments are at Court's disposal when asserting „positive subsidiarity“.

Key words: *European court of human rights. – Subsidiarity. – ECtHR reform.*

Article history

Received: 16. 9. 2016.

Accepted: 28. 11. 2016.

Др Марија Драшкић*

СЛУЧАЈЕВИ „НЕСТАЛИХ БЕБА“: УСТАВНИ СУД vs. ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА?

Ауторка коментара одлуке Уставног суда у случају Г. Р. скреће пажњу да, иако су наводи и тврдње подносиоца уставне жалбе у овом случају битно слични са оценама и ставовима Европског суда за људска права у пресуди Зорица Јовановић против Србије, чињенице и околности које је утврдио Уставни суд у предмету поводом уставне жалбе Г. Р. битно се разликују од чињеничног стања које је утврдио Европски суд у предмету Зорица Јовановић против Србије. Стога је прва и најважнија последица одлуке Уставног суда о којој је било речи у овом тексту сазнање да сви случајеви притужби родитеља – како пред домаћим органима, тако и пред Европским судом – наводно „несталих беба“ нису исти. За разлику од чињеничног стања које је Европски суд утврдио у пресуди Зорица Јовановић против Србије (тело сина подносиоце представке никада није предато ни подносиоци представке ни њеној породици, узрок смрти није никада утврђен, подносиоца представке није добила извештај о обдукцији нити је обавештена када је и где њен син наводно сахрањен, а његова смрт није никада званично пријављена), из документације која је била поднета Уставном суду произилази да подносилац уставне жалбе није могао имати било какве недоумице поводом извештаја о смрти своје деце нити неизвесности у погледу „пресудних чињеничних и правних питања“ о томе шта се стварно догодило са његовом децом. Уставни суд је утврдио је да су подносиоци уставне жалбе достављени сви уредно вођени медицински протоколи са подацима о здравственом статусу превремено рођених близанаца, предузетим дијагностичким и терапијским процедурама, историјама болести и отпусним листама. Нажалост, и поред свих напора лекара да спасу двоје превремено рођене деце, која су рођена са озбиљним дефицитима основних животних функција, наступила је њихова смрт. Уставни суд је такође утврдио да су чињенице рођења и смрти обоје деце уредно забележене у одговарајућим регистрима, као и у Матичној књизи рођених и Матичној књизи умрлих, да родитељи нису одговорили на позив здравствене установе да сахране своју децу, те да постоје веродостојни докази да је сахрана обављена у организацији

* Ауторка је редовна професорка Правног факултета Универзитета у Београду и судија Уставног суда, maja@ius.bg.ac.rs.

и на трошак Института за неонатологију, где су деца лечена и где је наступио летални исход. Због тога је Уставни суд закључио да су у конкретном случају неосноване тврдње подносиоца уставне жалбе да нема никакву веродостојну информацију о томе шта се догодило његовој деци, те да је уставна жалба неоснована у погледу тврдњи о повреди права на поштовање породичног живота из чл. 8 Европске конвенције о људским правима.

Кључне речи: *Одлука Уставног суда у случају Г. Р. – Пресуда Европског суда за људска права Зорица Јовановић против Србије. – Право на поштовање породичног живота. – „Нестале бебе“.*

У правничкој и општој јавности прошла је готово потпуно незапажено одлука којом је Уставни суд одбио уставну жалбу Г. Р.,¹ једног од представника Београдске групе родитеља, удружења грађана које, заједно са неколико других организација, већ више од десет година окупља родитеље који живе са сумњом да су им из српских породилица на неки непознат начин украдена деца и истовремено воде кампању да од државе добију одговоре на питања о томе шта се тачно догодило са њиховим умрлим новорођеним бебама.

1. УСТАВНА ЖАЛБА Г. Р.

Г. Р. из Београда поднео је 7. октобра 2013. године Уставном суду уставну жалбу због повреде права на правно средство из чл. 36, ст. 2 Устава Републике Србије (у даљем тексту: Устав), права детета из чл. 64, ст. 2 Устава, права на поштовање приватног и породичног живота из чл. 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Европска конвенција) и права на деловорно правно средство из чл. 13 Европске конвенције.

У уставној жалби су детаљно изложене околности које се одnose на превремено рођење и смрт близанаца, синова подносиоца уставне жалбе. Такође, наводи се да је подносилац због сумње у веродостојност саопштења о смрти беба подносио више захтева како би сазнао појединости о смрти беба, и то: Гинеколошкој клиници, где су бебе рођене, Институту за неонатологију, где су бебе преминуле, матичној служби општине Савски венац, Јавном комуналном предузећу „Погребне услуге“, кривичну пријаву Одељењу унутрашњих послова Београд и приватну кривичну тужбу Другом општинском тужилаштву у Београду. У вези са тим захтевима, подносилац у уставној жалби даље наводи бројна поступања у раду тих институција која су, према његовом мишљењу, неправилна и незаконита.

¹ Вид. Одлуку Уставног суда Уж – 7936/2013 од 29. октобра 2015, *Службени гласник РС*, бр. 96/15.

Образлажући наводе о повреди права на поштовање породичног живота из чл. 8 Европске конвенције и права детета из чл. 64, ст. 2 Устава, подносилац наводи да свако дете има право да сазна своје порекло и да очува свој идентитет, те да, ако су жива, деца подносиоца уставне жалбе нису имала прилике да уживају то људско право нити им је била омогућена заштита. Такође, подносилац сматра да је постојала позитива обавеза државе да „спроведе ефикасну истражну процедуру која има значај за породични живот“, те да је повреда права из чл. 8 Европске конвенције извршена тиме што тела деце никада нису била предата породици, што узрок смрти није био утврђен, што веродостојан обдукциони записник никад није био предат породици, породица није никада била обавештена када и где су деца била наводно сахрањена, што је кривична пријава била одбачена без адекватне истраге и што подносилац уставне жалбе нема никакву веродостојну информацију о томе шта се десило његовој деци.

Подносилац повреду права на делотворно правно средство из чл. 36, ст. 2 Устава и чл. 13 Европске конвенције анализира кроз кључне појмове из стандарда „делотворно правно средство“ и образлаже тиме да у правном поретку Републике Србије не постоје правно средство ни услови за ефикасну заштиту права због којих је и изјављена уставна жалба.

Подносилац уставне жалбе тражио је од Уставног суда да утврди да су поменути „органи јавне власти“, тиме што нису предузеле све мере из њихове надлежности ради веродостојног утврђивања смрти, односно судбине његове деце, повредили права детета из чл. 64, ст. 2 Устава и право на поштовање приватног и породичног живота из чл. 8 Европске конвенције, као и да утврди да је Народна скупштина, тиме што није предвидела делотворно правно средство за веродостојно утврђивање смрти, односно судбине његове деце, повредила право на правно средство из чл. 36, ст. 2 Устава и право на делотворно правно средство из чл. 13 Европске конвенције. Најзад, подносилац уставне жалбе је предложио да му Уставни суд утврди право на накнаду нематеријалне штете у износу од 10.000 евра у динарској противвредности.

2. ШТА СЕ ДОГАЂАЛО ПРЕ ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА?

2.1. Извештај Анкетног одбора Народне скупштине (2005)

Народна скупштина је 23. маја 2005. године донела Одлуку о образовању Анкетног одбора ради утврђивања истине о новорођеној деци несталој из породилишта у више градова у Србији.² Одлуком

² Вид. *Службени гласник РС*, бр. 44/05 и 90/05.

је Анкетном одбору одређен задатак да сагледа чињенице и утврди истину о случајевима нестајања новорођене деце из породилишта обухваћеним захтевима родитеља који сумњају да су им деца нестала, а који су се обраћали посланичким групама и одборима Народне скупштине. То тело је конституисано 20. јула 2005. године.

Народна скупштина је 14. јула 2006. године усвојила Извештај о раду Анкетног одбора ради утврђивања истине о новорођеној деци несталој из породилишта у више градова у Србији. Извештај, између осталог, садржи закључке Анкетног одбора и предложене мере. У Извештају је предложено: да се мора извршити деблокада рада МУП-а, тужилаштва и судова; да министар унурашњих послова формира специјализовану јединицу са мандатом да детаљно истражи све случајеве сумње родитеља да су им деца нестала из породилишта; да се отклони институт застарелости кривичног гоњења изменом одговарајућих закона; да се у тим случајевима успостави надлежност специјалног тужилаштва и специјалног суда за борбу против организованог криминала; да је, ради превенције таквих случајева, неопходно да надлежна министарства обављају редовни надзор над вођењем, чувањем и архивирањем медицинске документације и да се примењују одговарајуће кривичне и прекршајне санкције; да се прецизно дефинишу процедуре у случају смрти новорођеног детета у здравственој установи; да је неопходно да Министарство за државну управу и локалну самоуправу активира инспекцијску службу за редовну контролу над радом матичних служби; да се усвоји Закон о ДНК регистру.

1.2. Извештај Заштитника грађана (2010)

Заштитник грађана је 29. јула 2010. године објавио Извештај о случајевима тзв. „несталих беба“ са препорукама. Извештај, између осталог, садржи део о прикупљању чињеница од надлежних државних органа (део I), истраживање Заштитника грађана о поступању државних органа и установа у временском периоду који је обухваћен притужбама и утврђене чињенице (део II), истраживање Заштитника грађана о садашњем поступању државних органа и установа и утврђене чињенице (део III) те закључке Заштитника грађана и препоруке након спроведеног истраживања упућене Министарству унутрашњих послова, Министарству здравља и Министарству за државну управу и локалну самоуправу (део IV), како би се уочени недостаци у раду органа управе односно установа отклонили.

У општој оцени Заштитника грађана изражава се став да су непостојање или неусклађеност свих потребних административних процедура и непоштовање постојећих, неодговоран однос појединих органа, организација и службеника према документовању службених

радњи и чувању документације, протек времена и неувиђаван и бирократски однос појединих јавних службеника према члановима породица, учинили да се „данас без посебне истраге специјализованих државних органа не може са потпуном поузданошћу рећи да бебе нису противзаконито одвајане од породица“. Такође, Заштитник грађана истиче да због ограничења својих надлежности није могао да утврди ни да је до „крађе беба“ у три случаја чијим је трагом ишао (и следствено томе у бројним другим случајевима када су се родитељи обраћали органима власти) заиста дошло, али ни да на непобитним чињеницама заузме заснован став да се то ни у једном појединачном случају није десило. Због тога Заштитник грађана „ради поштовања права чланова породица тзв. ‘несталих беба’ и достојанства друштва које не би требало да дозволи да на овако потресно људско питање изостане ауторитативан коначни одговор, предлаже да Народна скупштина донесе посебан закон којим би било омогућено утврђивање коначне истине у овим случајевима“.³

2.3. Извештај Радне групе Народне скупштине (2010)

Народна скупштина је 5. маја 2010. године донела Одлуку којом је образовала Радну групу за израду Предлога закона ради стварања формалноправних услова за поступање надлежних органа по пријавама о нестанку новорођене деце из породицишта.⁴ Задатак Радне групе је био да, полазећи од Извештаја Анкетног одбора образованог ради утврђивања истине о новорођеној деци несталој из породицишта у више градова у Србији од 14. јула 2006. године, сачини текстове предлога закона о изменама закона у области кривичног, управног и породичног права и у области здравства, ради стварања формалноправних услова за поступање правосудних и других надлежних органа по пријавама родитеља који сумњају да су им деца нестала из породицишта.

Радна група је 28. децембра 2010. године доставила председнику Народне скупштине Извештај о раду број 06–2/14–11. У извештају је, између осталог, анализирано важеће и већ измењено законодавство и констатовано следеће:

- да не постоји уставна могућност да се накнадним доношењем каснијег закона омогући процесуирање раније насталих случајева нестанка новорођене деце из породицишта;
- да не би било оправдано вршити измене одредаба Кривичног законика и Законика о кривичном поступку;

³ Вид. Извештај Заштитника грађана о случајевима тзв. „несталих беба“ са препорукама, <http://www.ombudsman.rs/index.php/izvestaji/posebnii-izvestaji/992-2010-08-03-12-03-30>, 28. јун 2016.

⁴ Вид. *Службени гласник РС*, бр. 30/10.

- да нема потребе за изменама Закона о полицији и Закона о министарствима;
- да нема потребе за изменом регулативе у области здравства, пре свега Закона о здравственој заштити и одговарајућих подзаконских аката;
- да правну регулативу која се односи на матичне књиге, пре свега Закон о матичним књигама, одговарајућу подзаконску регулативу не треба мењати или допуњавати, с обзиром на то да уређује поступање органа управе на одговарајући начин.⁵

2.4. Пресуда у случају *Зорица Јовановић против Србије* (2013)

Европски суд за људска права (у даљем тексту: Европски суд) у пресуди *Зорица Јовановић против Србије* утврдио је да је дошло до повреде права на породични живот (чл. 8 Европске конвенције) између подносиоце представке и њеног умрлог детета, али та пресуда има и шире импликације и односи се на све случајеве наводно „нестале новорођенчади“ у Србији. Наиме, подносиоца представке је тврдила да њено дете није умрло 72 сата после порођаја, како јој је саопштено 1983. године, већ да јој је било противправно одузето за време њеног боравка у Здравственом центру у Ћуприји. Имајући на уму да обдукциони налаз никада није добила, као ни тело детета, подносиоца представке је поднела кривичну пријаву Општинском јавном тужилаштву у Ћуприји. Надлежно тужилаштво је одлучило да нема места кривичном гоњењу будући да је подносиоца представке поднела кривичну пријаву тек 7. јула 2003. године, а Општинско јавно тужилаштво у Ћуприји је одбацило њену кривичну пријаву 15. октобра 2003. године. Европски суд је приметио да није било никаквог додатног образложења нити назнака да су обављене било какве претходне истражне радње. Током 2002. и 2007. године, Општина Ћуприја је потврдила да је дете подносиоце било уписано у матичну књигу рођених, али не и у матичну књигу умрлих. Медицински центар у Ћуприји је, на захтев Зорице и Видака Јовановића (подносиоцекин супруг), доставио копије порођајног протокола и протокола умрлих. У протоколу је уписано *exitus non sigmata*, односно да је наступила смрт без индикација узрока. Међутим, отпусна листа са епикризом, историја болести мајке, протокол порођаја, историја болести дете-

⁵ Вид. Извештај Радне групе за израду Предлога закона ради стварања формалноправних услова за поступање надлежних органа по пријавама о нестанку новорођене деце из породишта, http://www.parlament.gov.rs/Odr%C5%BEana_%C4%8Cetvrta_sednica_RG_za_izradu_PZ..._po_prijavama_o_nestanku_novoro%C4%91ene_dece_iz_porodili%C5%A1ta.11258.941.html, 28. јун 2016.

та, дечји протокол, протокол умрлих, захтев за обдукцију и потврда о смрти нису достављени јер та установа више не располаже том документацијом зато што је део документације Службе гинекологије и акушерства уништен у поплави. Европски суд је даље констатовао да су „и сами органи Тужене државе потврдили, у разним приликама пошто је Србија ратификовала Конвенцију, да: (а) је осамдесетих година прошлог века било озбиљних мањкавости у важећем законодавству, као и у поступцима пред разним државним телима и здравственим органима; (б) није било доследних законских прописа о томе како би требало да се поступа у ситуацијама када новорођенче умре у болници; (в) преовлађујуће лекарско мишљење је било да би родитеље требало поштедети душевног бола сахрањивања свог новорођенчета, због чега је било сасвим могуће да су неки парови били намерно лишени те могућности; (г) ова ситуација је оправдала сумње/бриге родитеља због тога шта се стварно десило са њиховом децом, па се према томе не би могло искључити да су бебе у питању заиста незаконито одузете од њихових породица; (д) реакција Тужене државе у периоду између 2006. године и 2010. године и сама је била неадекватна; (ђ) а родитељима према томе остаје право да сазнају истину о томе каква је стварна судбина њихове деце“.

Европски суд је обавезао Републику Србију да подносиатељки представке исплати износ од 10.000 евра на име накнаде нематеријалне штете. У смислу чл. 46 Конвенције, Суд је обавезао Републику Србију да спроведе и одређене мере опште природе, односно да у року од једне године од наступања правноснажности пресуде предузме одговарајуће мере како би се установио механизам који би омогућио свим родитељима у сличним ситуацијама да добију одговарајуће одговоре и накнаду. Притом, независно тело са одговарајућим овлашћењима требало би да надзире тај процес, у коме би могли да буду дати веродостојни одговори у вези са судбином сваког детета, као и да се понуди одговарајућа накнада.⁶ У извршењу те пресуде која се односи на мере опште природе Министарство правде начинило је – додуше знатно након рока који је одређен од Европског суда – Нацрт Закона о утврђивању чињеница о статусу новорођене деце за коју се сумња да су нестала из породицишта у Републици Србији, који се још увек налази у радној верзији.⁷

⁶ Вид. пресуду *Зорица Јовановић против Србије*, представка бр. 21794/08 од 26. марта 2013, *Службени гласник РС*, бр. 33/13.

⁷ Вид. <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 1. септембар 2016.

3. ЧИЊЕНИЧНО СТАЊЕ УТВРЂЕНО У ОДЛУЦИ УСТАВНОГ СУДА

О. Р., супруга подносиоца уставне жалбе, примљена је 11. августа 2001. године у седмом месецу трудноће, као хитан случај, у Институт за гинекологију и акушерство Клиничког центра Србија (у даљем тексту: ГАК). Истог дана је превремено родила два дечака.

Бебе су 12. августа 2001. године пребачене у Институт за неонатологију, ради даљег лечења, али су преминуле 15. и 16. августа 2001. године.

3.1. Захтеви подносиоца уставне жалбе Здравственој инспекцији Министарства здравља

Поступајући по захтеву подносиоца уставне жалбе од 2. септембра 2002. године „за проверу података за Р. безимено два мушка детета рођена 11. августа 2001. године“, Здравствена инспекција Министарства здравља извршила је инспекцијски надзор на ГАК-у и у Институту за неонатологију и извршила увид у медицинску документацију и оспореним дописом/записником број 531-02–701/2002/02 од 7. октобра 2002. године обавестила подносиоца уставне жалбе о извршеном инспекцијском надзору.

