

ISSN 0353-9644



БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије

Година СXXXII • Нова серија

Број 3–4 / 2019

Београд

2019

Власник и издавач:
АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

11000 Београд, Дечанска бр. 13/II
Телефон: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082
www.advokatska-komora.rs

Досадашњи главни и одговорни уредници:

Милан Ст. МАРКОВИЋ (1887. и 1897–1901); Ђорђе НЕНАДОВИЋ (1888–1890);
Добривоје–Добра ПЕТКОВИЋ (1902–1906. и 1925–1926); Љубомир СТЕФАНОВИЋ
(1927–1930); Др Обрад БЛАГОЈЕВИЋ (1931–1933); Др Видан БЛАГОЈЕВИЋ (1934);
Др Радоје ВУКЧЕВИЋ (1935–1937); Владимир СИМИЋ (1938–1941); Др Александар
МИКУЛИЋ (Адвокатура, 1976–1981); Горазд ОГУРЕК (Адвокатура, 1982–1984);
Михаило МЛАДЕНОВИЋ (Адвокатура, 1985–1990); Мирослав ДИНЧИЋ (1991–1995);
Живојин ШЕСТИЋ (1995–2002); Др Недељко ЈОВАНЧЕВИЋ (2002–2017)

Главни и одговорни уредник

———— * —————

др Мирослав ПАУНОВИЋ
адвокат

Уређивачки одбор

———— * —————

Тихомир ХРЊАК, адвокат, **Оливер Б. ИЊАЦ**, адвокат,
Милош ЦВЕЈИЋ, адвокат, **Драган СОКНИЋ**, адвокат

Припрема за штампу: Душан Ћасић

Адреса редакције

———— * —————

АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ

11000 БЕОГРАД, Дечанска 13/II – Тел.: +381 11/32 39 875 – Факс: 32 37 082
www.advokatska-komora.co.rs; e-mail: komora@sbb.rs, a.k.srbije@gmail.com

БРАНИЧ излази тромесечно. Годишња претплата износи 800 динара, а појединачни
број је 250 динара. Рукописи се не враћају. Сарадња у часопису се не хонорише.

Претплата: Адвокатска комора Србије – 11000 Београд, Дечанска 13/II,
са назнаком: за Бранич. Жиро-рачун број: 205-12358-68

На основу мишљења Републичког министарства за културу, број 413-00-1737/2001-04,
од 21. 12. 2001. године, часопис је ослобођен од обавеза плаћања пореза на промет.

Штампано у 10.100 примерака

Штампа Службени гласник, Београд

Овај број Бранича штампан је у децембру 2019. године.

ISSN 0353-9644



Stamp
Bar Association of Serbia

BRANIČ

Journal of Legal Theory and Practice
of the Bar Association of Serbia

Year CXXXII • New series

Number 3–4/2019

Belgrade

2019

Owner and publisher:
BAR ASSOCIATION OF SERBIA
11000 Beograd, Dečanska 13/II
Telephone: +381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082
www.advokatska-komora.rs

Previous editors-in-chief:

Milan St. MARKOVIĆ (1887 and 1897–1901); Đorđe NENADOVIĆ (1888–1890); Dobrivoje – Dobra PETKOVIĆ (1902–1906 and 1925–1926); Ljubomir STEFANOVIĆ (1927–1930); Obrad BLAGOJEVIĆ, PhD (1931–1933); Vidan BLAGOJEVIĆ, PhD (1934); Radoje VUKČEVIĆ, PhD (1935–1937); Vladimir SIMIĆ (1938–1941); Aleksandar MIKULIĆ, PhD (Advocacy; 1976–1981); Gorazd OGUREK (Advocacy; 1982–1984); Mihailo MLADENOVIĆ (Advocacy, 1985–1990); Miroslav DINČIĆ (1991–1995); Živojin ŠESTIĆ (1995–2002); Nedeljko JOVANČEVIĆ, PhD (2002–2017)

Editor-in-chief

— * —

Miroslav PAUNOVIĆ, PhD
Attorney at law

Editorial Board:

— * —

Tihomir HRNJAK, attorney at law, **Oliver B. INJAC**, attorney at law,
Miloš CVEJIĆ, attorney at law, **Dragan SOKNIĆ**, attorney at law

Prepress: Dušan Ćasić

Address of the Redaction

— * —

ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE

11000 Beograd, Dečanska 13/II – Tel.: +381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082
www.advokatska-komora.co.rs; e-mail: komora@sbb.rs, a.k.srbije@gmail.com
Branich is published quarterly. Annual subscription is 800 dinars, and a single issue is 250 dinars. Manuscripts are withheld. Contributions to the journal are not paid.
Subscription: ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE – 11000 Beograd, Dečanska 13/II, attention: *for Branič*. Bank account number: 205-12358-68

According to the opinion of the Ministry of Culture of the Republic of Serbia, number 413-00-1737/2001-04, of December 21st 2001, the journal is exempt from paying VAT.

Circulation: 10.100 copies

Printed by Službeni glasnik, Belgrade

САДРЖАЈ

Увод	9
 ЧЛАНЦИ	
<i>Др Драган Д. Панчић</i>	
Натуралне облигације у српском праву: појам и карактеристике ...	11
 <i>Др Санда Ђорац</i>	
Европски суд за људска права – механизам заштите права гарантованих Европском конвенцијом о људским правима	31
 <i>Новак Вујичић</i>	
Пакет измена закона из области права интелектуалне својине од септембра 2019. године: критички поглед	45
 <i>Мр Родољуб Шабић</i>	
Напомене о закону о заштити података о личности	78
 <i>Др Ђорђе Сарацин, Буро Чейић</i>	
Меродавно право за односе који настају у међународном ваздушном саобраћају	101
 <i>Др Жељко Фајфрић</i>	
Свети Сава као писац правних прописа	106
 <i>Јасмина Микић</i>	
ДНК вештачење као доказ у кривичном поступку	113
 <i>Драган У. Калаба</i>	
Кривично дело давања лажног исказа из члана 335 КЗ у судској пракси	146

КОМЕНТАРИ, РАСПРАВЕ, ИСТРАЖИВАЊА*Сандра Миљанић*

Основи стицања држављанства 169

Др Мирослав Пауновић

Недостаци правног оквира надзора над изградњом објеката 182

ПРИКАЗИ*Др Вељко Делибашић*Приказ књиге *Кривична дела њрошњив њолне слободe*
професора др Милана Шкулића 203*Др Радомир Милошевић*Приказ књиге *Поморско њраво* професора емеритуса
др Борислава Ивошевића и професора др Часлава Пејовића 208*Мр Александар Сѡевановић*Приказ монографије *Финансијски криминалишeт и коруѡција*
приређене од стране др Јелене Костић и мр Александра
Стевановића 213**Упутство за ауторе** 220

TABLE OF CONTENTS

Introduction	9
ARTICLES	
<i>Dragan D. Pantić, PhD</i>	
Natural obligations in Serbian law: term and characteristics	11
<i>Sanda Ćorac, PhD</i>	
European Court of Human Rights – the mechanism of the protection of rights guaranteed by the European Convention on Human Rights	31
<i>Novak Vujičić</i>	
Intellectual property laws amendments from September 2019: a critical review	45
<i>Rodoljub Šabić, MA</i>	
Notes on Law on personal data protection	78
<i>Đorđe Sarapa, PhD, Đuro Čepić</i>	
The applicable law for relations that arises in international air traffic	101
<i>Željko Fajfrić, PhD</i>	
Saint Sava as legal writer	106
<i>Jasmina Mikić</i>	
DNA expertize as evidence in criminal proceedings	113
<i>Dragan U. Kalaba</i>	
Criminal offence of providing false statement from article 335 of Criminal Code in court practice	146

COMMENTARIES, DISCUSSIONS, RESEARCHES*Sandra Miljanić*

Grounds for acquisition of citizenship 169

Miroslav Paunović, PhD

Deficiencies in legal framework of control function in construction process 182

REVIEWS*Veljko Delibašić, PhD*Review of book “Criminal offences against sexual freedom”
by professor Milan Škulić, PhD 203*Radomir Milošević, PhD*Review of book “Maritime law” by professor emeritus Borislav
Ivošević, PhD, and professor Časlav Pejović, PhD 208*Aleksandar Stevanović, MA*Review of monograph “Financial criminality and corruption”
edited by Jelena Kostić, PhD, and Aleksandar Stevanović, MA 213

УВОД

Поштоване колегинице и колеге,

Часопис „Бранич” почео је да излази редовно (пред Вама је други двоброј који носи ознаку да је изашао у текућој години, што значи и да Редакција више није у ситуацији да бројеве означава према годинама када часопис није излазио – да би се испунили библиотечки захтеви о континуитету излажења); од ове, 2019. године, часопис ће бити објављиван онако како је одређено Правилником о информисању Адвокатске коморе Србије, односно четири пута годишње.

У овом броју налазе се разноврсне теме – из области Кривичног права, којима се часопис традиционално бави, те из области Грађанског права, али и са прилозима из грана права које су до сада ретко обрађиване, а могу бити од посебног интереса и за адвокате и за правничку јавност уопште (приступ Суду за људска права у Стразбуру, област Међународног приватног права, Права интелектуалне својине и др.).

У часопису су и прилози у којима се, са правног аспекта, разматрају питања која су у жижи јавности (заштита података о личности, додела српског држављанства лицима од интереса за државу, одговорност за пропусте у изградњи инфраструктурних и других објеката који се финансирају из јавног сектора). Редакцији су стигле препоруке да се обради још низ актуелних друштвених тема са правног становишта (на пример, да се објаве написи о појму, улози и заштити узбуњивача, те о условима за продају у иностранству наоружања и опреме произведене у домаћој наменској индустрији и за учешће лица у таквим трансакцијама). Овим и сличним актуалним питањима позабавићемо се у наредном броју „Бранича” који се предвиђа за фебруар 2020. године.

Прослави аутокефалности Српске православне цркве у часопису се даје допринос приказом списа Светог Саве који га сврставају у правне писце.

Дати су, као и увек, и прикази књига и резултата стручних скупова који су од интереса за адвокатуру.

Уређивачки одбор констатује да се све више колега одазива позиву на сарадњу у нашем часопису. Само уз такав однос адвоката, часопис за

правну теорију и праксу, како је дефинисан у општим актима Адвокатске коморе, може испунити функцију коју, традиционално, има. Отуда, Уређивачки одбор позива адвокате и друге приврженике права на сарадњу, али очекује и примедбе и предлоге у погледу избора и начина обраде тема.

Децембар 2019. године

Уређивачки одбор

UDK 347.4/.5(497.11)

Др Драган Д. Панџић

адвокат у Великом Градишту

НАТУРАЛНЕ ОБЛИГАЦИЈЕ У СРПСКОМ ПРАВУ: ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ

Резиме

Предмет овог рада су натуралне облигације или природне обавезе. Ове облигације имају специфичан карактер јер не носе обележја непосредне правне санкције у смислу утуживости и судског принудног остварења. Оне представљају један од ретких случајева где законодавац одступа од примене правила о повраћају стеченог без правног основа. Овај институт је анализиран кроз историјски преглед почев од римског права, преко решења садржаних у упоредном праву – грађанским кодификацијама XIX и XX века, до примене у српском праву. Посебан акценат је стављен на анализу позитивноправних решења и предлога *de lege ferenda*.

Кључне речи: натуралне облигације, Римско право, упоредно право, српско право, Преднацрт Грађанског законика Републике Србије

I. Увод

Код највећег броја облигација постоји непосредна правна санкција која раздваја облигације од других врста друштвених односа. Поверилац у облигационом односу има личноправну или стварноправну власт за случај неиспуњења обавезе. Одговорност дужника производи правно дејство док још није дошло до неиспуњења обавезе. Са измирењем дуга особена власт повериоца према дужнику престаје, и не ствара никакве правне ефекте. Међутим, ако повериочев дуг не буде плаћен, његова власт добија свој пуни ефекат који се састоји у принудном намирењу путем самопомоћи или судским путем. У старим цивилизацијама је постојала лична одговорност дужника, где би због дуга дужник потпао у дужничко ропство или би био предат у руке повериоца са обавезом да радом исплати своју обавезу. У свим цивилизованим друштвима лична одговорност дужника је напуштена и постоји само стварна одговорност, односно одговорност погађа само имовину дужника.

Међутим, изванредно мањи број облигација не носи обележја непосредне правне санкције у смислу утуживости и судског принудног остварења. Такав дуг без одговорности схвата се као један непотпун дуг. У питању је непотпун правни однос, који постоји у свим савременим правима и допуштен је као изузетна појава. Свака тражбина ужива судску заштиту и утерива је судским путем – подношењем тужбе. Али, ово право на подношење тужбе код одређених тражбина не постоји. Испуњење такве обавезе зависи искључиво од воље дужника. Уколико дужник не жели да испуни такву обавезу, поверилац га не може натерати да то учини. То су такозване натуралне облигације које не поседују моћ судског принудног извршења, али ако дужник испуни добровољно такву облигацију, не може се позвати на исплату недугованог и тражити повраћај датог. Овакве обавезе се означавају као природне и сматрају се за несавршене правне обавезе. На такве обавезе се у погледу већине питања примењују правила облигационог права. Одговорност дужника постоји али је знатно смањена. Поверилац осим што нема права на судску помоћ, не може се ни вансудским путем намирити (нпр. искоришћавањем права ретенције). Сматра се да је извршена чинидба дугована, те није од утицаја и уколико дужник није знао да се ради о природној обавези.

Код већине законодаваца натуралне облигације су третиране као институт на граници права и морала. Ванинституционална природа натуралних облигација може бити разлог што многа законодавства не

садрже потпуне и принципијелне одредбе о њима. Међутим, та гранична позиција натуралних облигација не значи да право није заинтересовано за њихову судбину. У сваком друштву, па и у нашем, право је натуралним облигацијама пружало већу или мању заштиту, у зависности од интереса поретка за дату врсту натуралне облигације.

У различитим историјским раздобљима и правним системима институту натуралних облигација је придаван већи или мањи значај, а правни теоретичари када помињу овај институт, обично то чине спорадично или узгредно, када говоре о карактеристикама облигационог односа или о подели облигација према карактеру санкције. У облигационом односу постоје основна начела понашања учесника, где значајно место заузимају начело савесности и поштења и дужност испуњавања обавеза. Закон ова начела штити могућношћу остварења принудним, судским путем. Тако је натуралним облигацијама остављен сужен простор. Ипак, иако се овај институт у пракси не јавља тако често, постоје случајеви у којима се натуралне облигације практично примењују, тако да познавање правила овог института, осим теоријског може имати и практичан значај.

II. Појам и схватања о натуралним облигацијама

1. Појам натуралних облигација

У облигационом односу једно лице може да захтева од другог извесну чинидбу. Такву чинидбу је могуће остварити и против воље дужника. Право је повериоца да кондемпнаторним захтевом односно тужбом за осуду за одређену престацију, обавезе дужника да нешто учини. Одређени аутори истичу ограничено дејство натуралних облигација, односно да се оне не могу остварити подношењем тужбе. Овакво гледиште је уочљиво у једном делу немачке теорије,¹ а било је заступљено код наших ранијих правних теоретичара.² Неки од немачких теоретичара посебно истичу битну карактеристику натуралних облигација, а то је да оне не поседују моћ принудног судског извршења.³ Аустријска

¹ Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1 Bd., Munchen 1982, 19.

² Андра Ђорђевић, Систем приватнога (грађанскога) права Краљевине Србије у вези с Међународним приватним правом, Прва књига: Општи део, Београд, 1893, 261; Драгољуб Аранђеловић, Основи облигационог права, Београд 1936, 6; Лазар Марковић, Облигационо право, Београд, 1997, 86.

³ Wolfgang Fikentscher, Andreas Heinemann, *Schuldrecht*, Berlin, 2006, 48.

правна теорија занемарује утуживост и инсистира на исплативости натуралне обавезе. Натуралне облигације су исплативе, али не и принудно извршиве. Поверилац не може да потраживање захтева тужбом, али добровољно испуњена облигација важи као дугована и не може се третирати као поклон или неосновано обогаћење.⁴ У нашој позитивној теорији владајуће мишљење је да су натуралне облигације утуживе, али да не поседују моћ принудног судског извршења.⁵ Неки аутори у натуралним облигацијама виде такве облигације које се могу ваљано испунити, али се не могу против воље дужника тужбом остварити.⁶ Облигације које поседују моћ принудног судског остварења називају се цивилне облигације. Поверилац цивилне облигације може да подигне тужбу код суда и да захтева остварење свог права под претњом принудног извршења над имовином дужника. Међутим, постоје облигације које се не могу извршити средствима принудног извршења, и зато се називају непотпуне или несавршене облигације. Једном мањем броју тражбина недостаје особина правне принуде и оне се не могу непосредно изнудити, али то не значи да су оне без икакве санкције. Другачији карактер санкције издваја их у посебну групу. То су облигације које не поседују моћ судског принудног извршења, али уколико дужник добровољно изврши такву облигацију, не може се позивати на исплату недугованог и тражити повраћај датог.⁷

2. Теорије о појму натуралних облигација

У теорији су дуго времена постојале две најважније теорије о томе које се обавезе и тражбине могу сматрати натуралним. Једна теорија натуралним облигацијама сматра тражбине које су првобитно имале правни карактер, па су тај карактер касније изгубиле, док друга теорија изједначава натуралне облигације са моралним дужностима. То су теорија о натуралним облигацијама као несавршеним цивилним облигацијама и теорија о натуралним облигацијама као моралним дужностима. Међутим, појавило се и треће схватање, које покушава да споји две наведене теорије.

⁴ Armin Ehrenzweig, *System des oesterreichen allgemeinen Privatrechts*, Bd. II, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, Manz, Wien, 1929, 5.

⁵ Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, 79.; Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2010, 113.

⁶ Петар Кларић, Мартин Ведриш, *Грађанско право*, Загреб, 2014, 385.

⁷ С.Перовић (1990), 79.

а) Теорија о натуралним облигацијама као несавршеним цивилним облигацијама

Теорија о натуралним облигацијама као несавршеним цивилним облигацијама схвата облигације искључиво са правне тачке гледања. Ова теорија, историјски гледано, представља најстарије схватање, и она је била владајућа у XIX веку, када је окупила велики број присталица. Сматра се да има свој извор у римском праву и за њу се сматра да има класична обележја. Највише је побудила пажњу код присталица школе егзегезе.⁸

Према овој теорији натуралне облигације се могу објаснити само на терену правног поретка, и оне представљају цивилне облигације које су изгубиле правну санкцију и претвориле се у натуралне облигације. Како је натурална облигација лишена непосредне правне санкције, она према овој теорији представља „дегенерисану” цивилну облигацију. Пошто се ипак ради о цивилној облигација, она има место међу позитивноправним облигацијама. Испуњена натурална облигација производи сва правна дејства цивилне облигације. Према овој теорији, свака натурална облигација мора да се заснива на некој цивилној облигацији, која је раније постојала и из неког разлога се претворила у облигацију без правне санкције.⁹

Критика ове теорије се заснива на томе да се условљавањем постојања натуралне облигације претходним постојањем цивилне облигације, знатно сужава подручје натуралних облигација. Њена слабост се састоји у томе да натуралне облигације ограничава само на случајеве када су одређене тражбине најпре имале правни карактер, па су тај карактер касније изгубиле.¹⁰

б) Теорија о натуралним облигацијама као моралним дужностима

Претходно наведено схватање је претрпело критику јер се у објашњењу натуралних облигација не може занемарити морални аспект. Натуралне облигације су по мишљењу представника ове теорије, синоним моралних дужности, дужности савести, тако да је ова теорија позната и под именом теорија о моралним дужностима.¹¹ Извесне моралне дужности би, према овој теорији, требало да уђу у појам натуралних облигација. Ово из разлога што постоји разлика између добровољног и

⁸ С.Перовић (1990), 81.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, Београд, 1987, 159.

¹¹ Слободан Перовић, „Натуралне облигације и моралне дужности”, *Правни живот*, бр.6, Београд, 1968, 21.

принудног извршења, јер извршењем натуралне облигације дужник је обавезу извршио по моралном а не по правном правилу. Разлика између права и морала лежи у правној санкцији, и моралне норме су лишене атрибутивног карактера, пошто је потраживање искључива особина права и не постоји у моралу.¹² Међутим, морална санкција ипак посредно остварује принуду кроз утицај друштвене средине.¹³ Теорија која у натуралним облигацијама види моралне дужности доводи до великог проширења примене натуралних облигација, тако да осим оних које познаје теорија о несавршеним цивилним облигацијама, ова теорија убраја у натуралне облигације и све друге обавезе које се заснивају на моралним дужностима. У домен натуралних облигација би могли доћи и неки ништави правни послови, као на пример ништавост услед повреде добрих обичаја¹⁴ и пословне неспособности. Осим тога, натуралним облигацијама могле би се сматрати и обавеза издржавања које нису законом предвиђене, као нпр. између брата и сестре, даљих сродника, ванбрачног детета када таква обавеза није судским путем установљена, затим издржавање у конкубинату, дужност помоћи напуштеној конкубини, старом слуги, добром пријатељу.¹⁵ Поред тога, у натуралне облигације би могло спадати и давање мираза, опреме својим десцендентима, давање због спасеног живота,¹⁶ као и обавезе из дуга по основу уговора о коцки и дуг који настаје из уговора о брачном посредовању.¹⁷

Основна критика ове теорије је да она није поставила чврст критеријум за одређивање појма натуралних облигација и није разграничила натуралне облигације од несанкционисаних моралних дужности, те се натуралне облигације приближавају домену дарежљивости, па је тешко одредити којој категорији припада случај и тешко је оправдати судску санкцију за повреду чисто моралних дужности

в) Мешовита теорија о појму натуралних облигација

Природа натуралних облигација открива један домен непрекидног продирања правног у морални поредак и обрнуто. Према схватању

¹² Теодор Тарановски, Енциклопедија права, Београд, 1923, 80.

¹³ Арсен Чубински, „Природне обавезе и њихова суштина” Бранич, бр. 6, Београд, 1925, 107.

¹⁴ Слободан Перовић, „Морализовање уговора”, Правни живот, бр.10, Београд, 1971, 3–18.

¹⁵ С.Перовић (1968), 22.

¹⁶ Срећко Зуглиа, Природне обавезе у теорији и српском приватном праву, Суботица, 1924, 32.

¹⁷ Л.Марковић, 87.

неких аутора, у обе наведене категорије има нечег прихватљивог, па те две полуге друштвеног механизма не би требало раздвајати, већ пронаћи нити које би их још чвршће повезале. Мост који спаја те две теорије уочава се у установи јавног поретка и добрих обичаја.¹⁸ Из наведених теорија произилази да натурална облигација мора имати одговарајући основ који оправдава посредну санкцију која постоји у натуралним облигацијама. Поједини наши аутори су мишљења да треба наћи ужу правну установу на којој се темељи постојање натуралних облигација, а таква конкретнија установа је кауза облигације.¹⁹ Према овом мишљењу, и неке моралне дужности спадају у сферу права (нпр. благодарност поклонопримца је морална установа, али и правна јер у случају непоштовања може доћи до раскида уговора), те је кауза облигације, схваћена у ширем смислу, та која спаја правни и етички поредак.²⁰

3. Терминологија

За такве облигације постоје различити називи. Најчешће се употребљавају: натурална облигација, природна облигација, морална облигација, правно несанкционисана облигација, неутужива тражбина и правно незаштићена облигација. У нашој старијој правној теорији највише се користио назив природна облигација.²¹ Савремени правни теоретичари такве облигације најчешће називају: натурална облигација,²² природна облигација²³ и неутужива тражбина.²⁴ Мада, постоје и критике у вези таквих назива. Једни аутори наводе да је назив натурална обавеза, натурална тражбина или натурална облигација синоним за називе природна обавеза, природна тражбина и природна облигација. Ови називи немају никакве везе са натуралним остварењем обавезе и тражбине, односно није реч о облигацији која може да се оствари у природи.²⁵ Поједини аутори сматрају да израз природне облигације треба избегавати, јер је прожет идеалистичким учењем о природном праву, по коме

¹⁸ С.Перовић (1990), 86.

¹⁹ О.Антић (2010) 115.

²⁰ вид. Оливер Антић. „Кауза” Правни живот, бр.10, Београд, 2005, 821–855.

²¹ Живојин Перић, Специјални део грађанског права, књ.2, Облигационо право, Београд, 1920, 8; Милан Бартош, Основи приватног права, Београд, 1935, 132; Д. Аранђеловић, 6.

²² С.Перовић (1990) 79; О.Антић (2010) 113.

²³ Ж.Ђорђевић, В.Станковић, 155; Јожеф Салма, Облигационо право, Нови Сад, 2009, 52.

²⁴ Јаков Радишић, Облигационо право, Ниш, 2016, 36.

²⁵ Ж.Ђорђевић, В.Станковић, 156.

би изгледало да обавезе проистичу из саме људске природе, независно од државе и друштва.²⁶ Други, пак, аутори сматрају да је погрешно користити назив неутуживе облигације, јер натуралне облигације могу бити утуживе, па чак и извршиве, уколико је донета правноснажна осуђујућа пресуда, као извршни наслов.²⁷

4. Одлике натуралних облигација

Одлике натуралних облигација је да су оне у складу са правом, јавним поретком и друштвеним моралом. Оне облигацијама које нису у складу са правом, јавним поретком и друштвеним моралом не представљају природну обавезу и природну тражбину, нити уживају правну заштиту, па им не треба признати ни морално ни правно дејство. Затим, као натуралне облигације се могу јавити оне обавезе или тражбине које се не могу остварити правним средствима, односно које у погледу остваривања нису правно санкционисане. Међутим, уколико дужник добровољно изврши природну обавезу сматра се да је извршио нешто што је био дужан да изврши. Ова одлика натуралних обавеза указује на то да ове тражбине нису у потпуности изван домаћаја права.²⁸

III. Натуралне облигације у римском праву

У римском праву за постанак облигације није било довољно да две странке једна другој обећају одређену чинидбу која има новчану вредност. Такав однос између странака морао је и да ужива заштиту државе, те да на тај начин поверилац буде правно заштићен. Битна особина облигације је њихова утуживост, односно уколико би изостала дужникова чинидба, поверилац би имао правну заштиту која се огледа у могућности да, користећи се правним средствима, судским путем натера дужника на испуњење обавезе. Таква правна заштита се спроводила подношењем одговарајуће тужбе – акције. Облигација чије се испуњење може тражити подизањем тужбе представљала је савршену облигацију. У римском праву је круг облигационих односа који су били заштићени од државе био знатно ужи него у модерним правним системима, и био је ограничен постојећим тужбама. За повређени имовински интерес могла се тражити судска заштита само ако је за заштиту таквог имовинског интереса постојала унапред предвиђена тужба. За разлику од мо-

²⁶ Ј. Радишић, 36.

²⁷ Ј. Салма, 52.

²⁸ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 158.

дерних права у којима сваки повређени имовински интерес даје право на тужбу, у римском праву су *obligatio* и *actio* били блиско повезани, и постојало је правило да нема облигације без унапред предвиђене тужбе за њу. Тврдило се да нема облигације без утуживости, а нарочито се истицала једнакост између субјективног права које произилази из облигације и саме тужбе, те се наглашавало да тужба није ништа друго него право да се пред судом тражи оно што нам се дугује.²⁹

Међутим, постојао је изузетак од напред наведеног правила и у римском праву су постојали и такви облигациони односи који нису били заштићени тужбом. Такве несавршене облигације, за чију заштиту нису постојале прописане тужбе, називале су се природне облигације – *naturales obligationes*, за разлику од облигација које су биле снабдевене тужбом и називале се цивилне облигације – *obligationes civiles*. Иако ради њихове заштите нису у правном систему уведене никакве тужбе, ипак су оне представљале правом признате облигације. Основна њихова карактеристика је била да су оне плативе али нису утуживе, и дужник не може бити судским путем приморан да испуни такву облигацију. Њихово правно дејство се огледало у томе да се, уколико дужник добровољно испуни такву обавезу, сматра да није исплатио недуговано – *indebitum* или да је учинио поклон – *donatio*, већ да је испунио дуг. Притом је без значаја да ли је такву обавезу испунио свесно или у заблуди.³⁰ Стога дужник није могао тражити натраг помоћу *condictio indebiti* оно што је дао повериоцу, нити је то могао опозивати као даровање.

Натуралне облигације нису биле познате у старом римском праву, где је постанак правних облигација био условљен строгим формом. Прве природне облигације појавиле су се у пракси у другој половини Републике, са развитком робовласничких односа и трговине. У таквим условима је постојала потреба да се робовима и лицима *alieni iuris* призна извесна пословна способности, те су многи од њих учествовали у пословним односима, радећи притом непосредно или посредно за господара, а у одређеним случајевима и за самог себе – код пекулија. Тада се појавио правни проблем како третирати послове у којима су учествовала таква лица. Решење је пронађено помоћу *actiones adiecticiae qualitatis*, и то тако што је господар под одређеним условима одговарао за обавезе таквих лица. У већем броју случајева потчињено лице уредно испуњава своје обавезе, тако да до тужбе уопште и не долази и притом

²⁹ Исто је садржано у познатој дефиницији правника Celza: „*Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*” (D.44,7,51).

³⁰ D.46,1,16,4; D 44,7,10.

таква лица потпуно самостално и пуноважно закључују правне послове и пуноважно испуњавају правне обавезе као и свака друга странка у облигационом односу. Уколико, пак, дође до тужбе из разлога што потчињено лице не испуњава обавезе из самостално вођених послова, господар се појављивао као странка у облигационом односу.

Натуралне облигације су се у правном систему римске државе почеле значајније примењивати у класичном периоду – крајем I и почетком II века н.е. Тада је, под утицајем грчке филозофије и идеје о природном праву, почело да се води рачуна и о неким неутуживим обавезама, које су стајале на граници између права и морала, и којима је признат одређени правни учинак.³¹ Дошло се до становишта да је исплата натуралне облигације са гледишта правичности исправна, и да она представља исплату дуга а не поклон.³² Правници класичног доба су појам природних облигација развили највише из облигација које су настале из правних послова робова.³³ Према цивилном праву роб није имао правну способност те није могао нити тужити нити бити тужен. Међутим, имајући у виду да роб самостално управља имовином која му је поверена као пекулијум, од времена Јаволена и Јулијана постоји мишљење да из уговора роба са господаром или трећим лицима настаје за роба макар природна обавеза – *naturalis obligatio*.³⁴ Такву обавезу је роб могао испунити из пекулијарне имовине, а такође је могао и увећавати својим потраживањима пекулијарну имовину. Да натурална облигација има правног дејства иако се не може судским путем тражити њено испуњење, види се и по томе што се за обезбеђење једне такве облигације може дати јемство и залога.³⁵ По преторском едикту тужбом *de peculio*³⁶ господар је одговарао за обавезе које би роб учинио управљајући пекулијем.³⁷ Таква одговорност господара је била ограничена само до висине пекулија у тренутку изрицања пресуде.³⁸ Међутим, до те висине није одговарао само стварима пекулија, већ и целокупном

³¹ Marijan Horvat, *Rimsko pravo*, Zagreb, 2008, 277.

³² Идеја о природним облигацијама је у изворима најраније забележена од стране Сенеке – *De beneficiis*, 6,4,7: *Manet beneficium quamvis non debeatur, sicuti quaedam pecuniae, de quibus creditor non dicitur, debentur sed non exiguntur* (Добročинство је и онда, ако нешто што није дуговано, нпр. новац, за које право не каже да припада повериоцу, али треба да се да, па овај то не тражи).

³³ Gai. 3,119a.

³⁴ M.Horvat, 278.

³⁵ D.12,6,13,pr.

³⁶ D 15,1; I.4,7,4.

³⁷ D.15,1,3,5.

³⁸ D.15,1,47,2; I 4,7,4.

својом имовином, на тај начин што би се приликом утврђивања висине пекулија одбило оно што је господар потраживао из пекулија као дуг према њему,³⁹ а могло се додати вредности пекулијума оно што је сам дуговао.⁴⁰

Осим што је представљала моралну дужност, натурална облигација је производила и нека непосредна правна дејства. Она је могла бити путем новације претворена у неку другу облигацију, а за њено обезбеђење се могло дати јемство или залога. Према правним схватањима из времена Јустинијана, натурална облигација се могла и компензирати.⁴¹

Временом су натуралне облигације имале све већу примену, тако да су у римском класичном праву у натуралне облигације убрајане и природне обавезе између лица *aliena iuris* која се налазе у истој породици и под истим породичним старешином. Како претор за такве поступке није дозвољавао покретање тужбе, оне су спадале у природне обавезе.⁴² Под натуралним облигацијама се подразумевале и обавезе које је предузело недорасло лице (*impuber infantia maior*) без одобрења татора (*sine tutoris auctoritate*).

Сенатска одлука из времена цара Веспасијана – *Senatus consultum Macedonianum*, је забрањивала давање зајма сину, без очевог одобрења, јер се полазило од тога да син није имао сопствену имовину из које би могао исплатити зајам. Захтевање судским путем таквог зајма није било могуће ни након што би малолетни син постао *sui iuris*.⁴³ Међутим, уколико би патер фамилијас одобрио зајам, или би насталу обавезу признао син који је постао *sui iuris*, или би неко трећи платио такав зајам, не би се могао тражити повраћај тако исплаћеног зајма.⁴⁴

У Јустинијановом праву је дошло до проширења појма натуралних облигација далеко изван њиховог првобитног опсега. Тако су у натуралне облигације убрајане и камате уговорене неформалним пактом уз *negotia stricti iuris*, као што су били *stipulatio* и *mutuum*.⁴⁵ Осим тога, под појмом натуралних облигација у Јустинијановом праву су сврстани и случајеви дужниковог ослобођења неправедном осудом, а има назнака и за неке случајеве застарелости тужбе.⁴⁶ Такође се из моралних или

³⁹ D.15,1,5,4.

⁴⁰ D.15,1,21,pr.

⁴¹ D. 16,2,6; 40,7,20,2.

⁴² D.12,6,38.

⁴³ D.14,6,1,pr.

⁴⁴ D.12,6,40,pr.

⁴⁵ D.12,6,26,pr.

⁴⁶ Bertold Eisner, Marijan Horvat, B. *Rimsko pravo*, Zagreb, 1948, 342.

друштвених обзира није могао тражити повраћај плаћеног у случајевима жениног предавања мираза, издржавања које није правно санкционирано, дужност поклонопримца или лица коме је учињено неко даровање да са своје стране узврати добротинство, као и ослобођеникове дужности да патрону врши службу.⁴⁷

У пандектном праву је појам природних обавеза остао углавном непромењен. Међутим, услед другачијих друштвених односа, поље њихове примене је једним делом било сужено јер су нестали бројни случајеви натуралних облигација из римског права. Ту пре свега мислимо да натуралне облигације које су проистекле из посебног положаја робова. Али са друге стране, због утицаја канонског права, оквир натуралних облигација се почео ширити, позивањем на правичност, савест и милосрђе.⁴⁸ Тако су се у натуралне облигације почели убрајати застарели дугови, испуњење обавезе из формалних уговора, када ти уговори нису били закључени у правом прописаној форми, и дугови проистекли из опкладе и друштвене игре. Тако су развојем природних обавеза поједина морална начела временом прелазила у правне норме.

IV. Натуралне облигације у упоредном праву – кодификацијама грађанског права XIX и XX века

Појам натуралних облигација налазимо у свим правним системима којима је римско право послужило као узор, тако да многе кодификације грађанског права у XIX и XX веку имају опште одредбе којима се регулише материја натуралних облигација. Имајући у виду упоредноправна решења из најзначајнијих европских грађанских законика, можемо закључити да неки грађански законици имају опште одредбе којима регулишу питање натуралних облигација, док други грађански законици само помињу неке од облика натуралних облигација или регулишу само неке конкретне случајеве.

Грађански законици који општим одредбама регулишу ово питање, јесу: Општи имовински законик за Црну Гору, Немачки грађански законик, Швајцарски законик о облигацијама, Италијански грађански законик и Португалски грађански законик. Ови грађански законици прихватају једну ширу концепцију натуралних облигација изједначавајући их са моралним дужностима и обавезама савести.

⁴⁷ D.12,6,32,2; 12,6,26,6,

⁴⁸ Ante Romac, *Rimsko pravo*, Zagreb, 1987, 243.

Општи имовински законик за Црну Гору је оригинални кодификаторски рад признатог правника Валтазара Богишића, који је донет 1888. године и за то време представљао је један од најмодернијих европских грађанских законика.⁴⁹ У њему је префињеним стилем Валтазар Богишић повезао најнапреднија решења из упоредних грађанских законодавстава и особености патријархалне средине, каква је била Црна Гора крајем XIX века. Натуралне облигације су законски регулисане тако што је предвиђено да ако неко изврши одређену дужност произашлу из савести или части, погрешно мислећи да је дужан исто учинити као да се ради о дугу који се судским путем може наплатити, нема право захтевати повраћај датог.⁵⁰ Такође је предвиђено да се исплата застарелог дуга не може тражити натраг.⁵¹ Не може се тражити натраг ни оно што је добровољно дато у игри и опклади.⁵² Анализом ових чланова се може приметити да је натуралним облигацијама дато широко поље примене, чиме су изједначене са моралним дужностима.

Немачки грађански законик на општи начин регулише натуралне облигације, тако што предвиђа да се не може тражити повраћај онога што је дато у циљу испуњења неке обавезе када је давалац знао да на чинидбу није обавезан или када чинидба одговара некој моралној дужности или неком обзиру.⁵³ Из овога се види да су натуралне облигације схваћене као моралне дужности са непотпуним правним дејством.

Швајцарски законик о облигацијама прописује да се не може тражити повраћај исплате застарелог дуга или неке моралне обавезе,⁵⁴ а такође исти законик прописује да исплата моралне обавезе не представља поклон.⁵⁵

Италијански грађански законик је прописао да се не може тражити оно што је добровољно дато приликом испуњавања моралних или друштвених дужности.⁵⁶

Португалски грађански законик од 1. јуна 1967. године предвиђа широку примену натуралних облигација тако што законик под истима подразумева све обавезе које имају основ у обичајима или друштвеном

⁴⁹ Класици југословенског права, Валтазар Богишић: Изабрана дела и Општи имовински законик за Црну Гору, Београд, 1986, 25.

⁵⁰ Општи имовински законик за Црну Гору, чл. 598.

⁵¹ Општи имовински законик за Црну Гору, чл. 596.

⁵² Општи имовински законик за Црну Гору, чл. 476.

⁵³ Немачки грађански законик, чл. 814.

⁵⁴ Швајцарски грађански законик, чл. 63.

⁵⁵ Швајцарски грађански законик, чл. 239.

⁵⁶ Италијански грађански законик, чл. 2034.

поретку и чије се испуњење не може тражити судским путем, али је њихово потраживање у складу са постојећим схватањем о правичности.⁵⁷

Друга група европских грађанских законика није на општи начин регулисала правни институт натуралних облигација, већ је само предвидела одређене конкретне случајеве примене натуралних облигација. Тако је Чехословачки грађански законик предвиђао натуралне облигације код застарелости, недостатка форме, игре и опкладе.⁵⁸ Француски грађански законик садржи назив, али не одређује ближе појам и опсег натуралних облигација те је предвидео да није допуштен повраћај ако је испуњена натурална облигација.⁵⁹ Грађански законик РСФСР је примену натуралних облигација предвидео код застарелости.⁶⁰

Из групе грађанских законика који су предвидели само неке конкретне случајеве натуралних облигација више интересовања побуђују одговарајуће одредбе Аустријског грађанског законика, који има највише значаја за наше право, имајући у виду чињеницу да је исти послужио као узор Српском грађанском законнику.

V. Натуралне облигације према Српском грађанском законнику

Српски грађански законик (СГЗ) донет је 1844. године када је Србија ушла у ред ретких европских земаља које су самостално или путем делимичне рецепције дошле до кодификације и потпуне унификације грађанског права. Српски грађански законик је настао прерадом Аустријског грађанског законика из 1811. године, уз нека законска решења усвојена из Француског грађанског законика из 1804. године.

Имајући у виду чињеницу да је Аустријски грађански законик извршио пресудни утицај на настанак Српског грађанског законика, то се и у погледу натуралних облигација уочавају слична законска решења из ова два законика.⁶¹

Српски грађански законик не садржи општи појам природних обавеза и нема један општи пропис о извршивости моралних дужности; међутим постоје специјални случајеви натуралних облигација, норми-

⁵⁷ Португалски грађански законик, чл. 403.

⁵⁸ Чехословачки грађански законик, чл. 455.

⁵⁹ Француски грађански законик, чл. 1235.

⁶⁰ Грађански законик РСФСР, чл. 89, 474.

⁶¹ Аустријски грађански законик, чл. 943, 1431.

рани у сагласности са аустријским грађанским законодавством и општом теоријом о природним обавезама. Тако имамо следеће случајеве натуралних облигација: усмено обећање поклона, опклада, игра и коцка и застареле тражбине.

Усмено обећање поклона се може добровољно испунити, али није утуживо. Законик је такав случај нормирао чланом 564.⁶² Усмено обећање поклона није било заштићено тужбом, и овај члан је компаративан члану 943. Аустријског грађанског законика. Из садржине законског текста се може закључити да се судским путем може захтевати поклон само уз веродостојни писмени доказ.

Српско грађанско право није признавало дугове од допуштених игара и опклада ако цена није била уплаћена или предата код трећег лица. Опклада, игра и коцка су прописане члановима 793.⁶³ и 794. СГЗ.⁶⁴ Из садржаја тих чланова произилази да потраживање из опкладе, игре и коцке није заштићено тужбом, ако постоји само обећање, усмено или писмено, да ће се исплатити цена.

Код застарелих обавеза је дошло до рецепције аустријског законика у наш законик тако што је чл. 1431 АГЗ ушао у СГЗ као чл. 902.⁶⁵ У наш законик није унет чл. 1432. АГЗ; међутим, имајући у виду чл. 949. нашег законика може се закључити да и према Српском грађанском законнику застарела тражбина спада у природне обавезе, јер суд неће узимати у обзир застарелост ако се на њу дужник не позове.⁶⁶ Већина аутора сматра да се дужник, који се није позвао на застарелост, има осудити на плаћање дуга сматрајући да дуг постоји као природна обавеза.⁶⁷

⁶² Чл. 564. СГЗ гласи: „Ко поклон само усмено учини, а ствар не преда, и на захтевање неће да преда, не може се судом натерати да предати мора. Само са писменим достоверним доказом може се поклон путем судским тражити.”

⁶³ Чл. 793. СГЗ гласи: „При опклади, која може само о дозвољеној ствари бити, треба цена да је дана или у треће руке положена; иначе на суду нема силе ни важности.”

⁶⁴ Чл. 794. СГЗ гласи: „Игра и коцка сматра се тако као и опклада. Добитак од игре забрањене, или коцкања забрањеног пада и уништава се, а играчи и њихови заклоњачи долазе под одговор. Од коцкања разликује се коцка која се баца при деобама, поравнањима итд. као што је на свом месту споменуто.”

⁶⁵ Чл. 902. СГЗ гласи: „Ко се превари, у незнању будући ствари или закона, па плати оно, што није био дужан платити, онда има право натраг искати, и то му се врати. И ако ко учини оно, што није дужан био учинити, има право награду приличну за то искати.”

⁶⁶ Чл. 949. СГЗ гласи: „Странама стоји на вољи, употребити застарелост или не употребити. И суд ако се стране на застарелост не позову, сам по себи неће је у призрење узети.”

⁶⁷ Д. Аранђеловић, 6.

VI. Натуралне облигације према Закону о облигационим односима Републике Србије

У нашој земљи је сфера облигационих односа уређена Законом о облигационим односима, који је усвојен 1978. године,⁶⁸ а уз извесне измене и допуне⁶⁹ и данас је на снази. У њему институт натуралних облигација није регулисан општим одредбама, у виду посебног одељка. Међутим, уочава се постојање чланова који имају општији карактер, али се наводе с друге стране и конкретни случајеви натуралних облигација.

Одредба чл. 213. ЗОО којом се прописује да се не може тражити оно што је дато или учињено на име извршења неке природне обавезе или неке моралне или друштвене дужности, има одлике опште одредбе о натуралним облигацијама јер на најшири начин, на основу института натуралних облигација, искључује употребу установе стицања без основа, односно правно неоснованог обогаћења.⁷⁰ Општији карактер има и одредба чл. 216. ЗОО према којој се не може тражити враћање неосновано плаћених износа на име накнаде штете због повреде тела, нарушења здравља или смрти, уколико је извршена савесном прибавиоцу. Овакве општије законске одредбе које говоре од натуралним облигацијама дају суду широке могућности тумачења односно подвођења различитих скупова чињеница које се налазе у граничном подручју права и морала под појам натуралних облигација.⁷¹

С друге стране, ЗОО наводи и конкретне случајеве натуралних облигација, и то пре све у вези са застарелошћу потраживања.⁷² Тако је одредбама чл. 367. ЗОО прописано да уколико дужник испуни застарелу обавезу, нема право захтевати да му се врати оно што је дао, чак и ако није знао да је обавеза застарела. У овом случају је претходно постојала цивилна облигација, те се иста протеком времена „дегенерисала” и прешла да егзистира на терену морала. Дужнику је остављено на савести да ли ће испунити своју обавезу, а уколико је изврши, сматра се да је извршио обавезу коју је био дужан да изврши, те нема право да захтева

⁶⁸ Закон о облигационим односима – ЗОО, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78.

⁶⁹ Закон о облигационим односима – ЗОО, Службени лист СФРЈ, бр. 39/85, 45/89, 57/89 и Службени лист СРЈ, бр. 31/93.

⁷⁰ Скоро истоветан предлог такве одредбе је био у чл. 172. Скице проф. Михаила Константиновића, с тим што је у нацрту предвиђено да се не може тражити натраг ни оно што је дато на име „дуга савести”; вид. Михаило Константиновић, Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима, Београд, 1969, 92.

⁷¹ О. Антић (2010), 116.

⁷² До усвајања Закона о облигационим односима област застарелости је регулисао Закон о застарелости потраживања од 30. септембра 1953. године.

повраћај датог. Међутим, код застареле облигације постоји једна специфичност садржана у чл. 360. ЗОО, где се наводи да се суд не може обазирати на застарелост уколико се дужник није на њу позвао, из чега произилази да се на застарелост не пази по службеној дужности, већ само по приговору странке. Застарела обавеза производи и друга правна дејства, која су својствена цивилним облигацијама. Тако је одредбом чл. 368. ЗОО прописано да пошто протекне време застарелости, поверилац чије је потраживање обезбеђено залогом или хипотеком може се намирити само из оптерећене ствари, ако је држи у рукама или ако је његово право уписано у јавној књизи. Међутим, застарела потраживања камата и других повремених давања не могу се намирити из оптерећене ствари. Поред тога, застарелост обавезе главног дужника, јемац се ослобађа одговорности у смислу чл. 1019. ЗОО. Када натурална облигација настаје застарелост може се јавити питање момента настанка натуралне облигације. Наиме, да ли је то моменат протекла рока застарелости или моменат истицања приговора застарелости. Неки су мишљења да цивилна облигација постаје натурална истицањем приговора застарелости, док други сматрају да је у пракси ближе становиште да натуралне облигације настају протеклом рока застарелости, а да је приговор у евентуалном спору остављен као средство заштите дужнику од неажурних поверилаца.⁷³ Институтом застарелости се хтело утицати на имаоца права да не занемарује вршење свог права, јер немарношћу поверилаца може доћи до правне несигурности, што законодавац нерадо толерише, те неажурне повериоце погађа санкција да своје право више не могу реализовати принудним путем.⁷⁴

VII. Натуралне облигације према Преднацрту Грађанског законика Србије

У вези са правилом о натуралним облигацијама у будућој грађанскоправној регулативи се предлаже наставак правног континуитета са позитивноправним решењем из Закона о облигационим односима. Члан 360. Преднацрта под насловом: Извршење неке природне обавезе или неке моралне или друштвене дужности гласи: „Не може се тражити оно што је дато или учињено на име извршења неке природне обавезе или неке моралне или друштвене дужности”. Као што се може уочити, чл. 360. Преднацрта има истоветан наслов и садржај са чл. 213. ЗОО.

⁷³ Здравко Петровић, „Институт натуралне облигације и његова примјена у нашем праву”, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 6, Нови Сад, 1982, 12.

⁷⁴ Stevan Jakšić, *Obligaciono pravo*, Sarajevo, 1960, 432.

Тиме се сугерише правни континуитет са важећим облигационоправним законодавством.

Постоји неколико спорних ситуација у вези са применом правила о природним обавезама, о којима се не говори у законском тексту. Најпре, као спорно питање може бити да ли је дозвољен пренов једне натуралне облигације. Код пренова је неспорно да поверилац и дужник могу да се сагласе да постојећу обавезу замене новом, и ако нова обавеза има различит предмет и различит правни основ.⁷⁵ Међутим, поставља се питање да ли се ово правило може применити уколико дужникова обавеза у моменту пренова спада у натуралне облигације. Сматрамо да је могуће применити институт новације и када се ради о обавези која спада у натуралне облигације, при чему може бити спорно питање да ли преновљена облигација задржава својство природне обавезе. Сматрамо да преновљена облигација не може имати дејство натуралне облигације, јер се самим преновом заснива нови облигациони однос, а дужник се тиме фактички одриче од права да користи приговор са дејством природне обавезе. Уколико би нпр. радило о застарелом дугу, самим преновом дужник признаје постојање дуга и заснива нови облигационоправни однос у коме је његова обавеза тужљива. Ово без обзира и уколико је био у заблуди у вези са правом на истицање приговора застарелости код првобитне обавезе.

Код питања да ли се може извршити компензација природне обавезе, сматрамо да се без пристанка дужника не може извршити пребијање природне обавезе за другу тужљиву тражбину. Ово из разлога што би се компензацијом угасило дејство натуралне облигације, и дужник би био у обавези да испуни природну обавезу на основу компензације. Према чл. 488. Преднацрта који је законски текст неизмењен преузет из чл. 339. ЗОО, дуг се може пребити са застарелим потраживањем само ако оно још није било застарело у часу када су се стекли услови за пребијање. Ако су услови за пребијање настали пошто је једно од потраживања застарело, потраживање не настаје ако је дужник застарелог потраживања истакао приговор застарелости.⁷⁶

VIII. Закључак

Опште је правило да се нико не може обогатити без основа на туђи рачун. Међутим, постоји неколико случајева стицања имовине од другог лица у којима је искључена примена правила о правно неоснованом

⁷⁵ Чл. 348 ст.1. ЗОО.

⁷⁶ Чл. 339. ЗОО; чл. 488. Преднацрта

обогаћењу. У нашем Закону о облигационим односима је нормиран мањи број случајева у којима је искључена реституција код правно неоснованог обогаћења. Један од њих су натуралне облигације или извршење неке природне обавезе – чл. 213. ЗОО. Код овог правног института, иако су се стекла обележја правно неоснованог обогаћења, законодавац је искључио реституцију и стицалац има законска овлашћења да задржи примљено.

Историјске корене натуралних облигација многи уочавају у правилима римског права. У римском праву је постојао принцип да свака облигација подразумева и постојање правне санкције. *Obligatio* и *actio* су били нераздвојно повезани појмови, тако да се свака облигација могла остварити путем тужбе. Такво правно схватање је постојало све до класичног периода, када је под утицајем грчке филозофије и са развојем робноновчаних односа, римско класично право почело да води рачуна и о неким неутуживим обавезама. Такве облигације нису биле правно утуживе, али ако се обавеза испуни, није се могао захтевати повраћај датог. Временом су натуралне облигације све више проширивале поље примене, па је у Јустинијановом праву дошло до коришћења натуралних облигација далеко изван њиховог првобитног опсега.

Имајући у виду најзначајније европске кодификације грађанског права XIX и XX века, можемо да уочимо да се појам натуралних облигација појављује у свим правним системима континенталног права. Неки грађански законици (Општи имовински законик за Црну Гору, Немачки грађански законик, Швајцарски законик о облигацијама, Италијански грађански законик и Португалски грађански законик) имају опште одредбе којима регулишу питање натуралних облигација, док други грађански законици (Француски грађански законик, Аустријски грађански законик, бивши Чехословачки грађански законик) регулишу само одређене конкретне случајеве натуралних облигација.

Анализирајући појам натуралних облигација у нашем праву, морамо приметити да Српски грађански законик из 1844. године, у највећем делу прихвата решења из Аустријског грађанског законика, који му је послужио као узор. Такву компаративност уочавамо тиме што су конкретни случајеви натуралних облигација, насталих код усменог обећања поклона, опкладе, коцке и игре и застарелих тражбина, из Аустријског грађанског законика преузети у правну регулативу српског грађанског законодавства. Њихова законска примена у нашем законодавству је трајала скоро читав век.

У периоду након Другог светског рата није постојало унифицирано грађанско законодавство, те нису на јединствен начин регулисани ни

облигациони односи. Закон о облигационим односима из 1978. године садржи институт натуралних облигација, али он није регулисан у виду посебног одељка. Општији карактер овог института садржи чл. 213. ЗОО, али, са друге стране, нормирани су и конкретни случајеви натуралних облигација, посебно они који се односе на застарелост потраживања.

У Преднацрту Грађанског законика Србије је предвиђено да се нормира институт натуралних облигација са истом садржином као у садашњој облигационоправној регулативи, што је прихваћено и у свим државама које своје облигационо право темеље на ЗОО из 1978. године. Притом би требало указати и на неке практичне проблеме који се могу јавити у вези са применом овог института. Код пренова, уколико дужникова обавеза спада у натуралне облигације, сматрамо да преновљена облигација не може имати дејство натуралне облигације, јер се самим преновом заснива нови облигациони однос, а дужник се тиме фактички одриче од права да користи приговор са дејством природне обавезе. Такође, сматрамо да се без пристанка дужника не може извршити пребијање природне обавезе за другу тужљиву тражбину. Ово из разлога што би се компензацијом угасило дејство натуралне облигације, и дужник би био у обавези да испуни природну обавезу на основу компензације.

Dragan D. Pantić, PhD

attorney at law in Veliko Gradište

NATURAL OBLIGATIONS IN SERBIAN LAW:
TERM AND CHARACTERISTICS

Summary

The subject of this paper is natural obligations. These obligations have a specific character because they do not carry the characteristics of an immediate legal sanction in terms of enforceability and judicial enforcement. They are one of the few cases where the legislature deviates from the application of the rules on the reimbursement of the proceeds obtained without a legal basis. This institute was analyzed through historical review from Roman law, through solutions contained in comparative law – civil codifications of the nineteenth and twentieth centuries, until their application in Serbian law. Particular emphasis is placed on the analysis of positive legal solutions and proposals *de lege ferenda*.

Key words: natural obligations, Roman law, Comparative law, Serbian law, Draft Civil Code of the Republic of Serbia

UDK 341.231.14

Др Санда Ђорац

адвокат из Београда

ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА
– МЕХАНИЗАМ ЗАШТИТЕ ПРАВА ГАРАНТОВАНИХ
ЕВРОПСКОМ КОНВЕНЦИЈОМ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА –

Сажетак

У раду се анализира начин функционисања Европског суда за људска права, као механизма заштите људских права гарантованих Европском конвенцијом о људским правима, чиме се обезбеђује спровођење обавеза које преузимају државе уговорнице –чланице Савете Европе.

Кључне речи: људска права, Европска конвенција о људским правима, Европски суд за људска права

I. Увод

Крајем друге половине двадесетог и почетком двадесет првог века свуда у свету, а посебно у Европи, јача идеја афирмације људских права. За европске земље, идеја о успостављању јединствене заштите људских права и основних слобода правно је уобличена доношењем Европске конвенције о људским правима.¹ Усвајање Конвенције представља камен

¹ Као правни акт Савета Европе, Конвенција је усвојена 1950. године у Риму. Оригинална верзија Европске конвенција о заштити људских права и основних слобода састављена је на енглеском и француском језику (енгл.: *European Convention on Human Rights*, фр.: *la Convention européenne des Droits de l'Homme*). Примењује се и у Републици Србији, на основу Закона о ратификацији Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода – Конвенција, *Службени лист Србије и Црне Горе-Међународни ујобори*, бр. 9/2003, 5/2005.

темељац савременог схватања људских права и новог приступа њиховој заштити на територији коју покривају чланице Савета Европе.

Међутим, само прокламовање људских права неопходан је, али свакако не и довољан услов њихове егзистенције. Како би се та права реализовала, неопходно је постојање заштитних механизма и правних инструмената за њихово покретање када су људска права повређена.² Тако, Конвенција не омогућава само успостављање минималних стандарда очувања људских права, већ кроз Европски суд за људска права установљава и њихову заштиту. Управо то је чини специфичном и различитом у односу на остале конвенције. Овакав систем заштите, који укључује доношење пресуде обавезујуће за државу, није предвиђен ниједним другим међународним инструментом. Зато се слободно може рећи да Европски суд за људска права обезбеђује најсвеобухватнију заштиту конвенцијских права и да представља најважнију институцију од свих специјализованих регионалних судова за заштиту људских права. Разлог томе није само чињеница да дуго постоји и да има надлежност у скоро свим европским државама,³ већ и развијена богата пракса и чињеница да располаже ефикасним механизмом за примену својих одлука.

II. Напомене о Европској конвенцији о људским правима

Усвајање Европске конвенције о људским правима, с обзиром да је настала након Другог светског рата, представља својеврсну реакцију на драматично искуство нацизма и фашизма, као и на масовна кршења људских права. Непоштовање људских права од стране утицајних вођа тог времена, довело је до познатих трагичних последица. Због тога, Конвенција представља правни израз политичке воље европских држава, који за циљ има спречавање појаве нових недемократских режима, али и намеру да се учврсте мир и осигура јединство континента успостављањем јединствене заштите људских права и индивидуалних политичких слобода у Европи.⁴

Усвајање и примена Конвенције као правног акта Савета Европе у делу правне теорије оцењује се као најзначајнији корак у развоју права

² Јовица Тркуља, „Антиномије демократије и људских права на прагу XXI века”, *Зборник радова, Правни факултет Универзитета у Источно Сарајеву*, 2011, 21.

³ Све европске државе изузев Ватикана, Белорусије и Казахстана су чланице Савета Европе – доступно на <http://www.coe.int/en/web/portal/home>

⁴ Јасна Омејес, *Конвенција за заштиту људских права и темелјних слобода у пракси Европског суда за људска права (Strasbourgški acquis)*, Zagreb, 2013, 13.

у европској историји и крунско достигнуће Савета Европе.⁵ Означена је и као есенцијални део заједничког европског наслеђа, изузетно сведочанство европске етичке и правне културе.⁶ Некадашњи председник Европског суда за људска права *Rolv Ryssdal*, описао је Конвенцију као „основни закон Европе”.⁷ О њеном значају говори и констатација да се сви документи европског права у вези са људским правима, који садрже детаљније разрађене гаранције појединих специфичних људских права или појединих група људских права, по правилу, већ у својим преамбулама, позивају на Конвенцију, признајући јој тако статут *lex generali* и *lex superior* у европском систему људских права.⁸ Током низа година од доношења, Конвенција је постала најчвршћи и најкохерентнији систем заштите људских права у међународној заједници.⁹

Сврха доношења Конвенције је гарантовање корпуса права, па онда и успостављање механизма њихове заштите на европском континенту. Замишљена је као систем „раног реаговања” (*early waking system*) који треба да спречи да државе западну у тоталитаризам и има улогу својеврсног „појаса за спасавање”, којим треба обухватити оне повреде људских права које су измакле контроли националних судова.¹⁰

Приступањем Конвенцији државе преузимају обавезу поштовања њених одредби, с обзиром да овај међународни инструмент има облик уговора.¹¹ При томе, Конвенција не прецизира начин на који ће свака

⁵ Michael O’Boyle, „On Reforming the Operation of the European Court of Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, Issue 1, 2008, 268.

⁶ Luzius Wildhaber, Annual Report 2004 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, Strasbourg, 2005, 33, http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2004_ENG.pdf

⁷ Филип Лич, *Обраћање Европском суду за људска права*, књига прва, Београд, 2005, 5.

⁸ Владан Јончић, Милош Петровић, „Конвенција о људским правима и биомедицини и европски систем гаранције људских права”, *Хармонизација законодавства Републике Србије са правом Европске уније (II)*, Београд, 2012, 668.

⁹ Милан Пауновић, *Јуриспруденција Европског суда за људска права*, Београд, 1993, 9.

¹⁰ Маја Настић, *Уставноправни основ примене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у пракси пред националним уставним судовима*, докторска дисертација, Ниш, 2012, 29.

¹¹ Уговорни облик је намерно изабран, као и у многим другим међународним организацијама које су прихватиле дотадашњи начин стварања правних правила, како се члановима организације не би аутоматски наметала правила понашања; та правила важе само за државе које их изричито прихвате, што се најбоље постиже путем уговора који се (бар теоријски) слободно прихватају. Момир Милојевић, „Европска конвенција о људским правима и дужности држава и Европска конвенција и унутрашње право”, *Ревизија за европско право* бр. 2–3/2008, 7.

страна уговорница обезбедити поштовање гарантованих права. То је домен сваке државе појединачно. Ратификацијом Конвенције оне преузимају обавезу да сваком лицу под својом јурисдикцијом фактички осигурају поштовање гарантованих права.¹² При томе, неопходно је истаћи да су гарантована само она права која су сматрана суштинским за интеграцију европске демократије, која је било могуће јединствено формулисати и, што је још важније, за која је постигнут договор о међународном надзору над њиховим спровођењем.¹³ Самим тим, каталог гарантованих права није свеобухватан. Он представља минимум (доњу границу) права, који државе уговорнице морају поштовати, с тим да их могу проширити и допунити другим правима.

III. Европски суд за људска права

Конвенција, поред гарантовања грађанских и политичких права и слобода, устанављува и механизам њихове заштите. Тиме се обезбеђује и спровођење обавеза које преузима држава уговорница. Заштита се остварује пред Европским судом за људска права, а овакав посебан „заштитни механизам” није предвиђен ниједним другим међународним уговором. Управо овакав начин контроле над остваривањем права, ову Конвенцију разликује од осталих међународних инструмената. Овај суд је установљен као независно, супранационално тело, а поједини аутори га представљају као институцију која би се могла назвати Уставним судом Европе,¹⁴ што даље поткрепљује тврдњу о Конвенцији као европском уставу.

Европски суд за људска права је судска институција основана 1959. године, а његова основна надлежност јесте одлучивање о питањима тумачења и примене Конвенције. У односу на националне судове држава уговорница Европски суд представља супранационални суд, а више од пола века дуга судска пракса овог Суда несумњиво је оставила дубок

¹² Иако су Конвенцијом државе прихватиле одређене дужности, оне су задржале велику слободу у законском уређивању услова за уживање права и слобода, укључујући знатна овлашћења у погледу увођења ограничења у општем друштвеном интересу, као и право да стављају резерве на поједине одредбе Конвенције и протокола у случају њихове несагласности са законом. М. Милојевић.

¹³ М. Настић, 32.

¹⁴ Thomas Buergenthal, *Међународна људска права у сажетом облику*, Budimpešta, 1998, 83–89. Такође, Rolv Ryssdall, бивши председника Суда, описао га је као „квази-уставни суд за целу Европу” – Rolv Ryssdall, „The Coming of Age of the European Convention of Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, No.18, 1996, 22.

траг на законодавства и судску праксу држава уговорница. Треба, при томе, нагласити да Европски суд за људска права није инстанца четвртог степена, нити има функцију надзора над националним правосуђем држава уговорница. Он не може укинути одлуку националног суда, нити ставити ван снаге национални закон када су, на пример, његове одредбе у супротности са Конвенцијом. Овај Суд не пружа ни заштиту од погрешне, нетачне, односно неадекватне примене одредби националног закона (супстанцијалних и процесних), већ само заштиту од повреде права гарантованих Конвенцијом и протоколима који је прате. Механизам колективне наднационалне контроле функционише само као допунски, што је у директној вези са супсидијарношћу конвенцијског система заштите.

Начин функционисања Европског суда за људска права није од оснивања исти. Наиме, разликују се два периода – период до усвајања Протокола бр.11 уз Конвенцију и период који је уследио након измена које су наступиле усвајањем овог Протокола.

1. Функционисање Европског суда за људска права до усвајања Протокола бр. 11 уз Европску конвенцију о људским правима

У периоду након усвајања Конвенције, обавеза заштите гарантованих права имала је трипартитну структуру.¹⁵ Представке су разматрале Европска комисија за људска права (у даљем тексту Комисија), Комитет министара и Европски суд за људска права.

Комисија је била конвенцијско тело установљено у циљу разматрања допуштености представки, утврђивања чињеница, промовисања пријатељских поравнања и давања мишљења у вези са повредом права из Конвенције. У литератури се наводи да је Комисија основана, пре свега, као орган истраживања и измирења.¹⁶ Овлашћења Комисије односила су се на претходни поступак, али уз услов да је притужба у предстваци упућена против држава које признају њену надлежност. Сходно томе, овлашћења у појединачним представкама била су условљена вољом држава чланица, док за међудржавне представке није било ограничења.

¹⁵ Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restructuring the control machinery established thereby – Explanatory Report (Paragraph 9), <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/155.htm>

¹⁶ Дејан Јанча, „Заштита људских права у оквиру Савета Европе”, *Југословенска ревија за међународно право*, бр.1–2/1989, Београд, 81.

Комисија је формирана 1954. године, када је извршен први избор њених чланова,¹⁷ а отпочела је са радом када је првих шест земаља уговорница депоновало изјаве о прихватању њене надлежности 1955. године.¹⁸ У поступку пред Комисијом представка је могла бити одбачена као недопуштена уколико је подносилац био анониман, затим ако се о њој решава у неком другом међународном поступку, ако је истоветна са предметом који је Комисија већ испитивала, ако је несагласна са одредбама Конвенције, очито неоснована или се њоме злоупотребљава право на подношење представке. Уколико представка није одбачена, Комисија је одлучивала о њеној основаности, а уједно је и настојала да странке пријатељски реше спор. Комисија је о предузетим корацима састављала извештај, који је затим достављала заинтересованим странкама, Комитету министара и главном секретару Савета Европе. У року од три месеца од достављања извештаја, Комисија или нека од заинтересованих странака у поступку, могла је да случај изнесе пред Европски суд за људска права, уколико је држава прихватила његову надлежност, ради доношења коначне и обавезујуће одлуке.

Уколико држава није прихватила надлежност Европског суда за људска права или случај није поднет овом Суду, о повреди Конвенције одлучивао је Комитет министара двотрећинском већином. У случају да је утврдио да постоји повреда Конвенције, Комитет је затим одлучивао које мере држава мора предузети и давала јој је рок да одговори овој својој обавези.¹⁹ Произилази, дакле, да је у периоду након усвајања Конвенције, Комитет имао знатна судска овлашћења или, како је у правној теорији наведено, „квази-судску улогу”.²⁰ Осим ове улоге, Комитет је уједно и надзирао извршење мера које је одредио, па је опет двотрећинском већином одлучивао о последицама у случају да држава уговорница ове мере није предузела.²¹

Комитет министара је и у периоду пре усвајања Протокола бр.11, исто као и данас, политички орган Савета Европе, који чине министри иностраних послова свих држава чланица. Он није установљен

¹⁷ Комисија се састојала од по једног члана из сваке државе, уз услов да два члана не могу бити са истим држављанством. Чланове Комисије бирао је Комитет министара са листе формиране у оквиру Бироа Парламентарне скупштине Савета Европе. Мандат чланова Комисије трајао је шест година.

¹⁸ М. Пауновић (1993), 25.

¹⁹ М. Пауновић (1993), 35.

²⁰ М. Пауновић (1993), 27.

²¹ Чл.32 у вези са чл.31 Конвенције у тексту који је био на снази до 1. новембра 1998. године.

Конвенцијом, већ статутом Савета Европе.²² Иако није у сталном заседању (јер у Стразбуру министри не бораве свакодневно), у седишту овог органа стално их представљају дипломатски представници. Комитет министара надзирао је извршење коначних пресуда Европског суда за људска права.

У тадашњем систему заштите људских права, трећи у реду који је могао расправљати о случају је Европски суд за људска права. Овај Суд је могао узети случај у разматрање тек када Комисија потврди да нису успели напори да се он оконча пријатељским поравнањем, као и након истека тромесечног рока од достављања извештаја Комисије. У надлежности Комисије било је установљење чињеница,²³ којима Суд није био везан, односно могао је у контексту одређеног случаја дати своју оцену. Однос своје надлежности и надлежности Комисије, Европски суд за људска права истакао је у пресуди *Sunday Times v. The United Kingdom (no. 1)*,²⁴ где се наводи:

„Надлежност у спорним предметима ограничена је на захтеве који су, пре свега, уложени и прихваћени од Комисије. Одлука Комисије којом се представка проглашава прихватљивом одређује суштину предмета изнетог пред овај Суд. Само у тако назначеном оквиру Суд може, када се једном предмет прописно пред њега изнесе, узети у обзир сва чињенична или правна питања која се појаве током поступка”.²⁵

Европски суд за људска права није био у сталном заседању. Сваки случај који му је прослеђен разматрао је у деветочланом већу. Број судија био је једнак броју држава чланица Савета Европе, а бирала их је Парламентарна скупштина Савета Европе на период од 9 година, уз могућност поновног избора. Надлежност Европског суда за људска права заснивала се на факултативним изјавама држава чланица о прихватању његове јурисдикције.²⁶

²² Статут Савета Европе, чл.13 (*Statute of the Council of Europe, London, 1949, CETS No.001*), ратификован и у нашој држави (Закон о ратификацији Статута Савета Европе, *Службени лист СЦГ – Међународни ујевори*, бр. 2/2003).

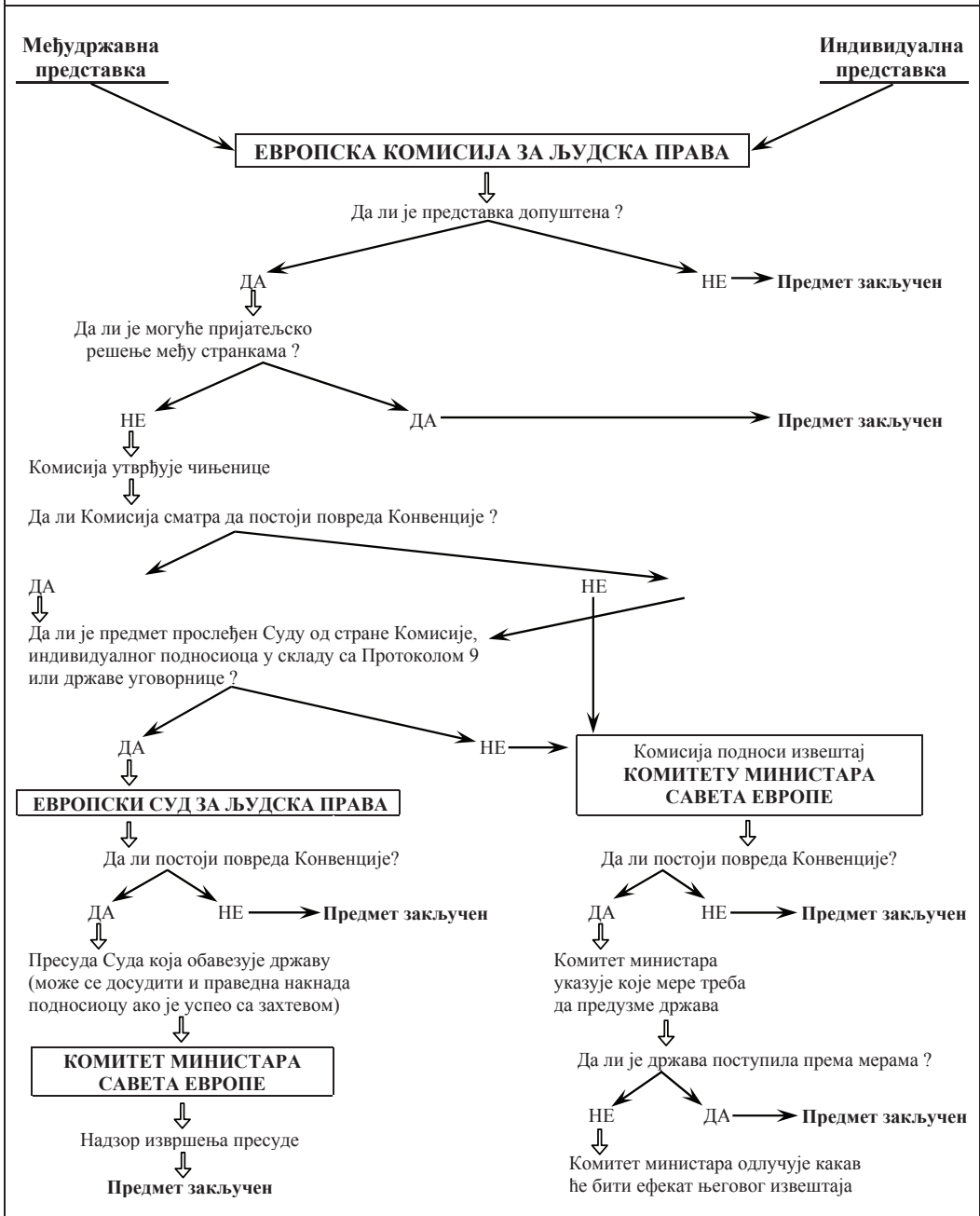
²³ Чл.31 Конвенције у тексту који је био на снази до 1. новембра 1998. године.

²⁴ *Case of Sunday Times v. The United Kingdom (no.1)*, No. 6538/74 од 26. априла 1979. године.

²⁵ *Case of Sunday Times v. The United Kingdom (no.1)*, §43.

²⁶ Схема 1. – функционисање Стразбуршког система утврђеног Конвенцијом, пре усвајања Протокола бр. 11 уз Конвенцију, према Alastair Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2007, 12.

Схема 1. Функционисање Стразбуршког система утврђеног Конвенцијом до усвајања Протокола бр. 11



2. Функционисање Европског суда за људска права након усвајања Протокола бр. 11 уз Европску конвенцију о људским правима

У периоду после приступања нових држава чланица Савету Европе²⁷ реформисан је надзорни механизам за заштиту права гарантованих Конвенцијом. Протоколом бр. 11 уз Конвенцију (усвојен 1. новембра 1998. године), установљен је јединствени Европски суд за људска права (у даљем тексту „Суд“) који је заменио постојећа конвенцијска тела. Тада је започело ново раздобље у заштити права гарантованих Конвенцијом. Иако новоустановљени Суд има исти назив као и његов претходник, у питању је ново надзорно тело Конвенције.

Суд је успостављен као стални орган (*single full-time Court*). Има обавезну и безусловну надлежност за све државе чланице Савета Европе, које су уједно и уговорнице Конвенције. Од преузимања судијске функције од Комисије непрестано се и значајно повећава број представки пред овим Судом. Повећање њиховог броја објашњава се повећањем броја држава које се налазе у оквирима конвенцијске надлежности, али и стварањем услова за директно обраћање овом Суду, што раније није био случај. Поред тога, наводи се и „већа свест појединаца о њиховим правима и широко тумачење конвенцијских права од стране Суда”.²⁸ На тај начин Суд проширује своју надлежност на већи круг држава чиме и додатно добија на значају.

Ни у једном предмету Суд не може поступати самоиницијативно, већ једино уколико је инициран поступак пред њим. Поступак се може покренути индивидуалном или међудржавном представком.