Том приликом је на ГАК-у извршен увид у историју болести пацијенткиње О. Р., у којој су евидентирани њен пријем, основни подаци, анамнеза, налаз и гинеколошки статус, подаци о порођају и подаци о новорођенчади, као и отпусна листа у којој је, између осталог, назначено да су бебе 12. августа 2001. године пренете у Институт за неонатологију. Такође, извршен је увид у историју новодођенчета број 10812, у којој је уписан пријем првог мушког новорођенчета мајке О. Р., са резултатом прегледа и уз назнаку да се преводи у Институт за неонатологију 12. августа 2001. године у 10 часова и у којој се налазе отпусна листа, евиденције уноса и губитка течности, температурна листа, порођајни лист, резултати вршених анализа и подаци о праћењу функција. Исти подаци су уписани и у историји новорођенчета број 10812, уписано је друго мушко новорођенче мајке О. Р., уз назнаку да се „због потребе за механичком вентилацијом ради даљег лечења преноси у Институт за неонатологију“.

Приликом инспекцијског надзора извршеног на Институту на неонатологију констатовано је да је у матичној књизи примљених беба за 2001. годину под редним бројем 681 на дан 12. августа 2001. године уписан пријем Р. I мушко, мајка О., отац Г., датум рођења 11. август 2001. године, умрло 16. августа 2001. године, док је у истој матичној књизи под редним бројем 682 на дан 12. августа 2001. го-

дине уписан пријем Р. II мушко (истих родитеља), рођено 11. августа 2001. године, умрло 15. августа 2001. године. Такође, у регистру примљене деце за 2001. годину, у који се подаци уписују абecedним редом, 12. августа 2001. године уписани су, под матичним бројем 681 и 682, Р. I и Р. II мушко новорођенче мајке О., са подацима о дану и месту рођења, одељењима на које су смештени и датумима смрти.

Увидом у историју болести вођеној под матичним бројем 681 за Р. I мушко, констатовано је да је уписан пријем 12. августа 2001. године (упућено из ГАК-а), са упутном дијагнозом, основним узроцима хоспитализације и завршном дијагнозом (тежина на рођењу 1.150 грама, хематом целог лица, акроцијаноза, диспноично, на плућима симетрично чујан дисајни звук, у хипотонији и хипорефлексији) те да је затечена и отпусна листа са епикризом са ГАК-а, као и температурно-терапијско-дијететска листа, листа детета на респиратору са почетком респирационе терапије, листа за фото-терапију, листа за праћење детета у интензивној нези са планом интравенског уноса течности, биохемијске анализе крви по данима и сатима, RO налази, хемокултура, резултати крвне групе и интеракције, ултразвучни преглед мозга, анализа трахеалног аспирата, те извештај о цитохемијском прегледу ликвора. Ординирана терапија је обухватала антибиотике, инфузију албумина, гликозе, витамина и свеже замрзнуте плазме, а због срчане инсуфицијенције другог дана лечења уведени су кардиотоник и диуретик. У затеченој отпусној листи уписано је да је смрт (*exitus letalis*) наступила 16. августа 2001. године у 5.45 сати. Увидом у регистар спроводнице леша затечена је спроводница за Р. I мушко новорођенче, мат. број 681/2001 од 16. августа 2001. године, док је у регистру извода из матичне књиге умрлих нађен извод са подацима да је у матичну књигу умрлих СО Савски венац, под текућим бројем 5753 за 2001. годину дана 29. августа 2001. године уписано Р. безимено, I мушко, мајке О. и оца Г.

Увидом у историју болести вођену под матичним бројем 682 за Р. II мушко, констатовано је да је уписан пријем 12. августа 2001. године (упућено из ГАК-а), са упутном дијагнозом, основним узроцима хоспитализације и завршеном дијагнозом (тежина на рођењу 1.400 грама, у веома тешком општем стању, са знацима респираторне инсуфицијенције и генерализованом цијанозом, едематозно, сомнолентно), као и отпусном листом са ГАК-а. У историји је затечена температурно-терапијско-дијететска листа, листа детета на респиратору, листа за праћење детета на интензивној нези и план интравенског уноса течности по данима и сатима, као и резултати биохемијских анализа, RO снимци плућа, хемокултура, антибиограм, ултразвучни преглед мозга, резултати крвне групе и интеракције и анализа трахеалног аспирата. Ординирана терапија је обухватала примену меха-

ничке вентилације, антибиотике, инфузију албумина и трансфузију концентрованих еритроцита, а због срчане инсуфицијенције другог дана лечења уведени су кардиотоник и диуретик. У отпусној листи са епикризом уписано је да дете на све предузете мере не одговара, да се сомнолентно стање продубљује у кому те да смрт (*exitus letalis*) наступа 15. августа 2001. године у 00.30 сати. Утврђено је да је у посебном регистру пронађена спроводница леша за Р. II мушко новорођенче, мат. број 682/2001 од 15. августа 2001. године, док је у регистру извода из матичне књиге умрлих констатован извод са подацима да је у матичну књигу умрлих СО Савски венац под текућим бројем 5473 за 2001. годину уписано Р. безимено, II мушко новорођенче, те да је упис извршен 17. августа 2001. године.

Поступајући по захтеву подносиоца, Здравствена инспекција Министарства здравља је 27. маја, 4. јуна и 11. јуна 2003. године поново извршила инспекцијски надзор на ГАК-у и у Институту за неонатологију и о томе је оспореним дописом бр. 531-02-701/2002-02, 531-02-95/20036-02 и 531-02-214/ 2003-02 од 18. јула 2003. године обавестила подносиоца. Том приликом, на Институту за неонатологију извршен је увид у матичну књигу примљених беба за 2001. годину, регистар примљене деце за 2001. годину, историје болести и посебан регистар у који се улажу спроводнице леша и утврђено је да су сви подаци идентични са подацима уписаним у записник број 531-02-701/2002-02 од 4. октобра 2002. године, те да је одговор са тим подацима достављен подносиоцу. Приликом инспекцијског надзора извршеног на ГАК-у утврђено је да су сви подаци који су констатовани у записнику број 531-02-701/2002-02 од 4. октобра 2002. године идентични са подацима у које су извршили увид здравствени инспектор и родитељи приликом вршења надзора наведених датума. Такође, извршен је увид у порођајни протокол и у „књигу сиве боје“ и констатовани су сви уписани подаци о порођају и новорођенчади.

3.2. Ванредни надзор над вођењем матичних књига за општину Савски венац

Министарство за државну управу и локалну самоуправу, Одељење за послове у области личног статуса грађана, извршило је 17. јула 2003. године ванредни надзор над вођењем матичне књиге рођених и матичне књиге умрлих које се воде за општину Савски венац у Београду. Надзор је извршен на захтев Другог јавног тужилаштва у Београду, Ктн. број 2371/02 од 17. јуна 2003. године, са циљем да се утврди да ли је у поступку уписа чињенице рођења, односно смрти близанаца Р. било неправилности и, уколико јесте, у ком обиму, односно да се утврди да ли су уписи извршени на основу

аката надлежног органа и да ли је поштован законски рок пријаве чињенице рођења, односно чињенице смрти. У оспореном записнику о извршеном ванредном надзору број 038–00–36/2003–04/1 од 21. јула 2003. године, између осталог, констатовано је следеће: да је упис чињенице рођења близанаца извршен на основу пријаве о рођењу ГАК, која садржи потписе службеника болнице, мајке близанаца и која је оверена печатом установе; да је рођење деце уписано у матичну књигу рођених матичног подручја на којем су се деца родила, а у складу са чл. 17 Закона о матичним књигама,⁸ да је матичар, сходно чл. 12 Закона о матичним књигама, уписао у матичну књигу рођених оне чињенице и податке које садржи акт надлежне установе, у року од 30 дана од дана када се чињеница рођења десила, и у коме се може извршити упис без решења органа надлежног за вођење матичних књига на чијој се територији води матична књига у коју се има извршити упис; да је у матичну књигу рођених извршен упис забелешке о чињеници смрти; да је забелешка уписана у рубрику „Накнадни уписи и забелешке“, сходно тач. 54 Упутства о вођењу матичних књига и обрасцима матичних књига,⁹ којом је уређено да се чињеница смрти уноси у рубрику „Накнадни уписи и забелешке“ матичне књиге рођених. У вези са чињеницом смрти, у записнику је констатовано следеће: да је упис чињенице смрти за дете мушког пола, С. Р., рођеног 11. августа 2001. године у Београду, од оца Г. Р. и мајке О. Р., рођ. М., умрло 16. августа 2001. године, у 05.45 часова у Београду, извршен у матичну књигу умрлих, која се води за општину Савски венац, матично подручје Београд, страна 119, текући број 5753 за 2001. годину; да је упис извршен на основу потврде о смрти, издате 16. августа 2001. године у Институту за неонтологију у Београду; да је упис чињенице смрти за дете мушког пола, Д. Р., рођеног 11. августа 2001. године у Београду, од оца Г. Р. и мајке О. Р., рођ. М., умрло 15. августа 2001. године, у 00.30 часова у Београду, извршен у матичну књигу умрлих, која се води за општину Савски венац, матично подручје Београд, страна 410, текући број 5473 за 2001. годину; да је упис извршен на основу потврде о смрти, издате 15. августа 2001. године у Институту за неонтологију у Београду, која садржи потпис лекара који је утврдио смрт, те да су потврде оверене печатом установе; да су чињеница смрти уписане у матичну књигу умрлих матичног подручја на коме је место где је смрт наступила, у складу са чл. 20 Закона о матичним књигама; да је матичар, сходно чл. 12 Закона о матичним књигама, уписао у матичну књигу умрлих оне чињенице и податке које садржи акт надлежне установе, у року од 30 дана од дана када се чињеница смрти десила и у коме

⁸ Вид. *Службени гласник СРС*, бр. 15/90 и *Службени гласник РС*, бр. 57/03.

⁹ Вид. *Службени гласник СРС*, бр. 48/90 и *Службени гласник РС*, бр. 22/91.

се може извршити упис без решења органа надлежног за вођење матичних књига на чијој се територији води матична књига у коју се има извршити упис.

3.3. Захтев подносиоца уставне жалбе Министарству унутрашњих послова

Захтевом/молбом број 2054–4385 од 21. новембра 2003. године, која је изјављена Министарству унутрашњих послова, Секретаријат унутрашњих послова Београд, подносилац уставне жалбе је затражио увид у службену евиденцију и копију образаца о одређивању, примени и поништењу ЈМБГ за близанце Р., а дописом Одељења за управне послове Министарства унутрашњих послова, број 205.4–4385/03 од 25. новембра 2003. године, обавештен је да та служба одређује ЈМБГ за сву живорођену децу на територији града Београда, по примљеној пријави од матичара, те да се одређени ЈМБГ уписује на образац пријаве рођења детета и враћа се матичној служби, која онда приступа издавању извода из матичне књиге рођених у који уписује ЈМБГ, а да након одређивања имена детета и пребивалишта од стране родитеља, имају у службеним евиденцијама податке о том лицу.

3.4. Кривична пријава подносиоца уставне жалбе

Подносилац уставне жалбе је 13. августа 2002. године поднео Другом општинском јавном тужилаштву у Београду поднесак означен као „приватна тужба“ против ГАК-а, Института за неонатологију и СО Савски венац због кривичног дела одузимање малолетног лица и промене породичног стања.

Друго општинско јавно тужилаштво у Београду је дописом Ктн. број 2371/02 од 18. јануара 2007. године обавестило подносиоца да је његова кривична пријава одбачена јер не постоји основана сумња да су извршена пријављена кривична дела. Истовремено је указано на то да подносилац може преузети кривично гоњење према тачно одређеним лицима подношењем оптужног предлога Другом општинском суду у Београду.

Подносилац уставне жалбе је 31. јануара 2007. године поднео Другом општинском суду у Београду захтев за спровођење истраге, али му је дописом истражног судије тог суда од 3. октобра 2007. године наложено да уреди поднети захтев тако што ће навести личне податке осумњичених, опис дела из кога произлазе законска обележја кривичног дела, време извршења кривичног дела, законски назив кривичног дела, околности из којих произлази основаност сумње и постојеће доказе, уз упозорење да ће захтев бити одбачен ако у свему не поступи по налогу суда. Подносилац је поднеском

од 16. октобра 2007. године поступио по налогу и уз поднесак доставио потврде о смрти, отпусне листе са епикризом са Института за неонатологију, преглед умрле деце у августу 2001. године са Института за неонатологију и рачун ЈКП „Погребне услуге“ за кремацију и пренос тела достављен Институту за неонатологију 17. октобра 2001. године, као и изводе из матичне књиге рођених за бебе.

Решењем истражног судије Другог општинског суда у Београду Ки. 241/07 од 26. октобра 2007. године одбачен је захтев за спровођење истраге као неуредан, због тога што накнадно достављеним поднеском захтев за спровођење истраге није уређен на начин да би се по њему могло поступати.

Решењем Другог општинског суда у Београду Ки. 241/07 и Кв. 88/08 од 27. фебруара 2009. године одбијена је као неоснована жалба оштећеног као тужиоца Г. Р. изјављена против решења истражног судије Другог општинског суда у Београду Ки. 241/07 од 26. октобра 2007. године.

3.5. Захтеви подносиоца уставне жалбе Институту за неонатологију

Подносилац уставне жалбе се, са позивом на Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, више пута обраћао са различитим захтевима Институту за неонатологију.

Тако је оспореним поднеском број 11/14 од 19. децембра 2008. године подносилац затражио следеће податке: документ о извршеној идентификацији леша од стране родитеља, документ о сагласности родитеља да се одриче сахране беба, информације по ком закону су предузели обавезу сахрањивања и копију извода из матичне књиге умрлих. Дописом Института за неонатологију број 11/14–2 од 26. децембра 2008. године подносилац је обавештен да је по његовим захтевима већ раније поступљено и да му је достављена сва документација, у коју је извршио увид. Подносилац је, због непоступања Института за неонатологију, 12. марта 2009. године изјавио жалбу Поверенику за информације од јавног значаја. Решењем Повереника за информације од јавног значаја број 07–00–00312/2009–02 од 22. априла 2009. године Институту за неонатологију наложено је да обавести подносиоца да ли поседује тражене податке, те да му их достави уколико их поседује. Поступајући по налогу из поменутог решења, Институт за неонатологију је дописом број 701/0–2 од 13. маја 2009. године обавестио подносиоца о следећем: да не поседују документ који садржи изјаву родитеља да се одричу сахране, али да поседују телеграм којим су у наведеном периоду родитељи обавештени да се ради преузимања тела и сахрањивања, односно договора о сахрањивању могу обратити ЈКП „Погребне услуге“, будући

да су тела преминулих пацијената транспортована у Градску капелу; да није постојала обавеза болнице да се брине о сахрани беба, те да болница сноси трошкове сахране само у случају када родитељи по наведеном обавештењу не преузму тела умрлих беба; да не поседују документ о извршеној идентификацији умрлих близанаца од стране родитеља; да се извод из матичне књиге умрлих преузима у матичној служби општине Савски венац.

Оспореним поднеском број 765/1 од 19. маја 2009. године, подносилац је затражио информацију о томе која је била сврха узимања извода из матичне књиге умрлих, док је поднеском број 702/3 од 1. јуна 2009. године подносилац затражио податак о томе да ли је извод из матичне књиге умрлих СО Савски венац коришћен за кремацију близанаца Р., док је поднеском број 702/4 од 2. јуна 2009. године затражен податак о томе у коју је групу трошкова у финансијском извештају сврстан трошак кремације. Подносилац је дописима Института за неонатологију од 4. јуна 2009. године обавештен да се изводи из матичне књиге умрлих добијају за службене потребе Института као доказ о томе да је пријава смрти извршена, а да је увидом у документацију Службе за економско-финансијске послове утврђено да трошкови погребних услуга у августу 2001. године нису евидентирани.

Оспореним поднесцима бр. 1386/1, 1387/1, 1388/1 и 1389/1 од 7. септембра 2009. године подносилац је затражио достављање следећих података: копију докумената достављених ЈКП „Погребне услуге“ на основу којих је извршена кремација, протокол умрлих и то странице у којој је извршен упис Р. I и II мушко, преминули 15. и 16. августа 2001. године, књига евиденције о преузимању умрле деце од ЈКП „Погребне услуге“ и евиденција примљених позива за транспорт упућених са ГАК-а, а у вези са транспортом близанаца. Дописом Института за неонатологију од 6. октобра 2009. године подносилац је обавештен да је по његовим захтевима већ поступљено, те да нема основа за поновно поступање. Подносилац је 8. октобра 2009. године поводом тих захтева и непоступања Института за неонатологију изјавио жалбе Поверенику за информације од јавног значаја. Решењем Повереника за информације од јавног значаја број 07–00–01226/2009–03 од 4. децембра 2009. године Институту за неонатологију наложено је да подносиоца обавести да ли поседује тражене информације, односно да достави документе који садрже тражене информације. Поступајући по налогу из тог решења, Институт за неонатологију је, уз допис број 2152/2 од 25. децембра 2009. године, доставио подносиоцу копију спроводнице леша за близанце Р., копију захтева за опрему и сахрану преминулих близанаца, копију странице Протокола умрлих на којој је извршен упис близанаца Р.,

копију странице из књиге евиденције о преузимању умрле деце од ЈКП „Погребне услуге“ на којој је евидентирано преузимање преминулих близанаца и копију странице Протокола примљених пацијената на којој је извршен упис близанаца. Истим дописом подносилац је обавештен да Институт не располаже документом из кога се може сазнати да ли је постојао законски основ за преузимање трошкова сахране, те да у евиденцији примљених позива за транспорт није евидентиран позив ГАК-а у вези са транспортом близанаца, али да је неспорно да је транспорт извршио Институт.

3.6. Захтеви подносиоца уставне жалбе према ЈКП „Погребне услуге“

Подносилац уставне жалбе се, са позивом на Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, више пута обраћао са различитим захтевима ЈКП „Погребне услуге“ Београд.

Тако је оспореним поднеском број 3906/1 од 1. јуна 2009. године подносилац затражио информацију о томе да ли је између ЈКП „Погребне услуге“ и Института за неонатологију постојао уговор којим је прецизиран начин на који су сахрањиване бебе, између осталих, и преминули близанци. Подносилац је због непоступања ЈКП „Погребне услуге“, 8. јула 2009. године изјавио жалбу Поверенику за информације од јавног значаја. Решењем Повереника за информације од јавног значаја број 07–00–00836/2009–03 од 30. јула 2009. године наложено је ЈКП „Погребне услуге“ да обавести подносиоца да ли поседује тражену информацију, те да му је достави уколико је поседује. Поступајући по налогу из тог решења, ЈКП „Погребне услуге“ је дописом број 6420/СН од 11. августа 2009. године доставило подносиоцу преписку између тог предузећа и Завода за привремено рођену децу из 1993. године, на којој се заснива сахрањивање кремирањем безимене деце чије посмртне остатке у законском року не преузме породица.