Индивидуална представка (*individual application*) предвиђена је чл. 34 Конвенције. Подношење овакве представке сматра се својеврсним преседаном, с обзиром да на тај начин појединац постаје субјект међународног права. Ово се сматра револуционарним искорак који је овим уговором учињен у међународном праву будући да учешће у међународним споровима није више ексклузивно право држава. Управо ова чињеница Конвенцију чини јединственом, даје јој посебан квалитет и издваја је од сличних међународних уговора. Људска права, због тога, више не остају на нивоу пуке декларације, већ се стварно реализују, па европски стандарди развијени у пракси Суда доприносе укупном остваривању и развоју људских права.

²⁷ Листа држава које су приступиле Савету Европе и година приступања доступне су на http://sr.wikipedia.org/sr/Савет_Европе

²⁸ Maša Marochini, „The interpretation of the European Convention on Human Rights”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 1/2014, 65.

За подношење индивидуалне представке активно процесно легитимисано је свако лице или, пак, група лица, али и невладина организација. Ако се организација декларише као јавна установа, траст, фонд или било која друга јавна установа по националном законодавству, према Конвенцији, такође може поднети појединачну представку, под условом да је довољно независна од владе – као у случају универзитета или цркава и верских заједница.²⁹

Индивидуална представка се може поднети само ако су испуњени одређени услови, који се могу поделити на позитивне и негативне.³⁰ Позитивни услови односе се на исцрпљеност свих доступних и делотворних средстава, односно средстава која нуде разуман изглед за успех. Дакле, заштита права гарантованих Конвенцијом има допунски карактер – пре подношења представке морају бити исцрпљена сва правна средства предвиђена националним правом или, како се истиче у случају *Akdivar and others v. Turkey* „државе су ослобођене обавезе да за своја дела пруже одговор пред међународним телом пре него што су биле у могућности да о тој ствари одлуче у оквиру властитог правног система”.³¹

Као позитиван услов прихватљивости представке, предвиђен је и преклузиван рок од шест месеци од дана доношења правноснажне одлуке пред националним органима. Успостављање рока оправдава се потребом за поштовањем правне сигурности, с обзиром да спречава да одлуке које су донете у даљој прошлости буду испитиване пред Судом, чиме би се могло задирати у већ стечена права. Затим, овај рок има за циљ да заштити подносиоце представки, који би, у случају да он не постоји, били у немогућности да обезбеде доказе из (давне) прошлости. Осим тога, разлог његовог установљења је и остављање довољног времена потенцијалним подносиоцима представке да размисле о томе да ли ће се након завршетка процедуре пред националним органима обратити Суду.³²

Негативан услов је, најпре, да представка мора бити потписана; не потписана се одбацује *prima facie*. Уз то, представка не сме бити „у суштини истоветна са представком коју је Суд већ разматрао или која је већ

²⁹ Christoph Grabenwarter, *European Convention on Human Rights (Commentary)*, München, 2014, 3. Вид. и *Case of The Canea Catholic Church v. Greece*, No. 25528/94 од 16. децембра 1997. године; *Case of Cha'are Shalom ve Tsedek v. France*, No. 27417/95 од 27. јуна 2000. Године.

³⁰ Вид. чл. 35 Конвенције који дефинише услове прихватљивости.

³¹ *Case of Akdivar and others v. Turkey*, No. 21893/93 од 16. септембра 1996. године, §65.

³² Милан Пауновић, Славољуб Царић, *Европски суд за људска права – надлежност и њоштрак*, Београд, 2007, 64–65.

поднета некој другој међународној инстанци ради испитивања, односно решавања, а не садржи нове релевантне чињенице”. Биће проглашена неприхватљивом и свака индивидуална представка која је неспојива са одредбама Конвенције или њеним протоколима, уколико је очигледно неоснована или, пак, представља злоупотребу права на представку. Новина која је уведена Протоколом бр. 14 уз Конвенцију проширује листу негативних услова за прихватљивост представке.³³ Тако Суд може прогласити неприхватљивом и представку чији подносилац није „значајније оштећен” (*significant disadvantage*), осим ако поштовање људских права установљених Конвенцијом и протоколима уз њу не захтева испитивање њене суштине, с тим да се представка не може одбацити по овом основу уколико случај није претходно са дужном пажњом размотрио национални суд.^{34/35}

Поред појединачне, индивидуалне представке, као механизам заштите права из Конвенције установљена је и међудржавна представка (*inter-state application*). У чл. 33, Конвенција предвиђа могућност да држава уговорница поднесе притужбу Суду поводом кршења конвенцијских права од стране друге државе уговорнице.

³³ Протокол бр.14 Конвенције предвиђа реформу Суда. Ступио је на снагу 13. маја 2004. године, а ратификован је и у нашој држави (Закон о ратификацији Протокола бр. 14 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, којим се мења контролни систем Конвенције, *Службени листи СЦГ – Међународни уговори*, бр. 5/2005 и 7/2005). Примена Протокола бр. 14 почела је тек 1. јуна 2010. због касне ратификације од стране Руске Федерације. Стога је у периоду пре коначног ступања на снагу Протокола бр. 14 на снази био Протокол бр. 14 bis.

О новинама које доноси ратификација и почетак примене Протокола бр. 14 уз Конвенцију, доступно је више на <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2014/02/novine-koje-donosi-ratifikacija-i-poetak-primene-protokola-14-uz-evropsku-konvenciju-za-zatitu-ljudskih.pdf>

³⁴ Протокол бр. 14 уз Конвенцију, чл.12.

³⁵ Одредбе које регулишу садржину представке којом грађанин покреће поступак пред Судом (чл.47 Пословника Суда) промењене су у мају 2013. године, а ступиле су на снагу 1. јануара 2014. године. Суштина ових промена састоји се у поштравању услова за подношење представке, који се тичу садржине представке и оцене испуњености услова да Суд по представци поступа. На основу измењеног чл.47 Пословника Суда, он неће узимати у поступак ону представку која не садржи све обавезне податке набројане у том члану (пре свега у чл. 47/5). Због ове промене, Суд ће сматрати сваку представку, макар она и била поднесена благовремено, тј. у оквиру рока од шест месеци, а која не садржи све обавезне податке, непотпуном и неће је узети у обзир. Vesna Rakić-Vodinelić, *Nova pravila o sadržini predstavke građana Evropskom sudu za ljudska prava (ESLJP) i o zastupanju Republike Srbije pred ESLJP*, доступно на <http://pescanik.net/nova-pravila-evropskog-suda/>. Вид. и Пословник Суда (Правило 47 – Садржај појединачне представке), доступно на http://www.drzavnauprava.gov.rs/files/Pravilo%2047%20Poslovnika%20Suda_2014_1_SRP.pdf

У литератури се наводе три категорије међудржавних предмета.³⁶ Прву категорију чине предмети у којима држава-подносилац заступа појединачне жртве или је повезана са њима, у контексту политичког спора између држава.³⁷ У другу категорију међудржавних спорова спадају они где држава настоји да добије намирење за свог држављанина, чија су права прекршена од стране тужене државе.³⁸ Трећа категорија међудржавних спорова проистиче из могућности да држава врши општу надзорну улогу, тзв. генерална заштита.³⁹

За разлику од индивидуалних представки у којима подносилац доказује да трпи последице кршења права *in concreto*, у међудржавним предметима постојање закона и других прописа или, пак, постојање законодавне или управне праксе, као разлога који могу довести до повреде конвенцијских права, оспоравају се *in abstracto*. Због тога у теорији има ставова да право на међудржавну представку подсећа на *actio popularis*.⁴⁰ Међутим, Суд у одлуци *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*⁴¹ наглашава да појединачна представка није *actio popularis*, па у §28 између осталог наводи:

„Са циљем подношења захтева на основу чл. 34 Конвенције, једно лице, невладина организација или група лица морају доказати да су жртве повреде права из Конвенције. Како би такво лице могло тврдити да је жртва повреде права, мора бити директно погођено оспораваном мером. Конвенција, дакле, не предвиђа подношење *actio popularis* којом се тражи тумачење права наведених у Конвенцији, нити дозвољава појединцима да се жале на одређену одредбу из националног права само зато што сматрају да она може бити у супротности са Конвенцијом, иако нису директно погођени таквом одредбом”.

³⁶ Ф.Лич, 15–17. Исту поделу заступају и М. Пауновић, С. Царић, 43.

³⁷ Тако је, на пример, после турског војног заузимања северног Кипра 1974. године и проглашења за „Турску Републику Северни Кипар” 1983. године, коју међународна заједница не признаје, влада Кипра покренула читав низ представки. У поступцима по тим предметима је закључено да је Турска вишеструко повредила Конвенцију (вид. *Case of Cyprus v. Turkey*, No. 6780/74 и 6950/75 од 10. јула 1976. године; *Case of Cyprus v. Turkey*, No. 8007/77 од 4. октобра 1983. године ; *Case of Cyprus v. Turkey*, No. 25781/94 од 12. маја 2014. године).

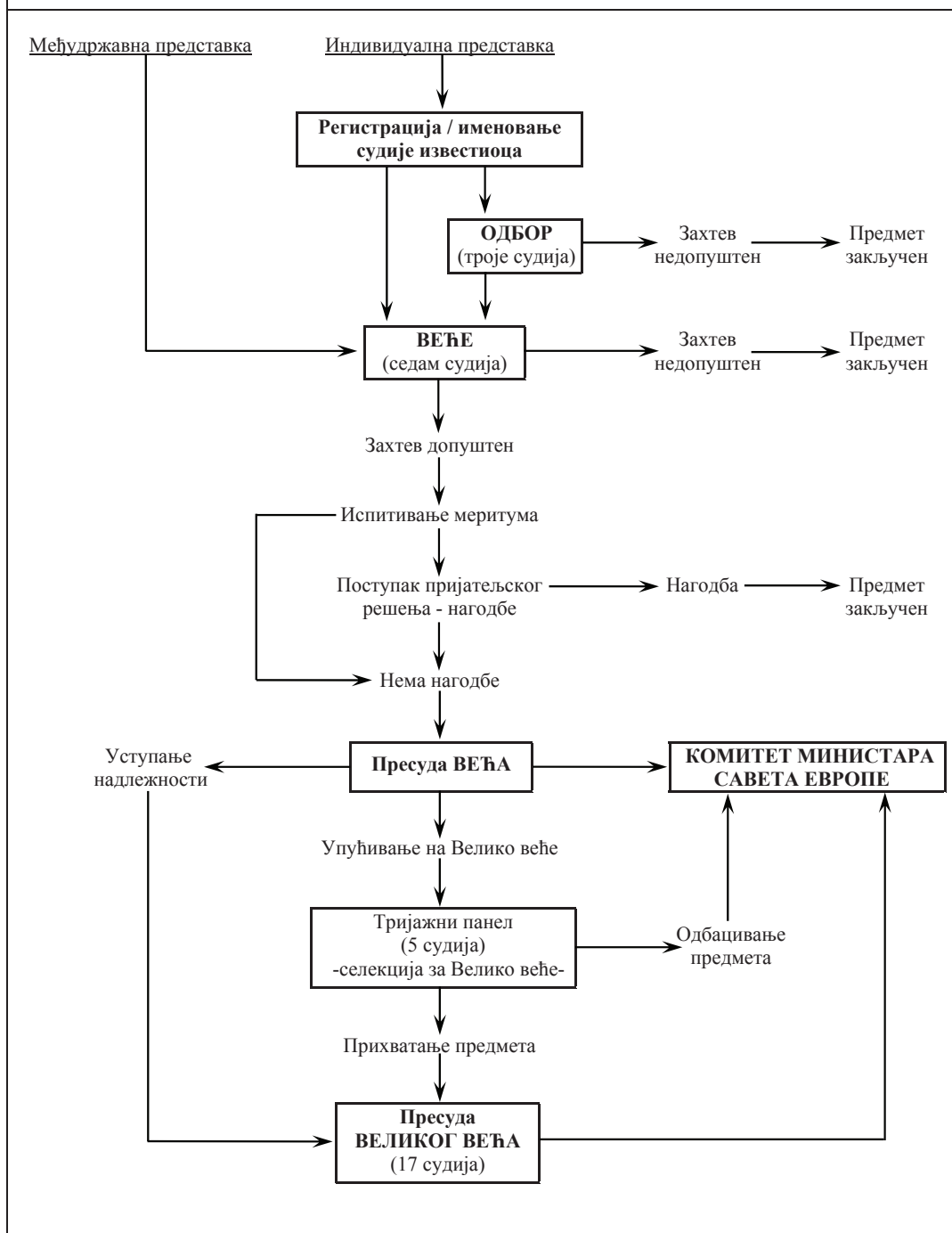
³⁸ *Case of Denmark v. Turkey*, No. 34382/97 од 5. априла 2000. године.

³⁹ *Case of Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, No. 3321/67, 3323/67 и 3344/67 од 5. новембра 1969. године.

⁴⁰ Donna Gomien, *Kratki vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima* (prevod sa engleskog: S. Beus, A. Sadiković), Savet Evrope, 2005, 181.

⁴¹ *Case of Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, No. 27996/06 and 34836/06 од 22. децембра 2009. године.

Схема 2. Функционисање Стразбуршког система утврђеног Конвенцијом, након усвајања Протокола бр. 11



Ипак, пракса Суда показује да се овај вид представке ретко користи. Активира се у ситуацијама када је предмет такав да има велики политички значај.⁴² Разлог је, свакако, чињеница да лица чија су права повређена могу поднети самостално индивидуалну представку. Наравно, остаје увек могућност да се у случајевима масовног, систематског и потврђеног кршења људских права, реагује од стране државе уговорнице и покрене поступак ради заштите угрожене групе људи.⁴³

IV. Закључак

У двадесет првом веку једно од основних питања јесте питање поштовања људских права. Достигнути ниво људских права, након усвајања Конвенције, сведочи о томе колико је она утицала на њихову заштиту на простору који обухвата државе чланице Савета Европе. При томе, како је у већ наведено, Конвенција не омогућава само успостављање минималних стандарда очувања људских права, већ кроз Европски суд за људска права установљава и њихову заштиту. Као уговорнице Конвенције државе би заправо требало перманентно да прате праксу овог Суда и њене путоказе за промене у законодавствима са циљем спречавања повреде гарантованих конвенцијских права. Тако пракса Суда није искључиво у служби директне заштите људских права, већ је и својеврстан катализатор за потпуну хармонизацију правних система држава чланица Савета Европе са Конвенцијом.

Sanda Ćorac, PhD
attorney at law in Belgrade

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
– THE MECHANISM OF THE PROTECTION OF RIGHTS GUARANTEED BY
THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS –

Summary

The paper analyzes the functioning of the European Court of Human Rights as a mechanism for the protection of human rights guaranteed by the European Convention on Human Rights, which ensures the implementation of the obligations assumed by the member states of the Council of Europe.

Keywords: human rights, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights

⁴² Листа међудржавних спорова доступна је на

http://www.echr.coe.int/Documents/InterStates_applications_ENG.pdf.

⁴³ Схема 2. – функционисање Стразбушког система утврђеног Конвенцијом, након усвајања Протокола бр. 11 уз Конвенцију, према А. Mowbray, 20.

UDK 347.77(497.11)

Новак Вујичић

мастер права

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ПАКЕТ ИЗМЕНА ЗАКОНА ИЗ ОБЛАСТИ ПРАВА
ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ ОД СЕПТЕМБРА 2019:
КРИТИЧКИ ПОГЛЕД

Сажетак

Рад садржи критички поглед на пакет измена три закона из области права интелектуалне својине од септембра 2019. године и то: Закона о ауторском и сродним правима, Закона о патентима и Закона о заштити топографија полупроводничких производа. За сваки од измењених закона прво се указује на разлоге због којих је дошло до измена, а потом се анализирају поједине значајније измене. Циљ је да се утврди да ли постоје и које су заједничке одлике тих измена. Анализа показује пет заједничких одлика анализираних измена: 1) доношење у циљу усклађивања са правом Европске уније; 2) јачање заштите права интелектуалне својине; 3) привилеговање интереса потенцијалних инвеститора; 4) учестале измене закона; 5) нејасну и неуједначену терминологију, те пререгулацију појединих питања. Наведене одлике чини се генерално карактеришу развој, односно измене прописа из области права интелектуалне својине у Републици Србији.

Кључне речи: право интелектуалне својине, ауторско право, сродна права, патент, право заштите топографије полупроводничког производа

I. Увод

Народна скупштина Републике Србије (даље у тексту: РС) је 17. септембра 2019. године усвојила пакет закона којима се мењају и допуњују постојећи прописи из области права интелектуалне својине. Пакет се

састоји из усвојених измена и допуна¹ три закона и то: Закона о ауторском и сродним правима² (даље у тексту: ЗАСП), Закона о патентима³ (даље у тексту: ЗП) и Закона о заштити топографија полупроводничких производа⁴ (даље у тексту: ЗЗТПП). Предмет рада управо јесте подробнија анализа наведеног пакета измена закона из области права интелектуалне својине.

Циљ рада је трострук. Прво, рад треба да укаже на разлоге којима је мотивисано доношење нових измена. Друго, радом се желе приказати одређене значајније измене. Треће, циљ анализе јесте да се покуша утврдити да ли постоје и које су заједничке одлике тих измена.

Радом се тежи допринети отпочињању критичке расправе о наведеним изменама у стручној и научној јавности. Таква расправа, иако *post factum*, се чини као неопходна с обзиром да је јавна расправа у поступку доношења посматраног пакета закона изостала.⁵

Структура рада је следећа. Након увода, изложен је аналитички део рада, а потом и закључак. Аналитички део рада се састоји из три дела која се односе на три измењена закона: ЗАСП (II), ЗП (III) и ЗЗТПП (IV). Систематика излагања у аналитичким деловима рада је једнолична (с тим што део о ЗЗТПП није подељен на потпоглавља). Прво се указује на разлоге за доношење измена из образложења предлога нових закона. Затим се приказују и преиспитују поједине значајније измене.

¹ Ради поједностављења текста у наставку ће „измене” и „допуне” бити заједнички означене само као „измене”, али ће у одређеним случајевима када се ради искључиво о допунама посматраних закона то бити јасно назначено.

² Закон о изменама и допунама Закона о ауторском и сродним правима – Измене ЗАСП, Службени гласник РС, бр. 66/2019, којим се мења Закон о ауторском и сродним правима – ЗАСП, Службени гласник, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 – одлука УС.

³ Закон о изменама и допунама Закона о патентима – Измене ЗП, Службени гласник РС, бр. 66/2019, којим се мења Закон о патентима – ЗП, Службени гласник, бр. 99/2011, 113/2017 – др. закон и 95/2018.

⁴ Закон о изменама и допунама Закона о заштити топографија полупроводничких производа – Измене ЗЗТПП, Службени гласник РС, бр. 66/2019, којим се мења Закон о заштити топографија полупроводничких производа – ЗЗТПП, Службени гласник, бр. 55/2013.

⁵ Завод за интелектуалну својину РС, Јавне расправе (подаци од 2013. до 2019. године), 2019, <http://www.zis.gov.rs/pravna-regulativa/javne-rasprave.633.html>, 4. октобар 2019.

II. Измене Закона о ауторском и сродним правима

1. Разлози за измене

Начелни разлог за посматране измене ЗАСП, како је назначено у званичном образложењу предлога измена, јесте „успостављање ефикаснијег националног система правне заштите ауторског и сродних права”.⁶ Мада, из самог текста образложења предлога измена се јасно може видети да је највећи број измена мотивисан усклађивањем одредаба ЗАСП са правом Европске уније (даље у тексту: ЕУ).

Подсетимо се, РС је 20. јуна 2017. године у оквиру преговарачког процеса за приступање ЕУ отворила преговарачко поглавље 7 – Право интелектуалне својине.⁷ Циљ тог поглавља јесте да РС усвоји и спроведе правне тековине ЕУ које се односе на заштиту права интелектуалне својине, па тиме и на заштиту ауторског права и сродних права. Област ауторског права и сродних права је у праву ЕУ регулисана већим бројем директива, као и са неколико уредби. У време отварања преговарачког поглавља 7 – Право интелектуалне својине, важећа верзија ЗАСП (која је била на снази до измена од септембра 2019. године) је само делимично била усклађена са прописима ЕУ. ЗАСП је са неким директивама био готово у потпуности усклађен, са неким само делимично, а са неким уопште није био усклађен. То је и констатовано у преговарачким позицијама РС и ЕУ.⁸ Преговарачким позицијама је изричито прецизирано да одредбе ЗАСП треба ускладити са следећим директивама ЕУ: 1) Директивом о информационом друштву;⁹ 2) Директивом о рачунарским

⁶ Влада РС, Предлог Закона о изменама и допунама Закона о ауторском и сродним правима од 8. фебруара 2019. године (даље у фуснотама: Предлог измена ЗАСП), http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/225-19.pdf, 4. октобар 2019, 26.

⁷ Министарство за европске интеграције РС, Историјат односа Србије и ЕУ, 2018, <http://www.mei.gov.rs/src/srbija-i-eu/istorijat-odnosa-srbije-i-eu/>, 4. октобар 2019.

⁸ Влада РС, Преговарачка позиција Републике Србије за Међувладину конференцију о приступању Републике Србије Европској унији за поглавље 7 – Право интелектуалне својине, јануар 2017, http://www.mei.gov.rs/upload/documents/pristupni_pregovori/pregovaracke_pozicije/Republika_Srbija_Pregovaracko_poglavlje_7_srpska_verzija.pdf, 8. октобар 2019, 2–6; Заједничка позиција Европске уније, Поглавље 7 – Право интелектуалне својине, AD 14/17, CONF-RS 10/17, 2017, http://www.mei.gov.rs/upload/documents/pristupni_pregovori/pregovaracke_pozicije/pg_7_eu_pozicija.pdf, 8. октобар 2019, 2–3.

⁹ Директива 2001/29/ЕЗ Европског парламента и Савета од 22. маја 2001. године о хармонизацији одређених аспеката ауторског права и сродних права у информационом друштву, *Службени лист ЕЗ*, бр. Л 167, 22. јун 2001. (даље у фуснотама: Директива о информационом друштву).

програмима;¹⁰ 3) Директивом о праву закупа, праву послуге и сродним правима;¹¹ 4) Директивом о сателитском емитовању и кабловском реемитовању;¹² 5) Директивом о базама података;¹³ 6) Директивом о трајању заштите;¹⁴ 7) Директивом о делима недоступних титулара права;¹⁵ 8) Директивом о колективном управљању ауторским правом и сродним правима,¹⁶ као и 9) Директивом о спровођењу права интелектуалне својине.¹⁷ Исто тако, треба напоменути да се преговарачке позиције односе само на прописе ЕУ важеће на дан 1. јул 2016. године, али да је РС изјавила да ће, у складу са резултатима преговора, до ступања у чланство ЕУ спровести и преостале правне тековине настале након тог дана.¹⁸ То је битно будући да је у области ауторског права на нивоу ЕУ после 2016. године усвојено неколико аката, од којих је посебно значајна Директива о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту.¹⁹

¹⁰ Директива 2009/24/ЕЗ Европског парламента и Савета од 23. априла 2009. године о правној заштити рачунарских програма, *Службени листи ЕУ*, бр. Л 111/16, 5. мај 2009 (даље у фуснотама: Директива о рачунарским програмима).

¹¹ Директива 2006/115/ЕЗ Европског парламента и Савета од 12. децембра 2006. године о праву давања у закуп и на послугу, као и о одређеним правима сродним ауторском праву у подручју права интелектуалне својине, *Службени листи ЕЗ*, бр. Л 376, 27. децембар 2006.

¹² Директива Савета 93/83//ЕЗЗ од 27. септембра 1993. године о усклађивању одређених правила о ауторском праву и сродним правима која се примењују на сателитско емитовање и кабловско реемитовање, *Службени листи ЕЕЗ*, бр. Л 248, 6. октобар 1993.

¹³ Директива 96/9/ЕЗ Европског парламента и Савета од 11. марта 1996. године о правној заштити база података, *Службени листи ЕЗ*, бр. Л 77, 27. март 1996 (даље у фуснотама: Директива о базама података).

¹⁴ Директива 2011/77/ЕУ Европског парламента и Савета од 27. септембра 2011. године о изменама Директиве 2006/116/ЕЗ о трајању заштите ауторског права и одређеним сродних права, *Службени листи ЕУ*, бр. Л 265, 11. октобар 2011 (даље у фуснотама: Директива о трајању заштите).

¹⁵ Директива 2012/28/ЕУ Европског парламента и Савета од 25. октобра 2012. године о одређеним дозвољеним облицима коришћења дела недоступних титулара ауторског права, *Службени листи ЕУ*, бр. Л 299, 27. октобар 2012.

¹⁶ Директива 2014/26/ЕУ Европског парламента и Савета од 26. фебруара 2014. године о колективном управљању ауторским правом и сродним правима и мултитериторијалном лиценцирању права на музичким делима за онлајн употребу на унутрашњем тржишту, *Службени листи ЕУ*, бр. Л 84, 20. март 2014.

¹⁷ Директива 2004/48/ЕЗ Европског парламента и Савета од 29. априла 2004. о спровођењу права интелектуалне својине, *Службени листи ЕЗ*, бр. Л 195, 2. јун 2004 (даље у фуснотама: Директива о спровођењу права интелектуалне својине).

¹⁸ Преговарачка позиција РС, 2.

¹⁹ Директива (ЕУ) 2019/790 Европског парламента и Савета од 17. априла 2019.

Измене од септембра 2019. године су први и до сада једини корак у процесу усклађивања ЗАСП са правом ЕУ након отварања поменутог преговарачког поглавља. Ипак оне немају за циљ усклађивање ЗАСП са свим напред наведеним директивама назначеним у преговарачким позицијама. Наиме, ЗАСП се предметним изменама уопште не усклађује са Директивом о делима недоступних титулара права, као ни са Директивом о колективном управљању ауторским правом и сродним правима. Измене се ограничавају на усклађивање правила ЗАСП са преосталих седам директива. Стога, у скорој будућности могу се очекивати нове измене ЗАСП, како би се наставио процес усклађивања са преостале две директиве у оквиру преговарачког поглавља. При томе, те две директиве су можда и најзахтевније за имплементацију због комплексности института који се њима уводе,²⁰ али и одступања од традиционалних правила ауторског права и сродних права, нарочито у области колективног остваривања права.²¹ Интересантно је пак да је у преговарачким позицијама потпуно усклађивање са свих девет Директива било превиђано за први квартал 2018. године.²²

Додатно, треба напоменути да нису све нове измене мотивисане усклађивањем са правом ЕУ. Изузетак чини мали део одредаба које се односе на ограничења ауторског права и сродних права, колективно остваривање права и право интерпретатора. У образложењу Предлога

године о ауторском праву и сродним правима на јединственом дигиталном тржишту и изменама директива 96/9/ЕЗ и 2001/29/ЕЗ, Службени лист ЕУ, бр. Л 130, 17. мај 2019. За анализу Директиве вид. Душан В. Поповић, „Директива ЕУ о ауторском праву на јединственом дигиталном тржишту: (пре)амбициозни одговор на изазове интернета”, Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (уредник Вук Радовић), Београд, 2019, 221–339.

²⁰ За више о заштити дела недоступних титулара права и њеним проблемима: Душан В. Поповић, „Дигитализација ауторских дела и приступ делима недоступних титулара ауторског права”, *Право и привреда*, бр. 4–6/2013, 726–743. Simone Schroff, Marcella Favale, Aura Bertoni, „The Impossible Quest – Problems with Diligent Search for Orphan Works”, *IIC-International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 48, 2017, 286–304.

²¹ Вид. Слободан М. Марковић, „Колективно остваривање ауторског и сродних права од монопола ка конкуренцији”, *Право и привреда*, бр. 4–6/2013; Romana Matanovic Vučković, „Implementation of Directive 2014/26/EU on Collective Management and Multi-Territorial Licensing of Musical Rights in Regulating the Tariff-Setting Systems in Central and Eastern Europe”, *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 47, 2016, 28–59; Новак Вујичић, „Усклађивање правила о колективном остваривању ауторског права и сродних права у Републици Србији са правом Европске уније: бар три спорне тачке”, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније – 2018* (уредник Вук Радовић), Београд, 2018, 286–311.

²² Преговарачка позиција РС, 6.

измена назначено је да се те измене уводе, независно од права ЕУ, у циљу унапређења ауторскоправне и сродноправне заштите и усклађивања са међународним споразумима.²³

2. Измене Закона о ауторском и сродним правима: приказ

Измене ЗАСП од септембра 2019. године су обимне (72 члана) и начелно се могу поделити на три категорије: измене материјалноправних правила (а), измене правила о колективном остваривању права и измене правила о заштити ауторског права и сродних права – процесноправних одредаба (б). Због ограниченог обима рада, у наставку поглавља ће бити указано само на неке од (по суду аутора) значајнијих измена материјалноправних и процесноправних правила.²⁴

а) Измене материјалноправних правила

Измене материјалноправних правила се могу груписати на следећи начин: 1) измене општих правила ауторског права; 2) измене правила о ауторскоправној заштити рачунарских програма; 3) измене правила о правној заштити база података; 4) измене правила о сродним правима (изузев права произвођача базе података).

²³ Предлог измена ЗАСП, 28–29.

²⁴ Измене правила о колективном остваривању права су великог обима – 26 чланова. Оне се односе на различите аспекте колективног остваривања ауторског права и сродних права, између осталог, на: брисање правила у вези са наплатом јединствене накнаде за јавно саопштавање музичких ауторских дела, интерпретација и фонограма; редефинисање правила да се накнада не плаћа за јавно саопштавање музичких дела, интерпретација и фонограма у занатским радњама и ограничење важења тог правила до момента ступања РС у Светску трговинску организацију; увођење рока у којима организације морају да расподеле приходе ауторима и друге. Измене ЗАСП, чл. 31–52, 64–65, 69 и 71. Овде треба напоменути да, иако се ради о обимним изменама правила о колективном остваривању права, које несумњиво доприносе његовом унапређењу и транспарентности, у наредном периоду треба очекивати додатне фундаменталне измене и допуне тих правила ради усклађивања са Директивом о колективном остваривању ауторског права и сродних права (о чему је напред било речи). С обзиром на то није баш сасвим јасно зашто законодавац сада мења та правила и то у овом обиму. Није ли можда било целисходније одмах приступити усклађивању са правом ЕУ и избећи парцијалне измене? Као питање се намеће: да ли се овим изменама, бар привремено, штити постојећи повлашћени монополски положај организација за колективно остваривање права на тржишту у РС, за који би правила Директиве требало да донесу велике изазове? Тренутне измене, ако изузмемо укидање јединствене накнаде, не чине се као значајнији изазови за рад организација.

1) Измене општих правила ауторског права

Изменама општих правила ауторског права мењају се поједини општи институти који нису везани за поједине врсте ауторских дела. Могу се издвојити две битније и неколико у начелу техничких измена (појашњења) материјалних правила:

а) Прва битнија измена општих ауторскоправних правила јесте другачије дефинисање овлашћења на емитовање из садржине субјективног ауторског права. Према изменама, под радњом емитовања, коју искључиво може да врши аутор/носилац ауторског права, подразумева се: „саопштавање ауторског дела јавности преносом радијских или телевизијских програмских сигнала од субјекта који врши емитовање (у даљем тексту: радиодифузна организација), до пријемних уређаја путем мреже предајника (земаљско емитовање), кабловских дистрибутивних система (кабловско емитовање) или сателитских станица (сателитско емитовање).”²⁵ Раније је радња емитовања била дефинисана као: „јавно саопштавање дела жичним или бежичним преносом радијских или телевизијских програмских сигнала намењених за јавни пријем (радио-дифузија и кабловска дифузија).” Уз то било је јасно назначено да су бежично емитовање (радио-дифузија) и жично емитовање (кабловска дифузија) две одвојене радње искоришћавања ауторског дела и предмет два посебна ауторскоправна овлашћења (уз одређене изузетке), а сателитско емитовање је додатно било одређено као посебна радња емитовања.²⁶ Ако упоредимо ново одређење емитовања и старе одредбе, можемо закључити да се суштински они скоро и не разликују. По среди је само другачија језичка формулација. Новија формулација је у неку руку прецизнија, док је старија општија. С друге стране, нова формулација не садржи изричито назначење да су земаљско, кабловско (а и сателитско) емитовање засебне радње искоришћавања ауторског дела, као што је то био случај са старим решењем, те је из тог угла гледано стара дефиниција прецизнија.

Треба истаћи и да нова формулација изоставља изузетке од правила да су земаљско и кабловско емитовање две засебне радње (у случајевима техничке немогућности бежичног емитовања и некомерцијалне жичне реемисије бежичног сигнала за до сто пријемника) које познаје старо решење. Гледано материјалноправно, та измена јесте суштинска. Ипак, њен практични значај је мали, с обзиром да је са напретком технологије

²⁵ Измене ЗАСП, чл. 6 – измена чл. 28 ЗАСП.

²⁶ ЗАСП, чл. 28, ст. 2–4.

постојање тих изузетака изгубило смисао и да су они постали скоро непримењиви у пракси.²⁷

Додатно, измене садрже и допуну новог одређења овлашћења на емитовање у виду одредаба којима се подробније уређује радња сателитског емитовања у РС. У суштини радња сателитског емитовања је дефинисана у начелу исто као и пре и постоји: „ако су под контролом и одговорношћу радиодифузне организације, радијски или телевизијски програмски сигнали, ради пријема од стране јавности, уведени у РС у непрекинути комуникациони ланац који води према сателиту и од сателита према Земљи.”²⁸ Међутим, сада су додатно одређени случајеви у којима ће се сматрати да је радња сателитског емитовања учињена у РС и применити ЗАСП иако је фактички посматрано до сателитског емитовања дошло у другој земљи. То су случајеви у којима се радња сателитског емитовања одиграва у држави која не обезбеђује сличан или виши ниво ауторскоправне заштите од оног прописаног ЗАСП, али: 1) се трансмитер са ког су послати програмски сигнали до сателита налази на територији РС,²⁹ или 2) је радиодифузна организација која је основана и која има седиште на територији РС наручила сателитско емитовање (уколико се ни трансмитер са ког су послати програмски сигнали до сателита не налази на територији РС).³⁰ Наведена измена је уведена у циљу усклађивања ЗАСП са одредбама Директиве о сателитском емитовању и кабловском реемитовању.³¹

б) Друга измена је редефинисање одредаба о овлашћењима на реемитовање и кабловско реемитовање како би биле приближније тексту Директиве о сателитском емитовању и кабловском реемитовању. Реемитовање је сада одређено као „истовремено саопштавање ауторског

²⁷ Нови начин дефинисања радње емитовања и радиодифузне организације мотивисан је појашњењем и разграничењем ауторскоправне терминологије у односу на терминологију Закона о електронским медијима. Вид. Предлог измена ЗАСП (образложење чл. 6), 31.

²⁸ Упоредити Измене ЗАСП, чл. 7 (нови чл. 28а) и ЗАСП, чл. 28, ст. 4. Измене садрже и дефиницију сателита.

²⁹ „То је ситуација, примера ради, где се сателитско емитовање одвија под контролом и на основу одговорности радиодифузне организације која није под контролом РС, већ се налази у некој другој земљи, али се зато трансмитер са кога се сигнали шаљу према сателиту налази на територији РС.” Предлог измена ЗАСП (образложење чл. 7), 32.

³⁰ Измене ЗАСП, чл. 7 (нови чл. 28а, ст. 3 и 4). Као и раније, и даље стоји правило да ће се у случају сателитског емитовања кодираних сигнала, сматрати да постоји сателитско емитовање под условом да је радиодифузна организација омогућила јавности да набави средства за декодирање или је то учинило треће лице, на основу њеног овлашћења. Измене ЗАСП, чл. 7 (нови чл. 28а, ст. 5).

³¹ Вид. Предлог измена ЗАСП (образложење чл. 7), 31.

дела јавности у неизмењеном и целовитом облику од стране лица различитог од радиодифузне организације која ауторско дело изворно емитује.”³² Док је кабловско реемитовање дефинисано као реемитовање које се „одвија путем кабловског или микроталасног система и подраумева истовремено, неизмењено и непрекинуто реемитовање иницијалне жичне, бежичне или сателитске емисије телевизијског или радио програма који је намењен за пријем од стране јавности.”³³ У односу на стара решења овде се не ради о суштинским изменама.

Правило о обавезном колективном остваривању овлашћења на кабловско реемитовање и даље стоји. Такође, остаје и изузетак од тог правила према коме ако организација за радиодифузију има властита ауторска права на садржају који се кабловски реемитује, она сама уговара услове реемитовања са кабловским оператором. Правило у том изузетку је међутим допуњено изменама у складу са правилима Директиве. Тако у случају да радиодифузна организација и кабловски оператор не постигну споразум о условима кабловског реемитовања емисије радиодифузне организације, свака од заинтересованих страна може да се обрати за помоћ једном или већем броју медијатора. При томе, уколико медијатор достави заинтересованим странама предлог за решавање спора, сматраће се да су заинтересоване стране прихватиле предлог медијатора ако у року од три месеца од дана пријема предлога, не одбију тај предлог у писаној форми.³⁴ То решење има за циљ промоцију примене медијације као начина за решавање спорова о ауторском праву и сродним правима.

в) Измене из треће групе се у начелу могу оквалитиковати као појашњења – дораде постојећих правила. Овде ће се указати на три такве измене.³⁵ Прво, изричито се прецизира да се овлашћење на јавно

³² Измене ЗАСП, чл. 8 (измењен чл. 29, ст. 2).

³³ Измене ЗАСП, чл. 8 (измењен чл. 29, ст. 3).

³⁴ Измене ЗАСП, чл. 8 (измењен чл. 29, ст. 6–8).

³⁵ У те измене спадају такође и: мала измена дефиниције ауторског дела збирке (Измене ЗАСП, чл. 2 –измене чл. 5); брисање из одређења овлашћења на умножавање радње бележења због усклађивања са текстом Директиве о информационом друштву (Измене ЗАСП, чл. 5 и Предлог измена ЗАСП (образложење чл. 5), 30); брисање дуплог правила да се посебна накнада за техничке уређаје и празне носаче звука, слике и текста не плаћа ако су они намењени извозу (Измене ЗАСП, чл. 11; упоредити ЗАСП старе одредбе из чл. 39, ст. 6, тач. 1 и 4); појашњење правила о овлашћењу аутора на накнаду за давање на послугу, тако да буде јасније да аутор има право на накнаду у случају послуге оригинала или умножених примерака његовог дела само ако је дело дато на послугу од стране институције која је намењена јавности, као што су, примера ради, јавне библиотеке, школе, универзитети и друге образовне институције (Измене ЗАСП, чл. 12).