Оспореним поднесцима бр. 5531, 5532 и 5534 од 9. јула 2009. године, подносилац уставне жалбе је затражио информације о начину сахрањивања беба, о томе зашто су преминули близанци сахрањени расипањем пепела њихових посмртних остатака, као и информацију о томе да ли се плаћа дневни смештај умрлих лица у хладњачи РЈ „Капела“. Дописом ЈКП „Погребне услуге“ од 28. јула 2009. године подносилац је обавештен о следећем: да је „Беби врт“ на гробљу Лешће пројектован и изграђен у комплексу гробља Лешће; да је бебе могуће сахрањивати, а и кремирати, зависно од захтева лица које се стара о сахрани; да су близанци Р. кремирани и пепео је расут у „Беби врту“, а да је извршилац сахране Институт за неонатологију;

да на Новом гробљу у Београду постоји „Врт сећања“ где се расипа пепео преминулих одраслих особа; да се коришћење хладњаче у РЈ „Капела“ плаћа, осим у посебним случајевима (НН лица и слично). Подносилац је, због непоступања ЈКП „Погребне услуге“, 9. јула 2009. године изјавио жалбу Поверенику за информације од јавног значаја. Решењем Повереника за информације од јавног значаја број 07–00–01112/2009–03 од 5. октобра 2009. године наложено је ЈКП „Погребне услуге“ да обавести подносиоца да ли поседује тражене информације, те да му их достави уколико их поседује. Поступајући по налогу из поменутог решења, ЈКП „Погребне услуге“ је дописом број 8620/ЈМ од 16. октобра 2009. године поново доставио подносиоцу уставне жалбе већ претходно дата обавештења.

Оспореним поднесцима бр. 7214, 7216, 7217 и 7818 од 9. јула 2009. године, подносилац уставне жалбе је од ЈКП „Погребне услуге“ затражио достављање докумената и информација о сагласности санитарне инспекције, о врсти евиденција које се воде у вези са умрлим лицима сахрањеним на гробљима која су саставу тог ЈКП, о начину наплаћивања трошкова кремирања, о основу за тражење сагласности од Института за неонатологију за кремирање беба преминулих на том институту. Подносилац је, због непоступања ЈКП „Погребне услуге“, 8. октобра 2009. године изјавио жалбу Поверенику за информације од јавног значаја. Решењем Повереника за информације од јавног значаја број 07–00–01215/2009–03 од 3. децембра 2009. године ЈКП „Погребне услуге“ је наложено да обавести подносиоца да ли поседује тражене информације, те да му их достави уколико их поседује. Утврђено је да је подносиоцу уставне жалбе достављена копија рачуна којом је Институт за неонатологију платио трошкове за погребну опрему и сахране близанаца.

3.7. Захтеви подносиоца уставне жалбе матичној служби општине Савски венац

Подносилац уставне жалбе се, са позивом на Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, такође више пута обраћао са различитим захтевима матичној служби општине Савски венац.

Оспореним поднеском број 402 од 19. маја 2009. године затражена је информација о томе која је била намена издавања извода из матичне књиге умрлих за преминуле близанце Институту за неонатологију. Дописом број 31–36/ 2009 од 17. јуна 2009. године, подносилац је обавештен да општина која је надлежна за упис чињенице смрти у матичну књигу умрлих достављањем извода извештава пријавиоца смрти о извршеном упису у матичну књигу умрлих.

Оспореним поднесцима бр. 923, 925 и 926 од 14. августа 2009. године подносилац уставне жалбе је затражио копију документа на основу којег је извршен упис матичног броја и копију регистра матичне књиге умрлих, и то странице на којој је извршен упис за преминуле близанце. Дописом број 31–66/ 2009 од 20. августа 2009. године Одељење за општу управу градске општине Савски венац доставило је подносиоцу копију регистра матичне књигу умрлих и информацију да јединствени матични број грађана одређује надлежни орган Министарства унутрашњих послова на основу извода из матичне књиге рођених за свако дете, на основу Закона о јединственом матичном броју грађана.¹⁰ Подносилац је 8. септембра 2009. године изјавио жалбу Поверенику за информације од јавног значаја. Решењем Повереника за информације од јавног значаја број 07–00–01111/2009–03 од 12. новембра 2009. године наложено је достављање преосталих докумената и обавештења. Поступајући по налогу из тог решења, подносиоцу је, уз допис број 31–36/2009 од 4. децембра 2009. године, достављена копија пријаве о рођењу са одређеним матичним бројевима за оба детета које је уписао МУП РС и копије странице регистра матичне књиге умрлих за 2001. годину

Оспореним поднесцима бр. 1007, 1008, 1009 и 1010 од 7. септембра 2009. године, подносилац уставне жалбе је затражио достављање копије документа на основу којих су известили ГАК, као пријавиоца чињенице рођења близанаца, да је чињеница рођења уписана у матичну књигу рођених, као и копију документа на основу којих су известили Институт за неонатологију, као пријавиоца чињенице смрти близанаца, да је чињеница смрти уписана у матичну књигу умрлих. Дописом од 9. септембра 2009. године подносилац је обавештен да матичар није у обавези да извештава здравствену установу у којој је лице рођено или умрло да је извршен упис у матичну књигу, те да обавеза постоји у супротном смеру, односно да је здравствена установа у обавези да извести матичну службу, путем пријаве рођења или потврде о смрти, о чињеници рођења или чињеници смрти. Подносилац је 8. октобра 2009. године изјавио жалбу Поверенику за информације од јавног значаја. Решењем Повереника за информације од јавног значаја број 07–00–01220/2009–03 од 7. децембра 2009. године наложено је достављање тражених података.

¹⁰ Вид. *Службени гласник СРС*, бр. 53/78, 5/83, 24/85, 6/89 и *Службени гласник РС*, бр. 53/93, 67/93, 48/94 и 101/05.

4. ПРОЦЕСНЕ ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА ОДЛУЧИВАЊЕ УСТАВНОГ СУДА

Уставни суд је најпре испитивао да ли постоје процесне претпоставке за мериторно одлучивање о овој уставној жалби. Будући да је уставна жалба изјављена против различитих захтева, записника, дописа и извештаја које је сам подносилац писао или су они подносиоцу уставне жалбе достављани од Министарства здравља, Министарства унутрашњих послова, Министарства за државну управу и локалну самоуправу, Института за неонатологију, ЈКП „Погребне услуге“, матичне службе општине Савски венац, Анкетног одбора Народне скупштине, Повереника за информације од јавног значаја и Заштитника грађана, а имајући у виду да се уставна жалба може изјавити само против појединачног акта или радње којима је одлучивано о правима и обавезама подносиоца уставне жалбе – пошто само таквим актом или радњом подносиоцу може бити повређено или ускраћено неко од Уставом зајемчених права и слобода – Уставни суд је констатовао да оспорени акти не представљају појединачне акте из чл. 170 Устава, па је у том делу одбацио уставну жалбу.¹¹

Но, и поред чињенице да је уставна жалба изјављена против аката који не могу бити предмет уставне жалбе, Уставни суд је из навода уставне жалбе и изнетих разлога закључио да подносилац уставне жалбе оспорава и „низ радњи и пропуштања државних органа да спроведу ефикасну истражну процедуру која има значај за породични живот, а која пропуштања су довела до трајног стања ускраћености“ гарантованих права, као и непостојање других правних средстава која је евентуално могао користити пре изјављивања уставне жалбе. Имајући то у виду, Уставни суд је постојање претпоставки за одлучивање испитивао и у односу на радње пропуштања поменутих државних органа. Стога је, будући да је реч о догађају из 2001. године, Уставни суд најпре испитивао да ли је уставна жалба допуштена *ratione temporis*, те уколико јесте, да ли је уставна жалба благовремено изјављена, а потом и да ли је подносилац уставне жалбе пре обраћања Уставном суду исцрпео редовна правна средства.

4.1. Оцена *ratione temporis*

У погледу оцене допуштености уставне жалбе *ratione temporis*, Уставни суд је, најпре, указао на свој став да, у начелу, нема временску надлежност да поступа по уставним жалбама у којима се оспорава радња која је предузета пре ступања на снагу Устава. Изузетно, Уставни суд, што је у складу и са праксом Европског суда, може засновати надлежност *ratione temporis* и за радње које су се десиле пре

¹¹ Вид. Закон о Уставном суду, чл. 36, ст. 1, тач. 7, *Службени гласник РС*, бр. 109/07, 99/11 и 18/13 – одлука УС.

ступања на снагу Устава, али само под условом да је реч о наводној повреди процесног аспекта права на живот из чл. 24 Устава, односно чл. 2 Европске конвенције, односно повреди процесног аспекта права на неповредивост физичког и психичког интегритета из чл. 25 Устава, односно забране мучења из чл. 3 Европске конвенције.¹²

С друге стране, Уставни суд је морао да узме у обзир и то да је у пресуди *Зорица Јовановић против Србије* – одлучујући управо о приговору државе поводом надлежности *ratione temporis* – Европски суд изузетно широко применио своје ставове о процесном аспекту из чл. 2 и 3 Европске конвенције на право на поштовање породичног живота које је заштићено чл. 8 Европске конвенције и констатовао „да је, према томе, надлежан да разматра притужбу подносиоце представке у оној мери у којој се она односи на наводни пропуст Тужене државе да испуни процедуралне обавезе према Конвенцији почев од 3. марта 2004. године... али да може узети у обзир чињенице пре ратификације у оној мери у којој се може сматрати да су створиле непрекидну ситуацију која траје и после тог датума или могу бити релевантне за разумевање чињеница насталих после тога“.¹³ Имајући то у виду, као и уставну норму која обавезује Суд да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење,¹⁴ Уставни суд је одлучио да прихвати своју надлежност *ratione temporis*, те да наведе подносиоца уставне жалбе („низ радњи и пропуштања државних органа да спроведу ефикасну истражну процедуру која има значај за породични живот“) квалификује као акте који се могу сматрати непрекинутим, а тврдње о повреди означених права третирао је као трајну ситуацију.

Испитујући, надаље, благовременост уставне жалбе и то да ли је изјављена у законском року од 30 дана,¹⁵ Уставни суд је подсетио да су правила о рачунању рока у односу на радњу повезана са даном предузимања или престанка радње, те да се рок рачуна од дана сазнања подносиоца уставне жалбе о предузимању или престанку радње. Напротив, када је оспорена радња пропуштања, онда се рокови рачунају другачије, што значи да рок не може да истекне све док радња пропуштања траје. Међутим, с друге стране, јасно је да

¹² Вид., између осталих, одлуке Уставног суда Уж – 4527/2011 од 31. јануара 2013. године и Уж – 4100/2011 од 10. јула 2013. године, у којима се Уставни суд бавио повредом процесног аспекта чл. 24 и 25 Устава, односно чл. 2 и 3 Европске конвенције.

¹³ Вид. пресуду *Зорица Јовановић против Србије*, ст. 46 до 49.

¹⁴ Вид. Устав, чл. 18, ст. 3.

¹⁵ Вид. Закон о Уставном суду, чл. 84, ст. 1.

ни такво стање не може бити уважавано бесконачно, због чега је и Европски суд као кључни тренутак узео онај када је подносиоци апликације у случају *Зорица Јовановић против Србије* постало јасно да се неће решити „пресудна чињенична или правна питања“ у вези са њеном притужбом, односно „када је постало очигледно да неће добити обештећење“. Тај гранични датум био је за Европски суд тренутак представљања извештаја Радне групе Народне скупштине од 28. децембра 2010. године, од ког тренутка се и може рачунати рок за изјављивање представке.¹⁶

Примењујући те ставове на конкретан случај, Уставни суд је констатовао да је уставна жалба изјављена 7. октобра 2013. године, дакле више од две године и девет месеци након представљања извештаја Радне групе 28. децембра 2010. године. Упркос томе, Уставни суд је рок за подношење уставне жалбе у односу на радње пропуштања државних органа Србије још више проширио у овом случају, заузимајући став да је за оцену благовремености конкретне уставне жалбе од значаја и то што је 26. марта 2013. године Европски суд донео пресуду у предмету *Зорица Јовановић против Србије*, која је постала правноснажна 9. септембра 2013. године, те да је у тој пресуди одређен рок од годину дана од дана правноснажности за њено извршење. Имајући у виду да је тај рок истекао 9. септембра 2014. године, Уставни суд је закључио да након правноснажности те пресуде и истека рока за њено извршење подносилац уставне жалбе није могао више оправдано „очекивати исход догађаја који би могао решити пресудна чињенична или правна питања у вези са његовом притужбом“. Стога је Уставни суд стао на становиште да у том, као и у другим сличним случајевима у којима су поднете уставне жалбе, треба сматрати да се почетак рока за подношење уставне жалбе рачуна од 9. септембра 2014. године. Како је у овом случају уставна жалба изјављена 7. октобра 2013. године, Уставни суд је оценио да је она благовремена.

4.2. Оцена исцрпљености правног пута

Испитујући да ли је подносилац уставне жалбе пре изјављивања уставне жалбе искористио редован правни пут, односно да ли су била предвиђена друга правна средства која је подносилац могао користити пре изјављивања уставне жалбе, Уставни суд је пошао од ставова Европског суда изнетих у пресуди *Зорица Јовановић против Србије*.

Наиме, Суд у Стразбуру је закључио да би сваки могући кривични поступак у том предмету већ био застарео, те да не би био у стању да пружи накнаду подносиоци представке.¹⁷ У вези са евен-

¹⁶ Вид. пресуду *Зорица Јовановић против Србије*, ст. 57.

¹⁷ Вид. пресуду *ibid.*, ст. 62.

туалном парничном тужбом, Европски суд је оценио „да тај пут накнаде не би могао да исправи спорно стање ствари“ будући да би парнични судови у најбољем случају могли признати повреду „права личности“ и пружити накнаду за претрпљену нематеријалну штету, као и евентуално наложити друге облике накнаде „који би могли“ пружити нематеријално задовољење. „Ништа од овога, међутим, не би могло делотворно пружити накнаду за притужбу подносиоце представке која се подразумева, тј. њену потребу за информацијама о ‘стварној судбини њеног сина’. Влада свакако није понудила доказ за супротно.“¹⁸

Узимајући у обзир изнете ставове Европског суда и примењујући их на уставносудски поступак у овом предмету, Уставни суд је констатовао да је у конкретном случају подносилац уставне жалбе водио кривични поступак. Наиме, подносилац је 13. августа 2002. године Другом општинском јавном тужилаштву у Београду поднео поднесак означен као „приватна тужба“ против ГАК-а, Института за неонатологију и СО Савски венац због кривичног дела одузимање малолетног лица и промене породичног стања. Након што је кривична пријава подносиоца одбачена, он је 31. јануара 2007. године Другом општинском суду у Београду поднео захтев за спровођење истраге. Тај захтев је, након налога суда за уређењем, одбачен као неуредан 26. октобра 2007. године, што је потврђено решењем од 26. октобра 2007. године. Подносилац уставне жалбе није водио парнични поступак за накнаду штете због повреде права личности, која подразумевају и право на поштовање породичног живота.¹⁹ Дакле, и поред чињенице да подносилац није водио парнични поступак, те да је одбацивање захтева за спровођење истраге законска последица пропуста самог подносиоца, Уставни суд је уважаио ставове Европског суда, доследно примењујући чл. 18, ст. 3 Устава, и закључио да подносилац уставне жалбе није имао друго правно средство које је могао користити пре изјављивања уставне жалбе, а које подразумева „исправљање спорног стања ствари“.

5. ОЦЕНА ОСНОВАНОСТИ УСТАВНЕ ЖАЛБЕ

Оцењујући основаност уставне жалбе, Уставни суд најпре констатује да је подносилац наводе о повреди права на поштовање приватног и породичног живота из чл. 8 Европске конвенције и по-

¹⁸ Вид. *ibid.*, ст. 63.

¹⁹ Европски суд је у пресуди *Зорица Јовановић против Србије* навео да је Врховни суд Србије у пресуди Рев. 229/04 од 21. априла 2004. године утврдио да „права личности“ у оквиру значења Закона о облигационим односима обухватају, између осталог, и право на поштовање породичног живота (ст. 40).

вреди права детета из чл. 64, ст. 2 Устава образложио тиме да свако дете има право да сазна своје порекло и да очува свој идентитет, те да, ако су жива, деца подносиоца уставне жалбе нису имала прилике да уживају то људско право нити им је била омогућена заштита. Такође, подносилац сматра да је постојала позитивна обавеза државе да „спроведе ефикасну истражну процедуру која има значај за породични живот“, те да је повреда права из чл. 8 Европске конвенције извршена тиме што тела деце никада нису била предата породици, што узрок смрти није био утврђен, што веродостојан обдукциони записник никад није био предат породици, што породица није никада била обавештена када и где су деца била наводно сахрањена, што је кривична пријава била одбачена без адекватне истраге и што подносилац уставне жалбе нема никакву веродостојну информацију о томе шта се десило његовој деци. Наводе о повреди права на делотворно правно средство из чл. 36, ст. 2 Устава и чл. 13 Европске конвенције, подносилац уставне жалбе образлаже тиме да у правном поретку Републике Србије не постоје правно средство ни услови за ефикасну заштиту права због којих је изјављена уставна жалба.

Уставни суд је надаље констатовао да је подносилац од Уставног суда захтевао да утврди да су СО Савски венац, ЈКП „Погребне услуге“, Народна скупштина и Повереник за информације од јавног значаја повредили право на поштовање приватног и породичног живота из чл. 8 Европске конвенције и право детета на сазнавање порекла и очување идентита из чл. 64, ст. 2 Устава, као и да утврди да је Народна скупштина Републике Србије повредила право подносиоца уставне жалбе из чл. 36, ст. 2 Устава и чл. 13 Европске конвенције јер није предвидела делотворно правно средство за веродостојно утврђивање смрти детета подносиоца уставне жалбе нити за откривање његове судбине.

Најзад, подносилац је захтевао да му Уставни суд, на основу праксе установљене пред Европским судом за људска права у случају *Зорица Јовановић против Србије*, досуди правичну накнаду нематеријалне штете у износу од 10.000 евра, као сатисфакцију за неиспуњење позитивних обавеза Републике Србије „према подносиоцима уставне жалбе, услед чега они трпе бол и неизвесност у дужем временском периоду“.

5.1. Оцена навода о повреди права на сазање порекла

Оцењујући основаност навода о повреди права на сазнање порекла из чл. 64, ст. 2 Устава, Уставни суд је констатовао да се том уставном одредбом право гарантује детету, те да се уставносудска заштита због повреде тог права може пружити детету у чије име уставну жалбу може изјавити његов законски заступник. Будући да је под-

носилац уставне жалбе изјавио уставну жалбу у своје име и у односу на чл. 64, ст. 2 Устава, Уставни суд је оценио да уставна жалба у том делу не испуњава процесне претпоставке да се по њој поступа.

5.2. Оцена навода о повреди права на поштовање приватног и породичног живота

Оцењујући основаност навода о повреди права на поштовање приватног и породичног живота из чл. 8 Европске конвенције, Уставни суд је констатовао да уставна жалба не садржи наводе о повреди права на поштовање приватног живота, те да подносилац само формално истиче повреду тог права.

У вези са наводом о повреди права на поштовање породичног живота, Уставни суд је оценио да подносилац тврдње о повреди тог права образлаже тиме да је држава пропустила да изврши своју позитивну обавезу да „спроведе ефикасну истражну процедуру која има значај за породични живот“. Конкретније, подносилац сматра да је повреда тог права извршена тиме што тела деце никада нису била предата породици, што узрок смрти није био утврђен, што веродостојан обдукциони записник никад није био предат породици, што породица није никада била обавештена о томе када и где су деца наводно сахрањена, што је кривична пријава била одбачена без адекватне истраге и што подносилац уставне жалбе нема никакву веродостојну информацију о томе шта се десило његовој деци.

Уставни суд је најпре указао на то да уживање родитеља и детета у међусобном односу представља основни елемент појма „породичног живота“ у смислу чл. 8 Конвенције.²⁰ Поред јасно дефинисане негативне обавезе државе да се уздржи од мешања у вршење тог права, осим под условима наведеним у ст. 2 тог члана, постоје и одређене позитивне обавезе државе које проистичу из чл. 8 Европске конвенције, а чије испуњење је у функцији делотворног поштовања приватног и породичног живота.²¹ Позитивне обавезе захтевају од држава да активно делују са циљем ефикасне заштите права на поштовање приватног и породичног живота. Извор позитивне обавезе у чл. 8 Конвенције налази се у речима ‘право на поштовање’ (*the right to respect*). Ипак, Суд је у више наврата истицао да концепт ‘поштовања’ није сасвим прецизно одређен, да се он тумачи у сваком поједином случају те да се мора водити рачуна о разноврсности праксе у државама чланицама и о правичној равнотежи коју ваља успоставити између конкурентних интереса појединца и заједнице у

²⁰ Вид., уместо многих других, пресуду у предмету *Monory против Румуније и Мађарске*, представка број 71099/01, пресуда од 5. априла 2005. године, ст. 70.

²¹ Вид. пресуду у предмету *Marckx против Белгије*, представка број 6833/74, пресуда од 13. јуна 1979. године, ст. 31.

целини. Отуда је Суд начелно спреман да призна државама широко поље дискреционе процене приликом одлучивања о томе које активности треба предузети како би се омогућило поштовање Конвенције, узимајући у обзир потребе и могућности одређене заједнице.²²

Уставни суд је такође оценио да је Европски суд у пресуди *Зорица Јовановић против Србије* широко применио, *mutatis mutandis*, ставове о позитивним обавезама државе према чл. 2 и 3 Европске конвенције у односу на нестала лица из предмета *Варнава и други против Турске*, у коме су се представке односиле на лица која су нестала у сасвим другачијим околностима – током турске војне операције на северу Кипра у јулу и августу 1974. године. Европски суд је приликом примене тих ставова на чл. 8 Европске конвенције закључио, између осталог, да околност да тело сина подносиоца представке у предмету *Зорица Јовановић против Србије* њој нити њеној породици није предато, да узрок смрти није никада утврђен, да подносиоца уопште није добила извештај о обдукцији нити је обавештена када је и где њен син наводно сахрањен, а његова смрт није никада званично пријављена, да је кривична пријава коју је поднео супруг подносиоца представке одбачена без одговарајућег разматрања, те општих оцена органа тужене државе о мањкавостима у законодавству, представљају пропуштање државе да испуни своје позитивне обавезе да подносиоца представке пружи поуздане информације о судбини њеног сина, због чега је Европски суд утврдио да је она претрпела трајну повреду права на поштовање породичног живота.

Иако су, према оцени Уставног суда, ставови Европског суда о позитивним обавезама државе по чл. 2 и 3 Европске конвенције изузетно широко примењени на чл. 8 Европске конвенције у вези са позитивним обавезама које држава има у погледу поштовања породичног живота, Уставни суд је, сагласно чл. 18, ст. 3 Устава, те ставове ипак применио и на овај уставносудски случај.

С тим у вези, Уставни суд је најпре закључио да су наводи и тврдње подносиоца поменуте уставне жалбе битно слични са оценама и ставовима Европског суда из поменуте пресуде *Зорица Јовановић против Србије*. Међутим, чињенице и околности које је утврдио Уставни суд у предмету поводом уставне жалбе Г. Р. битно се разликују од чињеничног стања које је утврдио Европски суд у предмету *Зорица Јовановић против Србије*.

Наиме, супруга подносиоца уставне жалбе је превремено родила два дечака који су непосредно након порођаја – због озбиљних поремећаја основних животних функција које су дијагностиковане на

²² Вид., међу многим другим, пресуду *Abdulaziz, Cabales and Balkandali против Уједињеног Краљевства*, представка број 9474/81, (...) од 28. маја 1985, ст. 67.

рођењу и пружања адекватне медицинске неге – упућени у установу специјализовану за новорођенчад, која се управо бави лечењем беба у неонаталном периоду код којих постоје здравствени ризици опасни по живот. Уставни суд је указао на то да су надлежни органи, по захтеву подносиоца уставне жалбе, приликом инспекцијског надзора утврдили да су како о порођају, тако и о историји болести, клиничкој дијагнози, отпусној листи, премештају и пријему новорођенчади, као и спроводницама лешева, евидентирани сви релевантни подаци у одговарајућим регистрима, те да није било никаквих неправилности у вођењу документације.

Уставни суд се, такође, осврнуо и на чињеницу да је Европски суд у пресуди *Зорица Јовановић против Србије* у попис релевантног домаћег права уврстио и Закон о здравственој заштити из 2005. године,²³ иако се спорно рођење детета догодило 1983. године, када је важио Закон о здравственој заштити из 1992. године. У одредбама та два закона постоји очигледна разлика у погледу обавезног вршења обдукције. Наиме, према Закону о здравственој заштити из 1992. године било је прописано да се обдукција врши обавезно на лешу: 1) лица умрлог у здравственој установи ако није утврђен тачан узрок смрти; 2) лица умрлог пре истека 48 часова од почетка лечења; 3) на захтев доктора медицине који је лечио лице које је умрло; 4) на захтев доктора медицине одређеног од надлежног органа скупштинске општине за утврђивање узрока смрти; 5) када је то од посебног значаја за заштиту здравља грађана или када то налажу епидемиолошки и санитарни разлози; 6) на захтев члана уже породице умрлог лица.²⁴ Напротив, према важећем Закону о здравственој заштити, обдукција се обавезно врши: 1) на лицу умрлом у здравственој установи ако није утврђен узрок смрти; 2) на лицу умрлом пре истека 24 сата од почетка лечења у стационарној здравственој установи; 3) на новорођенчету које је умрло у здравственој установи одмах након рођења или током лечења; 4) на захтев доктора медицине који је лечио умрло лице; 5) на захтев доктора медицине одређеног за утврђивање узрока смрти од надлежног органа општине, односно града; 6) када је то од посебног значаја за заштиту здравља грађана или када то налажу епидемиолошки или санитарни разлози; 7) на захтев надлежног суда; 8) на захтев члана уже породице умрлог лица; 9) ако смрт наступи у току дијагностичког или терапеутског поступка.²⁵ Дакле, Европски суд је у пресуди *Зорица Јовановић против Србије*, интерпретирајући одредбе важећег Закона о здравственој за-

²³ Вид. пресуду *Зорица Јовановић против Србије*, ст. 41.

²⁴ Вид. Закон о здравственој заштити, чл. 86, ст. 1 и 2, *Службени гласник РС* бр. 17/92, 26/92, 50/92, 52/93, 53/93, 67/93, 48/94, 25/96, 18/02 и 101/05.

²⁵ Вид. Закон о здравственој заштити, чл. 222, ст. 1 и 2, *Службени гласник РС*, бр. 107/05, 72/09, 88/10, 99/10, 57/11, 119/12, 45/13 и 93/14.

штити из 2005. године, дошао до закључка да је држава по том закону била у обавези да подносиоци представке достави извештај о обдукцији. Уставни суд је, напротив, указао на то да је тек доношењем Закона о здравственој заштити из 2005. године предвиђена обавезна обдукција на сваком новорођенчету које је умрло у здравственој установи одмах након рођења или током лечења. Будући да раније важећим законима, који су уређивали систем здравствене заштите, није била предвиђена таква врста обавезе већ се обдукција обавезно вршила, између осталог, на лешу лица умрлог пре истека 48 часова од почетка лечења или на захтев члана уже породице умрлог лица, Уставни суд је констатовао да у том конкретном предмету – уосталом као ни у предмету *Зорица Јовановић против Србије* – подносилац уставне жалбе, као члан уже породице, није тражио обдукцију, што је по закону могао да учини, нити су бебе преминуле пре истека 48 сати од почетка лечења, а што је била друга законом прописана ситуација када се вршила обавезна обдукција. Стога је Уставни суд – супротно закључку Европског суда – стао на становиште да у том конкретном случају није постојала законом прописана обавеза да се спроведе обавезна обдукција деце која су рођена 2001. године.

Када је реч о тврдњи подносиоца уставне жалбе да породица није никада била обавештена о томе „када и где су деца наводно сахрањена“, Уставни суд је констатовао да из достављене документације недвосмислено произлази да је Институт за неонатологију у одговарајуће регистре унео све релевантне податке, и то: у спроводницу леша, у захтев за опрему и сахрану преминулих близанаца, у Протокол умрлих у који је извршен упис смрти и у књиге евиденције о преузимању умрле деце од ЈКП „Погребне услуге“, на којој је евидентирано преузимање преминулих близанаца. Такође, из достављене документације утврђено је да су родитељи преминулих близанаца телеграмом обавештени о томе да се ради преузимања тела и сахрањивања могу обратити ЈКП „Погребне услуге“, да се они нису одазвали том позиву, да су обавештени о томе да су близанци сахрањени кремирањем и да је пепео расут у „Беби врту“ на гробљу Лешће, те да је погребну опрему и трошкове сахране платио Институт за неонатологију. Имајући у виду све те утврђене чињенице, као и одредбе Закона о сахрањивању и гробљима,²⁶ Уставни суд је закључио да су неосноване тврдње подносиоца уставне жалбе о томе да породица није никада била обавештена о томе када и где су деца сахрањена.

Уставни суд је, надаље, увидом у достављену документацију утврдио и да је здравствена установа у којој су бебе рођене пријавила

²⁶ Вид. Закон о сахрањивању и гробљима, чл. 14 и 15, *Службени гласник РС*, бр. 20/77 и 24/85 и *Службени гласник РС*, бр. 53/93, 67/93, 48/94, 101/05, 120/12 – Одлука УС и 84/13 – Одлука УС.

чињеницу рођења, на основу које је надлежна матична служба, на начин и под условима прописаним Законом о матичним књигама,²⁷ извршила упис чињенице рођења у матичну књигу рођених, и да је здравствена установа у којој су бебе умрле пријавила чињеницу смрти, на основу које је надлежна матична служба, на начин и под условима прописаним Законом о матичним књигама, извршила упис чињенице смрти у матичну књигу умрлих.

У погледу тврдњи подносиоца уставне жалбе да је „његова кривична пријава одбачена без адекватне истраге“, а имајући у виду чињенице утврђене у уставносудском поступку које се односе на кривични поступак који је водио подносилац уставне жалбе, Уставни суд је закључио да је одбацивање захтева за спровођење истраге била законска последица непоступања подносиоца уставне жалбе по налогу суда. Наиме, према одредбама Законика о кривичном поступку који је важио у време када је подносилац уставне жалбе поднео захтев за спровођење истраге,²⁸ било је прописано да ће, између осталог, јавни тужилац одбацивати пријаву ако из саме пријаве не произилази основана сумња да је осумњичени учинио кривично дело, те да оштећени има право да предузме односно настави гоњење у року од осам дана од када је примио обавештење јавног тужиоца да нема основа да предузме гоњење за кривично дело за које се гони по службеној дужности. Били су прописани и обавезни елементи које захтев за споровођење истраге мора да садржи. Притом, суд је подносиоца поднеска који је неразумљив или не садржи све што је потребно да би се по њему могло поступати позивао да поднесак исправи, односно допуни, а ако он то не учини у одређеном року, суд је такав поднесак одбацивао. Будући да подносилац уставне жалбе није у захтеву за спровођење истраге навео све законом прописане елементе нити је пружио доказе за своје сумње, а што је био законом предвиђен услов да суд спроведе истрагу, Уставни суд је оценио да су и ти наводи подносиоца уставне жалбе били неосновани.

Уважавајући изузетну осетљивост питања о којем расправља, али имајући у виду све околности и чињенице које је утврдио током тог уставносудског поступка, Уставни суд је оценио да су у конкретном случају неосноване тврдње подносиоца уставне жалбе

²⁷ Према Закону о матичним књигама, који је важио у време рођења близанца подносиоца уставне жалбе, обавезу да пријави рођење детета, као и чињеницу смрти, имала је здравствена установа у којој се догодило рођење односно смрт. Вид. Закон о матичним књигама, чл. 25, ст. 1 и чл. 27, ст. 2, *Службени гласник СРС*, бр. 15/90 и *Службени гласник РС*, бр. 57/03 и 101/05. Исто решење садржи и чл. 47, ст. 1 и чл. 61, ст. 2 сада важећег Закона о матичним књигама (*Службени гласник РС*, бр. 20/09 и 145/14).

²⁸ Вид. Законик о кривичном поступку, чл. 61, чл. 171, ст. 3, чл. 235, ст. 1 и чл. 242, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 46/06, 49/07, 122/08, 20/09, 72/09 и 76/10.

да нема никакву веродостојну информацију о томе шта се догодило његовој деци, те да је уставна жалба неоснована у погледу тврдњи о повреди права на поштовање породичног живота из чл. 8 Европске конвенције.

5.3. Оцена навода о повреди права на делотворно правно средство

Оцењујући основаност навода о повреди права на делотворно правно средство из чл. 36, ст. 2 Устава и чл. 13 Европске конвенције, Уставни суд је констатовао да подносилац уставне жалбе те наводе образлаже тиме да у правном поретку Републике Србије не постоје правно средство ни услови за ефикасну заштиту права због којих је изјављена уставна жалба. Уставни суд је констатовао и да подносилац уставне жалбе од Уставног суда није тражио да му пружи веродостојну информацију о томе шта се десило његовој деци.

Уставни суд је у оцени основаности те тврдње подносиоца уставне жалбе пошао од навода уставне жалбе и истакнутог захтева, као и од налога које је Европски суд дао у предмету *Зорица Јовановић против Србије*, а који се састоји у предузимању свих одговарајућих мера са циљем успостављања механизма за обезбеђење појединачних обештећења свим родитељима у ситуацији као што је или која је довољно слична ситуацији подносиоцеке представке.²⁹ Такође, Уставни суд је анализирао и оцену о испуњености услова о исцрпљености домаћих правних средстава која је дата у истој пресуди.

Наиме, Европски суд се прво бавио оценом да ли је кривични поступак могао бити ефикасан правни пут и цитирао одредбе чл. 34 Устава који утврђује уставни принцип правне сигурности у казненом праву, при чему је касније констатовао да је кривични поступак у том предмету застарео, те да не би био у стању да пружи сатисфакцију подносиоцеки. Приликом даље оцене испуњености услова о исцрпљености домаћих правних средстава, конкретно делотворности парничне тужбе, Европски суд је закључио „да тај пут накнаде не би могао да исправи спорно стање ствари, будући да би парнични судови у најбољем случају могли признати повреду ‘права личности’ и пружити накнаду за претрпљену нематеријалну штету, као и евентуално наложити друге облике накнаде који би могли пружити нематеријално задовољење“, али да не би „могао делотворно пружити накнаду за притужбу подносиоцеке представке која се подразумева“, тј. њену потребу за информацијама о „стварној судбини њеног сина“. То даље значи да, према Европском суду, постојање делотворног правног средства, осим евентуалног утврђења повреде личности, пружања накнаде за претрпљену нематеријалну штету и

²⁹ Вид. пресуду *Зорица Јовановић против Србије*, тач. 6 изреке.

друго нематеријално задовољење, што се може делотворно остварити у парничном поступку, подразумева „исправљање спорног стања ствари“ кроз пружање информације „о стварној судбини њеног сина“. Отуда, Уставни суд се сложио са констатацијом да је застарелост кривичног гоњења у предмету *Зорица Јовановић против Србије* наступила као законска последица непоступања саме подносиоце (и њеног супруга) у роковима прописаним законом, а који су законом успостављени управо због поштовања принципа правне сигурности у казненом праву. И у конкретном предмету о коме је било речи у поступку пред Уставним судом, одбацивање захтева подносиоца уставне жалбе за спровођење истраге била је директна законска последица пропуста самог подносиоца у погледу услова прописаних одговарајућим процесним законом.

Уставни суд је стога закључио да би управо због поштовања уставног принципа правне сигурности у казненом праву било упитно налагање доношења мера и успостављања механизма који би „отварао“ застареле кривичне предмете, али је поново указао на то да вођење кривичног поступка, под условима, на начин и у роковима прописаним законом, свакако може довести до примарног циља кривичног поступка, а то је утврђивање кривице и кажававање окривљеног.

Најзад, према оцени Уставног суда, сличној ономе што је и Европски суд констатовао у пресуди *Зорица Јовановић против Србије*, парнична тужба за накнаду штете због повреде права личности – која према ставу судске праксе у Србији обухвата и повреду права на поштовање породичног живота – може бити пут за накнаду нематеријалне штете, чиме свакако представља и делотворан „механизам за обезбеђење појединачног обештећења“, који, међу осталим средствима, помиње и изрека пресуде Европског суда.

Имајући у виду такве закључке, Уставни суд је коначно оценио да су неосновани и наводи подносиоца уставне жалбе о повреди права на делотворно правно средство из чл. 36, ст. 2 Устава и чл. 13 Европске конвенције.