саопштавање, које укључује и интерактивно чињење дела доступним јавности, не исцрпљује било којом радњом јавног саопштавања.³⁶ Такво решење је инспирисано одредбом Директиве о информационом друштву.³⁷ Значај такве одредбе није велики, будући да је то правило и до сада произлазило из постојећег правила о исцрпљењу права које се примењивало само на овлашћење на стављање у промет, не и на друга овлашћења из садржине субјективног ауторског права.³⁸ Друга измена се односи на тзв. „тест три корака” којим се процењује основаност одређеног ограничења ауторског права. Према тесту три корака ограничење је дозвољено: 1) ако се односи на посебну радњу; 2) ако није у супротности са нормалним искоришћавањем дела и 3) ако не вређа неразумно легитимне интересе аутора, односно носиоца права. У ранијој одредби ЗАСП о тесту три корака стајало је да се ради само о легитимним интересима „аутора” али не и „носилаца ауторског права”. Сада је то промењено.³⁹ Ипак, и без те измене примена теста од три корака би циљним тумачењем важила и за носиоце права. Чак се и у формулацији одредбе Бернске конвенција о тесту три корака, која је и његово правно упориште, не прецизира да се тест односи и на носиоца права, него се помиње само аутор.⁴⁰ Треће, прописује се да ће се деловање правила о исцрпљењу права проширити и на територију ЕУ и Европског економског простора, након приступања Србије ЕУ.⁴¹

Напоследку, треба напоменути да се уводи и пар измена везаних за поједине категорија ауторских дела (осим измена за рачунарске програме и базе података које ће бити анализирани у наставку).⁴² Ту се истиче прописивање правила да се рок од 70 година трајања заштите имовинских овлашћења на свим музичким делима са речима, рачуна од смрти последњег преживелог аутора композиције или аутора текста,

³⁶ Измене ЗАСП, чл. 9.

³⁷ Вид. Директива о информационом друштву, чл. 3, ст. 3 и Предлог измена ЗАСП (образложење чл. 9), 33–34.

³⁸ Слободан М. Марковић, Душан В. Поповић, *Право интелектуалне својине*, 6. издање, Београд, 2018, 62–63. Вид. и Душан Поповић, „Исцрпљење” ауторског права и сродних права, међународна трговина и пословање на интернету”, *Правна ријеч*, бр. 37/2013, 69–81.

³⁹ Измене ЗАСП, чл. 13.

⁴⁰ Закон о ратификацији Бернске конвенције за заштиту књижевних и уметничких дела, *Службени лист СФРЈ*, бр. 14/75 и *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/86 – уредба, чл. 9, ст. 2.

⁴¹ Измене ЗАСП, чл. 70.

⁴² Такође вид. Измене ЗАСП, чл. 10 (прецизније дефинисање појма дела ликовне уметности за потребе права слеђења).

без обзира да ли су та лица означена као коаутори или не. Једини услов је да су текст и композиција били створени за предметно музичко дело са речима.⁴³ Значај те измене је у продужавању рока заштите на музичким делима са речима, која нису коауторска дела (за коауторска је тај рок и раније важио), чиме се фаворизује заштита таквих дела.

2) Измене правила о ауторскоправној заштити рачунарских програма

Одредбе о ауторскоправној заштити рачунарских програма се мењају како би се текст ЗАСП приближио тексту Директиве о рачунарским програмима. Фокус измена јесте на правилима о ограничењима ауторскоправне заштите рачунарских програма.⁴⁴

На ауторскоправну заштиту рачунарских програма се не примењује опште ограничење ауторског права у виду суспензије искључивог овлашћења на умножавање за личне некомерцијалне сврхе. Стога, како уобичајено коришћење рачунарског програма подразумева предузимање великог броја радњи његовог умножавања од стране корисника програма (пуштање у рад, сам процес рада на рачунару и др), јасно је да је потребно увести некакво ограничење овлашћења на умножавање.⁴⁵ У супротном, уобичајено коришћење рачунарских програма за личне потребе би неретко представљало радњу повреде ауторског права. Ранија верзија ЗАСП је садржала ограничење ауторског права на рачунарским програмима које је имало за циљ решавање тог проблема. То решење је конструисано по узору на одредбе Директиве о рачунарским програмима, али је донекле од њих одступало.⁴⁶ Новим изменама законодавац је решио да преузме дословно формулације ограничења ауторскоправне заштите из Директиве о рачунарским програмима, с тим што је додатно

⁴³ Измене ЗАСП, чл. 18. Измена је инспирисана правилом Директиве о трајању заштите, чл. 1.

⁴⁴ Поред назначених измена и допуна одредаба које се односе на ограничења ауторскоправне заштите рачунарских програма измењена су и друга правила која се односе на заштиту рачунарских програма. Те измене у начелу представљају прецизирања постојећих правила. Тако прописује се, на пример, да ауторско дело може бити и пратећа и корисничка документација која прати рачунарске програме; да када је ауторско дело рачунарски програм створено током радног односа и трајни носилац свих искључивих имовинских овлашћења на делу је послодавац, аутор има право на посебну накнаду ако је то прописано уговором (раније доста спорно питање у пракси) и др. Вид. Измене ЗАСП, чл. 1, 4, 5 и 17.

⁴⁵ Више о правној заштити софтвера вид. Сања Радовановић, *Уговор о лиценци софтвера*, Београд, 2012, 26–35.

⁴⁶ ЗАСП, 47.

прецизирао и надоградио решења из Директиве. Након нових измена можемо издвојити четири (категирије) ограничења ауторскоправне заштите рачунарских програма:

а) Прву групу ограничења чине она ограничења која имају карактер суспензије овлашћења на умножавање и овлашћења на прераду рачунарског програма и то за потребе његовог (уобичајеног) наменског коришћења. У ту групу можемо сврстати четири ограничења: 1) трајно или привремено умножавање рачунарског програма (његових делова) када је то неопходно за коришћење рачунарског програма у складу са његовом наменом; 2) отклањање грешака у рачунарском програму имајући у виду његову намену; 3) читавање, приказивање, покретање, преношење или смештање рачунарског програма у меморију рачунара ако је то неопходно за умножавање рачунарског програма из тачке 1); 4) прављење резервне копије рачунарског програма на трајном телесном носачу уколико је то неопходно за његово коришћење. Последње четврто ограничење се не може уговором искључити, док је то могуће код прва три.⁴⁷ Ограничења из ове групе су постојала и у ранијој верзији ЗАСП, али су била донекле другачије дефинисана и нису се могла уговором искључити. При томе, прво ограничење овлашћења на умножавање из ове групе је доста широко постављено тако да може да обухвати све различите облике умножавања рачунарског програма. То није био случај са старим решењем („смешта програм у меморију рачунара и пушта у рад”).⁴⁸ Као нејасно чини се ипак новоуведено треће ограничење из ове групе. Оно је већ обухваћено првим ограничењем (овлашћења на умножавање) и јасно се види и из његове формулације да оно представља појашњење – допуну првог ограничења, за коју је питање да ли је потребна. Некад чини се треба тежити једноставности прописа и избегавати гомилање стручних термина у тексту нормe. Наш законодавац, неретко прихватајући беспоговорно одредбе директива ЕУ, дуплира, додатно прецизира правила у прописима из области права интелектуалне својине. Међутим то овде није случај. Директива о рачунарским програмима не садржи сличну одредбу.

б) Друго ограничење јесте суспензија овлашћења на прераду рачунарског програма. То ограничење се чини као спорно из више разлога. Пре свега, није у потпуности јасан домашај тог ограничења – односно услови под којима се може применити. Оно је прописано у истом ставу као и прва три ограничења из претходне групе, као једна од тачака тог

⁴⁷ Измене ЗАСП, чл. 14 (измене чл. 47).

⁴⁸ ЗАСП, чл. 47, ст. 1, тач. 1.

става. Ипак, за разлику од осталих ограничења, код њега није уопште назначено да се примењује ради омогућавања (уобичајеног) наменског коришћења рачунарског програма („дозвољено је лицу које је на законит начин прибавило примерак рачунарског програма да без дозволе аутора и без плаћања ауторске накнаде: ...4) преводи, прилагођава, аранжира и врши друге измене рачунарског програма као и умножених резултата тих радњи.”).⁴⁹ С обзиром на такву формулацију, није без основа *a contrario* тумачење да се оно примењује независно од (уобичајеног) наменског коришћења рачунарског програма, то јест да важи у свим ситуацијама прераде. Поред тога, због предочене формулације овог ограничења може се поставити и питање да ли се њиме у потпуности искључује примена овлашћења на прераду (прилагођавање, аранжирање и другу измену дела из чл. 31 ЗАСП).⁵⁰ Такво тумачење би било нелогично, будући да је овлашћење на прераду изричито гарантовано како Директивом о рачунарским програмима,⁵¹ тако и међународним инструментима који обавезују Србију. У крајњој линији, питање је у којој је мери уопште дозвољено Директивом о рачунарским програмима прописивати ограничења овлашћења на прераду ван случајева уклањања грешака и постизања интероперабилности.⁵² Приликом неке од наредних измена ЗАСП, с обзиром на наведено, потребно је размотрити прецизирање тог решења.

в) Треће ограничење представља ограничење овлашћења на умножавање за потребе посматрања, испитивања или тестирања. Наиме, „лице које има право да користи примерак рачунарског програма овлашћено је да, без дозволе носиоца права, посматра, испитује или тестира рад рачунарског програма са циљем да утврди идеје и принципе на којима почива било који од елемената рачунарског програма, под условом да то чини док предузима радње учитавања, приказивања, покретања, преноса или смештање програма за које је овлашћен да их

⁴⁹ Измене ЗАСП, чл. 14 (нова верзија чл. 47, ст. 1, тач. 4).

⁵⁰ Директива о рачунарским програмима, чл. 4, ст. 1, тач. (b).

⁵¹ Овде треба имати у виду да прерада ауторског дела у начелу није забрањена, али је забрањено објављивање и привредно искоришћавање дела прераде без сагласности носиоца права на изворном делу. С. М. Марковић, Д. В. Поповић, 71.

⁵² Овде треба узети у обзир и одредбу нових изменама којом се прецизира искључиво овлашћење на умножавање (а и прераду), тако аутор „рачунарског програма има искључиво право да дозволи или забрани умножавање рачунарског програма који је настао као резултат прилагођавања, превођења, аранжирања или измене његовог рачунарског програма, без утицаја на права лица које је извршило такве измене”. Измене ЗАСП, чл. 5 (нови став 5, у чл. 20).

чини.”⁵³ То ограничење је уведено по угледу на Директиву.⁵⁴ Као потенцијални проблем тог ограничења може се јавити питање његове квалификације. Да ли се ради о суспензији искључивог овлашћења на умножавање или о законској лиценци? Наиме овде се законодавац у великој мери држао текста одредбе Директиве у којој стоји да су те радње дозвољене „без дозволе аутора”, али не стоји „и без плаћања ауторске накнаде” као што је то назначено код скоро свих суспензија у ЗАСП (код пар није, али код њих то произлази из контекста). То отвара простор за различита тумачења. Ипак, посматрано ограничење се налази у делу ЗАСП у коме су прописане суспензије, што би требало да буде кључно приликом тумачења.

г) Четврто ограничење јесте ограничење овлашћења на умножавање и прераду за потребе постизања интероперабилности одређеног рачунарског програма са другим програмима. То ограничење је и раније постојало, али је сада формулацијом услова за његову примену додатно приближено одредбама Директиве о рачунарским програмима.⁵⁵ За њега исто важи горепоменуто недоумица да ли се ради о суспензији искључивих овлашћења или законској лиценци.

3) Измене правила о правној заштити база података⁵⁶

ЗАСП познаје двојаку правну заштиту база података, ауторскоправну и заштиту посебним сродним правом, правом произвођача базе података. Двојака правна заштита је уведена по узору на Директиву о базама података. Новим изменама мењају се готово све одредбе које се односе како на ауторскоправну, тако и на сродноправну заштиту. Основни циљ нових измена јесте потпуно усклађивање са текстом одредаба Директиве о базама података. Правила о ауторскоправној и сродноправној заштити база података у ранијој верзији ЗАСП су највећим делом и била усклађена са Директивом. Разлика је додуше постојала у формулацији самих правила о заштити и начину њеног гарантовања. Та разлика није пак била суштинска, осим у погледу два питања. Прво, права овлашћеног корис-

⁵³ Измене ЗАСП, чл. 14 (нова верзија чл. 47, ст. 2).

⁵⁴ Директива о рачунарским програмима, чл. 5, ст. 3.

⁵⁵ Упоредити Измене ЗАСП, чл. 15 (нови чл. 47а) и Директиву о рачунарским програмима, чл. 6.

⁵⁶ Предметно потпоглавље је засновано на чланку Новак Вујичић, „Правна заштита база података у Републици Србији: тренутно стање и предложене измене”, Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (уредник Вук Радовић), Београд, 2019, 301–333. За више о измени правила ЗАСП о правној заштити база података видети тај чланак.

ника базе података, заштићене ауторским правом, су била призната у мањем обиму у ЗАСП, него у Директиви.⁵⁷ Друго, ограничења сродно-правне заштите у ЗАСП су била знатно шира од дозвољених Директивом.⁵⁸ Новим изменама је то размимоилажење отклоњено, али законодавац није ту стао него је изменио готово све одредбе о правној заштити база података не би ли се њихов текст у што већој мери подударао са одредбама Директиве.

Две измене правила ауторскоправне заштите база података овде треба поменути. Прво, измењено је ограничење ауторског права на базама података прописано у виду посебних права законитог корисника базе података као ауторског дела. Законитом кориснику базе података, њеног дела или умноженог примерка, сада се проширују права и омогућава му се да у циљу приступа садржини и нормалног коришћења садржине може без дозволе носиоца права и без плаћања накнаде да: 1) умножава базу података; 2) врши превођење, адаптацију, уређивање или било коју другу измену базе података; 3) ставља у промет базу података; 4) јавно саопштава, приказује или користи (напомена аутора: вероватно је због техничке грешке изостало „у јавности“) базу података; 5) умножава, ставља у промет, јавно саопштава, приказује или користи у јавности резултате поступака који се наводе под тачком 2).⁵⁹ Друго, мења се режим заштите ауторског дела базе података створеног извршењем уговора о раду. Прописује се да је за такву базу података трајни носилац свих искључивих имовинских права послодавац, ако уговором није другачије одређено, а да аутор има право на посебну накнаду ако је то прописано уговором. На тај начин се за ауторска дела базе података уводи неповољно правило заштите које је стандардно по правилу једино за рачунарске програме. Оправданост потоње измене је упитна и нејасно је зашто се законодавац за њу одлучио. У образложењу предлога измена пропуштено је да се разјасни упориште предметног решења, упркос томе што се ради о значајној промени која ће имати озбиљне последице по ауторе база података.⁶⁰

⁵⁷ Упоредити стари чл. 54б ЗАСП и Директиву о базама података, чл. 6.

⁵⁸ ЗАСП је упућивао на сходну примену правила о ограничењима ауторског права из којих произлазе доста широка ограничења, а Директива дозвољава само неколико јасно дефинисаних опционих ограничења о којима је напред било речи. ЗАСП, чл. 144 и Директива о базама података, чл. 8 и 9.

⁵⁹ Све те радње се односе и на умножени примерак и на део базе података. Измене ЗАСП, чл. 16 (измењен чл. 54б).

⁶⁰ Измене ЗАСП, чл. 17 (нова верзија чл. 98, ст. 4) и Предлог измена ЗАСП (образложење чл. 17), 38.

Правила о праву произвођача базе података су у потпуности измењена. Иако суштински значај тих измена није велики, технички посматрано измене су значајне. Међу изменама нарочито се истиче редефинисање садржине права произвођача базе података. Садржину тог сродног права као и у Директиви сада чине два искључива имовинскоправна овлашћења: овлашћење на издвајање садржаја и овлашћење на поновно искоришћавање садржаја. „Издавање садржаја базе података значи трајан или привремени пренос целокупног или значајног дела садржаја базе података на други медиј, било којим средствима или у било ком облику. Поновно искоришћавање садржаја базе података значи сваки облик чињења доступним јавности целокупног или значајног дела садржаја базе података и то стављањем у промет примерака базе података, њиховим давањем у закуп, чињењем базе података доступном преко интернета или њено чињење доступном јавности посредством других облика трансмисије.”⁶¹ На тај начин су у ЗАСП уведени два нова овлашћења и нова терминологија. Питање је колико је то целисходно, будући да се садржина тих овлашћења преклапа са садржином постојећих овлашћења у ЗАСП, па су она као и до сада могла послужити за одређење садржине посматраног сродног права. Такође, ограничења права произвођача базе података су сада засебно прописана (независно од ограничења ауторскоправне заштите) и издвојена су у посебну одредбу.⁶²

4) Измене правила о сродним правима

Правила ЗАСП о сродноправној заштити су претрпела обимне измене и допуне. Највише су промењена правила о праву интерпретатора, затим о праву произвођача фонограма, док су правила о праву произвођача видеограма, праву произвођача емисије и праву издавача штампаних издања на посебну накнаду мање измењена. Овде ће због обима рада бити указано само на неке од измена и допуна правила о праву интерпретатора и праву произвођача фонограма.⁶³

а) У вези са правом интерпретатора треба поменути пет битних новина.⁶⁴ Прво, неискључиво право интерпретатора на накнаду за поједине

⁶¹ Измене ЗАСП, чл. 27 (нова верзија чл. 138).

⁶² Измене ЗАСП, чл. 28 (нова верзија чл. 140в).

⁶³ За измене код права произвођача видеограма, права произвођача емисије и права издавача штампаних издања на посебну накнаду вид. Измене ЗАСП, чл. 24, 25 и 29.

⁶⁴ Додатно видети и појашњење овлашћења на интерактивно чињење интерпретације доступном јавности, проширење правичне накнаде од давања у закуп и појашњење правила о исцрпљењу права. Измене ЗАСП, чл. 19 (измене чл. 116).

облике коришћења снимљене интерпретације (емитовање, реемитовање, јавно саопштавање снимка интерпретације који се емитује, јавно саопштавање са снимка издатог на телесном носачу) проширује се тако да га уживају и интерпретатори чије су интерпретације издате на носачу слике и звука (видеограму).⁶⁵ Подсетимо се, пре измена су то право уживали само интерпретатори чије су интерпретације издате на носачу звука (фонограму). У пракси је то значило да су то право имали интерпретатори као што су певачи, свирачи, рецитатори, али не и глумци, плесачи и други чије су интерпретације визуелне, па нису ни могле уопште или у целини бити снимљене на фонограм. Сада је то право признато и њима. Тим изменама РС иде у корак са скорашњим Пекиншким уговором о аудиовизуелним интерпретацијама од 2012. године иако није његова чланица. Наведени облик заштите аудиовизуелних интерпретација није дефинисан у оквиру права ЕУ, али га прихвата значајан број држава чланица.⁶⁶ Занимљиво је да законодавац не прописује обавезно колективно остваривање тог права, као што то прописује за интерпретације издате на фонограмима.

Друга значајна измена јесте промена рока трајања заштите права интерпретатора у складу са Директивом о трајању заштите. Пре измена имовинска овлашћења из садржине права интерпретатора су трајала 50 година од настанка интерпретације, односно од њеног објављивања/ првог издавања. Личноправна овлашћења трају неограничено. Сада је рок трајање заштите имовинскоправних овлашћења продужен, али не за све интерпретације. Критеријум за утврђивање рока трајања заштите јесте законито издавање или објављивање интерпретације снимљене на фонограму. Тако, сада имовинска овлашћења интерпретатора трају 50 година од дана настанка интерпретације, а ако је интерпретација снимљена и законито издата или објављена током тог рока, на други начин различит од фонограма, право траје 50 година од дана првог издавања или објављивања (гледа се ранији датум). С друге стране, ако је у року од 50 година од дана настанка интерпретације, та интерпретација снимљена на фонограм који је законито издат или објављен, право интерпретатора траје 70 година од дана првог законитог издавања или

⁶⁵ Измене ЗАСП, чл. 20 (измене чл. 117).

⁶⁶ Beijing Treaty on Audiovisual Performances, 2012, <https://www.wipo.int/treaties/en/ip/beijing/>, 13. октобар 2019. Silke von Lewinski, „The Beijing Treaty on Audiovisual Performances”, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 13–08, 2013, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2239109, 18. октобар 2019, 1–16. Предлог измена ЗАСП (образложење чл. 20), 39.

објављивања фонограма, зависно од тога који је датум ранији.⁶⁷ Нове одредбе о продужетку рока трајања рока заштите односе се само на интерпретације снимљене на фонограм чије трајање права није истекло до дана ступања на снагу нових измена и оне снимљене након тог дана.⁶⁸

Последње три битније новине су три нова овлашћења/права интерпретатора уведена у циљу усклађивања са Директивом о трајању заштите, а ради оснаживања заштите. Три нова права су: 1) право на раскид уговора о преносу или уступању имовинских права закљученог између интерпретатора и произвођача фонограма због недовољне економске експлоатације фонограма са интерпретацијом; 2) право интерпретатора на годишњу додатну накнаду од произвођача фонограма у износу од 20% остварених у претходној години од пласмана фонограма са интерпретацијом (важи само у случају ако су искључива имовинска овлашћења пренета/уступљена за једнократну накнаду и остварује се само преко организације за колективно остваривање права)⁶⁹ и 3) право промене садржаја уговора у корист интерпретатора који прима накнаде у обrocима (ради онемогућавања одбитака од таквих периодичних накнада прописаних ранијим уговором или због ранијих авансних плаћања). Нова три овлашћења имају три заједничке одлике. Прво, односе се само на интерпретације забележене на фонограм. Друго, активирају се тек након 50 година од дана законитог издавања фонограма, односно његовог објављивања. Треће, циљ им је да пружи додатна права интерпретаторима који су по правилу у доста неповољнијем положају од произвођача фонограма приликом закључивања првобитног уговора – компензација због почетног „нефер” положаја (на пример између неафирмисаног уметника и велике музичке продуцентске куће).⁷⁰ У вези са трећом карактеристиком, треба скренути пажњу на недоумицу око терминологије коју законодавац овде користи. На више места законодавац говори о „преносу или уступању” имовинскоправних овлашћења. Опште је правило да аутор и његов наследник могу само уступати, не и преносити имовинскоправна овлашћења, будући да они увек задржавају личноправна овлашћења која нису предмет промета.

⁶⁷ Измене ЗАСП, чл. 30 (измене чл. 147) и Предлог измена ЗАСП (образложење чл. 30), 45–46.

⁶⁸ Измене ЗАСП, чл. 66.

⁶⁹ За подробнију анализу тог права вид. Владимир Винш, „Право интерпретатора на годишњу додатну накнаду”, *Анали Правној факултету у Београду*, електронски додаток – студентски радови, 2019, 28–44.

⁷⁰ Измене ЗАСП, чл. 21 (нови чл. 122а, 122б и 122в). Предлог измена ЗАСП (образложење чл. 21), 39–41. Директива о трајању заштите, уводне изјаве 8–17.

Имовинскоправна овлашћења могу преносити само деривативни носиоци права (ЗАСП, чл. 61 и 64). То опште правило важи и за интерпретатора, јер и он увек задржава личноправна овлашћења. Имајући то у виду, како су наведена три овлашћења установљена ради заштите интерпретатора (физичких лица, изворних носилаца права), а не деривативних носилаца, нејасно је зашто се овде говори о преносу овлашћења. Можда је законодавац хтео да гарантује та права и деривативним носиоцима права интерпретатора (упитна је ипак оправданост таквог поступања). С друге стране, можда се наш законодавац надовезао на терминолошки непрецизну одредбу која већ постоји у ЗАСП према којој интерпретатор може своја имовинскоправна овлашћења „уступити, односно пренети на друго лице интерпретаторским уговором” (ЗАСП, чл. 118). Ту одредбу не треба језички тумачити, јер би се тиме одступило од тзв. монистичке теорије, на којој почива наш ЗАСП, а према којој право интерпретатора представља јединствено субјективно право које чине личноправна и имовинскоправна овлашћења. Због тога, како личноправна овлашћења нису предмет промета, не може се говорити о преносу права (код кога преносилац престаје бити носилац права, а стицалац стиче његово право у целости).⁷¹

б) Код права произвођача фонограма две измене се посебно истичу.⁷² Пре свега, продужен је рок трајања заштите за законито издате или објављене фонограме са 50 на 70 година. Сада право произвођача фонограма траје 50 година од дана настанка фонограма, ако у том року фонограм није законито издат или објављен. У случају да је фонограм законито издат или објављен у том року, право престаје 70 година од дана првог законитог издавања или објављивања, зависно од тога који датум је ранији.⁷³ Друга измена која се истиче не односи се само на

⁷¹ С. М. Марковић, Д. В. Поповић, 211 и 215.

⁷² Ту су и друге измене које укључују: појашњење исцрпљења права код интерактивног чињења фонограма доступним јавности (Измене ЗАСП, чл. 22); увођење овлашћења Владе да одреди организацију за колективно остваривање која ће убирати јединствену накнаду у име произвођача фонограма и интерпретатора у случају немогућности постизања договора; укидање лимита износа трошкова у вези са прикупљањем јединствене накнаде у висини од 10% од њеног износа и прописивање да ти трошкови падају на терет обе организације и интерпретатора и произвођача фонограма. Измене ЗАСП, чл. 13 и Предлог измена ЗАСП (образложење чл. 13), 41–42.

⁷³ Измене ЗАСП, чл. 30. Продужење рока је у складу са Директивом о трајању заштите. Вид. Предлог измена ЗАСП (образложење чл. 30), 45–46. Прописано је и да ће право произвођача фонограма престати ако дође до раскида уговора због околности из новог чл. 122а, ст. 3. Продужење рока важи за фонограме чији рок заштите није истекао пре ступања на снагу измена, односно настале након тог датума. Измене ЗАСП, чл. 66.

право произвођача фонограма, него и на право интерпретатора и ауторско право на музичким делима. Наиме, изменама се укида правило да се јединствена накнада за јавно саопштавање фонограма и на њима забележених интерпретација наплаћује заједно са ауторском накнадом за јавно саопштавање музичких дела (посредством једне уплатнице) и дели тако да 50% прикупљене накнаде припадне колективној организацији музичких аутора, а 50% организацијама интерпретатора и произвођача фонограма.⁷⁴ У образложењу те измене наглашава се да раније решење јединственог убирања накнаде није у складу са Бернском конвенцијом и ТРИПС Споразумом Светске трговинске организације (даље у тексту: СТО) јер неоправдано ограничава (задире) у искључиво право аутора на јавно саопштавање његовог ауторског дела и на право интерпретатора и произвођача фонограма на накнаду од јавног саопштавања њихових интерпретација и фонограма.⁷⁵

б) Измене правила о заштити ауторској права и сродних права

Део ЗАСП који се односи на грађанскоправну заштиту ауторског права и сродних права је у највећем делу измењен. Разлог за то јесте превасходно усклађивање са Директивом о спровођењу права интелектуалне својине. Резултат тих измена требало би да буде стварање услова за ефикасније (принудно) остваривање, односно судску заштиту ауторског права и сродних права у РС.

Од нових измена посебно треба истаћи неколико: 1) ново прецизније одређење могућих предмета тужбених захтева; 2) могућност тужбе против посредника; 3) измена правила о досуђивању вишеструке накнаде; 4) ново одређење додатних механизма заштите у грађанском судском поступку: привремене мере, позива суда супротној страни да достави доказе, мере обезбеђења доказа и захтева за пружање информација.⁷⁶

⁷⁴ Измене ЗАСП, чл. 30 и 31.

⁷⁵ Предлог измена ЗАСП (образложење чл. 30), 42–43. Убирање јединствене накнаде интерпретатора и произвођача фонограма (без ауторскоправне накнаде) с друге стране није спорно са аспекта међународних прописа. Вид. Закон о потврђивању WIPO уговора о интерпретацијама и фонограмима, Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 13/2002, чл. 15.

⁷⁶ Видети и: прецизније одређење активне и пасивне легитимације за подношење тужбе (Измене ЗАСП, чл. 53, нови чл. 204а); допуну правила о посредној повреди због заобилажења технолошких мера, коришћењу технолошких мера и казнене одредбе о њима (Измене ЗАСП, чл. 56, 57 и 64); сходну примену одредаба других закона; одредбу да се спорови о ауторском праву и сродним правима не сматрају споровима мале вредности; одредбу о ревизији; одредбу о неутицају правила о заштити рачунарских програма и база података на примену других прописа (Измене ЗАСП, чл. 63).

Након измена у ЗАСП је изричито прописано да се тужба може поднети због повреде ауторског права или сродног права, али додатно и због озбиљне претње да ће ауторско право или сродно право бити повређено, што је новина у односу на претходно решење. Законодавац пак ближе не одређује шта се сматра „озбиљном претњом да ће право бити повређено”, те то тек мора бити утврђено кроз судску праксу. Изменама ЗАСП прецизније су прописани и допуњени *exempli causa* примери тужбених захтева у случају повреде/озбиљне претње тако да сада обухватају: 1) захтев за утврђење; 2) захтев за забрану радњи повреде/озбиљне претње, као и забрану понављања таквих или сличних радњи под претњом плаћања примереног новчаног износа тужиоцу; 3) захтев за накнаду имовинске и неимовинске штете; 4) захтев за искључење из промета, одузимање или уништење, или преиначење без било какве накнаде, предмета којима је извршена повреда права, укључујући и примерке предмета заштите, њихове амбалаже, матрице, негативе и слично; 5) захтев за забрану отуђења, одузимање или уништење, без било какве накнаде, материјала и предмета који су претежно употребљени у стварању или производњи предмета којима се повређује право; 6) захтев за објављивање пресуде о трошку туженог и 7) захтев за давање података о трећим лицима која су учествовала у повреди права. Важније новине су проширење четвртог тужбеног захтева (сада обухвата и одузимање и искључење из промета) и увођење петог који се односи на накнаде, материјале и предмете који су претежно употребљени у стварању или производњи предмета којима се повређује право.⁷⁷ Наведено редефинисање и допуна примера тужбених захтева је у складу са одредбама Директиве о спровођењу права интелектуалне својине.

Друга новина јесте изричито прописивање могућности тужбе против посредника у повреди – лица чије су услуге коришћене при повреди права. Против посредника у повреди се може захтевати забрана понављања радњи којима се право повређује или њима сличних радњи под претњом плаћања примереног новчаног износа тужиоцу. Услов за то јесте да суд утврди да је повреда права учињена.⁷⁸ Таква новина је уведена по угледу на одредбу чл. 8, ст. 3 Директиве о информационом друштву и њеног пандана у Директиви од спровођењу права интелектуалне својине, одредби чл. 11.⁷⁹ У државама чланицама ЕУ предметна

⁷⁷ Измене ЗАСП, чл. 54 (измене чл. 205).

⁷⁸ Измене ЗАСП, чл. 54 (измене чл. 205, ст. 2).

⁷⁹ Законодавац се овде ипак није држао у потпуности формулација одредаба из директива, па немамо ситуацију као код ЗП да је уведена новчана казна у грађански судски поступак, која није примерена природи таквог поступка (уз изузетке). Вид. ЗП, чл. 133, ст. 1, тач. 2.

могућност тужбе против посредника је коришћена понајвише против интернет посредника у циљу јачања ауторскоправне и сродноправне заштите на интернету.⁸⁰ Нама остаје да видимо како ће тај механизам заживети у српском праву. Поред тога, пракса мора дати одговор и на питање претње плаћања примереног новчаног износа тужиоцу у случају непоштовања забране. Како ће се у пракси остварити та мера, да ли путем судских пенала?

Трећа измена је можда и најзначајнија, имајући у виду раширено коришћење могућности захтевања вишеструке накнаде уместо стварне материјалне штете у пракси. Подсетимо се, раније је постојала могућност тужиоца да, у случају када је повреда учињена намерно или крајњом непажњом, уместо накнаде штете захтева накнаду троструког износа уобичајене накнаде коју би примио за конкретни облик коришћења предмета заштите, да је то коришћење било законито.⁸¹ Таква могућност је била посебно погодна за тужиоце јер нису морали да доказују стварни износ штете, него само износ уобичајене накнаде (мада и његово доказивање је стварало проблеме, а некад и злоупотребе у пракси), због чега је и била распрострањена у пракси. Сада се та могућност укида. Према новом правилу које је преузето из Директиве о спровођењу права интелектуалне својине, при одређивању висине накнаде штете ако је учинилац повреде знао или могао да зна да чини повреду права, суд ће узети у обзир све околности конкретног случаја, као што су негативне економске последице које трпи оштећени, укључујући изгубљену добит, добит коју је штетник остварио повредом права и, у одговарајућим случајевима, околности које немају економски карактер, као што је неимовинска штета. Ипак, суд може уместо такве накнаде штете, када околности случаја то оправдавају, да досуди оштећеном паушалну накнаду која не може бити нижа од уобичајене накнаде коју би примио за конкретни облик коришћења предмета заштите, да је то коришћење било законито.⁸² Ново правило сада поставља уобичајену накнаду као доњи лимит паушалне накнаде. Какве ће то последице имати у пракси још се не може знати. Суд сада нема прецизан основ за досуђивање

⁸⁰ Martin Husovec, „Injunctions Against Innocent Third Parties: the Case of Website Blocking”, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Vol. 4, 2013, 116–1117; Новак Вујичић, „Блокирање приступа веб-сајтовима због повреде ауторског права: критички осврт”, *Интелектуална својина и Интернет* (2018) (уредник Душан В. Поповић), Београд, 2018, 108–110.

⁸¹ ЗАСП, стари чл. 206.

⁸² Измене ЗАСП, чл. 55 (измене чл. 206) и Предлог измена ЗАСП (образложење чл. 55), 54.

вишеструке накнаде штете. Накнада и даље може бити виша у одређеној мери од уобичајене, али упитно је да ли и вишеструка. Сам институт захтева за вишеструку накнаду је по својој природи имао елементе приватне казне, што је у континенталном схватању грађанскоправне санкције изазивало одређени отпор.⁸³ Сада када он нема јасно упориште у закону (постоји само опција паушалне накнаде која не може бити нижа од уобичајене накнаде), питање је да ли ће се досуђивати вишеструке накнаде у ранијем обиму. За крај треба истаћи још једно питање које се овде јавља, наиме није сигурно како ће се указана измена одразити на спорове за остваривање вишеструке накнаде који су били у току у време ступања измена на снагу.

Четврта група измена се односи на ново одређење додатних механизма заштите у грађанском судском поступку који обухватају привремене мере, позив суда супротној страни да достави доказе (раније није ни био изричито прописан у ЗАСП), мере обезбеђења доказа и захтева за пружање информација о трећим лицима која су учествовала у повреди. Предметни механизми се прецизирају и допуњују – „оснажују” како би били у складу са Директивом о спровођењу права интелектуалне својине и како би имали више ефеката и допринели учинковитијем остваривању ауторског права и сродних права у пракси. Примера ради, сада суд може одредити привремену меру, као и меру обезбеђења доказа одмах по пријему предлога за одређивање мере и без претходног изјашњења противне странке, а нарочито ако постоји опасност да због одлагања предлагач претрпи ненадокнадиву штету (односно додатно да ће доказ бити уништен код мере обезбеђења доказа). Исто тако, прописано је да се привремена мера може одредити и против посредника.⁸⁴

III. Измене Закона о патентима

1. Разлози за измене

ЗП је последњи пут мењан у 2018. години (Службени гласник 95/2018) и тада су његове одредбе усклађиване са правним тековинама ЕУ. Измене од септембра 2019. године су извршене из сасвим других разлога. Из образложења предлога измена може се видети да је основи разлог измена да се правила о заштити и коришћењу проналазака из

⁸³ С. М. Марковић, Д. В. Поповић, 274.

⁸⁴ Измене ЗАСП, чл. 58–62 (измене чл. 210–213) и Предлог измена ЗАСП (образложење чл. 58–62), 56–58.

радног односа уреде на ефикаснији начин узимајући у обзир интересе послодаваца и интересе запослених.⁸⁵

Јасно и одговарајуће уређење међусобних односа послодавца и запосленог у вези са проналаском који је запослени створио у радном односу је од великог значаја. Два сукобљена интереса, послодавца и запосленог, потребно је уредити на такав начин да послодавац има интерес да улаже у истраживање и развој и стварање нових проналазака, а запослени да има мотив да унапређује производни процес код послодавца и ствара нове проналаске.⁸⁶ Одговарајуће уређење тог односа јесте од виталног значаја за област истраживања и развоја. Ипак на законодавцу није да императивно уреди тај однос послодавца и запосленог. По природи ствари, послодавац и запослени би требало да међусобно уговоре своје односе у вези да проналаском насталим у радном односу, а да законска одредба буде диспозитивна и да уређује тај однос само у случају недостатка уговора. Такво је и полазиште српског законодавца. Новим изменама законодавац је тежио да унапреди постојећа диспозитивна правила о правима на проналаску створеном у радном односу. Том приликом се водио решењима из упоредног права, тачније из права Немачке, Румуније, Данске и Словеније.⁸⁷

Поред измена које се односе на проналаске из радног односа, измене обухватају и пар измена мотивисаних додатним усклађивањем са Конвенцијом о признавању европских патената, као и важећим Законом о општем управном поступку (Службени гласник РС, бр. 18/16 и 95/18 – аутентично тумачење).⁸⁸

⁸⁵ Влада РС, Предлог Закона о изменама и допунама Закона о патентима од 24. јуна 2019. године

(даље у фуснотама: Предлог измена ЗП), http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/1929-19.pdf, 4. октобар 2019, 5.