6. КОМЕНТАР

Прва и најважнија последица одлуке Уставног суда о којој је било речи у овом тексту јесте сазнање да сви случајеви притужби родитеља – како пред домаћим органима, тако и пред Европским судом – наводно „несталих беба“ нису исти. За разлику од чињеничног стања које је Европски суд утврдио у пресуди *Зорица Јовановић против Србије* (недостаје отпусна листа са епикризом, историја боле-

сти мајке, протокол порођаја, историја болести детета, дечји протокол, протокол умрлих, захтев за обдукцију и потврда о смрти), из документације која је била поднета Уставном суду произилази да подносилац уставне жалбе није могао имати било какве недоумице поводом извештаја о смрти своје деце нити неизвесности у погледу „пресудних чињеничних и правних питања“ о томе шта се стварно догодило са његовом децом. Насупрот тврдњама подносиоца уставне жалбе да је повреда права из чл. 8 Европске конвенције извршена тиме „што тела деце никада нису била предата породици, што узрок смрти није био утврђен, што веродостојан обдукциони записник никад није био предат породици, што породица није никада била обавештена када и где су деца била наводно сахрањена, што је кривична пријава била одбачена без адекватне истраге и што подносилац уставне жалбе нема никакву веродостојну информацију о томе шта се десило његовој деци“, Уставни суд је утврдио да су подносиоцу уставне жалбе достављени сви уредно вођени медицински протоколи са подацима о здравственом статусу превремено рођених близанаца, предузетим дијагностичким и терапијским процедурама, историјама болести и отпусним листама. Нажалост, и поред свих напора лекара да спасу двоје превремено рођене деце, која су рођена са озбиљним дефицитима основних животних функција, наступила је њихова смрт. Уставни суд је такође утврдио да су чињенице рођења и смрти обоје деце уредно забележене у одговарајућим регистрима, као и у Матичној књизи рођених и Матичној књизи умрлих, да родитељи нису одговорили на позив здравствене установе да сахране своју децу, те да постоје веродостојни докази да је сахрана обављена у организацији и на трошак Института за неонатологију, где су деца лечена и где је наступио летални исход.

Друга важна порука ове одлуке Уставног суда лежи у оним деловима образложења у којима је Уставни суд јасно ставио до знања да је ставове Европског суда из пресуде *Зорица Јовановић против Србије* применио у случају уставне жалбе Г. Р. руководећи се обавезујућом уставном нормом да се одредбе о људским правима тумаче сагласно међународно важећим стандардима људских права и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење, иако са неким од тих ставова није био потпуно сагласан. То се односи, пре свега, на став Европског суда о оцени допуштености представке и заснивању надлежности *ratione temporis* и, с тим у вези, на оцену благовремености представке односно уставне жалбе. Надаље, Уставни суд је изразио и извесну уздржаност у односу на потпуно нову праксу Европског суда у погледу примене процесног аспекта чл. 2 (право на живот) и чл. 3 (забрана мучења) Европске конвенције на чл. 8 (право на поштовање приватног и породичног живота). У пресуди *Зорица Јовановић против Србије* Европски суд је своју над-

лежност у погледу процесног аспекта чл. 8 Европске конвенције за-
сновао на крајње широкој примени стандарда о одговорности државе
за нестанак особа у околностима војних операција из пресуде *Вар-
нава и други против Турске* и применио их *mutatis mutandis* на „не-
станак“ детета из породицишта. Штавише, морала бих да изнесем
и своју личну резерву према резонувању које је Заштитник грађана
изнео у својој општој оцени, а коју је касније безрезервно прихва-
тио и Европски суд у пресуди *Зорица Јовановић против Србије*, из
кога произилази да се на основу података који су прикупљени у по-
ступку контроле – да је у осамдесетим годинама прошлог века било
озбиљних мањкавости у важећем законодавству и пракси, да прописи
о поступању здравствених установа у случају смрти новорођене деце
нису били јасни и конзистентни те да је преовлађујуће мишљење ле-
кара било да би родитеље требало поштедети душевног бола прили-
ком сахрањивања новорођенчета – дошло до става да таква ситуација
оправдава сумње родитеља о томе шта се стварно десило са њиховом
децом, па се према томе не би могло искључити да су бебе у питању
заиста незаконито одузете од њихових породица, због чега је предло-
жено и доношење *lex specialis*-а! Притом, никада и ни у једној прили-
ци није забележен ниједан основ сумње да је заиста реч о неком кри-
вичном делу у вези са одузимањем деце или променом породичног
стања. Другим речима, између констатације о недостатном законо-
давству и лошим праксама и допуштања могућности да су извршена
тешка кривична дела против породице постоји огромна разлика, која
је остала потпуно непримећена. То ће касније умногome доприне-
ти потпуно неоснованим очекивањима многих родитеља, који нису
успели да пронађу потпуну и у свему уредну документацију о смрти
своје новорођене деце, да ће се водити неки нови кривични поступ-
ци против непознатих извршилаца противно уставним гаранцијама о
правној сигурности у казненом праву и законским одредбама о заста-
релости кривичног гоњења. Што је још опасније, такве неутемељене
оцене довеле су до тога да и родитељи који су добили детаљну, уред-
ну и апсолутно неспорну документацију о томе шта се тачно дого-
дило са њиховом децом која су умрла убрзо након рођења – у чему
је парадигматичан случај управо подносиоца уставне жалбе који
се у јавности понашао као један од заступника и гласноговорника
групе родитеља који трагају за својим „несталим бебама“ – дођу у
ситуацију да износе потпуно неистините податке и воде поступке
који, у суштини, представљају злоупотребу права на уставну жалбу.
Дакле, нема сумње да држава треба да буде одговорна за накнаду
нематеријалне штете родитељима којима није могла да буде презен-
тована уредна медицинска документација о току порођаја, дијагнози,
примењеној терапији и исходу лечења деце која су умрла убрзо након
рођења, или за коју не постоје потпуни подаци у матичним књигама

односно у протоколима о сахрањивању, али пре тога сваки случај мора бити засебно и темељно размотрен у одговарајућем судском поступку. Истовремено држава треба да се уздржи од прихватања било какве одговорности за евентуално непроцесуирана кривична дела, за која нико никада није понудио било какву чињеницу која би могла имати макар и најмањи кривичноправни значај.

Треће, Уставни суд је изразио потпуно супротан став у односу на став Европског суда у пресуди *Зорица Јовановић против Србије* о примени прописа о обавезној обдукцији тела новорођене деце. Наиме, у време порођаја Зорице Јовановић, исто као и у време када су рођени близанци подносиоца уставне жалбе Г. Р., према одредбама тада важећег Закона о здравственој заштити, обдукција детета умрлог након рођења није била обавезна; родитељи су, с друге стране, у оба случаја могли захтевати обдукцију, али то нису учинили. Европски суд је, међутим, и на тренутак када је умрло дете Зорице Јовановић 1983. године применио Закон о здравственој заштити од 2005. године, из чега је произашао закључак Суда да је држава по том закону била у обавези да подносиоцима представке достави извештај о обдукцији, заснивајући своју пресуду делимично и на тој констатацији. Као што је већ раније речено, Закон о здравственој заштити управо је у том сегменту значајно измењен 2005. године у односу на закон који му је претходио, и то тако да је обдукција сваког детета које је умрло одмах након рођења или током лечења постала обавезна. Оно што је свакако неприхватљиво јесте да се одговорност државе могла темељити, између осталог, и на ретроактивној примени закона на догађај који се одиграо 22 године раније!

Сасвим на крају, како се чини, велика је штета што Европском суду није био предочен Извештај о активностима Радне групе формиране ради истраживања и провере случајева нестанка деце из породилице у Републици Србији, који је припремило Министарство унутрашњих послова, Дирекција полиције – Управа криминалистичке полиције 2. марта 2007. године. Радна група је формирана решењем министра унутрашњих послова број 3252/2006–2 од 5. априла 2006. године, а извештај, између осталог, садржи опис многобројних активности радне групе у покушају да се идентификују евентуално сумњиве ситуације у вези са наводно неизвесном судбином деце која су умрла у породиличним случајевима у Србији у претходних двадесет година. Ако ништа друго, можда би била другачија оцена Европског суда о томе да је „реакција тужене државе у периоду између 2006. године и 2010. године и сама била неадекватна“. Није овде место да се тај извештај детаљно презентује, али морам да поменем чињеницу да су судија Првог основног суда у Београду Снежана Ивковић и инспекторка Министарства унутрашњих послова Александра Дробњак

водиле, по налогу Тужилаштва, неформалну истрагу у преко 1.000 случајева „несталих беба“ због кривичног дела одузимања малолетног лица или промене породичног стања. Намера је била да се утврди да ли у било ком од тих предмета постоји било какав траг сумње у постојање неког од та два кривична дела. Највећи број предмета био је застарео (око 90%), будући да су запрећене казне износиле до две, односно три године затвора и да је апсолутна застарелост наступала након четири до шест година. Само у једном предмету – по изричитој изјави судије Ивковић – било је негеча што је код ње „изазивало одређену сумњу“. У око 100 предмета у којима није била наступила застарелост, након одустанка тужиоца, оштећени су наставили поступак у само десет случајева.

Marija Draškić, PhD

Full Professor

University of Belgrade, Faculty of Law

THE „MISSING BABIES“ CASES: CONSTITUTIONAL COURT vs. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS?

Summary

The author comments on the decision of the Constitutional Court in the *Case of G. R.* and draws attention on the fact that although the allegations and claims of the applicant in this case are substantially similar to the assessments of the European Court of Human Rights in the *Case of Zorica Jovanovic v. Serbia*, the facts and circumstances established by the Constitutional Court in the constitutional appeal *Case of G. R.* are significantly different from the facts established by the European Court in the *Case of Zorica Jovanovic v. Serbia*. Therefore, the first and most important consequence of the Constitutional Court decision reviewed in this article is to learn that all so-called “missing babies” cases – both before the domestic public authorities as well as before the European Court of Human Rights – are not the same. Contrary to the findings of facts by the European Court of Human Rights in the judgment *Zorica Jovanovic v. Serbia* (it is noted that the body of the applicant’s son was never released to the applicant or her family, the cause of death was never determined, the applicant was never provided with an autopsy report or informed of when and where her son had allegedly been buried, and his death was never officially recorded) from the documentation that has been filed with the Constitutional Court follows that the constitutional complain-

ant could not have had any doubts regarding the report on the death of his children or uncertainty about the “crucial factual or legal issues” i.e. credible information as to what really happened to his children. The Constitutional Court also found that all the neatly guided medical protocols with data on the health status of twins, undertaken diagnostic and therapeutic procedures, anamnesis and discharge lists were delivered to the complainant. Unfortunately, despite all the efforts of doctors to save two premature infants, who were born with serious deficits in their basic functions, a fatal outcome was inevitable. The Constitutional Court also found that the facts of birth and death of both children were properly recorded in the Birth and Death Registers, that the parents did not respond to the call of the medical institution to bury their children, and that there is a credible evidence that funeral was carried out in the organization and at the expense of the Institute for neonatology, where children were treated and where a lethal outcome was performed. Therefore, the foregoing considerations were sufficient to enable the Constitutional Court to conclude that allegations of the complainant that he had no credible information about what happened to his children were unfounded in regard to allegations of violation of the right to respect for family life under Art. 8 of the European Convention on Human Rights.

Key words: *Constitutional Court decision in the Case of G. R. – The judgment of the European Court of Human Rights Zorica Jovanović v. Serbia. – The right to respect for family life. – “Missing babies”.*

Article history:

Received: 9. 9. 2016.

Accepted: 28. 11. 2016.

Др Борис Беговић*

Branko Milanovic, *Global Inequality: A New Approach for the Age of Globalization*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts – London 2016, 299.

Заиста, златно доба! Не оно Буњуелово, већ златно доба за оне који се баве феноменом економске неједнакости. Књига сустиже књигу. И то све успешни издавачки подухвати – од већ помало заборављеног Пикетија, преко Стиглица (чудо би било да се он није огласио), до Еткинсона, који је том феномену посветио целу своју професионалну каријеру. Стога је било очекивано да Бранко Милановић, српско-амерички економиста, како га је представио лондонски *The Economist*, један од најбољих светских познавалаца феномена економске неједнакости, објави књигу о својим налазима. Доследно свом теоријском опредељењу, Милановић је књигу посветио глобалној (економској) неједнакости.

И тако је настала компактна књига, са пет јасно дефинисаних поглавља. Прво представља преглед стања глобалне неједнакости, са обиљем података о глобалној расподели дохотка и богатства и коментара промена које су се догодиле у последњих тридесетак година, уз налаз да је реч о положеној S-криви, која означава да је дошло до највећег пораста дохотка оних на његовом средњем нивоу, као и оних најбогатијих, док су највећи релативни губитници они чији је доходак између најбогатијих и оних са средњим нивоом дохотка. Милановић тај феномен назива „нарастајућом глобалном средњом класом“ (стр. 19). Друго поглавље је посвећено економским неједнакостима унутар земаља, дакле традиционалном оквиру за сагледавање феномена неједнакости, а тај оквир омогућава Милановићу да искаже свој теоријски допринос у форми Кузњецових таласа, значајне модификације Кузњецове криве, односно његове теоријске хипотезе, основног теоријског оруђа за разматрање неједнакости дохотка. Следи поглавље о неједнакостима између земаља, у коме се разматрају

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, begovic@ius.bg.ac.rs.

различити нивои *per capita* доходака у различитим земљама, нешто што многи сматрају да спада у „забран“ теорије привредног раста, а те разлике Милановић користи да се осврне на феномен међународних миграција, уводећи у расправу појам „премија на држављанство“ (стр. 131). Четврто поглавље Милановић посвећује будућности и у њему разматра кретање економске неједнакости у овом и следећем веку, а уз то и предлаже неке мере којима би се раст неједнакости спречио или бар успорио. У петом, последњем поглављу аутор себи поставља десет кратких питања о будућности неједнакости дохотка и глобализације и на њих даје кратке одговоре.

Најзначајнији допринос ове књиге представља теорија Кузњецових таласа. Аутор полази од тога да Кузњецова крива, односно хипотеза, која предвиђа малу неједнакости на ниском нивоу развијености, оном који се односи на преиндустријски период, њено увећање до кога долази са привредним растом, и то до одређеног, максималног нивоа, да би потом даљи привредни раст умањивао ниво неједнакости све док се он не врати на исти онај са кога је кренуо. У координатом систему у коме је ниво *per capita* дохотка на хоризонталној, а Цинијев коефицијент (као мера неједнакости) на вертикалној оси, Кузњецова крива има облик обрнуте U-криве. Проблем са том хипотезом, односно са теоријским резоновањем које стоји иза ње, лежи у томе што стварност после 1980. године не одговара њеним предвиђањима. Привредни раст најразвијенијих земаља, оних које карактерише највиши ниво *per capita* дохотка, довео је после те године до пораста неједнакости дохотка. Очигледно је потребно ново теоријско објашњење.

Пикетијев теоријски одговор на Кузњецову криву јесте алтернативна хипотеза да не постоји никаква превојна тачка и да „гвоздени закони капитализма“ неминовно воде увећању економске једнакости. Другим речима, увећање неједнакости је, према Пикетију, инхерентно капитализму. А знатно умањење неједнакости у XX веку Пикети тумачи једнократним дејством егзогених фактора, пре свега светским ратовима. Када су се ратови смирили, додуше 35 година после краја последњег, капитализам се вратио на старо, па отуда и раст неједнакости који је неминован и у XXI веку.

Иако високо вреднује Пикетијев допринос и његову последњу књигу означава као дело „изузетне обухватности и утицаја“ (стр. 47), Милановић није задовољан понуђеним објашњењем, увиђајући његову неуверљивост. Потребна је теорија која може да објасни промене неједнакости и у једном и у другим смеру, а не хипотеза која промене у једном смеру објашњава ванредним околностима. Тако је Милановић осмислио Кузњецове таласе, теоријску концепцију за разматрање динамике неједнакости са привредним растом, односно са

променама нивоа развијености, а тиме и променама *per capita* дохотка. Јасно се идентификују чиниоци који увећавају и они који умањују неједнакост, при чему ове друге аутор дели на бенигне (друштвени притисци исказани у политичком оквиру, попут социјализма и синдиката, распрострањено образовање, старење становништва, што доводи до снажнијих захтева за социјалном заштитом и технолошке промене у корист нискоквалификованих радника) и малигне (ратови, услед разарања и високог опорезивања, и конфликти у друштву, који доводе до распада државе).

Милановић сматра да постоји цикличност дејства фактора који увећавају и умањују економску неједнакост, таква да у условима високе неједнакости на снази добијају они чиниоци који је умањују и обрнуто. Стога не постоји једна Кузњецова крива, већ више њих – циклуси који постају Кузњецови таласи. Стога је први циклус, описан оригиналном Кузњецовом кривом, већ завршен у најразвијенијим земљама света и крајем прошлог века започео је други циклус – нова Кузњецова крива, тако да се сада најразвијеније земље налазе на оном делу те криве који има позитиван нагиб. Дакле, оне су ушле у други циклус. Аутор јасно указује на факторе који су довели до пораста неједнакости дохотка у развијеним земљама крајем XX века. Пре свега, то су глобализација и технолошки напредак који је био у корист висококвалификованих (повећавајући разлике у радним дохоцима). Глобализација је довела до изузетне покретљивости капитала, тако да је опорезивање тог производног фактора, односно прихода од њега, контрапродуктивно и са алокативног и са фискалног становишта – пошто ће капитал лако „мигрирати“ на подручја са нижим пореским оптерећењем, држава ће остати и без капитала и без пореских прихода. За разлику од Марксовог жељеног пролетерског интернационализма, на делу је капиталистички. Дакле, аутор јасно наводи да умањено опорезивање капитала, чиме се увећава нето приход власника капитала, што услед инхерентно веће неједнакости дохотка од капитала у односу на доходак од рада доводи до повећања неједнакости расподеле дохотка, није политичка одлука у смислу идеолошки мотивисане слободне воље, није политички волунтаризам, већ је последица промене услова у којима се одвија алокација ресурса. Милановић указује на постојање три силе које, унутар Кузњецових таласа, обликују неједнакост: технологија, глобализација и политике које се примењују, при чему су политике условљене технологијом и глобализацијом, нарочито њиховим променама, а не обрнуто. У овом делу књиге на делу је покушај аутора да се и неједнакост ендогенизује, па да се добије модел са равнотежним цикличним кретањима. Другим речима, увећање неједнакости дохотка ствара силе које доведе до дејства оних фактора које је

умањује. Уместо Кузњецовог/Фукујаминог краја историје, добијамо „Милановићево клатно“.