⁸⁶ Предлог измена ЗП, 5.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Те измене обухватају: 1) брисање одредбе да предмет проналаска који се штити патентом може бити производ, поступак, примена производа и примена поступка (као разлог се наводи непотребност такве одредбе, јер је предмет патента већ дефинисан у ЗП, те усклађивање са Конвенцијом о признавању европских патената); 2) прописивање прекида поступка за признање патента у случају када подносилац пријаве умре или престане да постоји; 3) правило да надлежни орган ближе уређује начин претраживања стања технике и редослед радњи службеног лица у поступку формалног, а не само суштинског испитивања пријаве патента као што је било раније; 4) прописивање правила да ако Европски завод за патенте огласи у целини ништавим европски патент уписан у Регистар патената, надлежни орган по службеној дужности доноси решење о поништају решења о упису тог европског патента. Измене ЗП, чл. 1, 2, 12 и 13; Предлог измена ЗП (образложење чл. 1, 2, 12 и 13), 5–6 и 9.

Напоследку, треба истаћи да остаје питање зашто измене од септембра 2019. године, будући да се ради о изменама мањег обима, нису учињене заједно са изменама из 2018. године и тиме избегло парцијално мењање ЗП.

2. Измене Закона о патентима: приказ

Фокус измена ЗП је на правилима која се односе на проналаске из радног односа која су у највећем делу мењају, па ће само о њима бити речи. Може се рећи да измене правила о проналасцима из радног односа иду у три смера. Прво, на другачији начин се дефинише појам проналаска из радног односа. Друго, мењају се правила о правима (овлашћењима) послодавца и запосленог на таквом проналаску. Треће, мењају се одредбе о поступању запосленог и послодавца у вези са таквим проналаском.

а) После измена, појам проналаска из радног односа обухвата две групе проналазака. Прву групу чине проналасци које запослени створи: 1) извршавајући послове који су утврђени уговором о раду између запосленог и послодавца, или 2) у складу са посебним актом послодавца којим су уређени послови истраживања и развоја. Другу групу чине проналасци створени за време трајања уговора о раду или у периоду од годину дана од дана престанка уговора, ако су створени: 1) у вези са активностима послодавца, или 2) коришћењем материјалнотехничких средстава, информација и других услова које је обезбедио послодавац, или 3) као последица професионалне обуке коју је послодавац обезбедио запосленом. Ако се упореде ново и старо⁸⁹ одређење појма проналаска из радног односа, може се приметити да се у начелу не ради о суштинској измени, него пре о прецизирању раније одредбе ЗП.

Додатно уз појам проналаска из радног односа, законодавац дефинише и појам запосленог и то преузимајући дефиницију из Закона о раду. Запослени је физичко лице које обавља рад за послодавца на

⁸⁹ „Проналаском из радног односа сматра се: 1) проналазак који запослени створи извршавајући своје редовне радне обавезе или посебно наложене послове у вези са научно-техничким истраживањем и развојем, као и проналазак који настане у извршавању уговора о истраживачком раду закљученог са послодавцем; 2) проналазак који није обухваћен тачком 1) овог члана, а који запослени створи у вези са активностима послодавца или коришћењем материјално-техничких средстава, информација и других услова које је обезбедио послодавац; 3) проналазак који запослени створи у року од годину дана од дана престанка радног односа, а који би, да је створен у току радног односа, био проналазак из тачке 1) или тачке 2) овог члана.”, ЗП, стари чл. 57.

основу уговора о раду.⁹⁰ Такво дефинисање појма запосленог чини се за последицу може имати искључивање из домаћаја ових правила проналазака створених у другим облицима радног ангажовања лица, као што су различити облици рада ван радног односа (уговор о делу, привремени и повремене послови и др). Питање „правног статуса” таквих проналазака је иначе спорно у пракси, а новим решењем се сада ствара основ за уско тумачење и њихово искључивање из режима заштите проналазака из радног односа. Упитно је да ли је то била интенција законодавца.

б) Након редефинисања појма проналазка из радног односа законодавац мења правила о правима (овлашћењима) послодавца и запосленог на таквом проналаску. Ново основно правило јесте да право на заштиту проналазка из радног односа патентом има послодавац, ако уговором између проналазача (запосленог) и послодавца није друкчије уређено. Проналазачу (запосленом) припадају личноправно овлашћење (да буде назначен у пријави патента и другим патентним списима као проналазач) у вези са тим проналаском, као и право на накнаду, ако проналазак буде заштићен патентом на име послодавца.⁹¹ Раније је то правило важило само за проналаске из радног односа који су спадали у прву групу – настале извршењем уговора о раду/уговора о истраживању и развоју. За другу групу проналазака, који нису настали директним извршавањем радних обавеза, важило је начелно правило да право на заштиту таквих проналаска патентом има запослени, а послодавац је имао само право да закључи уговор о лиценци којим би му се омогућило економско искоришћавање таквог проналазка, уз обавезу да запосленом плати накнаду.⁹² Сада се потоње правило брише, те правило да право на заштиту проналазка из радног односа патентом припада послодавцу важи за све проналаске из радног односа. Тиме се јасно умањују права запосленог као проналазача. Разлог за брисање правила о правима запосленог на проналасцима из радног односа, како се наводи у предлогу измена, јесте дестимулативно деловање таквог правила на развијање иновационе делатности како код домаћих послодавца тако и код страних инвеститора који улажу у истраживање и развој у РС. Након анализе прописа из упоредног права (Немачка, Румунија, Данска и Словенија) предлагач закона је утврдио да „решење, према којем запослени, а не послодавац, има право на заштиту проналазка из радног односа, није доминантно у земљама које подстичу иновативне активности.”⁹³ Иако

⁹⁰ Измене ЗП, чл. 3 и Предлог измена ЗП (образложење чл. 3), 6.

⁹¹ Измене ЗП, чл. 4.

⁹² ЗП, стари чл. 59.

⁹³ Измене ЗП чл. 5 и Предлог измена ЗП (образложење чл. 5), 7.

се наведена аргументација предлагача законодавца у основи чини као оправдана, остаје питање, будући да се овде ради о диспозитивном правилу (које ће се применити у недостатку уговора), да ли таквим правилом треба штити послодавца који по природи ствари има бољи положај при закључењу уговора. Новим решењем се терет преговарања и уговарања повољнијих услова приликом закључивања уговора о раду (или другог уговора) пребацује на запосленог (проналазача) који је „слабија” уговорна страна. Зато, отворено је питање да ли је овде постигнут одговарајући компромис између подстицања иновативне активности, с једне стране и заштите права запослених проналазача, с друге стране.⁹⁴

в) Трећа група измена односи се на поступање запосленог и послодавца по настанку проналаска из радног односа. И даље остаје обавеза запосленог да одмах по настанку таквог проналаска обавести послодавца достављањем писаног извештаја, али сада законодавац јасно прописује елементе таквог извештаја (подаци о проналазачу, опис проналаска и начина његове примене и др).⁹⁵ По пријему уредног извештаја запосленог у року шест месеци (пре измена два месеца), послодавац је дужан да запосленог писаним путем обавести (даље у тексту: писано обавештење) да ли сматра да проналазак припада групи проналазака из радног односа. Ако не постоји сагласност послодавца и запосленог да ли се ради о проналаску из радног односа или не, изменама је изричито прописано да о томе одлучује надлежни суд.⁹⁶ С друге стране, ако постоји сагласност да се ради о проналаску из радног односа послодавац је дужан да у писаном обавештењу обавести запосленог да ли ће поднети патентну пријаву. Послодавац затим пријаву мора поднети у разумном року (пре измена у року од шест месеци од када запослени прими обавештење). У случају да не жели да поднесе пријаву, мора о томе у писаном обавештењу обавестити запосленог, који онда има право да тражи патентну заштиту у своје име, под условом да проналазак не обухвата неку од производних тајни послодавца. Када проналазак обухвата неку од производних тајни послодавца, запослени нема право да заштити

⁹⁴ Треба напоменути да су изменама прописани и детаљнији критеријуми за утврђивање накнаде запосленом у вези са коришћењем проналаска који је створио у радном односу. Ради се о диспозитивном правилу. Измене ЗП, чл. 6. Више о проналасцима из радног односа вид. Слободан М. Марковић, *Патентно право*, Београд, 1997, 345–362; Миодраг Јањић, *Правни режим проналазак створених у радном односу*, Београд, 1965, 75–135.

⁹⁵ Измене ЗП, чл. 7.

⁹⁶ Измене ЗП, чл. 8.

патент, али има право на накнаду од послодавца. Независно од тога који од наведених „сценарија” се оствари, послодавац и запослени имају дужност помоћи у поступку заштите, дужност узајамног обавештавања⁹⁷ и обавезу чувања пословне тајне у вези са проналаском.⁹⁸

Додатно, изменама се брише правило да коришћење проналаска из радног односа не може отпочети пре регулисања питања накнаде запосленом или пре правноснажности одлуке надлежног суда о накнади (напомена аутора: мисли се на висину накнаде). Предлагач измена истиче да је брисање тог правила целисходно јер оно представља кочницу у искоришћавању проналаска из радног односа, као и да је интерес праксе по правилу да се што пре отпочне са коришћењем проналаска.⁹⁹ Иако се разлози предлагача чине као неспорни и укидање тог правила као пожељно, остаје да се види како ће се на праксу одразити његово изостављање и да ли ће то створити простор за злоупотребе.

IV. Измене Закона о заштити топографија полупроводничких производа

Основни разлог измена ЗЗТПП, према наводима у предлогу измена, јесте његово додатно усклађивање са правом ЕУ, тачније са Директивом о правној заштити топографија полупроводничких производа у оквиру преговарачког поглавља 7 – Право интелектуалне својине.¹⁰⁰ Поред тога, ЗЗТПП се усклађује и са одредбама закона којима се уређује слободан приступ информацијама од јавног значаја и закона којим се уређује заштита података о личности.¹⁰¹

Измене ЗЗТПП су већег обима (измене се састоје из 17 чланова, док сам ЗЗТПП има 39 чланова). Мењају се, између осталог, одредбе које се односе на неке од кључних елемената заштите субјективним правом

⁹⁷ Измене ЗП, чл. 9 (новим правилима се не прописује шта ће бити у случају одустанка послодавца од поднете патентне пријаве, као што је то био случај пре измена).

⁹⁸ Вид. Измене ЗП, чл. 11 (измене чл. 66 – прецизирање правила о роковима чувања пословне тајне).

⁹⁹ ЗП, стари чл. 65. Измене ЗП, чл. 10 и Предлог измена ЗП (образложење чл. 10), 9.

¹⁰⁰ Директива 87/54/ЕЕЗ Савета од 16. децембра 1986. године о правној заштити топографија полупроводничких производа, *Службени лист ЕЕЗ*, бр. Л 24/36, 27. јануар 1987 (даље у фуснотама: Директива о правној заштити топографија полупроводничких производа).

¹⁰¹ Влада РС, Предлог Закона о изменама и допунама Закона о заштити топографија полупроводничких производа од 24. јуна 2019. године (даље у фуснотама: Предлог измена ЗЗТПП), http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/1645-19.pdf, 4. октобар 2019, 6.

заштите топографије полупроводничког производа¹⁰² као што су услови заштите, субјекти заштите и садржина заштите. Те измене ће бити приказане у наставку.

а) Након измена прописано је да предмет заштите субјективног права заштите топографије полупроводничког производа може бити само топографија у обиму у коме је резултат интелектуалног напора ствараоца и у коме није општепозната у индустрији полупроводничких производа.¹⁰³ Из такве одредбе произлазе два кумулативна услова за заштиту: 1) да је топографија резултат интелектуалног напора ствараоца и 2) да није општепозната (новост топографије). Исто тако, јасно је назначено да топографија заштиту ужива само у обиму у коме су испуњена та два услова заштите. Управо то је и разлика у односу на раније решење које није садржало јасну назнаку о обиму заштите, те је остављало простора за различита тумачења.

б) Према основном правилу изворни субјект права на заштиту топографије јесте физичко лице стваралац топографије. Одступања од тог правила постоје када је топографија створена у радном односу или на основу другог уговора (који није уговор о раду). Тада право на заштиту имају послодавац, односно наручилац (физичко или правно лице), ако ништа друго није уговорено.¹⁰⁴ Ипак, ЗЗТПП прописује додатни услов неопходан како би наведена лица остварила право на заштиту – она морају бити држављани или имати пребивалиште, то јест седиште на територији РС, односно неке од држава чланица СТО. Ако ствараоци топографије, послодавци, наручиоци не испуњавају тај додатни услов, онда топографију могу заштити друга лица која га испуњавају, односно имају држављанство, пребивалиште или седиште у РС/држави чланица СТО под условом: 1) да су прва на територији РС или државе чланице СТО, комерцијално употребила топографију која још увек није била комерцијално употребљена било где у свету; 2) да имају искључиво овлашћење да комерцијално употребљавају топографију на територији РС или неке од држава чланица СТО од носиоца права на

¹⁰² Овде ћемо ради поједностављења користити законски назив предметног субјективног права – „право заштите топографије полупроводничког производа”, који је код нас у законски текст преузет из права ЕУ. Ипак, треба скренути пажњу да је општеприхваћен назив тог права у теорији „право заштите топографије интегрисаног кола” који је коришћен у старом закону. С. М. Марковић, Д. В. Поповић, 194–200.

¹⁰³ Измене ЗЗТПП, чл. 1 (измене чл. 3) – додатно, изричито је прописано да чак и када се топографија састоји из комбинације општепознатих елемената, таква комбинација може бити заштићена у обиму у коме испуњава наведена два услова.

¹⁰⁴ ЗЗТПП, чл. 5.

тој топографији. Пре измена, тој другој групи лица се није захтевало држављанство, пребивалиште или седиште у РС/држави чланици СТО, што је било нелогично будући да је тај услов захтеван за самог ствараоца топографије. Исто тако, сада и правни следбеници тих лица имају право на заштиту. Новим изменама, такође се прописује да ће се по приступању Србије ЕУ, дејство ових правила проширити и на територију и држављане ЕУ и држава Европског економског простора.¹⁰⁵

в) Изменама ЗЗТПП су редефинисана правила о садржини субјективног права заштите топографије полупроводничког производа како би била у складу са правом ЕУ. Тако, носилац права из признате топографије сада има искључиво право да забрани сваком трећем лицу да без његовог овлашћења: 1) умножава топографију у обиму у коме она ужива заштиту; 2) комерцијално употребљава или увози топографију заштићену ради комерцијалне употребе или полупроводнички производ који садржи топографију заштићену ради комерцијалне употребе. Код оваквог одређења садржине нејасна је у одређеној мери формулација „топографија заштићена ради комерцијалне употребе”. Чини се да ће свака заштићена топографија бити заштићена због тога, па је питање да ли је неопходно то овде истицати. Штавише, неко може поставити питање постојања евентуалне разлике између топографија заштићених ради комерцијалне употребе и на пример топографија заштићених за умножавање. За прављење те разлике друге одредбе ЗЗТПП, а ни Директива не остављају места.¹⁰⁶ Додатно, изменама се прописује да ће се територијални опсег деловања правила о исцрпљењу овлашћења из садржине субјективног права заштите топографије полупроводничког производа проширити на територију ЕУ и Европског економског простора, даном приступања Србије ЕУ.¹⁰⁷

Изменама ЗЗТПП се, поред приказаних измена материјалноправних одредаба, мења и низ других правила која се превасходно односе на поступак заштите топографија и између осталог обухватају: прописивање постојања само Регистара топографија (уместо Регистра пријава топографија и Регистра топографија), детаљније одређење садржине пријаве за признање топографије, садржине исправе о признатој топографији, те друге измене.¹⁰⁸

¹⁰⁵ ЗЗТПП, чл. 16.

¹⁰⁶ Директива о правној заштити топографија полупроводничких производа, чл. 5, ст. 1.

¹⁰⁷ ЗЗТПП, чл. 16.

¹⁰⁸ Измене ЗЗТПП, чл. 3, 5–15.

За крај, може се констатовати да наведене измене ЗЗТПП у начелу представљају појашњење појединих правила и отклањање одређених не-логичности, а све у циљу усклађивања са правом ЕУ. У томе лежи њихов значај. Мада, не треба заборавити да право заштите топографије полу-проводничког производа није још увек „заживело” у пракси у РС.

V. Закључак

Након излагања разлога за измене и приказа самих измена ЗАСП, ЗП и ЗЗТПП од септембра 2019. године можемо приметити пет заједничких одлика тих измена. За тих пет измена се може рећи и да су генерално одлике развоја – измена прописа из области права интелектуалне својине у РС.

Прво, прописи из области права интелектуалне својине се доносе, развијају и мењају првенствено по узору на право ЕУ. То се види из нових измена ЗАСП и ЗЗТПП, док је ЗП усклађиван са правом ЕУ у 2018. години. Такво стање је и логично с обзиром на дугогодишњу усмереност РС ка путу интеграције са ЕУ, те отворено преговарачко поглавље 7 – Право интелектуалне својине. Корисни аспекти усклађивања са ЕУ су многоструки, будући да је систем заштите права интелектуалне својине у ЕУ један од најефикаснијих глобално гледано. Негативан аспект таквог усклађивања јесте то што се интереси РС и ЕУ у вези са појединим питањима заштите права интелектуалне својине неће увек поклапати. Интереси развијених земаља и земље у развоју око слободног приступа интелектуалним добрима по логици ствари нису исти. При томе, законодавац РС се неретко дословно приклања решењима директива ЕУ, не користећи простор који те директиве остављају да прилагоди поједина решења постојећем систему заштите и логици прописа у РС, чиме се правила заштите додатно компликују (то се нарочито види код измена ЗАСП).

Друго, може се приметити тенденција јачања заштите права интелектуалне својине у РС изменом прописа. Заштита права интелектуалне својине се јача, с једне стране, непосредно прописивањем: а) нових овлашћења (као код права интерпретатора у ЗАСП); б) посебног правног статуса појединих предмета заштите који су од посебног интереса (правила о проналасцима из радног односа у ЗП, базама података, рачунарским програмима, музичким делима са речима у ЗАСП), или в) прописивањем додатних судских механизма за остваривање заштите (на пример измена процесноправних правила у ЗАСП). С друге стране, јача се посредно појашњењем и отклањањем нелогичности у већ

постојећим правилима заштите (као код појашњења услова за стицање заштите и субјеката који имају право на заштиту у ЗЗТПП). Та тенденција је резултат како усклађивања са правом ЕУ, тако и тренутне политике јачања заштите права интелектуалне својине на глобалном нивоу.

Треће, присутни су случајеви креирања правила из права интелектуалне својине у циљу додатне, привилеговане заштите интереса потенцијалних инвеститора (домаћих и страних) на тржишту РС. Право интелектуалне својине (бар када је реч о заштити ауторског права, патента и других права на творевинама људског духа) превасходно би требало да буде усмерено на стварање подстицаја ауторима, проналазачима и другим ствараоцима интелектуалних добара да наставе да стварју та интелектуална добра зарад добробити целог друштва. Стога, упитно је колико је легитиман циљ законодавца РС да повољнијим законским правилима штити инвеститоре, на уштрб интереса стваралаца. Примери за таква правила се виде у анализираним изменама ЗАСП код ауторских дела база података из радног односа и у изменама ЗП код проналазака који нису створени непосредним извршењем радних обавеза.

Четврто, примећује се учестала измена закона из области права интелектуалне својине. ЗП је донет 2011, а мењан је 2017, 2018. и 2019. године. ЗАСП је донет 2009, а мењан је 2011, 2012, 2016. и 2019. године, а ускоро се могу очекивати нове измене пошто још увек није усклађен у потпуности са тековинама ЕУ. ЗЗТПП је усвојен 2013. године, а већ је измењен 2019. године и то због разлога који су постојали још у време његовог усвајања. Слична је ситуација и са другим прописима из те области. Такве честе измене не доприносе правној сигурности и отежавају пословање са заштићеним интелектуалним добрима.

Пето, због честе измене закона из области права интелектуалне својине у њима је приметна нејасна и неуједначена терминологија, те пререгулација појединих питања. Делом је то резултат дословног преузимања одредаба из директива ЕУ, без њиховог претходног прилагођавања терминологији и тексту закона РС. Последње се може видети на више места у изменама ЗАСП, на шта је и указано у раду. Последица свега тога јесте отежавање тумачења, те повећање вероватноће за погрешно тумачење прописа из области права интелектуалне својине.

Novak Vujičić, LL.M.

Lecturer at the University of Belgrade Faculty of Law

INTELLECTUAL PROPERTY LAWS AMENDMENTS FROM SEPTEMBER 2019:
A CRITICAL REVIEW

Summary

The paper represents a critical review of the amendments to three intellectual property laws from September 2019: the Law on Copyright and Related Rights, the Patent Law and the Law on the Legal Protection of Topography of Semiconductor Products. For each of the amended laws, the reasons for the amendments are first indicated, and then some significant amendments are analysed. The aim is to determine whether the common aspects of these amendments exist, and if so, what they are. The analysis shows five common aspects of the analysed amendments: 1) adoption in order to harmonize with European Union law; 2) strengthening the protection of intellectual property rights; 3) privileging the interests of potential investors; 4) frequent amendments of laws; 5) ambiguous and inconsistent terminology, and overregulation of certain issues. It seems that these characteristics are typical for the development – amendments of regulations in the field of intellectual property rights in the Republic of Serbia in general.

Key words: intellectual property rights, copyright, related rights, patent, topography of semiconductor products right

UDK 342.738(497.11)

Mr Рогољуб Шабих,

адвокат у Београду

НАПОМЕНЕ О ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ

Сажетак

У чланку се представљају околности у којима је донет Закон о заштити података о личности, те указује на његове бројне недостатке – у правној техници, те у садржини односно у законским решењима. Аутор анализира оне законске одредбе које могу изазвати највише проблема у примени и које стварају правну несигурност у материји заштите података о личности. У раду се дају и примери неспремности и пропуста државних органа да поступају по обавезама које су им Законом одређене, а указује се и на одредбе Закона које су посебно интересантне за адвокатуру као професију. Аутор износи став да Закон треба да претрпи битне измене како би се ускладио са Уставом Републике Србије и европским стандардима и како би се отклониле мањкавости које остављају простор за повреде права личности у области прикупљања података.

Кључне речи: подаци о личности, прикупљање података о личности, заштита људских права, заштита података о личности, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, руковалац подацима, официр за заштиту података о личности

I. Напомене о околностима доношења Закона

Закон о заштити података о личности ступио је на снагу крајем новембра 2018. године, а његова примена почела је 21. августа 2019. године.¹

На овај Закон дуго се чекало. Разлози за његово доношење одавно су постојали и на међународно-правном и на унутрашњем плану. Још

¹ Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 87/2018).

од усвајања претходног Закона о заштити података о личности² било је јасно да ће он, иако јесте представљао први и веома важан корак у правцу прихватања савремених европских стандарда заштите овог људског права, ипак, у догледно време, морати да буде коригован или потпуно замењен будући да у низу битних ствари није био усаглашен не само са стандардима афирмисаним у ЕУ, него чак ни са Уставом Србије.

Упорна указивања струке на недостатке Закона, односно на конкретне проблеме који су у пракси те недостатке потврђивали, често и на драматичан начин, довела су до тога да је, средином 2012. године, коначно формирана Владина међуресорска радна група за израду новог Закона. Нажалост, рад те радне групе дуго, годинама, није дао било какав резултат. Није помогло ни то што је Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности ставио Влади на располагање комплетан Модел новог закона који је припремила експертска радна група коју је Повереник формирао. Влада додуше јесте, у Акционом плану за Поглавље 23 у преговорима са ЕУ, утврдила да ће нови Закон бити донет до краја 2015. године, и да ће основу новог Закона представљати Модел који је припремио Повереник. Међутим, Закон није донет, а Нацрт који је касније презентирало Министарство правде, упркос наведеном „опредељењу” из Акционог плана, није имао практично никакве везе са Моделом Повереника и, после изузетно кратке јавне расправе и жестоких критика, врло брзо је повучен односно дословно је нестао. Уследио је даљи „рад” на Закону и сукцесивно појављивање неколико верзија његових нацрта. У међувремену је усвојена Општа уредба ЕУ о заштити лица у вези са обрадом података о личности и слободном кретању таквих података и стављању ван снаге Директиве 95/46/ЕЗ,³ што је додатно компликовало ситуацију. Повереник је Влади још једном ставио на располагање Модел закона, овај пут усаглашен са *GDPR*. Међутим и тај Модел је имао судбину претходног – вербално је подржан, а практично игнорисан.

Усвајање Закона је одложено за крај 2016. године, па за крај 2017. године, да би коначно, крајем 2018. године, Народна Скупштина Републике Србије усвојила је нов Закон.

На веома бројне недостатке тог Закона, као најодговорнији државни орган у тој области, Повереник за информације од јавног значаја и

² Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 97/08, 104/09 – др. закон, 68/12-одлука УС, 107/12.

³ Општа уредба о заштити података (*General Data Protection Regulation – GDPR*) ступила је на снагу 25. маја 2018. године.

заштиту података о личности упозорио је у опширном формалном Мишљењу на Нацрт закона о заштити података о личности.⁴

Мање-више све суштинске примедбе и сугестије изнете у мишљењу Повереника практично су потпуно игнорисане. И касније је Повереник у више наврата јавно упозоравао да је Закон испод потребног и очекиваног квалитета, а у току припремања неколико верзија нацрта и предлога и у самом процесу усвајања новог Закона у Народној скупштини, било је и много других упозорења и критика из стручних кругова односно из цивилног сектора. На то да би, како услед необезбеђених фактичких услова за примену, тако поготово услед квалитета садржине самог Закона, његова примена, уместо уношења реда, у код нас иначе врло запуштену област људских права каква је приватност, односно заштита података о личности, могла унети додатну конфузију и нове проблеме, упозорено је много пута – на жалост, дефинитивно без ефеката.

У истом контексту индикативна је и занимљива још једна чињеница. У међувремену је прекинут и *interregnum* у институцији Повереника за информације и заштиту података о личности и, после више месеци по престанку функције претходног Повереника, коначно изабран нови. Један од првих потеза новог Повереника био је обраћање Народној Скупштини са предлогом да се одложи примена Закона о заштити података о личности. Тај апел је такође остао без ефекта, чак и без одговора.

Упркос свему, примена новог Закона о заштити података о личности почела је 21. августа 2019. године и већ првих пар месеци његове примене потврдили су озбиљност и основаност свих наведених упозорења.

II. О фактичким околностима релевантним за примену Закона

Закон о заштити података о личности предвидео је *vacatio legis* од девет месеци што је, бар за наше прилике, неуобичајено дуг рок. Али, и поред тога, показало се да највећи број руковалаца података у Републици Србији није ни изблиза спремно дочекао почетак примене новог Закона.

У државном, јавном сектору такву оцену је, већ на најелементарнијем нивоу, лако документовати упечатљивим примерима. Довољно је, тако, осврнути се на то како су органи власти извршили, за примену Закона

⁴ https://www.poverenik.rs/images/stories/dokumentacija-nova/misljenja2018/2018-073-12-1090- Nactr_ZZPL-MPravde1.pdf

изузетно важне обавезе руковоаца подацима, која подразумева и обавезу да одреде „официре за заштити података о личности”. После девет месеци „припреме” за примену новог Закона, од више хиљада субјекта, органа власти, који су имали обавезу да одреде „официре за заштити података о личности”, обавезу је извршило само пар стотина; од 18 државних министарстава, само трећина је извршила ту најосновнију обавезу, а међу 12 министарстава која је нису извршила налази се чак и Министарство правде, „одговорни” предлагач закона!

И у приватном сектору ситуација је слична с тим што се, на срећу, може констатовати да постоји, ипак, један, незанемарљив број субјеката, који су статусно, организационо, функционално или пословно повезани са субјектима из ЕУ и који, *volens nolens*, следе импулсе из европског нормативног окружења и праксе, те који по правилу имају обезбеђену стручну подршку специјализованих адвокатских канцеларија и који је солидно спреман дочекао нову ситуацију.

Коначно, хронично одсуство систематских активности на мењању инерције наслеђеног, а у друштву доминантног менталитета неспремног да лако прихвата нове стандарде људских права, има за последицу да се оцена о неприпремљености сасвим извесно, у највећој мери, односи и на грађане као главне потенцијалне кориснике Закона.

Разлога за општу неспремност има више, али најбитнији разлог је хроничан изостанак осмишљеног, стратешког приступа државе проблемима у области заштите података о личности. Ради се о апсолутно неадекватном односу који траје целу деценију и који је обележио цео период у ком је основ заштите података о личности представљао претходни Закона о заштити података о личности.

Прошло је девет година од како је Влада Србије усвојила Стратегију заштите података о личности.⁵ Усвајајући је, Влада је, уз остало, у тексту Стратегије утврдила да ће „формирати посебно радно тело које ће надзирати обезбеђење услова и спровођење Стратегије и Акционог плана, вршити координацију државних органа у циљу ефикасног функционисања система заштите података о личности, извештавати надлежне органе о спровођењу Стратегије и уоченим проблемима при њеној реализацији и иницирати измену Стратегије, у складу с новонасталим потребама или уоченим недостацима.”

Такође је, што је с практичног становишта и важније, Влада утврдила да ће „Акциони план за спровођење Стратегије, с дефинисаним

⁵ Стратегија доступна на: <https://www.poverenik.rs/sr-yu/%D0%BF%D0%BE%D0%B4%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D1%81%D0%BA%D0%B8-%D0%B0%D0%BA%D1%82%D0%B84/942-strategija-zatite-podataka-o-licnosti.html>

активностима, очекиваним ефектима, носиоцима конкретних задатака и роковима за извршење задатака, донети у року од 90 дана од дана објављивања.”

Упркос наведеном, „посебно радно тело” није никад формирано, нити је донет Акциони план. Ово је за неизбежну последицу имало изостанак низа других нужних ствари. Влада је, као што је речено, годинама доцнила са Предлогом новог Закона о заштити података о личности и у убрзању овог процеса није помогло ни то што је Повереник припремио и ставио Влади на располагање комплетан Модел новог закона. Влада такође није никада донела, не само у прописаном року, него никада, претходним Законом предвиђену, по природи ствари важну и врло деликатну, Уредбу о заштити нарочито осетљивих података! Државне активности у овој области су се практично сводиле на активности Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, а иако су те активности биле све бројније, оне нису могле да надоместе оно што су морали да ураде надлежна министарства, Влада и Скупштина.

Апсурдна доцња с доношењем Акционог плана, постала је и предмет упозорења Европске комисије. Влада је „поштујући” прва упозорења и препоруке Европске комисије, у Акционом плану за испуњавање препорука утврдила да ће Акциони план за спровођење Стратегије заштите података донети средином 2013. Године, али није га донела. И касније је, поводом поновљених примедби Европске комисије, Влада у неколико наврата утврђивала нови рок за доношење Акционог плана, али га никад није донела.

Акциони план немамо ни данас, а имамо Стратегију заштите података о личности која је застарела и превазиђена.

Последице описаног, крајње неадекватног односа, не могу се отклонити само доношењем новог Закона, чак и под претпоставком да се ради о Закону који би био неупоредиво квалитетнији од овога о коме се расправља у овом раду.

Неодговоран однос државе према Уставом зајамченом праву на заштиту података о личности потврђен је и настављен, како дешавањима у процесу усвајања новог Закона, тако и његовом садржином. За илустрацију, довољно је упоредити искуства и резултате процеса усвајања новог Закона о заштити података о личности са искуствима ЕУ из процеса припремања и усвајања европског прописа у материји заштите податка о личности – *GDPR*-а.

Европска Општа уредба – *GDPR* припремана је пуне четири године, а током расправе пред Европским парламентом је врло сериозно раз-

матрано преко 4.000 (четири хиљаде) амандмана. И када је *GDPR* коначно усаглашена, усвојена и објављена 2016. године, имала је *vacatio legis* од пуне две године; и то упркос чињеници да су све државе чланице ЕУ имале своје, националне законе о заштити података о личности усклађене са до тада важећим, основним европским прописом у овој области, Директивом 95/46/ЕЗ о заштити грађана у вези са обрадом података о личности и о слободном кретању таквих података.⁶ Иако *GDPR* формално јесте ставио Директиву 95/46 ван снаге, то није значило правни дисконтинуитет; напротив, само је унапређен ниво заштите права до тада јемчен Директивом и са њом усклађеним националним законима. Но, и поред тога, двогодишњи *vacatio legis* се, чак за већину чланица ЕУ, показао као недовољно дуг.

Наш Закон о заштити података о личности донет је „по сваку цену”, уз занемаривање свих примедби релевантних субјеката, као што су, поред Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности или Друштва судија Србије, и бројне организације цивилног друштва специјализоване за материју заштите података о личности, индивидуални експерти, професори, адвокати. У светској упоредној законодавној пракси јако је тешко, можда и немогуће пронаћи још неки тако бизаран куриозитет какав представља чињеница да је преко 120 амандмана, који су поднети на Предлог овог закона, одбачено од стране надлежног скупштинског одбора за мање од једног минута, па се након тога о њима није ни расправљало у скупштинском пленуму.

Као резултат добијен је Закон који је заправо компилација превода два европска документа – *GDPR*-а и тзв. Полицијске директиве.⁷

Ваља подвући да, упркос чињеници да ни претходни Закон о заштити података о личности, а сходно томе, наравно, ни пракса, нису били усклађени са Директивом 95/46, за примену новог Закона требало се припремити у периоду од девет месеци, да би, како је прокламовало наше Министарство правде – „правни поредак Републике Србије ускладили са ГДПР”. Дакле, Влада и народна Скупштина су процениле да Република Србија за девет месеци, са далеко лошијих полазних позиција,

⁶ *Directive 95/46 EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.*

⁷ Директива (ЕУ) 2016/680 Европског парламента и Савета од 12. априла 2016. године о заштити појединачца у вези са обрадом личних података од стране надлежних органа у сврхе спречавања, истраге, откривања или прогона кривичних дела или извршавања кривичних санкција и о слободном кретању таквих података и о стављању ван снаге Оквирне одлуке Већа 2008/977/*PUP* – скр. Полицијска директива (*Law Enforcement Directive*).

треба и може да учини оно за шта многим државама чланицама ЕУ нису биле довољне две године. У наведеним околностима потпуну нереланост такве процене сувишно је и коментарисати.

Уз све то, нови Закон прописао је и да ће се, у наредних годину и по дана, сви остали закони морати ускладити са његовим одредбама (члан 100). Међутим, у овом тренутку сасвим је непознато не само који су то закони, него чак ни колико таквих закона има.

Недостају и информације о једном, поготово са становишта адвокатуре, посебно занимљивом питању. Од 21. августа 2019. године у примени су одредбе Закона које на квалитативно другачији начин уређују позицију и улогу судова у поступку заштите права на заштиту података о личности. Од тог дана, двадесет пет виших судова, у парничном поступку, морају да одлучују о стварима из правне материје којом се до сада нису бавили. Остављајући за касније коментар недостатака овог законског решења, мора се констатовати да готово потпуно одсуство информација о нужној, сериозној припреми судија и судова (о едукацији, те о кадровским, организационим, логистичким мерама) само по себи представља разлог за забринутост.

Најзад, наша држава не само да, као што је речено, никада није ни покушала да спроведе у дело Стратегију заштите података о личности, усвојену још 2010. године, сада без сумње застарелу и превазиђену, него ни данас, након доношења новог Закона, нико од одговорних и не помиње потребу усвајања нове Стратегије.

III. О садржини Закона

1. Опште о садржинским недостацима Закона

Нови Закон о заштити података о личности, заправо је, како је наведено, компилација превода два за ову област фундаментална документа Европске уније – Опште уредбе (*GDPR*) и Полицијске директиве која се односи на заштиту појединаца у вези с обрадом личних података од стране надлежних тела у сврхе спречавања, истраге, откривања или прогона кривичних дела или извршавања казних санкција.

На жалост, може се слободно рећи, ради се о врло неспретној и несретној компилацији и адаптацији пре свега зато што су, и то у потпуности, занемарене преамбуле и Уредбе и Директиве. А за оба наведена кључна документа карактеристично је управо то да нормативним деловима претходе изузетно опширне преамбуле. Шта више, преамбуле ових докумената су опширније од нормативних делова, јер су у њима сад-

ржани контекст и разлози доношења, те потпуна појашњења појединих термина, са примерима. Преамбула *GDPR*-а се, на пример, састоји од чак 173 тачке које разрађују правне норме и стандарде и појашњавају циљ свих одредби *GDPR*-а. Преамбула је, дакле, више него корисна, она је заправо незаобилазно, практично неопходно полазиште за тумачење одредби нормативног дела Уредбе; разумевање нормативног дела без претходног односно „паралелног” читања преамбуле веома је тешко и оставља бројне недоумице у тумачењу норми, а „креатори” нашег Закона, који су превели и аутоматски преузели већину одредби *GDPR*-а, нису то учинили и са преамбулом иако је то било неопходно.

Уз то, Закон је писан конфузним, компликованим и изузетно тешко схватљивим језиком. Пошто уређује једно од фундаменталних људских права, Закон би морао да, у највећој могућој мери, буде јасан широком кругу грађана, али такав стандард Закон сасвим очигледно не достиже. Текст је тешко читљив и разумљив чак и за правнике који се баве овом материјом, обилује одредбама чији је смисао тешко схватити. Као илустрација ових тврдњи може се навести, на жалост не и усамљен, пример правно и језички рогобатне, одредбе члана 40. Закона.⁸

У односу на права која утврђује, Закон садржи несхватљиво велики број изузетака, велики број упућујућих норми, те терминологију која нити је јасна нити има упориште у другим прописима правног поретка Републике Србије; Закон је, у великом броју одредби, нејасан и непрецизан и, сходно томе, за тумачење и примену изузетно захтеван и тежак, може се рећи готово до граница неприменљивости.