Кузњецови таласи се односе да индустријско доба, то јест на услове у којима је на делу индустријализација. Прва Кузњецова крива односи се на доба обележено оним што Милановић назива прва технолошка револуција (неки то називају и првом и другом индустријском револуцијом), а друга на доба друге технолошке револуције (трећа индустријска револуција), засноване пре свега на комуникацијама и информационим технологијама. Таласи не захватају преиндустријски период. У том делу људске историје, у коме се, нажалост, нека друштва још увек налазе, нема никаквих циклуса, због тога што не постоји привредни раст већ само стагнација. А у стагнацији може да дође до шокова који утичу на укупан, односно на *per capita* ниво дохотка одређеног друштва. У таквим околностима, повећањем *per capita* дохотка увећава се простор за пораст неједнакости расподеле дохотка, због тога што се просечан доходак удаљава од дохотка који обезбеђује само егзистенцијални минимум. Милановић формулише и криву границе могуће неједнакости и та крива је растућа за ниво *per capita* дохотка и конкавна, будући да опада брзина тог раста. Занимљив концептуални оквир за истраживање економске историје преиндустријског периода.

Друга концептуална новина Милановићевог опуса, потпуно разрађена у овој књизи, јесте разматрање глобалне економске неједнакости. Милановићу разматрање неједнакости у једној земљи служи за искорак у правцу глобалне неједнакости. Аутор, још у уводу, наводи три разлога за такво истраживање. Први је знатижеља, не само за истраживање нечега што досад није истражено, већ и интересовање људи за животе других људи ван граница сопствене земље. Други је то што сада располажемо подацима потребним за емпиријско истраживање, а трећи је да изучавање глобалне неједнакости омогућава да сагледамо колико се свет променио у последњих двадесет пет година. Ниједан од тих разлога није уверљив. Ни знатижеља није довољан услов за неко истраживање, још мање су доступни подаци (постоје подаци о многим појавама, али оне нису предмет озбиљног истраживања), а постоје и алтернативни и супериорни начини да се спозна шта се дешавало у свету у последњих двадесет пет година. Реченицу „Изучавање глобалне неједнакости није ништа мање него изучавање економске историје света“ (стр. 3) може да напише само неко ко не прихвата да економску историју света, осим неједнакости, чине и многе друге, често далеко занимљивије ствари.

Проблеми са концепцијом глобалне неједнакости постају озбиљнији уколико се постави питање које су то њене последице, без

обзира на то да ли је растућа или опадајућа. У оној мери у којој нам они који истражују неједнакост уопште указују на последице растуће неједнакости, оне су пре свега политичке и одражавају се на друштво у коме се бележи та неједнакост. Друштво може да се назива и национална држава, како то чини Милановић у овој књизи, али то не мења битно ствар. Милановић сматра да повећање неједнакости не представља претњу капитализму (дакле, није економска претња), али јесте претња демократији у капитализму. А механизам који активира ту претњу јесте слабљење средње класе и све већа поларизација друштва, односно бирачког тела. Дакле, неједнакост је опасност по постојеће (тамо где постоје) демократске политичке институције. А те институције постоје само на нивоу друштва, односно националне државе – не постоји глобално друштво, па стога не постоји ни глобална средња класа, независно од тога што се може израчунати глобални медијански доходак и идентификовати ко га присваја. Средња класа је релевантна са становишта бирачког тела, преференција медијанског бирача и доношења колективних одлука о политичким и економским институцијама, укључујући и економске политике, што значи и политике према неједнакости распореде дохотка, али све то постоји само у појединачном друштву, националној држави, ако је неком тако драже. И сам Милановић наводи да су избори за Европски парламент „у највећој мери бесмислени“ (стр. 208), а демократски делотворан светски парламент још увек не постоји, уз прилично малу вероватноћу да ће бити успостављен у неколико следећих миленијума.

И све друге теорије којима се објашњавају негативне последице економске неједнакости, попут социолошке теорије релативне депривације, односе се на појединачна друштва. Појединци се пореде са својим парњацима, а ти парњаци се налазе у истом друштву. Нису, без обзира на сав напредак савремених комуникација, у неком хиљадама километара далеком друштву, других културних образаца, другог језика и свега другог. Узгред, појединци које себе пореде са другима, у оној мери у којој се пореде, за то користе своје релативно лично благостање, а не релативни доходак којим располажу. Пореди се потрошачев вишак. А неки од у књизи приказаних резултата глобализације, која је донела увећање потрошачевог вишка услед пада тржишних цена, могу да се разликују уколико се, уместо дохотка, као мера благостања употребљава потрошачев вишак.

Но, увођење категорије глобалне неједнакости неминовно у разматрање уноси и неједнакост између земаља. Поставља се питање колико је добро економске разлике између земаља посматрати у оквиру разматрања неједнакости расподеле дохотка. Те разлике ипак спадају у теорију привредног раста, која треба да објасни порекло

разлика у дохотку између земаља, а не да се те разлике и евентуално њихове промене само констатују. При таквом објашњењу се постављају питања разлика у продуктивности рада, технологије која се користи, удаљености земље од границе најсавременије технологије, институционалног оквира и његове еволуције, нивоа акумулације производних фактора, што се своди на питање заштите приноса инвестиција, ефикасности коришћења тих фактора, као и конкурентског притиска као главног покретача те ефикасност и баријера уласку као главне препреке. Ничега од тога у Милановићевој књизи нема. Штета, будући да због тога не сазнајемо много о томе зашто неки народи напредују, а други пропадају. Али сазнајемо како политички активисти радног XX века, попут Бухарина, гледају на однос експлоатације радне снаге у колонијама и надница у развијеним земаљама (стр. 130).

Независно од тога, Милановић користи разлике у просечном дохотку између земаља као покретачки мотив међународних миграција, које прате, како он наводи, четири противречности. Једна од њих јесте да глобализација онаква каква се одвија није уравнотежена, пре свега због тога што омогућава слободан проток добара и капитала, али не и радне снаге. Па се наводи да слободна трговина и слободан проток људи имају исте ефекте: „кретање људи, начелно посматрано, не разликује се од кретања добара или технологије или протока капитала“ (стр. 204). Проблем, међутим, лежи у томе што кретање људи ствара знатне екстерне ефекте по друштво које их прима, који могу да иду дотле да се мења институционални оквир одређеног друштва, нарочито неписана правила. А налаз који Милановић наводи да имигранти плаћају више пореза него што примају трансфера није аргумент у прилог тезе да не генеришу екстерне ефекте на јавне финансије, будући да треба поредити колико они, у односу на староседеоце, доприносе финансирању пружања јавног добра, то јест колика је њихова релативна разлика између плаћених пореза и примљених трансфера.

Милановић је поборник слободних миграција, али увиђа да неограничени проток људи није доступна опција, па се стога залаже за степенати приступ, којим ће се имигрантима дати нека, али не сва права, тако да би се успоставила одређена разлика у третману домаће и имигрантске радне снахе. То би, према његовом мишљењу, умањило тензије на обе стране и увећало проток људи. Аутор такође има и свој предлог у погледу политика којима би се умањила неједнакост дохотка и богатства у најразвијенијим земаљама. Он се не залаже за велику *ex post* корекцију расподеле дохотка на тржишту производних фактора (порезима и трансферима), већ за *ex ante* корекцију, која би довела до измене тржишних исхода.

Та корекција је усмерена на измену расподеле ресурса којима располажу појединци и које пласирају на тржиште производних фактора. У такве корекција спадају: (1) високи порези на наследство, (2) пореска политика која ће корпорације стимулирати да расподељују акције радницима и (3) пореска и друге политике које ће омогућити сиромашнима и средњој класи да поседују финансијску имовину, односно да реализују финансијске пласмане. Милановић сам увиђа велике проблеме у погледу изводљивости и делотворности тих мера које би требало да доведу до „народног капитализма“, пре свега у великом колебању приноса од финансијских пласмана и потреби да се њима мудро управља, не само посвећеношћу и прикупљањем великог броја информација – посредно признање финансијским капиталистима. Онда се аутор окреће смањењу неједнакости расподеле образовања, па тиме и људског капитала. Свестан да је ниво образовања у развијеним земљама прилично висок, то јест да је велики број људи обухваћен тим образовањем, Милановић се усредсређује на јачање државно финансираног образовања. Тиме ће, сматра, студије на Харварду бити доступније младима из сиромашних породица. Остаје нејасно колики су заиста домети свих тих предложених мера.

Посвећеност истраживању одређеног феномена свакако је за похвалу. То је потребан, мада не и довољан услов да се направи пробој у светским размерама, што је Милановић свакако, не само овом књигом, учинио. Међутим, таква посвећеност може да доведе и до опадајућих или чак и негативних приноса. Неједнакост у доходу почиње да се перципира као величина којом може све да се објасни. Отуда, Милановић почетак Првог светског рата, нешто око чега се у савременој историографији ломе копља, објашњава неједнакошћу дохода у тадашњој Немачкој, која је наводно умањила могућност финансирања рата, па је стога немачка војна елита одлучила да поведе оно што су они сматрали за превентивни рат. Или, још занимљивије, Милановић проституцију објашњава неједнакошћу, будући да сматра да је њен „основни узрок неједнакост у доходу и богатству“ (стр. 228). Да не би било дилеме, у примеру на следећој страници, аутор сматра да би хипотетичка уравнотежена расподела дохода између мушкарца и жене довела до пропорција од 50% и мушких и женских „сексуалних радника/радница“. Ипак, слика света око нас постаје гротеска када се све објашњава само једном величином. Када се богатство преференција људи, разноликост подстицаја којима су они изложени, разлике у којима перципирају те подстицаје, сложеност веза између појединаца, када се све то избрише и сведе само на једноставан спознајни калуп, онда се не добија много. Него,

да се вратимо Буњуелу, оном са почетка овог приказа – ипак треба одгледати „Лепотицу дана“.

Да ли је аутор успео да тврдокорне економисте, оне који разматрају привредни раст и који расправљају о продуктивности, технолошком напретку, институцијама, подстицајима, ефикасности и сличним нехуманим темама убеди у значај теме економске неједнакости? Једног од њих, онога који је написао овај приказ, свакако није. Но, све ван те оцене била би неоправдана генерализација.

Милановић је написао веома добру, концизну књигу у којој је јасно изнео аргументе у прилог својих теза. Далеко, у сваком погледу, бољу од Пикетијеве. Свака част, Бранко!

Ана Одоровић, мастер*

Xavier Vives, *Competition and Stability in Banking: The Role of Regulation and Competition Policy*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 2016, 324.

Историјски посматрано, неупитна је правилност да у суто-ну сваке економске кризе долази до нове, екстензивније регулације финансијског тржишта, чиме се конкуренција као процес надметања делимично ограничава ради успостављања финансијске стабилности. Велика рецесија, како се често означава период последње економске кризе, вратила је попут бумеранга стара питања у светлу нових околности. Зашто либерална парадигма о саморегулацији тржишта не важи у банкарском сектору? Да ли је конкуренција банака друштвено пожељна? Да ли постоји дилема између конкуренције и стабилности? Док се данашње банке све више удаљавају од своје традиционалне улоге посредника између оних који штеде и оних који инвестирају, комплексност финансијског посредовања чини да се све мањи број људи неекономске професије интелектуално ангажује у вези са тим питањима, чије импликације далеко превазилазе интересе власника банака, њихових поверилаца и клијената. Ипак, изгледа да давање једнозначних одговора не иде много лакше ни стручњацима, о чему сведочи књига Ксавијера Вивеса. Циљ аутора је био да сублимира досадашње налазе економске науке о односу конкуренције и стабилности у банкарском сектору и да анализира регулаторне промене које су наступиле као одговор на последњу економску кризу. Његов мотив није пука интелектуална радозналост већ и неопходност да се на основу тих налаза формулишу препоруке за успостављање адекватне регулације банака и њено усклађивање са политиком заштите конкуренције, како би се у будућности очувала финансијска стабилност, а да при томе цена коју плаћамо у виду нарушавања конкуренције буде што нижа.

* Ауторка је асистент на Правном факултету Универзитета у Београду, ana.odorovic@ius.bg.ac.rs.

Ксавијер Вивес започиње своју анализу освртом на еволуцију банкарског сектора од Велике депресије тридесетих година прошлог века до данас, која се одвијала под утицајем промена у регулаторном режиму и технолошких иновација, али и садејства тих фактора, што је посебно приметно у контексту последње економске кризе. Са становишта регулације, може се направити груба дистинкција између два периода. Први, који је трајао од Велике депресије до седамдесетих година прошлог века, обележила је ригидна контрола банака, праћена значајним ограничавањем конкуренције, било индиректно, тако што су високи регулаторни захтеви створили баријере уласку на тржиште, или директно, толерисањем картелских споразума и других видова нарушавања конкуренције од стране постојећих банака. Седамдесетих година прошлог века сазрело је уверење да је конкуренција на банкарском тржишту, због свог позитивног дејства на статичку и динамичку ефикасност, а посредно и на привредни раст, једнако пожељна као и на другим тржиштима. Смањење регулаторних обавеза и постепено увођење права конкуренције довело је до велике експанзије банкарских услуга, али и до веће учесталости финансијских криза него у претходном периоду. Упоредо са процесом дерегулације, трансформацији банака су у великој мери допринеле технолошке и друге иновације. Аутор посебно наглашава значај иновација које се односе на увођење нових финансијских инструмената. Иако се њихова основна функција састоји у томе да олакшају банкама бољу диверзификацију ризика, нови финансијски инструменти су, уз неадекватну регулацију, истовремено омогућили да поједине ризичне активности банака „прођу испод радара“, што је створило подстицаје за прекомерно излагање ризику и коначно кулминирало финансијском кризом 2007–2008. године. Иновације, према речима аутора, обликују и актуелне тенденције развоја банкарског сектора, који је све више изложен конкурентском притиску који потиче од других финансијских посредника, у првом реду предузећа из области информационих технологија (*fintech*). Вивес оставља отворено питање у којој мери управо јачање конкуренције, уз постојање економије обима, може да објасни значајно увећање концентрације на банкарском тржишту у периоду након кризе.

Пре него што се упусти у разматрање централне идеје ове књиге – односа између конкуренције и стабилности на банкарском тржишту, аутор се зауставља на одвојеној анализи тих феномена. Прва питања која поставља јесу шта представља извор нестабилности банака и због чега је државна интервенција на банкарском тржишту у одређеној мери пожељна, односно којим регулаторним инструментима се могу ублажити узроци нестабилности. Примарна улога банке као финансијског посредника састоји се у томе да премости проблем асиметрије информација који постоји између учесника на

тржишту капитала пре и после закључења трансакције у виду негативне селекције и моралног хазарда. Без банкарског посредовања, они који се налазе на страни тражње за капиталом, зајмопримци, суочавају се са високим трошковима веродостојног информисања друге стране у трансакцији, оних који се налазе на страни понуде капитала, зајмодаваца, о својим пословним подухватима и могућности да редовно извршавају своје обавезе по основу зајма. Према модерној теорији банкарства, како аутор истиче, банке су заслужне и за креирање ликвидности, с обзиром на то да главни извори средстава (депозити) представљају краткорочне обавезе банке, док су њени пласмани (зајмови) по правилу дугорочна потраживања. Банкарска криза настаје у непосредној вези са ограничењима које банке испољавају при остваривању поменутих функција, у ситуацији када власници депозита или инвеститори, на основу информација којима располажу о (не)могућности банака да реализују своја потраживања према дужницима, одлуче да повуку своје депозите. У мери у којој се то одиграва систематски, када су захтеви за повлачењем средстава координирани, проблем ликвидности банке неретко се претвара у проблем солвентности, будући да банке постају принуђене да продају своју имовину у кратком року по цени која није довољна да се намире сви повериоци. Негативне последице несолвентности једне или неколико банака мултипликују се онда када се немогућност сервисирања дуга преноси на друге банке услед међузависности њихових активности на међубанкарском тржишту. Коначно и посебно важно, банкарска криза ствара екстерне ефекте на реални сектор, привреду у целини, јер доводи до контракције кредита и прекида платног промета.

У последњој финансијској кризи важну улогу је имао феномен познат под називом банке у сенци (*shadow banking*) у вези са процесом секуритизације. Секуритизација подразумева трансформацију кредитних пласмана, који су због рочности неликвидни, у финансијске инструменте чијом продајом банка уступа своја потраживања по основу кредита спољним инвеститорима, ослобађајући се на тај начин дела ризика свог пласмана. Купци тих финансијских инструмената пре кризе углавном су били финансијски посредници чије активности нису регулисане – тзв. банке у сенци. Привид умањења ризика и увећана ликвидност добијена продајом финансијских инструмената узроковали су експанзију кредита, али и слабљење подстицаја традиционалним банакама да процене кредитну способност дужника. Најопаснија последица секуритизације је уједно и један од најважнијих фактора кризе јесте чињењица да су традиционалне банке истовремено, у различитим модалитетима, гарантовале ликвидност банкама у сенци, индиректно задржавајући ризик немогућности наплате кредита.

Имајући у виду описане несавршености банкарског тржишта (изражену асиметрију информација и екстерне ефекте), данас мало ко оспорава да је адекватна регулација предуслов очувања финансијске стабилности. Међутим, не постоји консензус о конкретним регулаторним мерама. Аутор прави дистинкцију између мера опреза (*prudential regulation*) и мера сигурности (*safety net*). Први вид регулације треба *ex ante* да спречи претерано излагање ризику, а подразумева одржавање одговарајућег нивоа сопственог капитала и ликвидности, као и дужност извештавања. Иако те мере саме по себи нису спорне, међународна регулација која је била на снази у време наступања кризе (Базел II) испоставила се као неадекватна, пре свега због тога што је описана веза традиционалних банака и банака у сенци омогућила регулаторну арбитражу – бирање повољнијег регулаторног аранжмана. Други вид регулације треба да ублажи систематски ризик након што се он већ оствари и укључује осигурање депозита, зајмодавца у крајњој инстанци и финансијско избављење (*bailout*). За разлику од мера опреза, које су увек и свугде благотворне по финансијску стабилност, мере сигурности испољавају амбивалентне ефекте јер стварају дисторзије у начину одлучивања финансијских институција и инвеститора. Посебно проблематична мера је финансијско избављење оних банака чија би пропаст могла да нанесе озбиљну штету финансијском систему у целини („*Too big to fail*“). То је типичан пример моралног хазарда, при чему се велике банке, антиципирајући помоћ државе у случају финансијске нестабилности, излажу већем ризику него што би чиниле да нема мере избављења.

Друго важно питање које је размотрено у наставку књиге односи се на специфичности конкуренције на банкарском тржишту из угла теорије индустријске организације. Иако је неспорно да то тржиште одступа од теоријског модела тржишта савршене конкуренције, тако да његови учесници у мањој или већој мери имају тржишну моћ, треба разумети порекло постојећих баријера уласку и у каквом су оне односу са другим видовима несавршености тржишта, несавршеном информисаности и екстерним ефектима. Тржишна моћ постојећих банака зависи од степена контестабилности тржишта, то јест од висине иреверзибилних трошкова које би потенцијални учесници морали да снесу у случају изласка из гране. Уколико нема тих трошкова, потенцијални конкуренти дисциплинују понашање постојећих банака на исти начин као и конкуренти који су већ у грани. Аутор запажа да су баријере уласку на банкарско тржиште свеprisутне и разноврсне. За мале банке извор баријера уласку је економија обима у вези са високим трошковима примене регулације и трошковима одржавања информационих система. Затим, извор баријера уласку представља репутација постојећих банака, будући да се банкарство

и развило као одговор на недостатак поверења који постоји при директним трансакцијама зајмодаваца и зајмопримаца. Коначно, посебно важан извор тржишне моћи постојећих банака чине различите предности које оне стичу раним уласком на тржиште, а које се могу стратешки користити за спречавање уласка нових конкурената. У стратешке баријере аутор убраја трошкове замене једне банке за другу, информације о дужницима у вези са асиметријом информација и мреже (филијала, банкомата и др.). Иако високи трошкови замене једне банке за другу начелно подстичу конкуренцију банака пре него што стекну довољно велику базу клијената, они такође омогућавају банкама да у неком каснијем тренутку погоршају услове, на пример, смањивањем каматне стопе на депозите. Слично, банке које познају кредитну историју својих дужника *ex post* стичу монопол над информацијама о њиховој кредитној способности, што такође умањује конкурентски притисак. Затим, банке које су прве развиле одређену инфраструктуру која представља погодност за кориснике банкарских услуга, попут мреже банкомата, имају подстицај да онемогуће приступ својим конкурентима, на пример, чинећи њихове платне картице некомпатибилним или наплаћујући високу провизију. Сложености анализи конкуренције на банкарском тржишту доприносе и многе друге околности. Постојање екстерних ефеката у банкарским услугама, утицај нових финансијских посредника и одсупање у односу на рационално понашање привредних субјеката само су неке околности којима аутор посвећује много пажње.

Након што су стабилност и конкуренција на банкарском тржишту објашњене као две стране исте медаље, аутор анализира да ли и под којим условима оне могу да се преклапају. Разматрајући теоријске и емпиријске моделе који објашњавају интеракцију конкуренције и стабилности, Вивеса заправо интересује да ли постоји оптималан ниво конкуренције на банкарском тржишту. Тиме се индиректно ставља на пробу један од основних економских постулата да је више конкуренције увек боље за друштвено благостање. Већ је било речи о томе да стабилност банке подразумева усклађеност активе и пасиве у билансу стања, пласмана и извора средстава. Стога, аутор засебно посматра утицај конкуренције на повлачење депозита и преузимање ризика од стране банке. У првом случају, јасно је да конкуренција сама по себи не може да буде узрок „јуриша на банке“, али, према речима аутора, утиче на ниво отпорности банке у тој ситуацији. Први разлог је што већа тржишна моћ имплицира већи профит који банци омогућава да лакше амортизује изненадно повлачење депозита. Други разлог се односи на степен координације власника депозита при одлуци о њиховом повлачењу. Модел претпоставља да се власник депозита одлучује на повлачење на основу информација о солвентности банке којима располаже, али и понашања других власника

депозита, општег стања панике. Виши ниво конкуренције отежава услове под којима банка долази до извора средстава, што појединачном власнику депозита умањује вероватноћу да се намири у случају неликвидности банке, због чега ће његова одлука о повлачењу депозита бити под већим утицајем компоненте панике. Крајња последица веће координације у понашању власника депозита је да се за дати ниво солвентности увећава вероватноћа неликвидности.

Далеко значајнији, а уједно и комплекснији део анализе јесте однос конкуренције и стабилности у вези са пласманима банке. Аутор објашњава неколико механизма којима конкуренција може да увећа ризик пропасти банке. Најпре се износи схватање да конкуренција увећава морални хазард банке (њених власника и менаџера) у односу на њене повериоце. Банке у условима ограничене одговорности имају подстицај да улажу у ризичне пласмане који обезбеђују високе стопе приноса онда када њени повериоци имају ограничене могућности да процене тај ризик. Дакле, претпоставка прекомерног излагања ризику јесте асиметрија информација у корист банке јер би, у случају потпуних информација, повериоци захтевали вишу пасивну каматну стопу која укључује премију на ризик и тиме одвратили банку до описаног понашања. Аутор заступа мишљење да се проблем моралног хазарда увећава јачањем конкуренције на тржишту јер растом тржишне моћи банке расте и дисконтована вредност будућег профита, тако да њени власници и менаџери имају већи опортунитетни трошак у случају пропасти проузроковане преузимањем прекомерног ризика. Према речима аутора, друга опасност веће конкуренције на банкарском тржишту састоји се у продубљивању проблема негативне селекције дужника. Кључна претпоставка на којој аутор заснива своју тврдњу јесте да већа конкуренција банака доводи до слабије могућности разликовања добрих и лоших дужника јер су информације о њиховој кредитној способности сада дисперзоване међу већим бројем банака. Као одговор на ограничену могућност селекције дужника, банке повећавају активне каматне стопе, што има за последицу да се просечан ризик дужника увећава. Вивес сам увиђа ограничење те аргументације с обзиром на то да већа конкуренција најчешће доводи до нижих, а не виших активних каматних стопа, што може не само да умањи негативну селекцију већ и да ублажи морални хазард дужника, који услед нижих трошкова кредита остварују већи профит од својих пословних подухвата па се *ex post* понашају опрезније, односно приврженији су испуњавању својих дужничких обавеза. Коначно, аутор сматра да јача конкуренција увећава нестабилност због тога што подстиче прекомерну експанзију кредита. На готово идентичним премисама као у случају негативне селекције, аутор објашњава механизам „позитивне селекције“. Иако начелно посматрано, што је могућност процене дужника слабија, услови за одобравање кредита

постају строжи (што је узрок негативне селекције), тај принцип важи само до тренутка када број дужника о чијој кредитној способности банка нема информације не постане довољно висок. Тада банке испољавају супротно понашање – ублажавају услове за одобравање кредита за све дужнике јер претпостављају да се услед увећане асиметрије информација са којом се суочавају све банке смањује број лоших дужника којима друге банке нису одобриле кредит, тако да у просеку расподела добрих и лоших дужника сваке банке постаје равномернија (позитивна селекција). Повољни услови одобравања кредита једнако привлаче добре и лоше дужнике, број одобрених кредита се увећава, а раст просечног ризика има за последицу већу нестабилност тржишта. Упркос свему томе, резултати емпијских истраживања не доводе до једнозначног закључка о негативном утицају конкуренције на стабилност. Резултати значајно варирају зависно од узорка, а посебно начина на који се мери конкуренција. Поједина истраживања показују да је средњи ниво конкуренције оптималан за финансијску стабилност.

Међутим, као далеко снажнији фактор систематског ризика показала се неадекватна, недовољна или прекомерна регулација банака. Регулација је недовољна ако дужност обавештавања о свим релевантним информацијама за процену ризика пласмана не постоји или се не спроводи за све финансијске посреднике, укључујући традиционалне банке и банке у сенци. Доступност информација о ризику пласмана управо омогућава да конкуренција банака доведе до оптималног излагања ризику, будући да власници депозита и инвеститори могу да дисциплинују управу банака, захтевајући већу пасивну каматну стопу која ће укључивати премију на ризик. Регулација је прекомерна, то јест подстиче прекомерно излагање ризику у свим случајевима експлицитног или имплицитног осигурања, при чему аутор заправо мисли на мере сигурности о којима је раније било речи. Било да је реч о осигурању депозита или избављењу банака које су запале у финансијске тешкоће, стварају се дисторзије у подстицајима свих тржишних учесника. Банке се још агресивније надмећу за депозите, а дисциплина повериоца банке потпуно изостаје. Једини изузетак је осигурање депозита чија се цена усклађује са ризиком пласмана, али, као што последња криза јасно показује, то је тешко спровести у стварности. Коначно, аутор се залаже да регулација капиталне адекватности буде у вези са екстерним ефектима које би пропаст банке произвела, тако да се за веће банке примењују строжи захтеви јер ниједан од претходно описаних видова регулације не доводи до интернализације укупних друштвених трошкова. Регулаторне промене које су наступиле на међународном нивоу после кризе (Базел III) засноване су на тим принципима. Циљ је да се правила о дужности обавештавања учине ефикаснијим, а премија за осигурање депозита и капитална адекватност непосредније вежу за ризик пласмана, као

и за екстерне трошкове у случају финансијске пропасти, уз посебна правила за систематски важне финансијске институције. Међутим, аутор изражава сумњу да регулатор може прецизно да одмери екстерне трошкове и да успостави правила која ће тржишним учесницима омогућити прецизну процену ризика пласмана. С тим у вези, он закључује да однос конкуренције и регулације зависи од адекватности регулаторних правила. У условима савршене регулације, дилема између конкуренције и стабилности не би ни постојала, међутим када регулација има одређене недостатке, што је увек случај у стварном свету, конкуренција доприноси већој нестабилности. Упркос конзистентности претходне анализе, крајњи закључак аутора се чини неуверљивим јер потпуно изостаје објашњење у каквој су вези неадекватна регулација, с једне стране, и конкуренција, с друге.

На самом крају књиге разматра се питање односа финансијске регулације и политике заштите конкуренције с обзиром на то да различите регулаторне мере могу привремено или трајно да поремете услове конкуренције на тржишту. Међутим, аутор такође заступа мишљење да је могуће користити различите мере које стоје на располагању телу за заштиту конкуренције за решавање питања која су важна за финансијску стабилност. Историјски посматрано, право конкуренције у банкарском сектору примењивало се уз многе специфичности због бриге за финансијску стабилност. У периоду пре последње кризе, најмање ограничења је постојало у случајевима забране картела, а посебну пажњу јавности привукли су међународни случајеви манипулације каматним стопама (ЛИБОР) и девизним курсевима. Контрола концентрација је у великом броју земаља, укључујући Европску унију и Сједињене Америчке Државе, остала у заједничкој надлежности тела за заштиту конкуренције и финансијског регулатора. Након избијања кризе, политика заштите конкуренције је потпуно занемарена када су државе, ради ограничавања систематског ризика, различитим видовима државне помоћи и гаранција у корист банака створиле велике дисторзије конкуренције на тржишту. Финансијско избављење је истовремено значило имплицитно осигурање које банкама омогућава да се у будућности задужују по нижим каматним стопама. Аутор истиче да тело за заштиту конкуренције у поступку контроле државне помоћи треба да услови одобравање помоћи преузимањем обавеза које ће умањити нарушавање конкуренције, али и морални хазард. На истој линији аргументације, аутор сматра да у поступку контроле концентрација треба да се спречи стварање великих банака за које ће у будућности постојати обавеза финансијског избављења. Коначно, аутор се залаже да регулација банака и политика заштите конкуренције не буду поверене истом телу јер се на тај начин омогућава боља размена информација, смањује опасност да ће

једна политика бити потиснута у корист друге и, на крају, умањује вероватноћа „овладавања“ регулатором.

Први утисак који ова књига оставља јесте велика амбиција таквог истраживачког подухвата. Заиста, у свету у коме се истраживачи, нарочито у друштвеним наукама, најчешће закључавају у микрокосмос својих уских дисциплина, ушускани у описивање тек понеке нише преостале иза теорија интелектуалних великана, чини се да је готово правилност да се великих тема углавном прихватају само „политиканти и дилетанти“. У том смислу, Ксавијер Вивес је неспорно показао научну храброст када се упустио у то да једну тако важну и мултидисциплинарну економску тему обради уважавајући све критеријуме научне темељитости и прецизности. Када се томе дода чињеница да је књига написана нетехничким језиком на свега нешто више од двеста страница како би се приближила што широј читалачкој публици коју одликује мањак стрпљења, онда је ту несумњиво било и много посла! Шта је од те амбиције Вивес успешно остварио?

Стилски посматрано, књига има једну велику ману. Већ на почетку постаје очигледан избор између мноштва детаља и јасно изложене суштине, при чему превагу односи ово прво. Теме се толико брзо смењују да читалац нема времена да се над њима критички замисли, а посебно исцрпљујуће постаје да о њима размишља као о заокруженој логичкој целини. У том смислу, права је штета што појединим деловима аутор није посветио макар који ред објашњења више. Садржина књига заслужује неколико похвала. Она има потребну дубину, идеолошки је непристрасна и врло је актуелна у погледу анализе најновијих финансијских иновација и промена прописа. Посебно је интересантан њен налаз да, супротно широко распрострањеном уверењу у јавности да када су банке у питању „регулације никад доста“, прекомерна регулација може да буде један од директних узрока кризе. Ипак, остаје проблематичан крајњи закључак аутора да је конкуренција банака пожељна и благотворна уз адекватну регулацију, а да онда када регулација показује одређене мањкавости, што је увек случај у стварности, конкуренција доприноси већој нестабилности. Иако ти уравнотежени ставови тзв. *U*-криве добијају све већу популарност у економској науци, тај налаз се чини логички неутемељеним, без јасног образложења у каквој су интеракцији несавршена регулација, с једне стране, и конкуренција, с друге.

Иако је вероватно да ће велики део шире читалачке јавности изгубити интересовање за ову књигу већ на првим страницама због описаног стилског недостатка, сви читаоци које та проблематика посебно инспирише, укључујући и аутора овог приказа, сигурно ће пожелети да јој се врате много пута.

Никола Илић, мастер*

Martin Sandbu, *Europe's Orphan*, Princeton University Press,
Princeton – New Jersey 2015, 313

Да ли је заједничка валута узрок кризе у Европској унији? Да ли је увођење евра велика историјска грешка или исправна одлука која је омогућила већи степен интеграције у Европи?

У потрази за одговорима на та и друга питања која су у нераскидивој вези са основним европским идејама и вредностима, Мартин Сандбу, економски коментатор лондонског *Financial Times*-а, полази од догађаја који се одиграо давне 1941. године на изолованом тиренском острву Вентонтен. У најмрачнијем периоду европске историје, када је Хитлерова војска деловала непобедиво а у Италији доминирао фашистички режим Бенита Мусолинија, управо је на том малом острву, како тврди аутор ове књиге, формирана најамбициознија визија европског уједињења. Алтијеро Спинели, члан Комунистичке партије Италије, који се на острву обрео са осамсто других затвореника, на прокријумчареном цигарет-папиру написао је Вентотенски манифест – један од првих докумената у којем се предвиђа уклањање баријера између европских националних држава.¹ За Сандбуа, тај догађај је посебно важан из више разлога, а пре свега због тога што доказује да идеја о уједињењу европских држава може да опстане у много злокобнијем времену од овог данас, које ту исту идеју поново ставља на пробу.

Интересантно, и поред тога што се манифестом не предвиђа изричито увођење заједничке валуте, Сандбу закључује да је након два рата, једног правог и једног хладног, увођење заједничке валуте представљало најбољи одговор на Спинелијеву замисао. Еуро је, сматра аутор ове књиге, требало да увећа степен интегрисаности су-

* Аутор је студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду, nikolailic.ius@gmail.com.

¹ Изворни назив: „За слободну и уједињену Европу. Пројект манифеста“ (ит. „Per un'Europa libera e unita. Progetto d'un manifesto“).

верених европских држава, дозвољавајући сиромашнијим („периферним“) земљама да ухвате корак са богатијим језгром, истовремено увећајући просперитет у свим државама. Међутим, десетак година након увођења евра, периферија се нашла у „економској црној рупи“.

Један од главних разлога неуспеха и проблема који су се јавили након увођења евра Сандбу види у „немилосрдној логици“. Наиме, за разлику од присталица те логике, аутор сматра да монетарну унију не би требало оптерећивати механизмом фискалних трансфера (фискалном унијом), а још мање различитим политичким консензусима који се формирају на врху и затим спроводе на нижим нивоима.

Сандбу у овој књизи настоји да побије тврдње да нема алтернативе фискалној унији и централизованом одлучивању о аутономним националним политикама. Већ у другом поглављу, аутор се хвата у коштац са аргументима који говоре у прилог тези да евро представља семе раздора између европских држава. Међутим, један од битнијих аргумената, ако не и најбитнији, аутор потпуно изоставља. То је теорија оптималног валутног подручја (енг. *Optimal Currency Area Theory*)² и њена примена на подручје еврозоне. Ипак, то није била препрека за Сандбуа у извођењу закључка да би криза која је погодила еврозону свакако настала, са евром или без њега.

У трећем и четвртном поглављу књиге детаљније се разматрају дужничке кризе у Грчкој и Ирској, паника која је у тим случајевима настала у финансијским круговима, као и улога финансијских „спасилаца“ те две земље. Заједничка је за оба случаја неспремност да се дуг делимично отпише и омогући сигуран опстанак тих земаља у еврозони. Аутор сматра да је тај став додатно продубио кризу и проузроковао мноштво нових грешака, како економских, тако и политичких. Сандбу нема дилеме када износи тврдњу да проглашење дуга светом обавезом, нечим што се мора поштовати увек, свуда и изнад свега, води озбиљним и непотребним фискалним консолидацијама, дугим „кредитним сушама“ и *de facto* суспензијама националне демократске суверености.

Обе дужничке кризе у књизи се детаљно анализирају, износе се сликовити примери и цитирају релевантне изјаве појединих европских званичника. За Сандбуа, то нису само *ad hoc* случајеви, већ прецеденти који ће обликовати будућу политику у монетарној унији.

Управо у петом поглављу књиге аутор објашњава како су политички принципи формираны током кризе у Грчкој и Ирској касније примењени на веће земље, као и на монетарну унију у целини: „Ре-

² Роберт Мандел и Аба Лернер развили су шездесетих година прошлог века теорију оптималног валутног подручја. Та теорија дефинише услове које би одређени географски регион требало да испуни како би дошло до максимизације економске ефикасности услед коришћења исте валуте у целом региону.

зултат је био катастрофалан: друга самоиндукована рецесија, затрована политика и *gratis* егзистенцијална претња по евро.“ Предвиђајући даљи развој догађаја, Сандбу констатује да ће последице бити још видљивије у економским тешкоћама које тек долазе и израженој политичкој нестабилности.

Пратећи хронолошки најбитније догађаје у еврозони, у шестом поглављу се описује занимљив преокрет који се десио током 2012. и 2013. године. Вођство у зони је тада обновљено, додуше делимично, али уз потпуни заокрет у економској политици – од експлицитног одбијања реструктурирања дугова ка пружању подршке дужницима. Тај став се у одређеној мери поклапа и са основном идејом коју Сандбу заступа и исказује на различите начине у целој књизи. Стога аутор сматра да је тај заокрет требало учинити раније, још одлучније и израженије.