⁸ Чл. 40. Закона (са наднасловом „Ограничења”) гласи: „Права и обавезе из чл. 21, 23, 24, 26, чл. 29. до 31 и члана 53, као и члана 5 овог закона ако се те одредбе односе на остваривање права и обавеза из чл. 21, 23, 24, 26, чл. 29 до 31, члана 33. и чл. 36. до 39. овог закона могу се ограничити ако та ограничења не задиру у суштину основних права и слобода и ако то представља неопходну и сразмерну меру у демократском друштву за заштиту: 1) националне безбедности; 2) одбране; 3) јавне безбедности; 4) спречавања, истраге и откривања кривичних дела, гоњења учинилаца кривичних дела, или извршење кривичних санкција, укључујући спречавање и заштиту од претњи по јавну безбедност; 5) других важних општих јавних интереса, а посебно важних државних или финансијских интереса Републике Србије, укључујући монетарну политику, буџет, порески систем, јавно здравље и социјалну заштиту; 6) независности правосуђа и судских поступака; 7) спречавања, истраживања, откривања и гоњења за повреду професионалне етике; 8) функције праћења, надзора или вршења регулаторне функције која је стално или повремено повезана са вршењем службених овлашћења у случајевима из тач. 1) до 5) и тачке 7) овог става; 9) лица на које се подаци односе или права и слобода других лица; 10) остваривања потраживања у грађанским стварима. // ... Одредбе ст. 1. и 2. овог члана примењују се и у случају када се обрада од стране надлежних органа не врши у посебне сврхе (*стив 2. изостављен*).

Дефиниција материјалне примене Закона је екстензивна. Закон се примењује у свим случајевима обраде података изузев у две ситуације – не примењује се на обраду података о личности коју врши физичко лице за своје приватне потребе или потребе домаћинства, и на неаутоматизовану обраду података о личности који не чине збирку података.

И дефиниција територијалне примене је такође широка. Закон се, пре свега, примењује на обраду података коју врши руковалац или обрађивач са седиштем, односно пребивалиштем или боравиштем на територији Републике Србије, у оквиру активности које се врше на тој територији, независно од тога где се сама радња обраде врши, али предвиђа и екстериторијалну примену. То се односи на случајеве кад руковалац, односно обрађивач који нема седиште, пребивалиште или боравиште на територији Србије, обрађује податке о личности грађана Србије у циљу продаје роба или нуђења услуга, или праћења њихових активности на територији Србије.

С формалног аспекта, Закон је релативно обиман текст. Састоји се од сто и два (махом неуобичајено обимна) члана, сврстана у десет одељака који се, бар по називима, односе на: (I) предмет и циљеве закона и значење израза који се користе; (II) основна начела обраде података; (III) права лица о чијим подацима се ради; (IV) руковоаце и обрађиваче; (V) пренос података у друге земље и међународне организације; (VI) Повереника за заштиту података о личности; (VII) правна средства, одговорност и казне; (VIII) посебне случајеве обраде; (IX) казнене одредбе и (X) прелазне и завршне одредбе.

Расположив простор не дозвољава сериознији осврт на комплетан, иначе, као што је већ речено, обиман текст Закона. Стога ће овом приликом пажња бити посвећена оним решењима која се односе на неке ситуације у којим је у досадашњој пракси било највише проблема, оним који представљају битније новине, као и оним која ће тек изазивати озбиљне проблеме у пракси.

2. Одредбе о обавезама руковоаца подацима

а) Врше обавеза руковоаца подацима

Највећи број одредби Закона прописује обавезе руковоаца подацима. Те обавезе се, у зависности од тога да ли се односе на све или само на неке, поједине руковоаце, могу поделите на опште и посебне.

Под општим обавезама подразумевају се оне које се односе на све руковоаце, независно од посебних својстава руковоаца, као што је то,

на пример, случај са органима власти или независно од обима обраде или од броја запослених код руковоаца.

Посебне обавезе су оне које немају сви, већ само неки руковоаци, а које су последица било врсте руковоаца, било података који се обрађују, било начина њихове обраде.

Опште обавезе се односе на поштовање и примену свих Законом утврђених начела обраде података као и на омогућавање остваривања Законом утврђених права лица чији подаци се обрађују. Начела обраде података су следећа: начела законитости (законитости, поштења и транспарентности); начела сврсисходности (ограничености сврхе); начела сразмерности (минимизације података); начела тачности података; начела ограниченог чувања података; начела безбедности података и начела одговорности.

У опште обавезе спадају још и поступање по захтевима (чл. 21–22); обавештење о обради (чл. 23–24) и омогућавање остваривања права лица о чијим подацима се ради (чл. 26–40)

Посебне обавезе су оне које се односе на: уговорни однос са обрађивачем (чл. 45); евиденције о радњама обраде (чл. 47); бележење радњи обраде надлежних органа (чл. 48); обавештење о повреди заштите података (чл. 52–53); процену утицаја на заштиту података (чл. 54–55); лице за заштиту података (чл. 56–58); кодекс поступања (чл. 59); посебне обавезе у погледу преноса података о личности у друге државе и међународне организације.

б) Начела обраде података

1) Начело одговорности

Осврт на обавезе у вези са применом и поштовањем начела обраде података најупутније почети кроз призму последњег наведеног, начела одговорности.

Наиме, начело одговорности фактички обухвата сва остала начела, оно захтева од руковалаца да обезбеде примену свих начела, као и да у сваком тренутку буду у могућности да то докажу. Ово је посебно важна новина за руковоаци у Србији, будући да решење намеће квалитативно другачију логику од оне коју је диктирао претходни Закон о заштити података о личности. По претходном Закону, руковалац је био обавезан да збирке података пријави Поверенику као надлежном органу, па је тај механизам могао да обезбеди руковоацима потврду да су њихове збирке законите, односно да обраду личних података врше у складу са законом. Према новом Закону, збирке се не пријављују Поверенику па руковоаци

сада сасвим самостално, сами, морају да обезбеде примену свих правила, а то се евентуално проверава кад и ако се руковалац нађе у ситуацији да мора то да доказује у неком поступку, што ће највероватније и најчешће бити у поступку надзора који покрене Повереник. Последица овог начела је то да руковоаоци треба да су у позицији да у свакој прилици документују све своје одлуке у вези са применом свих осталих начела. Зато треба нагласити да интерни документи у вези са обрадом података (као што су, на пример, одговарајуће политике приватности или политике заштите личних података), треба да буду прилагођени конкретним условима руковоаоца. Мада Закон не намеће обавезу њиховог доношења, ови интерни акти извесно могу да буду врло корисни.

2) Начело законитости и основи обраде података

У поштовању и примени начела централно место припада начелу законитости обраде података.

Обрада података о личности је законита, допуштена и руковалац има право да је врши само уколико је заснована на једном од по закону расположивих правних основа; ако се обрада не заснива ни на једном од тих основа, обрада је недозвољена, односно незаконита. Закон, (као и *GDPR*) признаје шест могућих правних основа: пристанак лица на које се подаци односе, закључење и извршење уговора, поштовање правних обавеза, заштита животно важних интереса, обављање послова у јавном интересу и легитимни интерес руковоаоца.

У контексту законитости обраде, стари, најпознатији и свакако један од најчешће коришћених основа обраде података је пристанак.

Начин на који Закон уређује пристанак залужује посебну пажњу, јер то чини на драстично различит начин у односу на претходни. Закон, што је свакако веома добро, напушта решење по коме је једини ваљан пристанак подразумевао писмену форму и својеручни потпис. Поред тога што напушта наведено, заиста ултраконзервативно решење, које је било извор бројних проблема, Закон, он следећи *GDPR*, поставља низ других експлицитних захтева који морају да буду испуњени да би пристанак био ваљан.

Законит пристанак, дакле, мора да испуни следеће захтеве: да је дат слободно, не под уценом, притиском или принудом, и да уз то, генерално, не постоји озбиљна, велика неравнотежа у односу са руковоацем; да је безуслован, да није условљен прихватањем ма каквих других услуга или услова; да је специфичан, јасно и неспорно дат за конкретну, а не неодређену и прешироко дефинисану сврху; да је, уколико постоји више сврха обраде, неспорно да је пристанак дат за сваку појединачну сврху;

да је давалац информисан, дакле да лице које га даје разуме све на шта пристаје и да од руковоаца претходно добије све потребне информације релевантне за одлуку о пристанку; да је недвосмислен (радња давања пристанка мора бити јасна афирмативна радња, а не пасивно држање); и да је документован, да у случају потребе, руковалац у могућности да докаже да је пристанак, са свим претходним својствима, добио.

Основ за обраду података је и закључење и извршење уговора. Код закључења уговора, овај основ може да се користи ако се прикупљају лични подаци да би до закључења уговора дошло, и то баш по захтеву тог лица. На пример, када лице пошаље захтев продавцу да добије понуду за неку робу или услугу, а продавац задржи личне податке потребне да би могао послати понуду. Код извршења уговора подаци треба да су неопходни за извршење, дакле, то што су подаци прибављени у контексту конкретног уговорног односа, не значи да руковалац по овом основу може слободно да користи све те податке. Иначе, Закон експлицитно каже да треба да се ради о уговору са лицем чији се подаци обрађују, па се овај правни основ не може користити ако се ради о извршавању уговора са неким трећим лицем. Али Закон не наводи да уговорна страна мора бити и руковалац, што упућује на закључак да руковалац овај основ може користити кад обрађује личне податке ради извршавања уговора између лица на које се подаци односе и трећег лица.

Поред поштовања уговора, Закон као посебан основ предвиђа поштовање правних обавеза које има руковалац. Термин „правне обавезе” је још један у низу недопустиво неодређених, непрецизних појмова који у пракси могу изазивати дилеме и проблеме. Не може бити спорно да је реч о обавезама јавноправне природе, дакле о обавезама руковоаца да поштује позитивне прописе. Али, да ли то што руковалац „мора” да обрађује неке податке, јер то од њега захтева неки пропис, представља ваљан основ? Имајући у виду изричиту Уставну одредбу из чл. 42. и одговарајућу одлуку Уставног суда, према којима се обрада података о личности уређује искључиво законом, једино исправно схватање је да се под јавноправним обавезама у контексту обраде података о личности подразумевају само обавезе утврђене законом, а не и неким другим прописом.

Специфичан, и за многе потенцијално врло привлачан основ за обраду података о личности је и – легитимни интерес. И он је, евидентно, прилично „флуидан” правни основ. Позивање на њега, односно његова примена подразумева претходно вагање супротстављених интереса, примену „теста балансирања”. Као основ за обраду „легитимни интерес”

се јавља у ситуацијама у којим неки практични интереси руковоаца (или трећих лица) нису експлицитно заштићени или уређени прописима и руковалац мора да их заштити и обезбеди сам (остваривање слободе изражавања или информисања, откривање или пријављивање криминалних активности, упозоравање на евентуалне претње јавној сигурности, или мере обезбеђење пословних просторија путем увида у идентификационе документе посетилаца или постављања видео надзора и сл.), те је неопходно да у ту сврху обрађује одређене личне податке. Међутим, с друге стране постоје интереси и основна права физичког лица који налажу заштиту података о личности. Уколико ти други интереси нису преовлађујући, руковалац може да се ослони на свој (или трећег лица) легитимни интерес као правни основ за обраду личних података за конкретну сврху. Претходно, дакле, у складу са начелом одговорности руковалац има обавезу да претежност интереса одмери, да спроведе поменути „тест балансирања”. Сходно томе, будући да субјективност није једноставно искључити, руковалац је у деликатној улози и било би врло упутно да се у таквим приликама максимално ослања на званичне препоруке надлежних и релевантних органа, односно на претходно афирмисану праксу. Посебно треба нагласити да органи власти никако не смеју да користе овај основ за обраду података.

Као један од ваљаних основа за обраду података о личности Закон предвиђа и заштиту виталних интереса. Дакле, ако је обрада личних података неопходна ради заштите нечијих виталних интереса, онда је то правни основ који обраду чини законитом, дозвољеном. Овај основ без сумње треба тумачити крајње рестриктивно, сводити га, готово буквално, на ситуације „живота и смрти”, а на оне кад је, на пример, обрада неопходна ради спречавања ширења епидемије, или ради реаговања на хуманитарне кризне ситуације изазване великим елементарним непогодама односно природним катастрофама и сл. Хипотетички, овај основ је замислив и у ситуацијама кад обраду врше субјекти приватног права, али ће се, највероватније, на њега, готово искључиво, позивати државни органи, односно органи власти или организације са јавним овлашћењима који треба да реагују у поменутиим ситуацијама.

Коначно, правни основ за обраду података о личности који се састоји у обављању послова у јавном интересу или извршења законом прописаних овлашћења резервисан је за органе власти, односно субјекте којима су поверена јавна овлашћења. Да би овај основ био валидан, обрада мора да има своју основу у Закону. Закон је и у овом случају непрецизан и не каже шта све подразумева као јавни интерес или законом прописано овлашћење. Међутим, у складу са поменутиим чланом 42. Устава Репу-

блике Србије, по коме се прикупљање, држање, обрада и коришћење података о личности уређују законом, да би орган власти могао да обрађује податке о личности нужно је, као минимум, да се законом уреди: а) који орган власти је овлашћен да обрађује податке о личности; б) сврха у коју се подаци обрађују; и в) који подаци о личности се обрађују.

3) Концепт „уграђене приватности“

У контексту обавеза руковоаца треба се, макар лапидарно, осврнути и на често помињане, у *GDPR* снажно наглашене концепте „уграђене приватности“ односно приватности „по дизајну“ и „подразумеване приватности“ (*privacy by design, privacy by default*). Ови концепти представљају међународни стандард и, иако се у новом Закону не помињу изричито, заправо су у значајној мери изражени у члану 42 – у ст. 1. кроз захтеве да се применом одговарајућих мера, као што је псеудонимизација, минимализује количина података који се обрађују и да се применом неопходних механизма заштите у току обраде испуне услови за обраду и заштиту права и слобода лица чији се подаци обрађују (што је израз принципа „уграђене приватности“ – *privacy by design*), те – у ст. 2. истог члана кроз захтев да се обрађују само они подаци о личности који су неопходни за остваривање сваке појединачне сврхе обраде (што је израз принципа „подразумеване приватности“ односно *privacy by default*).

4) Примена начела

Овим принципима свакако треба да се руководе руковоаци приликом одређивања начина обраде, и пре него што са обрадом започну, тако да њихова примена адекватно прати технолошка достигнућа, трошкове, природу, обим, околности и сврху обраде, а пре свега вероватноћу наступања повреда или ризика по права лица чији подаци се обрађују.

в) Обавеза обавештавања о повредама

У потпуно нове обавезе руковоаца спада и обавеза да обавести Повереника о свакој повреди података о личности. Он је дужан да, уколико повреда података о личности може да произведе ризик по права и слободу физичких лица, то учини без одлагања, у року од 72 часа од сазнања за повреду, а остављена је могућност да, уколико не обавести Повереника у прописаном року, образложи разлоге због којих није поступио у року. Обрађивач је дужан да, после сазнања о повреди, без одлагања обавести руковоаца о инциденту. Закон такође таксативно наводи које

све информације мора да садржи такво обавештење: опис природе повреде података о личности, приближан број лица на која се подаци односе, опис могућих последица повреде, опис мера које је руковалац предузео, и слично.

Што се форме извршавања ове обавезе тиче закон је не уређује већ предвиђа да Повереник прописује образац обавештења и ближе уређује начин обавештавања, што је Повереник и учинио.

Као сасвим нова прописана је и обавеза обавештавања о повреди лица на које се подаци односе. Оваква обавеза руковаоца постоји у случајевима када повреда података о личности може да произведе висок ризик по права и слободе физичких лица, с тим да је дужан да у обавештењу, на јасан и разумљив начин, опише природу повреде података и лицу пружи информације о контакту лица за заштиту података о личности, опису могућих последица повреде, те да наведе мере које је предложио, односно предузео у вези са повредом, што укључује и мере предузете у циљу умањења штетних последица.

3. Одредбе о лицу за заштиту података о личности

Закон о заштити података о личности утврђује обавезу постављања лица за заштиту података о личности за случајеве: када се обрада врши од стране органа власти (изузев ако се ради о обради коју врши суд у сврху обављања судских овлашћења); када су обраде које по својој природи, обиму, односно сврхама захтевају редован и систематски надзор великог броја лица на које се подаци односе; кад се основне активности руковаоца или обрађивача састоје у обради посебних врста података о личности или података о личности у вези са кривичним пресудама и кажњивим делима, у великом обиму.

У свим другим случајевима постављање лица за заштиту података је факултативно.

Ова позиција замишљена је као главна спона између руковаоца и лица на која се подаци односе, у вези са информисањем и остваривањем њихових права. Улога лица за заштиту података о личности је да се стара о примени свих правила у вези са заштитом података о личности, односно да обезбеђује пуну усклађеност обраде података коју руковалац врши са Законом.

Закон о заштити података о личности прописује услове на основу којих се одређује лице за заштиту података о личности. На први поглед делује да, утврђујући да су неопходни услови „стручне квалификације, стручно знање и искуство у области заштите података о личности, као

и способност за извршавање законских обавеза” Закон наглашава значај ове позиције. Међутим, пропуштајући да услове конкретизује, да ближе дефинише које су то квалификације, стручна знања и искуства, или бар да одреди начин на који се утврђује испуњавање услова, Закон ове услове заправо у великој мери релативизује. Остаје да пракса покаже домашаје оваквог решења, на шта, имајући у виду досадашња искуства, није реално гледати са много оптимизма.

4. Пренос података

Опште прихваћен принцип у вези са изношењем података у иностранство, примењив на све руковооце и обрађиваче је – извоз података о личности дозвољен је у оне земље у којима постоји примерени ниво заштите.

Са становишта Закона о заштити података о личности, примерени ниво заштите постоји у свим државама и међународним организацијама које су чланице Конвенције Савета Европе о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података,⁹ у државама или међународним организацијама за које је Европска унија утврдила да обезбеђују примерени ниво заштите, те у државама са којима је Србија закључила међународне споразуме о преносу података о личности.

То значи да је тренутно извоз података из Србије дозвољен како у све земље Европске уније и остале земље које су потписнице Конвенције Савета Европе, тако и у све земље у које је извоз дозвољен „одлукама о адекватности” Европске комисије. То су за сада Андора, Аргентина, Церзи, Фарска острва, Гернз, те Израел, Јапан, Канада (али ограничено), Нови Зеланд, Острво Ман, Сједињене Америчке Државе (али ограничено, у складу са споразумом о „Штити приватности” између ЕУ и САД), Швајцарска и Уругвај.

Што се тиче извоза личних података у Сједињене Америчке Државе, што је са становишта како досадашње праксе тако и перспективе, врло занимљиво питање, пренос у ту земљу, као што је речено, није потпуно слободан. Наиме, према условима из „Штита приватности” нису све америчке компаније аутоматски подобне да буду увозници података. Сходно томе, компаније које желе да буду уврштене на листу безбедних

⁹ *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data* – Закон о потврђивању Конвенције о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 1/92, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 11/2005 – др. закон, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 98/2008 – др. закон и 12/2010.

прималаца података из ЕУ морају да испуне посебне услове и да се у ту сврху пријаве надлежном органу у својој земљи. Кроз овај, још увек несавршен механизам, успостављен након што је Европски суд правде касирао претходно примењивано *Safe Harbour* правило треба да се провери и осигура да ти примаоци података заиста обезбеде европским стандардима адекватан ниво заштите.

Пренос података уз примену одговарајућих мера заштите подразумева да сами руковоаоци, или обрађивачи, обезбеђују да прималац, односно увозник података, примени одговарајуће мере заштите. То би, без посебног одобрења Повереника, требало да чине на један од следећих начина: правно обавезујућим актом сачињеним између органа власти; стандардним уговорним клаузулама које израђује Повереник; обавезујућим пословним правилима; одобреним кодексом поступања и издатим сертификатима.

И одредбе Закона којима је регулисан овакав пренос података преузете су из *GDPR*-а који регулише извоз података из ЕУ, али је занемарена огромна разлика између реалних контекста у ЕУ и Србији. Европски руковоаоци који извозе податке се у највећој мери ослањају на стандардне уговорне клаузуле које је израдила Европска комисија. Стандардне клаузуле Европске комисије постоје у више варијанти, а уговорне стране бирају онај тип који највише одговара њиховим потребама. Када одаберу тип клаузула, уговорне стране само попуне недостајуће податке, а не мењају односно не смеју да промене ни једну од одредби садржаних у стандардној клаузули. Полази се, дакле, од претпоставке да је сама Европска комисија тим клаузулама утврдила одговарајуће мере заштите. Али, док у ЕУ постоји и више варијанти стандардних клаузула и искуство у њиховој примени, у Србији не постоји ни једно ни друго. Закон о заштити података о личности је надлежност за израду стандардних уговорних клаузула дао Поверенику, али све док их Повереник не изради, руковоаоци и обрађивачи су ускраћени за коришћење овог најпопуларнијег правног основа за извоз података, посебно „атрактивног” када је у питању извоз у САД.

Коначно, може се констатовати да садашњи Закон о заштити података о личности, у односу на претходни Закон, појачава значај пристанка, и генерално и у вези са извозом података. Међутим, с тим у вези треба напоменути да, колико год то у контексту преноса података под посебним условима или другим ситуацијама, евентуално деловало атрактивно, треба бити опрезан у погледу оцене значаја пристанка. Јер, одговор на питање да ли, формално беспрекоран, пристанак лица чији се подаци обрађују, може да „озакони” кршење неког од начела обраде,

је негативан. Прибављање пристанка не умањује обавезе руковооца да поштује начела обраде поготово у вези са поштењем, неопходношћу, пропорционалношћу, као и са квалитетом података. Дакле, и кад је обрада личних података заснована на пристанку лица на које се подаци односе, та околност не може обезбедити законитост прикупљања података који нису неопходни у вези са сврхом обраде или легализовати обраду која би била фундаментално непоштена.

5. Одредбе о заштита права, одговорности и санкцијама

Преузимајући их сва из *GDPR*, Закон о заштити података о личности предвиђа низ права која за лица чији се подаци обрађују: право на информисање; право на приступ; право на исправку и допуну; право на ограничење обраде; право на брисање; право на приговор; право на преношење података.

Закон предвиђа и одређене инструменте за заштиту ових права. Уколико руковалац са подацима о личности не поступа адекватно правима, или не одговара на законит начин на захтеве за њихово остваривање, на располагању су правна средства и лекови за њихову заштиту. У првом реду то су право на притужбу Поверенику и право на тужбу суду.

Нажалост, и у иначе великом мноштву недостатака Закона, начин на који уређује заштиту права посебно се издваја. Уређење ове материје спада у најкрупније недостатке и то у пракси може представљати извор бројних проблема и, уместо заштите права, индуковати правну несигурност и конфликте.

Закон запоставља начело „не двапут о истом” – *ne bis in idem* и не води рачуна о реалним, врло негативним последицама паралелно вођених поступака. Закон чак изричито упућује на могућност да лице на које се подаци односе поводом исте ствари, истовремено покрене поступак пред Повереником за информације од јавног значаја и заштиту података о личности и пред парничним (вишим) судом.

Даље, консеквентно, незадовољно исходом поступка пред Повереником, лице има на располагању и тужбу Управном суду, а ако је незадовољно пресудом вишег суда, на располагању му је и жалбу апелационом суду.

Притом, међусобно ни Повереник ни судови (судски поступци пред судом опште надлежности и судом посебне надлежности нису у међусобној зависности) немају обавезу да један другог обавештавају о вођењу поступка. Реална могућа последица је постојање, поводом исте правне ствари, различитих коначних одлука – Повереника и суда опште

надлежности, или различитих одлука суда посебне и суда опште надлежности. Могуће негативне последице таквих ситуација по правну сигурност, како у конкретним случајевима тако и начелно, сасвим је сувишно наглашавати.

Независно од наведене, најважније примедбе, описано решење отвара још нека питања. Само примера ради, питање је колико је и да ли је уопште (ако се већ успоставља судска надлежност), имајући у виду природу материје, логичан избор парничног поступка (уз изузетак захтева за накнаду евентуалне штете).

Одредбе о условима за изрицање казни су такође практично преписане из *GDPR*-а. Међутим, док набрајање низа посебних правила о казнама у акту који прописује, чак и за услове развијених и богатих чланица ЕУ изузетно оштре казне (20 милиона евра или 4% годишњег промета) може деловати логично, такве одредбе у Закону о заштити података о личности делују сувишно и контрадикторно. Реч је о новчаним казнама утврђеним у оквирима Закона о прекршајима (од 50 хиљада до 2 милиона динара), који, уз остало, утврђује и правила за њихово одмеравање и изрицање која за органе који их изричу стандардно важе.

Дакле иако је у јавности више пута наглашавано да је Закон о заштити података о личности у свему усаглашен са *GDPR*-ом, то у погледу казни, више него очигледно, није тачно. Ризику изузетно оштрих казни наши правни субјекти изложени су само у зони примене *GDPR*-а, а што се тиче казни запређених нашим Законом, оне би могле бити готово „стимулативне“ за стране субјекте који би желели да се у нашој земљи баве недопуштеном обрадом података о личности наших грађана.

6. Одредбе о заступању у поступцима по основу повреде права лица на које се подаци односе

Артикулисана карактеристичним конфузним језиком и стилем, у овом контексту је, са становишта специфичних интереса адвокатуре, врло занимљива одредба чл. 85. Закона која гласи: „Лице на које се подаци односе, у вези са заштитом података о личности, има право да овласти представника удружења које се бави заштитом права и слобода лица на која се подаци односе да ња, у складу са законом, заступа у поступцима...”. Овим Закон директно одступа од уставних одредби којима је недвосмислено прописано да се заступањем лица у заштити њихових интереса баве искључиво адвокати (што је начело које је потврђено и у недавно усвојеним другим законима који непосредно уређују материју пружања адвокатских услуга у посебним ситуацијама – бесплатна правна помоћ и др.).

IV. Неопходност измена Закона

У перспективи је извесно да ће конфузан, непрецизан и нејасан језик Закона о заштити података о личности изазивати велике и бројне проблеме у тумачењу и потом у његовој примени.

Како утврђивање правога значења његових норми свакако упућује на *GDPR*, биће дословно неопходно (иако је то битно отежано чињеницом да *GDPR* није део нашег правног поретка а да, као што је већ речено, преамбула *GDPR*-а није унета у Закон), ослањати се на одговарајуће ставове и мишљења релевантних тела ЕУ.

С тим у вези, треба подсетити да је, још приликом усвајања Директиве 95/46 управо у циљу усаглашавања у тумачењу прописа, у складу са чланом 29 Директиве основана позната „Радна група 29” коју су чинили представници органа за заштиту података о личности из држава чланица ЕУ. Кроз вишегодишњу праксу, група је усвојила многа мишљења и смернице у којима је давала одговоре на мноштво комплексних у питања. Ступањем на снагу *GDPR*-а, „Радну групу 29” заменио је Европски одбор за заштиту података – *EDPB*¹⁰ чији је задатак исти – да допринесе уједначеној примени права. *EDPB* је већ почео да издаје мишљења и смернице, а и сва мишљења „Радне групе 29”, сем у случају када су супротна новим правилима *GDPR*-а, и даље су релевантна.

И Суд правде Европске уније је, током година, донео више одлука које су имале врло значајну улогу у тумачењу и примени права у области заштите података о личности. Једна од најпознатијих таквих одлука је она из случаја *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González* којом је 2014. године практично установљено тзв. „право на заборав” које је потом укључено у *GDPR*.

У свакој од чланица ЕУ делују независни надзорни орган за заштиту података о личности. Ови органи самостално прате примену права о заштити података о личности, спроводе поступке, доносе одлуке, изричу казне. Многи од њих развили су врло обимну активност у тумачењу и примени права, а њихови ставови, који су најчешће доступни на њиховим званичним електронским презентацијама, могу бити врло корисни за отклањање дилема у тумачењу. И код нас, у Србији, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности је развио значајну праксу, а његова бројна мишљења и одлуке донете у поступцима надзора се објављују на „сајту” Повереника.

У перспективи је такође извесно да Закон о заштити података о личности неће, или бар не би смео, дуго да егзистира у постојећем облику

¹⁰ *European Data Protection Board – EDPB.*

и да, у догледно време, мора бити или врло значајно измењен и допуњен или чак замењен потпуно новим законом.

Разлози за то постоје и на унутрашњем и на међународно правном плану.

Примера ради, уз већ поменуте недостатке Закона, на унутрашњем плану је, на забрињавајући начин, веома интересантно актуелно решење у чл. 40. где се набрајају ситуације у којима је могуће ограничити зајамчена права (између осталог, права на информисање о поступању са личним подацима, права у погледу начина остваривања права у односу на поступање са личним подацима, као и права на приступ подацима о себи, право на исправку, допуну, брисање, преносивост података, и сл.), али се истовремено не предвиђа, бар не експлицитно, да се та права грађана могу ограничити искључиво законом. То значи да постоји опасност да органи власти или други субјекти који рукују подацима о личности могу ограничити права грађана без изричитог законског овлашћења, по сопственом нахођењу.

Индикативно је да је до изостављања речи „законом” из члана 40. дошло у последњи час, пред само усвајање Закона у Народној скупштини, иако је иначе ова реч фигурирала у свим радним верзијама Закона. Овим се, сасвим непотребно, отворило питање: да ли се права могу ограничити само законом или и на други начин? Недостатак експлицитне, јасне формулације о начину ограничавања права, у практичној примени Закона може довести до немогућности остваривања права која се тичу заштите података о личности.

Иницијатива за оцену уставности чл.40. Закона о заштити података о личности поднета је одмах по усвајању Закона, али се Уставни суд за сада не изјашњава о иницијативи. С тим у вези, вреди подсетити да је Уставни суд, на предлог Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, 30. маја 2012. године већ бавио сличним питањем и донео одлуку, у предмету ИУз-41/2010, према којој делови чланова 12, 13. и 14. тада важећег Закона о заштити података о личности нису у складу са Уставом Републике Србије, јер су давали могућност ограничавања права грађана на основу „другог прописа”. Уставни суд је у наведеној одлуци изнео недвосмислен став да се само „законом може уредити прикупљање, држање, обрада и коришћење података”, те да је било каква могућност уређивања ове области на основу „другог прописа” неуставна.

За перспективу Закона о заштити података о личности су, на међународно правном плану, веома релевантне формално преузете обавезе Србије да свој правни поредак усклађује са стандардима ЕУ. Уоста-

лом, приликом усвајања Закона надлежни представници Владе Србије, као предлагача Закона, као главни квалитет новог Закона наглашавали су управо његову „пуну усклађеност са GDPR”. У том контексту је занимљива и индикативна, још пре почетка примене Закона Влади Србије достављена, Студија Европске комисије о процени усклађености Закона о заштити података о личности Републике Србије са прописима ЕУ.¹¹

У Студији се указује на дуг низ неусклађености Закона о заштити података о личности са *GDPR*-ом и Полицијском директивом.

У Студији се већ поменути члан 40. Закона оцењује као крајње проблематичан и упозорава да није у складу са Општом уредбом и Полицијском директивом, као ни са праксом Европског суда за људска права и Европског суда правде, јер се ограничења основних права и слобода могу предвидети само законом и само ако је то нужно потребно за постизање одређеног легитимног циља.

Износи се и мишљење, којим се такође потврђује раније мишљење Повереника, да додатно законско регулисање одређених области које нису обухваћене Општом уредбом, не би било у супротности са њом; напротив, оно је прихватљиво уколико постоји потреба за таквим регулисањем. Дакле, прихватљиво је да предмет посебног регулисања нормама Закона о заштити података о личности могу, односно треба да буду и питања која нису изричито наведена у *GDPR*, као што су видео-надзор, евиденције о уласку и изласку из просторија, заштита података о умрлима и сл.

У Студији се наводи и да Закон садржи низ одредаба које само преносе одредбе Полицијске директиве, услед чега су декларативне, неодређене, и као такве не доприносе правној сигурности, а остављају широк простор за различита тумачења и примену по сопственом нахођењу. Пример за то представља дефиниција „надлежних органа”, која углавном прати дефиниције из Полицијске директиве, без додатног и прецизног одређивања који су то, и у којим ситуацијама, органи у Србији.

Студија садржи недвосмислен став да Полицијска директива захтева да се законом, јасно и конкретно, прописују ограничења права физичких лица, а да су одредбе садржане у Општој уредби и Полицијској дирек-

¹¹ Текст Студије на српском и енглеском језику можете погледати на <https://www.poverenik.rs/sr/publikacije/%D1%81%D1%82%D1%83%D0%B4%D0%B8%D1%98%D0%B5/3135-assessment-of-the-draft-law-on-personal-data-protection-of-serbia-desk-study.html>

тиви само смернице за то. Ако национални закон, као што је Закон о заштити података о личности, садржи (препише) само одредбе које су идентичне или сличне оним које су наведене у Општој уредби или Полицијској директиви, оне не могу представљати правни основ за ограничење права физичких лица. Другим речима, потребно је да се Законом јасно уреди када је, конкретно, могуће ограничење права лица на која се подаци односе, а не да се то овлашћење препусти руковоцима података.

На основу поменутих и других навода у Студији, као и на основу других недостатака Закона о заштити података о личности на које је указано у овом раду, може се са сигурношћу закључити да постоји потреба да се приступи детаљној измени овог Закона. Овој оцени се може додати да је веома важно да се том послу приступи што пре, уз уважавање свих напомена и примедби које су у поступку доношења Закона, као и у првим месецима његове примене, изнете у стручној јавности.

Rodoljub Šabić, MA

attorney at law in Belgrade

NOTES ON LAW ON PERSONAL DATA PROTECTION

Summary:

The article presents the circumstances in which Law on Personal Data Protection is enacted, and underlines its numerous deficiencies – in both legal technique and content, *i.e.* legal solutions. The author examines those provisions of the Law that may cause major problems in the practice and create legal uncertainty in the field of personal data protection. The paper offers the examples of unreadiness and failures of the public authorities to respect the obligations imposed to them by the Law, and specifically marks the stipulations of interest for the legal profession. The author advocates the proposal that the Law should be essentially changed in order to be adjusted to the Constitution of the Republic of Serbia and to achieve the European standards, as well to remedy deficiencies leaving the space for violation on personal rights in the field of data collection.

Key words: personal data, personal data collection, protection of human rights, personal data protection, Commissioner for Information of Public Interest and Personal Data Protection, data controller, data processor, data protection officer.

UDK 341.96:347.82

Др Борђе Сарайа

Ђуро Чейић

Адвокати из Београда

МЕРОДАВНО ПРАВО ЗА ОДНОСЕ КОЈИ НАСТАЈУ У МЕЂУНАРОДНОМ ВАЗДУШНОМ САОБРАЋАЈУ

Сажетак

По својој природи ваздушни саобраћај је често везан за правни поредак више од једне државе, што условљава специфична законска решења. Закон о облигационим и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају фаворизује диспозитивност при одређивању меродавног права за односе који настају у међународном ваздушном саобраћају, али не искључује примену осталих статута. Примена уговореног права искључена је у одређеним случајевима уговора о осигурању, у стварноправним споровима у вези са ваздухопловом, у споровима у вези са накнадом штете коју ваздухоплов у лету нанесе на земљи, и кад би то било у супротности са међународноправним одредбама и противно правном поретку Републике Србије. Овим питањима се бави аутор чланка.

Кључне речи: својинско-правни односи у ваздушном саобраћају, меродавно право, *lex autonomiae*, *lex loci*, *lex causae*, *lex rei sitae*, *lex loci delicti commissi*

І. Увод

Законом о облигационим и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају¹ (у даљем тексту: Закон) уређују се облигациони односи у ваздушном саобраћају који се односе на уговоре о превозу путника, пртљага и ствари, уговоре о обављању других комерцијалних делатности у ваздушном саобраћају, уговоре о закупу ваздухоплова, уго-

¹ Законом о облигационим и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају – Закон, Службени гласник РС, бр. 87/2011, 66/2015.

воре о осигурању у ваздушном саобраћају, као и на односе који настају у случају штете коју ваздухоплов у лету причини трећим лицима и стварима на земљи.² Део пети Закона (Меродавно право)³ односи се на примену његових одредби на односе који настају у међународном ваздушном саобраћају.

II. Меродавно право

1. Уговор о превозу путника и ствари

За уговоре о превозу путника и ствари установљен је статут *lex autonomiae*;⁴ одредбе Закона примењују се само ако странке нису уговориле примену неког другог права. Једино ограничење је недопустивост уговарања одредаба које су у супротности са одредбама Монреалске конвенције⁵ и ЕСАА споразума.⁶ Разумљиво је ово ограничење, јер би у противном могле бити дерогиране одредбе ова два значајна међународноправна документа у вези цивилног ваздухопловства.

2. Уговор о осигурању

За уговоре о осигурању и односе који из њега произилазе условно је меродавно право седишта уговарача.⁷ Примењује се као статут уко-

² Закон, чл. 1, ст. 1.

³ Закон, чл. 167 до 172.

⁴ Закон, чл. 167.

⁵ Закон о потврђивању Конвенције о унификацији одређених правила у међународном ваздушном превозу, Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 38/2009, донета на Дипломатској конференцији држава чланица Међународне организације за цивилно ваздухопловство (ИКАО) у Монреалу, 28. маја 1999. године, ступила је на снагу 4. новембра 2003. године – Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air. ICAO Doc No 4698 – Закон.

⁶ Мултилатерални споразум између Европске заједнице и њених држава чланица, Републике Албаније, Републике Бугарске, Републике Хрватске, Бивше југословенске републике Македоније, Републике Исланд, Републике Црне Горе, Краљевине Норвешке, Румуније, Републике Србије и Мисије привремене управе Уједињених нација на Косову о успостављању заједничког ваздухопловног подручја. У складу са резолуцијом Уједињених нација 1244 од 10. јуна 1999. године Споразум је потписан у Луксембургу 9. јуна 2006. године – Multilateral Agreement between the European Community and its Member States, the Republic of Albania, Bosnia and Herzegovina, the Republic of Bulgaria, the Republic of Croatia, the former Yugoslav Republic of Macedonia, the Republic of Iceland, the Republic of Montenegro, the Kingdom of Norway, Romania, the Republic of Serbia and the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo on the establishment of a European Common Aviation Area.