У седмом поглављу Сандбу уводи читаоце у један потпуно нови хипотетички след догађаја – свет у коме се Европа на време одлучила на оштар заокрет у економској политици. Нудећи упоредни приказ „алтернативне историје“, Сандбу потврђује раније изнети закључак да би негативне економске последице биле далеко мање да се реструктурирању дугова приступило благовремено – „[...] читав терет био би подељен праведније, економско благостање било би веће, а политичке прилике боље“.

Занимљиво је да аутор потпуно занемарује неке од главних аргумената који не иду у прилог његовом ставу и реструктурирању дугова, а пре свих – морални хазард. Наиме, уколико би дужници знали да постоји могућност реструктурирања, извесно је да би се задуживали и трошили још више, чиме би, уместо да буде решена, дужничка криза била додатно продубљена.

Завршна поглавља Сандбуове књиге односе се на будућност еврозоне. С обзиром на то да је књига објављена средином 2015. године, пре иступања Уједињеног Краљевства из Европске уније и других већих потреса у Европској унији, за читаоце може бити занимљиво да упореде Сандбуова предвиђања са тренутном реалношћу и да виде у којој мери су она обистињена. Тако се у осмом поглављу дефинишу три највећа будућа економска изазова еврозоне: даље спровођење у дело поменутог заокрета у економској политици, интензиван рад на повећању агрегатне тражње како би се спречио њен поновни драстичан пад у будућности и усредсређивање на дугорочну продуктивност уместо на извозну конкурентност.

У деветом поглављу се изложене идеје додатно поткрепљују предлогом да се као политички императив усвоји ближа сарадња међу земљама у еврозони и да се успоставе адекватне институције које би омогућиле спровођење изложених идеја у дело на начин који

је алтернативан парадигми централизоване контроле. Међутим, аутор не износи конкретане предлоге како би требало да изгледа структура тих нових институција, а коришћени аргументи се углавном ослањају на критику постојећег „централизованог“ система, коме се, између осталог, приписује и стварање политичких екстрема.

По својој садржини, као и по наслову у виду метафоричког питања, посебно се издваја десето поглавље књиге: „Велика Британија или мала Енглеска?“. Сандбу констатује да је Велика Британија једина велика привреда у Европи која је одлучила да остане изван монетарне уније. Али, и поред те чињенице, њу у великој мери погађају (не)стабилност евра и флукуације у еврозони. Аутор тврди да се питање чланства Велике Британије у монетарној унији обично своди на две основне дилеме – да ли би Велика Британија имала економску корист од чланства и да ли би њен политички утицај био увећан. Аутор детаљно разматра обе наведене дилеме, али истовремено уводи и једну потпуно нову перспективу – како би Велика Британија унутар еврозоне утицала на избор политике пре и током кризе? Још прецизније, да ли би одговор на дужничку кризу био бољи и одмеренији да је Велика Британија тада била у еврозони? И на крају, како би све то утицало на острвску привреду?

Сандбу покушава да дође до жељених одговора у више апстрактних и не толико повезаних разматрања, која би требало да прикажу обострану корисност од британског чланства у еврозони. Према аутору књиге, корист за Велику Британију огледала би се у већој стопи привредног раста, стабилности и у дугорочном повећању тражње за радом. С друге стране, британски представници у Европској централној банци допринели би доношењу мудријих и промишљенијих одлука, које, између осталог, подразумевају и реструктурирање дугова и излазак из дужничке кризе.

Кључни аргументи за закључке које аутор износи крајње су проблематични и своде се на тврдње као што су – „Велике земље обично имају већи суштински утицај када је у питању заузимање одређених ставова у еврозони него што је то формално одређено системом гласања“. Као битан аргумент се наводи и да би велико искуство британске централне банке (енг. *Bank of England*), као једне од најстаријих централних банака у Европи, допринело бољем формирању и спровођењу политика. Међутим, аутор не износи конкретне предлоге, то јест конкретан начин на који би британска централна банка могла да допринесе решењу дужничке кризе.

Након сагледавања проблема из различитих перспектива, Сандбу самоуверено доноси закључак да је стварање заједничке валуте суштински оставило Великој Британији само две опције – придруживање еврозони или маргинализација. Економски интереси,

као и највећи национални интереси Велике Британије, сматра Сандбу, најбоље ће бити заступани уколико приступи монетарној унији.

После референдумске одлуке из јуна 2016. године, сасвим је извесно да чланство у Европској унији, а још мање у њеној монетарној унији, није прихватљиво за већину британског бирачког тела. С обзиром на тај исход, занимљиво је видети у којој мери се предвиђања аутора већ сада остварују.

На самом крају књиге, Сандбу читаоце враћа на њен почетак и подсећа их не само на Спинелијеву идеју, већ и на сврху заједничке валуте: „Прошло је доста времена од када је место Европе на светској сцени било обезбеђено углавном на основу њене економске снаге. Док Европа и даље чини једну четвртину светске привреде, извесно је да ће тај удео бити додатно умањен – не зато што ће Европљани постати сиромашнији, већ због тога што ће остатак света постати богатији [...]“

Због тога заиста не би било лоше подсетити се – због чега је уведен евро?

На велики број питања постављених у овој књизи, Сандбу даје веома занимљиве и провокативне одговоре. Међутим, ти одговори често нису засновани на егзактним чињеницама и углавном су конструисани тако да привуку пажњу што већег дела читалачке јавности. Делује да је Сандбу, намерно или не, поставио лаку мету за све противнике монетарне уније, и то баш у тренутку када се Велика Британија увелико припремала за референдум.

Др Дејан Поповић*

БОЖИДАР ЈЕЛЧИЋ
(1930–2017)

У Загребу је 5. јануара 2017. године преминуо др Божидар Јелчић, професор емеритус Свеучилишта у Загребу и редовни професор у пензији Правног факултета тог универзитета.

Божидар Јелчић рођен је 1930. године у Вучитрну, где му је отац службовао. Гимназију је похађао у Загребу, а затим је у Дивуљама као питомац завршио Војнопоморску техничку академију. Из здравствених разлога напустио је службу у Југословенској ратној морнарици и уписао се 1952. године на Правни факултет Свеучилишта у Загребу, на којем је, као најбољи студент у генерацији, дипломирао 1956. године. Недуго после дипломирања, 1957. године, изабран је за асистента на предмету наука о финансијама и финансијско право (који је касније преименован у финансијско право и финансијска знаност) на загребачком Правном факултету, на којем је провео 44 године, све до пензионисања. На Економском факултету Гетеовог универзитета у Франкфурту на Мајни боравио је од 1960. до 1962. године, као ималац Хумболтове стипендије и студент Фрица Нојмарка (*Fritz Neumark*), тада водећег европског професора јавних финансија и ректора тога универзитета.

Божидар Јелчић је докторирао на тему о порезу на промет на Правном факултету Свеучилишта у Загребу 1962. године, а одмах затим изабран је за доцента на предмету наука о финансијама и финансијско право. За ванредног професора биран је 1966, а за редовног професора 1970. године, као најмлађи у том звању на Свеучилишту у Загребу. Његову блиставу академску каријеру обележавају две важне функције које је обављао – проректора Свеучилишта (1976–1980) и декана Правног факултета (1983–1985). Од 1980. до

* Аутор је редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, dejan.popovic@ius.bg.ac.rs.

1998. године био је предстојник (шеф) Катедре за финансијско право и финансијску знаност. Године 1986. изабран је за члана сарадника Југославенске (сада Хрватске) академије знаности и умјетности. Оснивач је и први директор Института за јавне финансије у Загребу, који је у бившој Југославији био, као и у савременој Хрватској, научноистраживачка установа вредне репутације. Своје контакте са колегама из међународне академске заједнице обогаћивао је честим студијским боравцима у иностранству – што се млађем читаоцу може учинити сасвим природним, али је то пре пола века било доступно само онима који су се налазили на врху у својој научној области. Професор Јелчић је провео готово шест година на усавршавањима на универзитетима у СР Немачкој, Сједињеним Америчким Државама, Мађарској, Пољској, Русији и Украјини.

После пензионисања, Свеучилиште у Загребу је Божидару Јелчићу 2002. године доделило почасно звање професора емеритуса. Он је наставио да у том својству ради на Свеучилишту „Libertas“ у Загребу, на којем је био и ректор.

Научни опус професора Јелчића обухвата 25 књига и преко 260 научних чланака. Међу њима се издваја пионирско дело *Наука о финансијама и финансијско право* из 1983. године, у којем је, следећи интегрални приступ, који је у немачкој литератури установио Хенсел (*Albert Hensel*), обрадио материју финансијског права и јавних финансија (науке о финансијама – како се та дисциплина, под немачким утицајем */Finanzwissenschaft/*, назива на загребачком, али како се до краја педесетих година прошлог века звала и на београдском Правном факултету). Та књига је побудила велико интересовање у научној и стручној јавности тадашње Југославије, о чему сведочи податак да је приказана у 15 стручних домаћих и иностраних часописа. О њеним квалитетима говори и то да је све до 1991. године служила као уџбеник и за предмет финансије и финансијско право на Правном факултету Универзитета у Београду.

Иако је објављивао научне радове из готово свих области које обухватају науку о финансијама и финансијско право, порез на промет је био и остао пасија професора Јелчића: докторирао је на ту тему, са супругом проф. др Барбаром Јелчић објавио је 1977. године књигу *Порез на промет производа у теорији и пракси*, детаљно је анализирао порез на додату вредност у својој књизи *Финансијско право и финансијска знаност* из 1998. године, написао је чланак под насловом „Опорезивање потрошње“ у зборнику Хрватске академије знаности и умјетности *Данашња финансијална знаност* из 1998. године и др.

Бождар Јелчић је био најчешће цитирани аутор у радовима о финансијској активности државе. Може се рећи да и нема озбиљнијег

научног рада на простору *ex*-Југославије у којем је расправљано о неким од бројних аспеката (правних, економских, социолошких, политичких и др.) прикупљања јавних прихода, њихове расподеле и трошења, чији се аутори нису позивали на анализе и оцене садржане у Јелчићевим књигама и чланцима. Јелчићев је рад познат и признат и изван хрватских, односно ранијих југословенских граница. Објавио је књигу и двадесетак чланака у иностранству, држао је предавања на многим страним универзитетима, био је организатор међународних конференција у земљи и члан организационог одбора десетак међународних скупова стручњака из домена јавних финансија одржаних у иностранству. За свој допринос развоју науке о финансијама и науке финансијског права добио је почасни докторат Националног универзитета „Тарас Шевченко“ у Кијеву.

Велики допринос професора Јелчића истраживању, проучавању и промоцији акција и мера државе у финансијској сфери прибавили су му значајна друштвена признања. Тако је 1974. и 1984. године добио републичку награду за научни рад, а 1999. године награду Хрватске академије знаности и умјетности за највеће достигнуће у друштвеним наукама за 1998. годину.

Годинама је био предавач и водитељ постдипломских студија „Финансијска теорија и финансијска политика“ Правног факултета Свеучилишта у Загребу, као и предавач на постдипломским студијама на Медицинском факултету из предмета Финансирање здравства. Био је дугогодишњи члан Правног савета Извршног већа СР Хрватске, председник Савета за порески систем Министарства финансија Републике Хрватске, председник Повереништва за полагање испита за пореске саветнике, оснивач и први председник Удружења пореских обвезника Хрватске, члан Савета Хрватске народне банке и др. Један је од оснивача и члан Председништва Академије правних знаности Хрватске.

Но, Божидар Јелчић је, изнад свега, био потпуно посвећен својем позиву, био је врхунски професор. Посебну пажњу поклањао је неговању изузетно коректног односа према студентима и млађим колегама. Његова предавања су била радо слушана, а студенти су га веома ценили.

Била ми је част што сам од младих дана могао да сарађујем са професором Јелчићем. Године 1980. био је члан комисије пред којом сам бранио докторску дисертацију на Правном факултету Универзитета у Београду. Током осамдесетих година XX века успостављена је блиска сарадња наставника јавних финансија и финансијског права са загребачког и београдског факултета, а Божидар Јелчић је био *spiritus agens* одржавања редовних годишњих састанака наставника тог предмета са свих југословенских правних факултета. Гостовао

је на београдском Правном факултету, а мене позивао да будем члан комисије за одбрану докторске дисертације на његовом, загребачком. Године 1991. био је члан комисије која је писала реферат за мој избор у звање редовног професора. Наш однос је од почетка био заснован на поштовању које сам имао према његовом научном делу и професионалним и људским квалитетима. Ни деведесетих година наши контакти, иако проређени, нису се прекидали, а повремено смо се сусретали – прво у Словенији, а потом, када су односи између Србије и Хрватске нормализовани, и у Загребу. Срећни што смо у прилици да се опет видимо, разговарали смо о оним питањима јавних финансија и финансијског права која су дотичала наше две државе. Са скромношћу напомињем да је, иако двадесет година старији од мене, са пажњом пратио мој рад, посебно на конституисању пореског права као засебне дисциплине, о чему је 2008. године и писао у *Зборнику Правног факултета у Загребу*.

Професор Божидар Јелчић оставио је дубок траг као теоретичар, универзитетски наставник финансијског права и науке о финансијама, узор генерацијама истраживача и практичара, борац за права пореских обвезника, правично опорезивање и академске вредности, у које спада и веровање да за науку не постоје уске националне границе. Све то се може сажето исказати речима да је отишао прави *господин Професор*.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Чланци предати за објављивање у часопису *Анали Правног факултета у Београду* подлежу обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензента.

Радови се предају у електронском облику на адресу *anali@ius.bg.ac* или путем платформе за електронске публикације Правног факултета Универзитета у Београду на <http://ojs.ius.bg.ac.rs/>.

Текстови се куцају ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од једног табака. Изузетно, максималан обим текстова је 1,5 табак. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт Times New Roman 12.

Уколико текст пређе дозвољени обим, биће одмах враћен аутору на неопходно скраћивање. Рецензенти неће бити одређени све док дужина текста не задовољи предвиђени обим.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводе се академска титула, име и презиме аутора, а у пратећој фусноти, која се означава звездicom, установа у којој је аутор запослен или друга афилијација, звање аутора и електронска адреса.

Текст намењен за рубрику „Чланци“ мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова (апстракт) и до пет кључних речи. На крају текста се налази резиме (summary) приближног обима и до пет кључних речи, са насловом рада на енглеском језику. Додатно, потребно је навести и списак литературе, фонт Times New Roman 11. Списак обухвата уџбенике, монографије и чланке цитиране у раду, као и интернет адресе на којима су доступни. Приликом навођења литературе, прво се наводи презиме, затим прво слово имена цитираног аутора, а потом остали подаци у складу са правилима цитирања.

У интересу аутора је да наслов и кључне речи што верније и концизније одражавају садржај рада. Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

Наслов рада се пише на средини, великим словима – верзалом (фонт 14). Поднаслови се пишу на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: 1.1. – курентом, тј. малим обичним словима (фонт 12), 1.1.1. – малим италиком словима (фонт 12) итд. са мањим фонтом.

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део одбрањене тезе, објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији. У супротном Редакција може да прекине сваку будућу сарадњу с аутором.

Етички кодекс је доступан на интернет страници *Анала*.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског језика у погледу правописа, граматике и стила.

Рок за достављање радова за први број часописа је 1. април, док је рок за објављивање првог броја крај јуна.

Рок за достављање радова за други број часописа је 30. јун, док је рок за објављивање другог броја крај септембра.

Рок за достављање радова за трећи број, међународно издање, је 30. септембар, док је рок за објављивање трећег броја крај календарске године.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. **Књиге** се наводе на следећи начин: прво слово имена (после чега следи тачка) и презиме аутора, назив курзивом, место издања курентом – обично, година издања. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., р., рр., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Уколико се наводи и издавач, пише се курентом – обично, пре места издања.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Савремена администрација, Београд 1994, 35.

Уколико књига има више издања, може се навести број издања у суперскрипту (нпр. 1994³).

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: М. Петровић, *Наука о финансијама*, Београд 1994, 35 фн. 3.

Уколико се у књизи помиње више места где је издата, наводе се прва два раздвојена цртом.

Пример: S. Boshammer, *Gruppen, Rechte, Gerechtigkeit*, Walter de Gruyter, Berlin – New York 2003, 34–38.

2. **Чланци** се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка курентом – обично под наводницама, назив часописа (новина или друге периодике) курзивом, број и годиште, број стране без икаквих додатака (као и код цитирања књига).

Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора. Уколико је назив часописа дуг, приликом првог цитирања у загради се наводи скраћеница под којом ће се периодика надаље појављивати.

Пример: М. Петровић, „Ефекти посредног опорезивања“, *Анали Правног факултета у Београду* (Анали ПФБ) 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), раздвајају се зарезом.

Пример: М. Петровић, М. Поповић, В. Илић,

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: М. Петровић *et al.*,

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, приликом поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: М. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор

има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: М. Петровић (1995а), 67.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколико се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: М. Петровић, 53–67.

Пример: М. Петровић (1995а), 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid.*, 69.

Када се цитира чланак у зборнику радова на енглеском или другом страном језику, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Уколико их је више ставља се назнака „eds.“ пре њихових имена, а ако је само један уредник, назнака пре његовог имена је „ed.“, односно одговарајућа скраћеница у другом језику (нпр. у немачком „Hrsg.“). Када се цитира чланак у зборнику радова на српском или другом језику овог говорног подручја, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводи име или имена уредника са знаком „ур.“ пре имена.

Пример: А. Buchanan, „Liberalism and Group Rights“, *Essays in Honour of Joel Feinberg* (eds. J. L. Coleman, A. Buchanan), Cambridge University Press, Cambridge 1994, 1–15.

7. Прописи се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 или Закон о извршном поступку – ЗИП, *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

Уколико је пропис измењиван и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, *Службени гласник РС*, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

8. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза последњег броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12 итд.

9. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

10. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. пишу се курзивом.

11. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници.

Пример: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)004-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp), 24. мај 2007.

12. Инострана имена се транскрибују на ћирилици на српском језику како се изговарају, а приликом првог помињања у тексту њихово презиме се наводи у загради у изворном облику на страном језику курзивом, нпр. Годме (*Gaudemet*).

13. За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
34(497.11)

АНАЛИ Правног факултета у Београду : часопис
за правне и друштвене науке = Annals of the Faculty of
Law in Belgrade : Belgrade Law Review : Journal of
Legal and Social Sciences / главни уредник Мирко
Васиљевић. – Српско изд. – Год. 1, бр. 1 (1953)– . –
Београд : Правни факултет Универзитета у Београду,
1953– (Београд : Службени гласник). – 24 cm

Три пута годишње. – Од 2011. преузима енгл. изд.: Annals
of the Faculty of Law in Belgrade = ISSN 1452-6557

ISSN 0003-2565 = Анали Правног факултета у Београду
COBISS.SR-ID 6016514