⁷ Закон, чл. 168 ст. 1.

лико странке нису изричито одредиле право које се мора применити на уговор, а из околности случаја се не може утврдити ни њихова намера о примени одређеног права. Ово законодавно решење у складу је са принципом слободе уговарања и из њега произилазећег статута *lex autonomiae*. То је посебно наглашено тиме што није потребно да буде аутономно одређено право примењиво на уговор, јер се у том случају утврђује намера странака о примени одређеног права, па тек ако ни из тога не произилази воља странака да се примени неко друго право, биће примењено право седишта уговарача. Следећи изузетак од примене статута *lex autonomiae* је случај кад су странке одредиле меродавно право за уговор, али се то право не може применити на део тог уговора или на неки однос из тог уговора.

Уговарање меродавног права на уговор о осигурању је искључено ако су сва заинтересована лица у том уговору држављани Републике Србије са пребивалиштем у Републици Србији или правна лица чије је седиште у Републици Србији, а ради се о осигураним предметима који су изложени покривеним ризицима искључиво на територији Републике Србије. У том случају меродавно је право Републике Србије, као право најуже везе.⁸ Уговарање неког другог права у овим случајевима је искључено, јер чињенични односи нису међународно обележени у мери која би оправдавала примену страног права. Зато околност да се ради о међународном ваздушном саобраћају не може бити разлог да се допусти уговарање неког другог права.

3. Облик уговора

За облик уговора и правних радњи извршених у испуњењу тог уговора меродавно је, алтернативно, право места државе у којој је закључен уговор (*lex loci – lex loci contractus*), односно извршена радња (*lex loci – lex loci actus*), и право према којем се оцењују главна права и обавезе из уговора (*lex causae*).⁹ С обзиром да је алтернативно меродавно право према којем се оцењују главна права и обавезе из уговора, а то право, осим у изузетним случајевима, странке слободно уговарају, произилази да се на тај начин и на форму уговора и правних радњи извршених у испуњењу уговора посредно примењује статут *lex autonomiae*. Алтернативно одређивање статута резултат је намере законодавца да се уговор одржи на снази.

⁸ Закон, чл. 168 ст. 2.

⁹ Закон, чл. 169.

4. Спорови о праву својине, заложном праву и другим правима на ваздухоплову

Иако су по критеријуму природних својстава покретне ствари, по критеријуму посебних циљева ваздухоплови у правном смислу имају статус непокретности. Зато је у споровима о праву својине, заложном праву и другим правима на ваздухоплову меродавно право државе регистрације ваздухоплова (*lex rei sitae*).¹⁰

5. Одговорност за штету

На одговорност за штету коју ваздухоплов у лету нанесе на земљи из члана 119. Закона¹¹ меродавно је право државе на чијој је територији причињена штета (*lex loci delicti commissi*)¹². Веза са територијом државе на којој је причињена штета доминантна је у односу на било коју другу околност.

6. Искључење примене страног права

Примена страног права је искључена ако би се дејство примене тог права очигледно противило јавном поретку Републике Србије, што је у складу са општеприхваћеним принципом о очувању јавног поретка.¹³

III. Закључак

Односи који настају у међународном ваздушном саобраћају су међународно обележени. То су чињенична стања са међународним

¹⁰ Закон, чл. 170.

¹¹ Закон, чл. 119: „Власник, односно корисник ваздухоплова (у даљем тексту: одговорно лице) је одговоран за штету коју коришћењем ваздухоплова у лету причини трећим лицима и стварима на земљи, услед чега наступи смрт или телесна повреда тих лица, односно штета на стварима на земљи, изузев ако докаже да смрт или телесна повреда лица, односно штета на стварима на земљи није наступила као последица коришћења ваздухоплова. // Треће лице из става 1. овог члана је свако лице, изузев путника и летачког, односно помоћног летачког особља које је на дужности током лета. // Одговорно лице је одговорно за штету из става 1. овог члана коју проузрокује лице које је по његовом налогу или за његов рачун, радило на обављању превоза. // За штету из става 1. овог члана одговоран је и купац ваздухоплова као корисник ваздухоплова, ако је штета настала као последица коришћења ваздухоплова узетог у закуп. // Одредба става 1. овог члана односи се и на штету која је наступила самим проласком ваздухоплова кроз ваздушни простор, ако је до штете дошло због непридржавања корисника ваздушног простора одговарајућих прописа о безбедности ваздушног саобраћаја.”

¹² Закон, чл. 171.

¹³ Закон, чл. 172.

обележјем, и зато везана за правни поредак више од једне државе, што условљава специфична законска решења.

Законска решења из Закона о облигационим и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају у вези са меродавним правом за односе који настају у међународном ваздушном саобраћају резултат су уважавања специфичности односа у међународном ваздушном саобраћају и везаности тих односа са правним поретком више од једне државе.

У законском регулисању фаворизује се диспозитивност при одређивању меродавног права чиме се одступа од принципа територијалности, сем у случајевима кад би то било у супротности са одредбама међунаоднаправних докумената или представљало повреду јавног поретка Републике Србије.

Dorđe Sarapa, PhD

Ђуро Чепић

attorneys at law in Belgrade

THE APPLICABLE LAW FOR RELATIONS THAT ARISE IN INTERNATIONAL AIR TRAFFIC

Summary

By its nature, air traffic is frequently connected to the judicial system of more than one single state, which warrants specific legal solutions. The Law on Obligations and Basic Proprietary Relations in Air Traffic favours disposition of the parties when determining the applicable law for those relations that arise in international air traffic, but does not exclude the applicability of other statutes. The application of the stipulated law is excluded in certain cases of insurance contracts, in property related litigations concerning aircrafts, in cases concerning reimbursement of damages on the ground caused by an aircraft in flight, as well as when such a solution would be contrary to international-legal provisions or contrary to the public order of the Republic of Serbia. The mentioned issues are discussed by the authors in this article.

Key words: property relations in air traffic, applicable law, *lex autonomiae*, *lex loci*, *lex causae*, *lex rei sitae*, *lex loci delicti commissi*

UDK 340.15(497.11)"11/12"

Др Жељко Фајфрић

адвокат у Шиду

СВЕТИ САВА КАО ПИСАЦ ПРАВНИХ ПРОПИСА

Сажетак:

У раду се даје приказ законодавног и организаторског рада Светог Саве, који је имао одређени државни и црквени циљ. Аутор представља значајне списе Светог Саве који се могу окарактерисати као типични правни прописи.

Кључне речи: Свети Сава, Српска православна црква, правни списи

І. Увод

Можда наслов овог чланка може изгледати чудним; међутим, правим познаваоцима књижевности никако не може промаћи да, од свих оних списа који су остали из Светог Саве, „истинској књижевности и оригиналном стваралаштву од онога што је Сава написао припада у свему стотинак страница”.¹ Ту свакако спадају „Житије Светога Симеона Немање”, „Служба Светом Симеону”, „Упутство онеме који хоће да држи овај псалтир” и, можда условно, „Писмо Спиридону”.² Све остало је улазило „у орбиту његовог организаторског и законодавног рада и имало одређен црквени и државни циљ”.³ Дакле, Свети Сава, као писац, на првоме месту је законодавац, црквени и државни организатор, па тек онда књижевник.

Као његови правни списи сачувани су: Хиландарска повеља, Карејски типик, Хиландарски типик, Номоканон (Крмчија) и Студенички типик.

¹ Милан Кашанин, *Српска књижевности у средњем веку*, Београд, 1990, 111.

² Сва три наслова објављена у књизи *Свети Сава – сабрани списи*, Београд, 1986.

³ М. Кашанин, 111.

Управо ови списи јесу типични правни прописи и о њима ће бити речи у овоме тексту.

II. Хиландарска повеља

Строго узев, Хиландарска повеља није Савино дело. Настала је 1199. године у некој од скрипторија Хиландара и сигурно је да ју је, ако већ не диктирао Стефан Немања (Симеон), а оно је барем била израђена по његовој жељи.⁴ Извесно је да је у њеној изради тада узео учешћа и Свети Сава. У то време он је имао око 25 година, док је Стефан Немања био већ на заласку живота са преко 80 година.

Хиландарска повеља је вишезначна.

Одмах у уводу (Аренга) утврђују се основи владарске идеологије која почива на идеји хармоничне хијерархије и поделе права и дужности: „Искони створи Бог небо и земљу и људе на њој, и благослови их и даде им власт над свим створењем својим. И једне постави царева, друге кнезове, друге господаре, и свакоме даде пасти стадо своје и чувати га од свакога зла које наилази на њ”.⁵

У даљем тексту се наводи доста аутобиографских података везаних за владавину Стефана Немање. Управо ти подаци говоре о јасном схватању принципа легитимитета који су Немањићи (на првоме месту Свети Сава) покушавали да уведу у тадашњу Рашку (Србију). Наводи „Стога по многој својој и неизмерној милости и човекољубљу дарова нашим прадедовима и нашим дедовима да владају овом земљом српском, и Бог свакојако управљаше на боље људима, не хотећи човечје погибли, и постави ме великога жупана, наређенога у светом крштењу Стефана Немању” сасвим јасно говоре како Стефан Немања схвата тај легитимитет. Он истиче да је његова власт само континуитет већ утврђене власти из куће Немањића јер су његови преци већ ту владали, а Бог, извор права и устројитељ читавог политичког и правног поретка, поставио је њега – Стефана Немању, на прадедовски престо.⁶

⁴ Објављена у књизи *Свети Сава – сабрани списи*, Београд, 1986, 31–33.

⁵ Идеја хармоничне хијерархије је у основи византијска, тако да је у Србији само преузета. О томе је расправљао Герогије Острогорски у текстовима „Византијски систем хијерархије држава” и „Византијски цар и светски хијерархијски поредак” објављеним у његовој књизи *О веровањима и схватањима Византијанаца*, Београд, 1970, 238–277.

⁶ О владарској идеологији Немањића погледати код Смиље Марјановић Душанић, *Владарска идеологија Немањића*, Београд, 1977.

Нешто даље у повељи се наводи како је Немања оставио престо сину Стефану (Првовенчаном краљу): „Пошто се ово свршило са мном, пошто се овако устројило, оставих на престолу мојем и у Христом дарованој ми владавини љубљенога ми сина Стефана, великога жупана и севастократора, зета Богом венчаног кир Алексија, цара грчкога”.

Последњи део повеље представља типични правни акат у којем се наводи која су све села из Призренског краја додељена тада управо основаном манастиру Хиландару. Веома прецизно се набрајају имена места, број винограда, пчелињака, стоке, соли и зависних сељака (Влаха) додељених манастиру. Ту су и обавезе које су имали зависни Власи: „И ако ко од манастирских људи или Влаха побегне код великога жупана или код кога другог, да се опет враћају; ако ли од жупанових људи дођу у манастирске људе, да се опет враћају”.

III. Карејски типик

Након оснивања манастира Хиландар основао је Свети Сава место за ћутање у Кареји (испосница) где су увек боравила двојица или тројица монаха (испосника). Типик је писан 1199. године и у основи се ради о литургијско – правном спису који прописује правила по којима ће монаси живети у Карејској испосници и правила по којима се врше службе Божије.

Карејски типик није у потпуности оригиналан Савин текст, већ се ради о преводу неког стандардног грчког пустињачког, скитског типика.⁷ У њему су прописане дневне обавезе монаха, начин исхране, итд.

По много чему испосница у Кареји је била другачија од других у Светој Гори, а за шта се побринуо Свети Сава убацујући у типик своје идеје о томе какав је испоснички ред желео у својој испосници. Иако је кроз Карејски типик спровео прилично строгу духовну и телесни дисциплину, ипак, по личној Савиној жељи у испосницу су слани писмени монаси: „Ову заповест дајем игуману и вама, да не постави онога који служи ради телесног одмора или опет неписменога, или онога који тргује у њој”. Међу најпознатијим испосницима у Кареји свакако су и писци Житија – Доментијан и каснији архиепископ Данило II.⁸

⁷ „По скитском уставу подвизавају се и Богу моле монаси усамљеници, који своје молитве врше у ћелији, а не у храму, док они монаси који живе заједнички у општежитију – врше своје молитве, заједничка богослужења, у цркви по пуном уставу богослужења. За вршење скитске службе није потребан свештеник, и скитска служба је састављена из псалма, молитава и метанија” – Лазар Мирковић, „Списи Светог Саве”, *Братство* 28, 1934, 52.

⁸ Мирјана Живојиновић, *Светићорске келије и ћирици у средњем веку*, Београд, 1972, 91–102.

У једној од одредби Свети Сава сасвим јасно наводи да у испосници једино он врши пуну власт и из ње су искључени прот Свете Горе и хиландарски игуман: „Зато ову заповест дајем, сви да знају: ни прот нема власти над том ћелијом, ни игуман светога нашег манастира, нити ко други од братије да не узнемирава онога који живи у овој ћелији светог Саве”. Овим је Свети Сава Карејској испосници доделио потпуну самосталност у односу на светогорског прота и хиландарског игумана.

И данас постоји Карејска испосница и у њој се подвизавају монаси управо по овом типичу.⁹

IV. Хиландарски и Студенички типик¹⁰

Хиландарски типик је писан 1199. године¹¹ и у једном делу представља превод и адаптацију Евергетидског типика из Цариграда.¹² Из овога типика скоро је у потпуности преузет уводни део („пролог”). Ту су скоро све цитати из Светог Писма. Историчарима су посебно интересантне друга и трећа глава које су скоро у потпуности оригиналан текст Светог Саве и у којима се наводи како су он (Свети Сава) и Свети Симеон (Стефан Немања) саградили манастир Хиландар (друга глава), те како је умро Свети Симеон (трећа глава).

Све остале главе овога типика (има их укупно 43) посвећене су монашким правилима, односно томе како се живи у Хиландару. Ту су чиста правна правила по којима живи ова манастирска заједница (општежије) која се односе како на духовни живот, тако и на организацију разноврсних служби у манастиру.¹³ По овоме типичу манастиром

⁹ Детаљније о Карејској испосници код С Ненадовић, „Архитектура Хиландара. Цркве и параклиси”, *Хиландарски зборник* 3, 1974, 174–178.

¹⁰ Са мањим изменама Свети Сава је Хиландарски типик 1208. године прописао за манастир Студеницу, тако да о Студеничком типичу неће бити посебно говора.

¹¹ Дакле, исте године када и Карејски типик, али ипак после њега.

¹² Током 1172. године Стефан Немања (отац Савин) предао се византијском цару Манојлу, а овај га је у тријумфу довео у Цариград и сместио у манастир Свете Богородице (Евергетиде – Добротворке). Овај манастир је на Немању оставио толики утисак да је, након повратка у Србију, дао да се сагради манастир Студеница, посвећен Богородици Добротворки. При својим доласцима у Цариград, Свет Сава је боравио управо у овом манастиру, тако да је био сасвим добро упознат са његовим типиком (правилима).

¹³ Општежитељни – Киновјски манастири оснивају се као чврсте заједнице духовног живота и материјалног привређивања у којима монаси немају своју приватну својину, а читав живот је заснован на принципу безусловне послушности и строге поделе рада. Сматра се да је систем киновје (општежитија) и његова правила установио свети

управља игуман који има широка, али не и неограничена овлашћења, већ у одређеним стварима мора да се договара са сабором старца. Осим ове функције, постоје још иконом¹⁴ (глава 14), еклисијарх¹⁵ (глава 15), дохијар,¹⁶ трпезар,¹⁷ итд.¹⁸

Оно што је посебно интересантно јесте да су правила о духовном и дисциплинској власти игумана, иако доста строга, постављена тако да се ослањају на духу љубави и помоћи: „Зато молим све вас, владајте се као што доликуј позиву вашем, поставите телеса ваша света Господу, љубите се међусобно, добро трчите пред лежећу вам трку, што је добро, што Бог воли, то помишљајте”.¹⁹

V. Номоканон (Крмчија)

Византијски закони су се у Србији почели релативно касно преводити и у таквом облику преузимати.²⁰ Први такав превод (барем онако како ми то данас знамо) јесте Номоканон касније прозван Законик или Крмчија (у Русији) који је захваљујући Светом Сави преведен и код нас.²¹ Овај документ нема значаја само за Србију тога доба – његов утицај је био много шири. Из Србије Номоканон је пренет у Бугарску, а од 1262. године и у Русију код митрополита Кирила II (на сабору у Владимиру 1274. године зборник је проглашен општеобавезним за руску цркву).

Пахомије у III веку. О томе детаљније код Слободана Радошевића, *Монашка цивилизација*, књига I, Београд, 1994, 131 и даље.

¹⁴ Монах који води манастирско газдинство и стара се о материјалној страни живота обитељи. После игумана, вероватно најважнија манастирска функција.

¹⁵ Монах који брине о богослужењу и поретку у цркви током службе, правилној примени литургијских правила, типика, појања, итд.

¹⁶ Монах који води бригу о манастирским финансијама.

¹⁷ Монах чија је обавеза да припрема трпезу, да поставља, износи јело, послужује и брине се о реду за време обеда.

¹⁸ О томе више код Филарета Гранића, „Црквеноправне одредбе Хиландарског типика св. Саве о настојатељу и осталим манастирским функционерима”, *Богословље*, бр. 10, 1935, 187.

¹⁹ Књига *Свети Сава – сабрани списи*, Београд, 1986, 84.

²⁰ О томе какав је био однос византијског и српског права видети Димитри Оболенски, *Византијски комонвелт*, Београд, 1991, 303–305, 377–383.

²¹ Превод је извршен по проглашењу аутокефалности српске православне цркве 1219. године. У нашој литератури је дуго вођен спор око тога да ли је Свети Сава био тај који је лично превео Номоканон или је то урадио неко други. Расправу о томе, са веома исцрпном литературом, видети код Ђока Слијепчевића, *Историја српске православне цркве*, књига I, Београд, 1991, 84–96.

Рад на Номоканону је био веома озбиљан и Свети Сава је њему пришао студиозно тако да је тај процес трајао нешто дуже, а завршен је тек у Солуну: „И ту оставши колико хтеде, преписа многе књиге законске и о исправљењу вере, које требоваше његова саборна црква”.²² То све потврђује и Теодосије: „После свега овога свети сабра све достојно што је потребно великој цркви, и узе са собом књиге законске...”.²³

Номоканон као правни пропис у себи садржи углавном црквена правила (каноне) са тумачењем канониста. Свети Сава је свему томе додао скоро читав Прохирон-ом (то се касније називало „градски закон”) који је представљао збирку византијског грађанског и јавног права с краја IX века и као такав могао се примењивати у стварима везаним за грађанско право. Свему овоме дописано је и неколико указа цара Јустинијана и цара Алексија Комнина.

„Номоканон” свакако није био довољан да задовољи све потребе набујалих друштвених односа у све моћнијој (и већој) Србији, тим више што су се у Византији чак и тада јављали нови правни зборници. Наравно да то ни у Србији није могло проћи непримећено. Стога не изненађује превод Синтагме Матије Властара током 1347. године (1348?).²⁴ Ова Синтагма (синтагма – скуп, састав) јесте зборник црквених и грађанских закона.²⁵

Данас је то мање познато, али оригиналан текст Синтагме није могао ући у састав Душановог законика будући да се кроз њу истицала свемоћ византијског владара у политичком и духовном смислу. Због тога је за српске прилике сачињена једна посебна верзија Синтагме; такозвана Скраћена Синтагма, очишћена од свих византофилских одредби и од већине црквених прописа, била је далеко погоднија за коришћење у световним него у црквеним стварима. Управо таква Скраћена Синтагма је нашла своје место у свим зборницима Душановог Законика. То је разлог зашто српски превод Синтагме није обухватио њен целокупни оригинални текст од 303 одељка, већ само оне делове који су се односили на грађанско право који су смештени у укупно 94 одељка.

²² Доментијан, *Житије Светиој Саве*, Београд, 1988, 141.

²³ Теодосије, *Житије Светиој Саве*, Београд, 1988, 201.

²⁴ Ради се о солунском монаху и канонисти Матији Властару који је током 1335. године сачинио овај номоканонски зборник којим је обухваћена грађа црквеног и грађанског права. Радећи зборник, Матија Властар се углавном ослањао на тумачења Јована Зонаре (XII век) и Теодора Валсамона (чак у већој мери од Јована Зонаре).

²⁵ Овом Синтагмом се одбија признавање српске и бугарске аутокефалности и, осим тога, одриче се право било кога другог народа (осим грчког) да свој државноправни ранг уздигне на степен царства. Тиме је ова Синтагма директно сукобљена са тадашњим интересима цара Душана, који је Србију дигао на степен Царства, а Српској православној цркви дао ранг Патријаршије.

Dr Željko Fajfrić
attorney at law in Šid

SAINT SAVA AS LEGAL WRITTER

Summary:

The article reviews the legislative and organizational work of Saint Sava, known as Enlightener, the first Archbishop of Serbian Orthodox Church, with specific state and religious goals. The author presents the famous scripts of Saint Sava which may be characterized as typical legal regulations.

Key words: Saint Sava, Serbian Ortodox Church, legal scripts

UDK 343.148
343.983:547.963.3

Јасмина Микић

адвокат у Београду
специјалиста струковних студија из форензике.

ДНК ВЕШТАЧЕЊЕ КАО ДОКАЗ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Сажетак:

Аутор разјашњава у чланку основне термине од значаја за разумевање појма ДНК, те разрађује кључне аспекте ДНК вештачења као доказа и кривичном поступку. У раду се представља историјат увођења овог метода у доказни поступак, даје приказ упоредноправних решења у законодавствима држава која су увеле овај метод вештачења у кривични поступак, те наводе и установе у земљи и иностранству које врше ову врсту вештачења. Аутор посебно обрађује проблематику заштите људских права у склопу шире проблематике вештачења путем анализе ДНК. Рад обухвата и разматрање проблема у раду истражних органа у ширем смислу на припреми материјала за ДНК вештачење, као и питања приступа тужилаштва, одбране и судова у презентацији и коришћењу налаза ДНК вештачења и оцене доказне снаге овог доказног средства у кривичном поступку. У закључку, аутор се залаже за коришћење овог савременог доказног средства вештачења у кривичном поступку и указује на могућности које овај метод пружа у откривању починилаца низа кривичних дела.

Кључне речи: кривични поступак, биолошки материјал, ДНК, ДНК вештачење, регистар ДНК, заштита људских права

І. Увод

„Сваки контакт оставља траг“

Едмонд Локард (Dr. Edmond Locard)

Едмонд Локард био је директор прве криминалистичке лабораторије у Лиону, с почетка XX века. Ова изјава постала је позната као „Локардов принцип размене“ (*Locard Exchange Principle*) и поставила је темеље форензичке науке.

Физички докази прикупљени са места извршења кривичног дела могу бити коришћени да повежу извршиоца кривичног дела са местом на ком је кривично дело извршено или на ком су пронађени трагови који га повезују са конкретним кривичним делом (на пример, путем извршеног ДНК вештачења или кроз остављене отиске прстију на лицу места).¹

Идентификација лица на основу ДНК представља највећи допринос форензичких наука XX века у развоју савремених начина откривања и доказивања кривичних дела. Значај проналаска дупле спирале ДНК, а затим и њене примене, један је од десет највећих проналазака у људској историји.

Одредбе о ДНК вештачењу су заузеле одређено место и у нашем законодавству – у Законику о кривичном поступку,² као и у ранијем Законику о кривичном поступку који је престао да важи у октобру 2013. године.³

II. Појам ДНК

Молекуларна основа за гене је дезоксирибонуклеинска киселина (ДНК). ДНК се састоји од ланца нуклеотида, којих има 4 типа: аденин (А), цитозин (С), гуанин (G) и тимин (Т). Генетске информације се у секвенци налазе у нуклеотидама, а гени су делови секвенце на ланцу ДНК. Вируси су једини изузетак од овог правила – они понекад користе веома сличну *RNK* уместо ДНК као генетски материјал. ДНК је молекул од два ланца, облика двоструке спирале. Сваки нуклеотид ДНК се упарује са партнерском нуклотидом на другом ланцу: А са Т, Ц са Г. Према томе, у двоспиралном облику, сваки ланац има све потребне информације. Ова структура ДНК је физичка основа за наслеђивање: ДНК репликацијом генетска информација се дуплира поделом ланца и коришћењем сваког ланца за синтезу новог партнерског ланца.

Гени су распоређени линеарно дуж других ланца секвенце ДНК, званих хромозоми. Код бактерија, свака станица обично садржи један кружни хромозом, а еукариотски организми (укључујући биљке и

¹ Ron M. Fourney, „Forensic Reality and the Practical Experience of DNA Typing Update”, International Society for the Reform of Criminal Law, Canada, 2002.

² Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13.

³ Законик о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01, 68/02; *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05 – др. закон, 85/05, 115/05, 49/07, 20/09 – др. закон; 72/09, 76/10, 72/11 – др. закон.

животиње) имају ДНК распоређену у више линеарних хромозома. Геном је целокупни наследни материјал у организму (обично комбиноване секвенце ДНК свих хромозома).

III. Биолошки основ и претпоставке ДНК вештачења

Законик о кривичном поступку у чл. 130. ст. 2. уноси новину у смислу обавезе вештака да приликом прегледа и обдукције леша, обрати пажњу на нађени биолошки материјал (крв, пљувачку, сперму, урин и сл.), трагове и сумњиве материје, да их опише и изузме, а ако то орган поступка захтева или ако вештак посумња да је смрт проузрокована тровањем, обезбедиће узорке биолошког порекла (крв, урин, течност стакластог тела, телесни органи и сл.).

1. Молекул ДНК

Молекул ДНК је изузетно погодан за анализу у форензичке сврхе из следећих разлога:

- јединствен је за сваку особу (са изузетком једнојајчаних близанаца),
- временом се практично не мења,
- немогуће је у потпуности избећи остављање ДНК материјала (он се налази свуда: у корену власи, епителним ћелијама, пљувачки, сперми итд.),
- постојан је, па се може анализирати и много времена након депоновања на предметима,
- веома мала количина ДНК је довољна за добијање ДНК профила.⁴

2. Идентификација на основу ДНК

Свако живо биће поседује ДНК секвенце које су јединствене за врсту којој припада. Идентификација појединаца унутар људске врсте се заснива на анализи делова ДНК молекула који се највише разликују између појединаца. Ти региони су прецизно дефинисани и називају се „локуси”. Резултат анализе јесте идентификациони ДНК профил који је јединствен за сваку особу. Једина информација о карактеристикама особе коју добијамо из таквог ДНК профила јесте да ли се ради о особи мушког или женског пола.

Учесталост просечног профила је реда величине 1 у 1018 (једна милијарда милијарди). То даје сигурност да на свету не постоје две особе

⁴ <http://www.dnk.rs>, Центар за генетику, Форензика, април 2013.

са истим ДНК профилом, нити да су такве особе икада постојале. Изузетак су једино једнојајчани близанци.

3. Спорни трагови

Биолошки трагови се достављају ради анализе ДНК. На основу чињенице да ли је познато коме припада биолошки траг, он се означава као споран или неспоран. Неспоран траг је биолошки материјал особе чији нам је идентитет познат. То практично значи да ДНК профил везујемо за одређену особу и он представља идентификациону карактеристику те особе. Спорни трагови су сви остали биолошки трагови који су изузети са лица места. Њиховом анализом се утврђују форензички ДНК профили.

ДНК вештачење је компаративна метода, што значи да се заснива на поређењу ДНК профила. Када се утврди ДНК профил спорног трага, онда се он пореди са ДНК профилима неспорних трагова.

4. Форензички ДНК профили утврђени из биолошких трагова

Биолошки траг са лица места може потицати од једне или више особа, па тако форензички ДНК профил утврђен из биолошког трага може бити јединствен или мешани. Да ли се ради о јединственом или мешаном ДНК профилима одређује се на основу броја алелних варијанти по локусу. Присуство више од две алелне варијанте на појединачном локусу указује да је биолошки траг оставило више особа (мешани ДНК профил). Комплетан ДНК профил подразумева типизацију свих 15 локуса. Парцијални ДНК профили (мање од 15 локуса) добијају се као последица недовољне количине односно деградације ДНК.

Посао ДНК вештака јесте да из спорног трага добије максимум релевантних информација и да их правилно интерпретира. Интерпретација подразумева поређење ДНК профила утврђеног из спорног трага са ДНК профилем неспорног узорка и математичку (биостатистичку) обраду података.

5. Резултати анализе

Након прегледа достављеног материјала, узорковања и утврђивања ДНК профила спорних и неспорних трагова пише се налаз са мишљењем који садржи следеће информације о свим ДНК профилима:

- број типизираних локуса,
- минималан број особа које су донори биолошког материјала,
- пол особа које су донори биолошког материјала,

- постојање доминантне компоненте – једна особа је оставила више биолошког материјала у односу на друге доноре трага,
- поклапање са ДНК профилима неспорних узорака и/или спорних узорака укључујући и утврђене доминантне компонентне спорних узорака,
- статистички обрачун; уколико постоји поклапање између спорних и неспорних узорака (односно уколико се неспорни ДНК профили садрже у ДНК профилима добијеним из спорних узорака) рачуна се „Индекс веродостојности”.

6. Биостатистика

а) Основе

ДНК анализа заснива се на поређењу ДНК профила, најчешће спорних и неспорних узорака, а резултат може бити двојак:

- неспоран ДНК профил се не поклапа или не садржи у спорном ДНК профили – у том случају особа није дозор биолошког материјала; или
- неспоран ДНК профил се поклапа или садржи у спорном ДНК профили – у том случају особа се не може искључити као дозор спорног трага (јачина везе између спорног и неспорног ДНК профила се добија биостатистичком обрадом података).

б) Хипотезе

Биостатистика се заснива на упоређивању две хипотезе које једна другу међусобно искључују и које покривају цео спектар могућности:

H_0 – хипотеза тужиоца (биолошки материјал у спорном трагу јесте од осумњиченог),

H_1 – хипотеза одбране (донори биолошког материјала у спорном трагу су особе неvezане за осумњиченог).

Резултат поређења ових хипотеза је индекс веродостојности (на енглеском: *Likelihood Ratio*, а у даљем тексту: LR), који је основни резултат ДНК вештачења.

в) Индекс веродостојности (LR) и вредност LR

LR даје вредност колико је пута вероватније да се добију резултати ДНК вештачења под хипотезом тужиоца него под хипотезом одбране.

Суд се у редовној пракси не среће са рачунањем LR . Примера ради, немогуће је кроз LR квантификовати изјаве сведока (они могу бити више

или мање поуздани или убедљиви). Ипак, постоји потреба да се направи макар вербална скала која би описала колико *LR* вредност добијена ДНК вештачењем говори у прилог тврдњи тужиоца, односно браниоца.

7. Шта је ДНК вештачење и претпоставке за ДНК вештачење

Да би ДНК вештачење уопште могло да се спроведе потребно је да се остваре услови за то:

- потребно је прикупити узорке биолошких трагова везаних за учињено кривично дело и то на лицу места и осталим локацијама које су у вези са извршеним кривичним делом, уз посебну пажњу како би се избегла контаминација;
- прикупљене узорке потребно је прописно спаковати, чувати и транспортовати до лабораторије у којој ће се обавити ДНК вештачење (узимање референтних узорака од неспорно идентификованих особа, као и елиминациони узорци од службених лица која су укључена у рад на лицу места и свих осталих лица која су учествовала у раду до допремања узорака у лабораторију, као и од особља запосленог у лабораторији;
- изоловање молекула ДНК из достављеног биолошког материјала које се врши у лабораторији;
- утврђивање количине и квалитета молекула ДНК у изолату.

Да би биолошки трагови прикупљени на лицу места имали доказни значај, потребно их је анализирати. Тај процес обухвата:

- ензиматску анализу изолата у циљу издвајања делова молекула ДНК који садрже полиморфне генске локусе (на основу *RFLP* или *PCR* методе),
- добијање ДНК профила из биолошких узорака (генотипизација узорака),
- упоређивање добијених ДНК профила и биостатистичка обрада резултата,
- интерпретација резултата и давање мишљења од стране вештака.⁵

Након овог процеса, вештак даје свој налаз и мишљење на основу резултата добијених анализом. Овај налаз представља доказ који у себи обухвата доказно дејство биолошких трагова као материјалних идентификационих доказа.⁶

⁵ Душан Дуњић и сарадници, *Експертна медицина*, Европски центар за мир и развој Универзитета за мир Уједињених нација и Правосудни центар, Београд, 2008, 337.

⁶ Милан Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2007, 306.

8. Методе ДНК вештачења

Приликом вештачења биолошког материјала ради утврђивања ДНК профила лица које је оставило неки траг и његовог упоређења са ДНК профилем познатог порекла, користи се у пракси неколико метода:

А. *RFLP* анализа (*Restriction Fragment Length Polymorphism* – Полиморфизам дужине рестрикционих фрагмената) – овом методом рађене су почетне анализе ДНК молекула. Тестирање је базирано на утврђивању дужине некодирајућих делова ДНК ланца тзв. високо варијабилни региони. Ове варијације заснивају се на променљивом броју тандемских узастопно поновљених низова база на различитој локацији или локацијама ДНК ланца. Вештачење се састоји од неколико фаза, а резултат су црне линије различите дужине, налик на „бар код” и таква фотографија је позната као ДНК отисак.⁷

Б. *PCR* анализа (*Polymerase Reaction Chain*– ланчана реакција полимеразе) је *in vitro* метод за продукцију велике количине специфичног фрагмента ДНК познате дужине из мале количине узорака биолошких трагова људског порекла, независно од њихове старости, чак и у случају кад су узорци помешани. Ова метода је осетљивија од *RFLP* методе и њом се одређени делови ДНК молекула (хиперваријабилни локуси) умножавају од милион до милијарду пута, а на који начин се добија довољна количина ДНК за даљу анализу. У форензичкој генетици овом методом умножавају се они делови молекула ДНК који су важни за идентификацију људи. Највише информација носе они генски локуси који у људској врсти постоје у великом броју различитих варијанти (варијанте једног гена се у генетици називају алели).

Национални истраживачки савет у САД (*National Research Council, NRC*) је 1996. године дефинисао 13 генских локуса који задовољавају захтеве да би се могли користити у судским поступцима. Овај списак гена познат је под називом *CODIS* (комбиновани ДНК индекс систем).⁸

Вештачење се спроводи у више фаза и то:

1. Изолација (издвајање) и пречишћавање ДНК из узорка односно биолошког материјала се може изоловати из разних биолошких материјала: крв, пљувачка, ликвор, урин, длака, сперма, кост, материјал из ткива, хорионске ресице и сл. За *PCR* анализу ДНК молекула довољне су мале количине биолошких узорака. Старост узорка у овој анализи

⁷ Милош Тасић и сарадници, *Судска медицина*, мај 2006, 406, 407.

⁸ Оливер. Стојковић, „Интерпретација ДНК доказа”, *Билтен Окружној суда у Београду*, 2007, 25.

није од пресудног значаја, али је важна предострожност приликом прикупљања узорка у циљу избегавања контаминације, као и правилно чување пронађених биолошких узорака.

2. Друга фаза је умножавање одређених сегмената молекула ДНК помоћу *PCR* методе, која се састоји од 3 корака: денатурације, хибридизације и елонгације које се циклично понављају око 30 пута. Имајући у виду да ова метода имитира процес умножавања молекула ДНК који се одвија у ћелији, непосредно пре сваке ћелијске деобе, након сваког циклуса се количина одређеног сегмента молекула ДНК удвостручује, тако да се од 1 добију 2, од 2 копије се након следећег циклуса добију 4, од 4 се добије 8 и тако даље. Овај вид геометријске прогресије броја умножених сегмената молекула ДНК омогућује да се изврши денатурисање ДНК ланца односно раздвајање на два ланца кроз вишеструке термичке циклусе, чиме се добијају једноланчани молекули ДНК.

3. Хибридизација је трећа фаза која представља успостављање водоничних веза између прајмера и комплементарне секвенце матрице, од чега зависи специфичност *PCR*. Одабрани сегмент ДНК ланца се вишеструко умножава коришћењем ензима (ДНК полимеразе) у посебном поступку у термичким условима. Тако се *PCR* техником изабрани фрагменти ДНК, уз примену прајмера умножавају у више од 10 милиона копија односно онолико колико је потребно за одређено истраживање тј. индивидуално типизирање. За успешно одвајање ДНК анализе методом *PCR* важна је температура на којој долази до хибридизације прајмера са матрицом, као и температура на којој долази до елонгације прајмера. Такође су важне и концентрација ДНК и прајмера.

4. Визуелизација фрагмената је четврта фаза уз помоћ посебних метода бојења.

Затим следи анализирање, трансформисање резултата и нумерички код фрагмената, као и њихово поређење. Овај процес обавља се помоћу компјутера.

Резултат ДНК анализа је ДНК профил који се може нумерички представити као низ парова бројева, при чему сваки пар бројева описује оба алела присутна на одређеном генском локусу, један наслеђен од мајке, а други од оца. Нумерички запис ДНК профила је посебно користан у форензичкој генетици, јер се два ДНК профила лако могу упоредити. Уколико су два профила подударна, онда читав списак алела на свим анализираним генским локусима мора бити потпуно идентичан.⁹

⁹ О. Стојковић, 27.

Такође, потребно је указати и на предности *PCR* методе ДНК вештачења у односу на *RFLP* методу. Најпре, за *RFLP* методу је потреба велика количина биолошког материјала доброг квалитета, што ствара проблеме у пракси услед недостатка великих количина биолошких трагова на лицу места. За *PCR* методу је потребан мали број молекула ДНК да би се одредио биолошки профил, чак и на узорку лошег квалитета. Предност *PCR* методе је и брзина анализе која се може урадити и за неколико сати док је за *RFLP* методу потребно од 6 до 8 недеља. Ни старост биолошког узорка не представља ограничење за примену *PCR* методе. Овом методом се може вештачити и помешан биолошки материјал од више особа, а применом посебне технике могу се одвојити мушке и женске фракције, тако да се може посебно испитивати свака ДНК фракција.

9. Митохондријална ДНК

Митохондрије су ћелијске органеле које обезбеђују енергију за функционисање ћелија. У великом броју ткива ћелије садрже велики број митохондрија, а у свакој митохондрији се налази по један циркуларни молекул ДНК.¹⁰ За разлику од нуклеарне (једарне) ДНК, која је комбинација наследног материјала родитеља, митохондријална ДНК, попут *Y* хромозома наслеђује се искључиво од једног родитеља, у овом случају од мајке. Сви сродници по женској (мајчинској) линији поседују идентичне секвенце митохондријалне ДНК.¹¹ Ово је веома важно у форензици, јер анализа остатака нестале особе, где познати родитељи са мајчине стране могу да обезбеде референтне узорке за директно упоређивање са узорцима добијених из сакупљених остатака тј. испитивањем митохондријалне ДНК.

Међутим, митохондријална ДНК анализа је ограничена у поређењу са анализом једарне ДНК у толико што не може да разликује две особе у блиском сродству (ако је сродство преко женске линије), јер уколико није било мутација, потомци мајке као и њена родбина имају идентичну митохондријалну ДНК – тако да митохондријална ДНК појединца није јединствена. Секвенцирање митохондријалне ДНК се користи и приликом идентификација посмртних остатака из групних гробница. Такав један случај је и чувена породица Романов, где је применом МтДНК анализе костију потврђено да се у гробници у близини Јекатеринбурга, у Русији, налази породица Романов.¹²

¹⁰ Д. Дуњић и сарадници, 338.

¹¹ М. Тасић и сарадници, 410.

¹² Andrew R.W. Jackson, Julie M. Jackson, *Forensic Science*, third edition, 198.

Митохондријална ДНК је много трајнија од једра ћелије и може се користити за идентификацију вештачења на основу људских остатака старих и по неколико хиљада година.

У пракси су најчешће вршена вештачења длаке која је пронађена на месту извршења кривичног дела или на телу жртве. Примери су бројни: испод ноктију жртве, у руци жртве, у устима, грлу, вагини, у возилима осумњичених и сл.

У погледу нових достигнућа ове врсте вештачења, треба поменути могућност мерења молекула мтДНК у кривичним случајевима. То се спроводи у ФБИ лабораторији за мтДНК анализе у Квантику (*FBI's Mitochondrial DNA Analysis lab at Quantico, Va.*) са апаратом који је у могућности да мери тежине да би идентификовао различите фрагменте ДНК. То је било од значаја у случају као што је био напад на Светски трговински центар, у коме су људски остаци помешани, што представља тешкоћу да се утврди коме припада који део тела.¹³

10. Анализа хромозома

У хромозом је врста полног хромозома карактеристичан за мушки пол. Мушкарци садрже један Y хромозом, док га жене немају. Анализа Y хромозома у форензици се најчешће примењује у случајевима силовања, где није могуће применити диференцијалну анализу, у којима је број семених ћелија мали, у којима је учинилац дела, због вазектомије оставио само епителне али не и семене ћелије у ејакулату, у којима је учинилац блиски сродник жртве, а због чега они могу имати исте алеле за многе аутозоматне маркере и сл.¹⁴

Анализе чија је сврха идентификација су обично фокусиране на праћење маркера који се налазе на аутозомалним хромозима, а разлог је чињеница да се они могу употребити за идентификацију особа оба пола, обзиром да анализа Y хромозома искључује идентификацију женског дела популације. Значај ове врсте анализе лежи у чињеници да преко 95 % насилних кривичних дела и преко 99% сексуалних преступа учине припадници мушког пола.¹⁵

11. Доказна снага ДНК вештачења у односу на друге методе идентификације

Криминалистичка идентификација преставља поступак утврђивања идентитета објекта, ствари, лица и лешева. То је поступак утврђивања

¹³ D. Raston, *FBI's New Tehnology Revolutionies DNA Analysis*, January 28, 2008.

¹⁴ Т. Варљен, *Анализа Y хромозома у форензици*, Ваљево, 2007, 47–50.

¹⁵ Д. Дуњић и сарадници, 339,340.

истоветности конкретног објекта, места, путем општих и посебних обележја помоћу упоређивања ради осигурања доказа.

У криминалистичкој идентификацији треба разликовати објекат који се идентификује или спорни објекат, од објекта помоћу кога се врши идентификација.¹⁶ Постоје две основне групе метода идентификације у криминалистици:

1. оне којима се врши идентификација ствари, односно предмета,
2. оне којима се врши идентификација лица.

У пракси су најчешће примењиване методе у идентификацији лица. Идентификација лица има задатак да утврди личност непознатог извршиоца, да ли је одређено лице повратник, да открије лажна имена, да одреди личност душевног болесника, идентитет леша и сл.

Средства криминалистичке идентификације су: абецедни спискови, антропометрија, дактилоскопија, монодактилоскопија, хејроскопија, синалектичка фотографија, лични опис, вештачење рукописа, вештачење личне исправе, саслушање сведока итд.¹⁷

12. Формирање и коришћење ДНК базе података

а) Појам ДНК базе података и базе у свету

Националне ДНК базе података служе као средство за успешно разрешавање криминалистичких случајева широм света. Законске забране и ограничења у правосуђу, као и начини коришћења система за вредновање поклапања, организовани су на различит начин у разним државама.

Уједињено Краљевство (Енглеска и Велс) најдуже користи ДНК и има законом регулисану ДНК базу података (*UK National Criminal Intelligence DNA Database*). Ова база података пројектована је да садржи вишемилионски број узорака, односно 30 % људи старости између 10 и 50 година.¹⁸ Оваква бројка резултат је либералног приступа који се тиче уношења података у базу, односно већина узорка узета је од лица лишених слободе, са или без њиховог пристанка, и то због прекршаја или могуће казне затвором.

Ова база података садржи две врсте података: садрже узорке са лица места и узорке осумњичених, односно осуђених лица (у 2005. години

¹⁶ Б. Симоновић, 349.

¹⁷ Владимир Водинелић, *Криминалистика*, Савремена администрација, Београд, 1984, 429.

¹⁸ Home office: Criminal Statistic England and Wales, London, 2003.

на основу ових база података 40% извршиоца кривичних дела је идентификовано). Уједињено Краљевство има централизовану систем ДНК базе података. Ова база представља највећу форензичку базу података на свету – садржи 5,2% популације у поређењу са 0,5% популације у САД.¹⁹ Поједине државе и територије у оквиру УК имају своје специфичности и то:

САД имају прву законом регулисану посебну ДНК базу. На савезном нивоу ова проблематика регулисана је Законом из 1994. године. Почетком 90 – тих година XX. века *FBI* је почео да развија у САД пројекат *CODIS (Combined DNA Index System – CODIS)* у намери да повеже постојеће форензичке ДНК лабораторије у јединствен систем. Овај систем је сачињен у циљу да се на основу стандардизовања рада на лицу места и уз подршку модерне компјутерске технологије омогући што ефикаснија борба против криминала и то првенствено приликом увиђаја на лицу места. У систем су уношени подаци из форензичког индекса и базе ДНК профила осуђених лица за сексуална и друга кривична дела са елементима насиља.²⁰

FBI је октобра 1998. године званично пустио у рад *CODIS – Федералну базу података повезану са 50 база података појединих држава*. Током 1999. године оспособљено је више од 100 форензичких лабораторија за ДНК вештачење које су примењивале овај систем у оквиру кога се утврђује, чува и пореди ДНК профил са 13 локуса различитим хромозомима. Поред овог система у САД је 1999. године уведен и Национални ДНК индекс систем (*National DNA Index System – NDIS*), који повезује све нивое борбе против криминала – федералне, државне и локалне. Ова база састоји се од 4 дела: базе података осуђених лица, базе биолошких трагова са лица места, базе ДНК профила лица који су најближи сродници несталих и базе неиндентификованих људских остатака.

Узорци се примају углавном од државне полиције, медицинских истраживача и осталих агенција. *CODIS* садржи више од 2,6 милиона узорака у вези са кривичним поступцима узетих од осумњичених или осуђених лица. Закон из 2006. године проширио је сакупљање ДНК узорака осуђених на лица ухапшена по федералним прописима, осумњичене илегалне имигранте и заробљене терористе.²¹

¹⁹ www.homeoffice.gov.uk, март 2013.

²⁰ C.R. Michaelis, G.R. Flanders Jr., H.P. Wulff, *A Litigators Guide to DNA, from Laboratory to Courtroom*, 2008, 99.

²¹ <http://howstuffworks.com/genetic-science/dna-evidence6.htm>.

б) Значај ДНК база података на плану међународне и међудржавне сарадње

Имајући у виду да међународни тероризам и организовани криминал не познају границе и да су у све већој експанзији, државе су организовале међународну сарадњу у борби против криминала. Како би се што ефикасније борили против криминала, Генерални секретаријат Интерпола у Лиону је 2000. године оформио Интерполову ДНК базу података. Такође је оформљена *Interpol DNA Monitoring Expert Group (MEG)* коју чине форензички експерти и полицијски истражитељи, а све у циљу подстрека другим државама да оформе националне базе података.

Такође, циљ ове групе је и да стандардизују сакупљање доказа и развију акредитационе критеријуме за форензичке лабораторије. Ова група заслужна је за препоруку стандардног сета локуса приликом ДНК вештачења свим државама чланицама – *ISSOL (Interpol Standard Set of Loci)*. Развијена је Интерпол ДНК база података и инсталиран је посебан безбедоносно–комуникациони систем: И – 24/7.²² Према званичним подацима, на крају 2008. године од 188 држава чланица Интерпола 120 држава је користило ДНК вештачење у полицијским истрагама, а 54 државе имају националне базе података. Са повећањем коришћења ДНК вештачења код појединих држава, све више држава кроз националне базе података складишти, управља и пореди ДНК профиле међусобно. Ова база података постаће још успешнија када много више земаља чланица ове организације почне да шаље све своје узорке и референтне ДНК профиле Интерполу. На основу провера кроз ову базу података пронађено је неколико преклапања лица која су показала различит (фалш) идентитет, односно промену идентитета.²³

ENFSI DNK – представља део европске мреже форензичких научних института, оформљене 1993. године од представника 11 лабораторија – земаља чланица, која је нарасла до 50 лабораторија из 32 земље из свих делова света. Ова организација има три стална комитета експертске радне групе, а једна од 15 радних група је и радна група ДНК (*ENFSI WG*).²⁴ У складу са договором чланица *ENFSI*, Европска унија донела је 2006. године одлуку да у 32 врсте кривичних дела докази из држава-чланица морају бити доступни другим државама чланицама на њихов захтев, што је начин да се смањи рок за слање доказа са годину на 40 дана.

²² Interpol Handbook on DNA Data Exchange and Practice, second edition 2009, 8,9.

²³ C. P (Kees) van der Beek, *European initiatives to exchange DNA profiles between countries*, ENFSI, Finland, June 2006.

²⁴ European Network of Forensic Science Institute.

ПРУМСКИ СПОРАЗУМ – Прум конвенција је уговор који је потписан 27. маја 2005. године од стране Аустрије, Белгије, Француске, Немачке, Луксембурга, Холандије и Шпаније у граду Пруму у Немачкој.²⁵ Конвенција је касније усвојена од стране осталих чланова Шенгенског споразума. Основни елементи Конвенције уврштени су у Одлуку Савета ЕУ 2008/615/ЈХА од 23. јуна 2008. године, а односе се на појачавање прекограничне сарадње, посебно у борби против тероризма и прекограничног криминала. Конвенција је усвојена како би се омогућило да потписнице размењују податке о ДНК, отиске прстију и за сарадњу против тероризма.

Овај уговор такође садржи одредбе о летовима између држава потписница, заједничких полицијских патрола, улазака (оружаних) полицијских снага на територију друге државе у циљу спречавања непосредне опасности и одредбе о сарадњи у случају масовних догађаја или катастрофа. Овај акт значајно место поклања ДНК профилима из база података и могућности њихове размене. У складу са овим споразумом, државе потписнице омогућавају међусобно једна другој право приступа њиховим аутоматизованим базама података ДНК анализа, аутоматским дактилоскопским системима идентификације и базама података регистрације моторних возила.

в) Садржина базе података

Коришћење ДНК базе података изискује успостављање биланса између правне сигурности и заштите људских права. Све базе података сачињене су из 2 дела: базе података ДНК профила добијених из трагова (неидентификовани ДНК профили) и базе података лица чији се ДНК профили упоређују са неидентификованим траговима (база података познатих донатора). У различитим државама ДНК базе података познатих донатора се одређују различито: негде се чувају ДНК профили ухапшених лица, негде само осуђених, а у неким само ДНК профили лица осуђених за одређена кривична дела или на одређене казне затвора.

Иако полиција и правосуђе инсистирају на што ширем кругу лица чији се ДНК профили налазе у базама података, с друге стране бројне организације за заштиту људских права се залажу управо за супротно односно за што ужи круг. Овде се заправо ради о питању права и слобода грађана, јер се уношењем у базе ДНК профила осумњичених крши презумција невиности. С друге стране, уношењем што већег броја ДНК профила повећава се ефикасност у борби против криминала.

²⁵ Council of the European Union, Prum Conversion, 10900/05, 27, 27. мај.2005. године у Пруму, Немачка.

Заједничка карактеристика свих база ДНК профила је у томе да се њима записују профили некодирајућих делова ДНК, тј. оних делова који служе у идентификационе сврхе, али не и за утврђивање личног профила лица (наследних болести...). Унос и коришћење података из база ДНК профила регулише се законима.

IV ДНК вештачење и заштита људских права

У једном периоду групе бораца за људска права протестовале су против примене ДНК анализа, као и против стварања база ДНК профила. И поред неоспорне користи у разрешењу злочина, употреба ДНК изазива и велики број етичких дилема. Тако, рецимо, у Енглеској, Велсу и Северној Ирској је 2004. године уведена пракса узимања узорак ДНК сваком појединцу који је ухапшен за било које кривично дело. Сви ови узорци складиштени су у Националној бази ДНК података, чак и уколико ухапшено лице никада не буде оптужено, ако је кривични поступак против њега обустављен или ако је у току поступка ослобођен од оптужби.

Већина држава Савета Европе дозвољава узимање отисака прстију и ДНК узорка у току кривичног поступка, али једино је Енглеска дозвољавала систематско и временски неодређено задржавање ДНК профила. Насупрот томе, узорци узети у Шкотској од лица лишених слободе, након што буду ослобођени или не буду уопште оптужени, морају бити уништени.

Енглеска, такође чланица Савета Европе, била је принуђена да промени своју праксу која се тиче узимања ДНК узорак и њиховог чувања након случаја „*S i Marper*”. У овом случају су два лица поднела захтев за уништење њихових профила у бази података. Наиме, они су били ухапшени 2001. године, али никада нису оптужени, нити осуђени. Европски суд за људска права укинуо је пресуде, а Виши суд је одбио 2002. године захтев за ревизију одлуке да се ови узорци ДНК не униште (ова одлука потврђена је од стране Апелационог суда 2003. године).²⁶

Невладине организације за борбу за људска права добиле су дозволу од Европског суда за људска права да подносе научне доказе о природи приватности генетског материјала и информација садржаних у ДНК. Оне су нагласиле да природа ДНК узорак, који укључује мноштво веома личних података који се односе на јединствен идентитет појединца,

²⁶ Sand and Marper v. United Kingdom [2008] ECHR 1581, <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2008/1581.html>, април 2013.

медицинске податке, информације о родбини појединца, не допушта њихово узимање и складиштење, јер се могу користити у актуелним кривичним поступцима што би довело до психолошких последица за лица чији је ДНК профил чуван у бази података.

1. Одлуке у вези са кривичним поступцима

Напред поменути случај „*S i Marper*” од великог је значаја, имајући у виду чињеницу да је један од подносиоца захтева за уништење ДНК профила, у овом случају „*S*”, у време лишења слобода био малолетан односно имао је свега 11 година. Његови заступници су се посебно ослонили на чл. 40. Конвенције УН о правима детета из 1989. године, који каже да је право сваког детета које је осумњичено да је прекршило кривични закон, да се третира на начин усклађен са унапређивањем достојанства детета и његових вредности, јачајући поштовање дететових права и основних слобода. Велика Британија је у свом одговору, између осталог, навела да је ДНК само низ бројева који обезбеђује средство за идентификацију особа, те да је задржавање података био легитиман циљ јер је помогао у идентификацији будућих преступника. Међутим, 17 судија је сматрало да је дошло до повреде Конвенције за људска права и доделило сваком од подносиоца захтева одштету.

У Шкотској су ови ДНК профили уништавани након што неко лице не буде осуђено или оптужено, уз изузетак задржавања ДНК профила за лица која су била ухапшена због сексуалних деликата или насилних кривичних дела. У мају 2009. године, Влада Велике Британије је предложила да настави са задржавањем ДНК профила, али да се исти уклањају после одређеног броја година. Наиме, предложено је да ће се за лица која буду ослобођена, ДНК профили брисати по истеку 6 година, осим за лица која су била лишена слобода због сексуалних и насилних кривичних дела, док ће се за малолетна лица ДНК профили брисати кад напуне 18 година живота.

Многе европске земље дозвољавају привремено складиштење ДНК узорака, али се узорци морају уништити након затварања случаја. Најозбиљнији проблем представља коришћење узорака у друге сврхе осим идентификације. ДНК профил садржи информације о могућим здравственим проблемима, физичким и менталним предиспозицијама, а што су све подаци који се врло лако могу злоупотребити (рецимо од стране тужиоца који инсистира на генетичкој предиспозицији, нпр. за педофилију код окривљеног).

Још један занимљив проблем у примени база података примећен је у САД. Наиме, у неколико случајева је утврђено делимично поклапање ДНК профила осуђеника који су на служењу казне са узорцима са места нових злочина.²⁷ У овом случају не може бити речи о истом починиоцу, али је статистички врло вероватно да је у питању члан породице осуђеника. Етички проблем, који се у оваквим случајевима поставља, је у следећем – ако се, починивши злочин, осуђеник одрекао права на своју приватност (при чему је његов узорак ДНК депонован у бази), да ли држава има право да захтева узорке ДНК члановима његове уже или шире породице и тиме угрожава њихова права? Ово питање, наравно, није још увек у потпуности решено и предмет је интензивних дебата. То што је неко починио злочин и на тај начин учинио доступним државним органима свој ДНК профил, не даје за право држави да од чланова породице захтева давање узорака за ДНК анализу.

С друге стране, уколико пронађени ДНК на лицу места односно места злочина указује на сродство са лицем чији се ДНК профил налази у бази података, правосудни органи имају право да на основу „основане сумње” затраже узорке од чланова породице. Чињеница је да би овакав приступ утицао на право приватности, али проналажење починиоца кривичног дела и његово лишење слободе имају свакако већи значај.

Уколико ово питање посматрамо са аспекта константне борбе против криминалитета, сигурно је да би овакав метод проналажења починилаца кривичних дела имао утицаја на смањење извршења кривичних дела. Наиме, сваки починилац кривичног дела полази од претпоставке да неће бити откривен. Увођењем ове методе утврђивања ДНК профила са места извршења кривичног дела свакако би утицало на првобитну одлуку лица да почини законом забрањено дело. Ово не би имало утицаја на све извршиоце, али би дефинитивно смањило број извршених кривичних дела. С друге стране, овај метод би захтевао више времена и средстава, а довео би и до кршења многих конвенција и закона који штите људска права и приватност.

Из свега наведеног може се закључити да технологија ДНК анализе омогућава спровођење правде на начин који је до скоро био незамислив, уз велику добробит за друштво, али и да постоји огроман потенцијал за злоупотребу. Да ли је вероватноћа грешке довољно мала? Да ли држава има право да подвргне анализама целу популацију? Да ли је правни систем довољно развијен да спречи могућност злоупотреба? Постоји још безброј питања на које ни данас нема попуно тачних одговора.

²⁷ *Forenzička biologija*, Wordpress, 2008.

V. Примена ДНК вештачења у појединим врстама кривичних дела

ДНК вештачење има посебан значај код неке врсте кривичних дела, као што су кривична дела против живота и тела, против полних слобода или угрожавања саобраћаја. Пре употребе ДНК анализа у овим случајевима била је много тежа идентификација починиоца ових кривичних дела.

1. Кривична дела против полне слободе

Најчешће кривично дело из ове групе је кривично дело силовања, које је због своје специфичности и најтеже доказати. Доказивање се састоји из низа поступака, почев од прегледа жртве, лица места и осумњиченог. Код овог кривичног дела, форензички докази су основни материјални докази, тако да њихово евидентирање, паковање, означавање, транспортовање и анализа морају проћи посебну процедуру.

Посебна околност везана за ово кривично дело је и непријављивање истог што је врло често у пракси. Касније пријављивање овог кривичног дела доводи до отежаног доказивања и идентификације, јер је важно да се материјални докази прикупе са места извршења кривичног дела. Преглед жртве се врши након издавања наредбе од стране истражног судије.

После прегледа се од оштећене односно од жртве узима одећа која је важна ради вештачења евентуалних биолошких трагова који се налазе на њој. Такође, од великог значаја је и преглед осумњиченог уколико је лишен слободе односно уколико је познат.

Преглед жртве подразумева генитални и екстрагенитални преглед. Велики број стручњака сматра да екстрагенитални преглед треба да буде обављен од стране специјалиста судске медицине, мада је то у пракси врло ретко. Ови прегледи требало би да буду пропраћени детаљном фото документацијом. Осим описа који се тиче постојања односно непостојања повреда, потребно је пажљиво узети биолошке трагове, рецимо пљувачку осумњиченог, делове ткива испод ноктију жртве, трагове сперме итд.

У неким случајевима узима се и орални брис, затим перинални и анални брис са циљем ДНК идентификације осумњиченог ради утврђивања његовог ДНК профила и упоређивања са подацима у постојећим базама података. Одећа жртве може бити носилац врло значајних трагова као што су длаке починиоца и влакна отпала са његове одеће. Недостатак сперме као биолошког трага не искључује кривично дело силовања, јер велики број починилаца приликом извршења дела носи кондом, који треба у тим ситуацијама тражити на месту извршења дела.

Уколико се ради о сексуалном нападу са смртним исходом, процедура је иста као код кривичног дела убиства, с тим да се узети трагови и брисеви пажљиво упакују, означе и пошаљу у ДНК лабораторију на друге анализе.

2. Кривична дела против безбедности јавног саобраћаја

Ова врста кривичних дела спада међу најчешћа кривичних дела. Овде је значај ДНК вештачења велики с обзиром на непознате извршиоце кривичних дела. Посебну пажњу треба обратити на увиђај на лицу места где сви пронађени трагови морају бити пажљиво и детаљно евидентирани у записнику о увиђају. У овај записник уносе се подаци као што су: подаци о изгледу лица места, о учесницима у незгоди, возилима која су учествовала у незгоди, оријентационој тачки, траговима и предузетим радњама.

Када у саобраћајној незгоди постоји НН лице као један од учесника, потребно је обезбедити лице места, ограничити кретање свим неовлашћеним лицима на лицу места, изместити или обуставити саобраћај. Преглед лица места мора бити изузетно детаљан ради проналажења трагова који могу потицати како од осумњиченог НН лица, тако и од његовог возила, а све у циљу касније идентификације возила и осумњиченог. Када има настрадалих, води се рачуна да се приликом обдукције узме минимална количина крви од настрадалог ради каснијег упоређивања.

Дешава се и да возач за кога се сумња да је учествовао у саобраћајној незгоди успе да уклони са возила све оштећене делове ради прикривања трагова незгоде. Тада се посебна пажња усмерава на преглед доњег дела аутомобила у каналу за преглед возила, јер се може десити да су се баш ту задржали неки биолошки трагови, као што су крв, длаке или делови ткива који су наизглед невидљиви.

VI. Установе које врше ДНК вештачење

1. ДНК лабораторије

У Србији се ДНК вештачење обавља у ДНК лабораторији Института за судску медицину у Београду,²⁸ Центру за судску медицину, токсикологију и молекуларну генетику Клиничког центра Војводине у Новом Саду, Националном криминалистичко-техничком центру МУП РС и Институту безбедности. Пионир примене ове врсте вештачења је

²⁸ <http://www.dnk.rs>

Центар за примену и развој *PCR* Биолошког факултета Универзитета у Београду. Ове установе поседују сертификат стручности ГЕДНАП, немачког удружења за форензичку ДНК анализу, за анализу аутозомалних СТР маркера и маркера локализованих на Y хромозому.

Највише вештачења радило се у виду анализа остатака несталих лица са ратом захваћених територија, али од 2006. године, када су престале са радом у том домену, лабораторије су се фокусирале на анализе у кривичним делима разбојништва, убистава, силовања и саобраћајних незгода. Ове лабораторије су такође обављале и вештачења у случају „несталих беба” и у утврђивању очинства. Вештачења су вршена за потребе полицијских и правосудних органа.

Центар за судску медицину, токсикологију и молекуларну генетику Клиничког центра Војводине у Новом Саду²⁹ у својој лабораторији која је основана 2003. године врши вештачења за бројна кривична дела разбојништва, тешке телесне повреде, убиства, тешке крађе, кривична дела против полних слобода и саобраћајних незгода. У овој лабораторији се такође врши утврђивање очинства, али и идентификација НН лешева. Овде се раде вештачења, како за потребе државних органа наше земље, тако и за потребе правосудних органа Црне Горе, Републике Српске и Мађарске.

Национални криминалистичко-технички центар МУП РС³⁰ је своју ДНК лабораторију оформио 2007. године и у тој лабораторији урађено је до данас највише врста вештачења. Ова ДНК лабораторија преко Интерпола сарађује у размени ДНК профила лица и трагова.

Институт безбедности³¹ у својој лабораторији врши вештачења искључиво у кривичним поступцима за потребе БИА. Дуги низ година ова лабораторија је била једина у нашој земљи која је вршила вештачења митохондријалне ДНК.

Центар за примену и развој *PCR* Биолошког факултета Универзитета у Београду³² је установа која је у нашој земљи прва почела са овом врстом вештачења. У овој лабораторији обавља се годишње велики број вештачења и то за различита кривична дела. Такође, ова лабораторија обавља вештачења за потребе правосудних органа и ван наше територије.

Последњих година у нашој земљи појављују се и приватне ДНК лабораторије којих још увек има свега неколико.

²⁹ <http://www.forensicns.com/>

³⁰ www.mup.gov.rs/cms_lat/UKP.nsf/nktc.

³¹ <http://www.bia.gov.rs/rsl/medijski-materijal/foto-galerija-010.html>

³² <http://www.dnkanaliza.rs/>

Све ове лабораторије које смо поменули поседују своје интерне базе података. Тако, рецимо, Интерна база података ДНК лабораторије Института за судску медицину у Београду садржи две врсте података: у односу на осумњичена лица и у односу на трагове пронађене на лицу места.³³ Захваљујући овим интерним базама и претрагама дошло је до „хладних поклапања” у неким кривичним делима.

2. ДНК регистар у Србији

Интерна база података Центра за судску медицину у Новом Саду садржи податке о свим извршеним анализама. Затим, Центар за примену и развој *PCR* Биолошког факултета у Београду има сопствену базу података о свим извршеним анализама.

На жалост, у нашој земљи још увек није формирана Национална база ДНК профила. Ова чињеница знатно успорава борбу против криминала, као и сарадњу наше земље са другим земљама у овој области.

Наиме, Србија је усвојила 26. марта 2018. године Закон о националном ДНК регистру који води Министарство унутрашњих послова преко форензичке службе. Овим законом предвиђено је да ће база података бити успостављена у року од две године од дана доношења закона. На жалост, овај закон изузетне важности написан је штуро и нестручно, у свега 11 чланова.

Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности поднео је Уставном суду Србије предлог за оцену уставности Закона о националном ДНК регистру. Такође, предложио је и да, у складу са својим овлашћењима, Суд укаже Народној скупштини на потребу доношења новог закона о ДНК регистру, односно измена и допуна овог закона. Предлог за оцену уставности заснива се на чињеници да је, упркос одредби чл. 42. Устава, као и раније израженом ставу Уставног суда да се обрада података уређује искључиво законом, законодавац прописао да се ближи услови за размену и преношење података ДНК регистра уређују подзаконским актом Владе. Он је посебно указао на нека питања која се односе на услове под којима се врши упис и брисање података у ДНК регистру, рокове чувања свих података у ДНК регистру, услове под којим се врши обрада података у ДНК регистру, а посебно услове под којима се врши упис и брисање података из регистра о малолетним лицима и жртвама извршења кривичног дела, размену података из ДНК регистра са другим државама и међународним организацијама

³³ Према подацима руководиоца ДНК лабораторије, доц. др. Оливера Стојковића, од 2008. године ова база садржи 3500 ДНК профила.

која се може одвијати само на основу закона односно ратификованих међународних конвенција.

Основна мањкавост овог закона је што ће се регистар налазити у полицији, а не постоји никаква мера или решење којим би се спровео цивилни надзор у вези са поступањем са том базом података. То је најинтимнија база коју полиција може да има у вези са нечијом приватношћу. Постоје земље у којима је ДНК регистар у рукама полиције, али надзор над њим обавља цивилни сектор, односно стручни органи у којима седе биолози и правници. Овај сектор врши константан надзор и доноси правила по којима поступа полиција. Нашој полицији је потпуно неприхватљиво да биолози сачињавају правилник о биолошким траговима, по ком треба поступати.

Додатни недостатак овог закона је и чињеница да ће се у овој бази података наћи велики број становништва, а за уклањање података из базе не постоји предвиђен механизам. Супротно томе, овај закон оставља могућност да се брисање података из регистра дефинише накнадно, полицијским правилником. Полиција није прихватила ниједно становиште нити предлог струке приликом израде овог закона.

У Закону је предвиђено да су све ДНК лабораторије на територији Србије у обавези да доставе МУП – у све ДНК профиле којима располажу, а који су добијени за потребе кривичних поступака. Не прави се никаква разлика између ДНК профила особа које су биле само осумњичене за извршење одређеног кривичног дела, те поступак против њих није ни вођен или су правноснажно ослобођени и оних који су осуђени правноснажно. Такође, не узима се у обзир ни врста и тежина кривичних дела. Поставља се питање шта је уопште сврха таквог селективног достављања огромног броја података. Злоупотребе података никада није могуће у потпуности искључити, чак ни у системима који су много прецизније и квалитетније уређени од нашег.

Неспорна је важност увођења ДНК регистра у нашу земљу. Међутим, битно је како ће тај регистар изгледати. Такав један регистар морао би да следи стандарде који су глобално прихваћени, а који уважавајући потребе сузбијања криминала, те максимално воде рачуна и о гаранцијама људских права. Сам текст закона није у складу са Уставом, са препорукама Савета Европе, али ни са ставовима израженим у одлукама Европског суда за људска права. Европски суд за људска права у одлукама старим и по десет година, утврдио је да је задржавање отисака прстију, ћелијских узорака и ДНК профила, без прављења разлика да ли је неко лице само осумњичено или осуђено, нешто што не успоставља праведан однос између јавног и приватног интереса, да доводи до нео-

правданог мешања државе у приватан живот појединца и да представља повреду права гарантованих Европском конвенцијом о људским правима.

Значај успостављања овакве базе података је вишеструк. Успостављање озбиљног регистра ДНК података, осим у расветљавању кривичних дела, има велику улогу и у проналажењу несталих особа. Такође, таква база података омогућила би и бољу размену ДНК профила на међународном нивоу.

VII. Примена ДНК вештачења у кривичним поступцима

Најчешћа примена у пракси наших судова, када је ДНК вештачење у питању, односи се на кривична дела у вези са злоупотребом опојних дрога, затим убистава, разбојништава и силовања.

ДНК вештачења се углавном врше на основу наредбе који издаје јавни тужилац, што скраћује знатно вођење самог поступка. Врло ретко се дешава да се у пракси ради супер вештачење када је ДНК у питању. Углавном установе доставе свој писмени налаз и мишљење, а ретко се појављују и на главном претресу. Разлог је највероватније тај што учесници у поступку не познају довољно ову материју, те стога и не знају шта би питали вештаке.

У пракси, на резултате ДНК вештачења од свих овлашћених лабораторија се чека око 2 месеца, што није кратак период поготово када се неки од окривљених налазе у притвору и када постоји обавеза да се хитно поступа у складу са чл. 6. ст 1. Европске конвенције ради поштовања права на суђење у разумном року. Разлог је велики број предмета, али и мали број запослених стручних лица у овим лабораторијама.

Најспорија је ДНК лабораторија НКТЦ МУП РС јер ради, за потребе суда, бесплатна вештачења. Све друге лабораторије усмерене су и на комерцијална вештачења, првенствено због куповине скувих хемикалија помоћу којих се и врше ова вештачења. Такође, у кривичним поступцима, трошкови вештачења се исплаћују након достављања писменог налаза и мишљења и лабораторије су приморане да дуго чекају на исплату од стране суда.

У пресудама се суштински не излази из оквира самог налаза вештака, нити се шире образлаже значај овог вештачења, већ се само резултати уклапају и образложење пресуде. Ово се дешава, јер судије нису довољно упознате са материјом која се тиче ДНК вештачења, па самим тим стриктно се држе самог налаза. Сматрамо да је ово погрешно, без

обзира што се сваки доказ цени и у вези са другим доказима, јер у неким предметима ДНК вештачење је заправо од одлучујућег значаја за доношење осуђујуће или ослобађајуће пресуде.

Најчешће обављено ДНК вештачење даје, као једна од радњи доказивања која се изводи у разним фазама поступка, позитивну или негативну везу између лица чији се неспорни биолошки материјал анализира и биолошких трагова за које се претпоставља да их је то лице оставило на одређеном месту, односно предмету – месту извршења кривичног дела, месту где је наступила последица и евентуално пронађена жртва кривичног дела или било ком месту које се може довести у везу са неким кривичним делом односно предметом који је на било који начин у вези са тим кривичним делом. Да би се добила позитивна идентификација неког лица као оставиоца биолошког трага, потребно је утврдити ДНК профил тог лица. Утврђивање овог профила врши се узимањем, по наредби суда, неспорног биолошког трага тог лица (брис букалне слузнице) ради утврђивања неспорног ДНК профила тог лица и упоређивање са пронађеним профилем са лица места.

Када се неспорни ДНК профил поклопи са ДНК профилем нађеним на неком месту или предмету у вези са кривичним делом, онда се може закључити да је то лице позитивно идентификовано. То дакле, представља поуздан доказ да је то лице било у некој вези са кривичним делом и као такав биће цењен са осталим доказима у току кривичног поступка. Уколико се неспорни ДНК профил неког лица за које се сумња да је у некој вези са кривичним делом не поклопи са ДНК профилем који је добијен из биолошког материјала пронађеног на неком месту или предмету у вези са кривичним делом, онда је то лице негативно идентификовано. Међутим, то и даље не значи да то лице није било присутно на неком месту које је у вези са кривичним делом или да није било у контакту са неким предметом који је у вези са кривичним делом, већ само да се присуство тог лица на таквом месту или контакт са таквим предметом није могао доказати путем ДНК вештачења. Најчешћи разлог за овакве ситуације су пропусти службених лица приликом вршења увиђаја у смислу стручног изузимања свих трагова или узимање недовољне количине биолошког материјала потребног за анализу.

Прва осуђујућа пресуда која је донета на основу ДНК вештачења је пресуда у предмету К. 25/06 Окружног суда у Ваљево. Окривљени је током читавог поступка негирао било какву везу са опојним дрогама које су пронађене код трећег лица и тврдио да је он није послао аутобусом у писму за Београд. Сви сведоци и другоокривљени су своју одбрану базирали на томе да првоокривљени прође некажњено. Међутим,

на основу ДНК вештачења биолошких трагова и поређењем добијених ДНК профила са неспорним профилем окривљеног, утврђено је да је окривљени оставио свој ДНК на материјалу који је био предмет вештачења – на преклопу коверте коју је залепио. Недуго после овог случаја проширила се примена ове врсте вештачења када су кривична дела везана за дрогу у питању. У великом броју оваквих случајева окривљени успеју да одбаце од себе опојну дрогу приликом бекства односно лишења слободе. Међутим, најчешће се вештачењем пронађу биолошки трагови који упућују на окривљеног, а који су скинути са кеса или других паковања у којима се налазила дрога.

VIII. Значај правилног вршења увиђаја и рада на лицу места за вештачење биолошких трагова

1. Поступање на лицу места

Из свега напред изреченог, јасно је да је значај биолошког вештачења несумњив. Наиме, увођење вештачења биолошких трагова путем ДНК анализе у нашој пракси отвара нове могућности у вештачењу биолошких трагова, позитивно утиче на скраћење трајања и на смањење трошкова кривичног поступка.

Да би се добили квалитетни – употребљиви резултати после обављеног биолошког вештачења, сви који поступају у току кривичног поступка треба да превазиђу проблеме који постоје. У циљу добијања резултата који имају снагу доказа у кривичном поступку, неопходна је што квалитетнија едукација свих службених лица која поступају приликом увиђаја на лицу места, у циљу сагледавања значаја биолошког материјала пронађеног приликом увиђаја и његове употребљивости за вештачење. Такође, од великог значаја је спречавање могућности контаминације узорака биолошких трагова пронађених на лицу места до које може доћи неопрезним радом службених лица на лицу места приликом увиђаја. Овде је потребно обратити пажњу на проблем неадекватне обраде, затим транспорта и чувања пронађених биолошких трагова.

ДНК вештачење има, како је напред наведено, више фаза:

- прикупљање узорка биолошких трагова у вези са извршењем кривичног дела,
- узимање референтних биолошких узорака од неспорно идентификованих лица,
- изоловање ДНК молекула из биолошког материјала,

- утврђивање количине и квалитета молекула у изолату,
- ензиматска фаза изолата у циљу издвајања делова ДНК молекула,
- генотипизација узорака,
- упоређивање ДНК профила из биолошких трагова и референтних узорака, те
- биостатистичка обрада.

Добро спроведен увиђај лица места је кључан за даљи кривични поступак. Према преовлађујућем мишљењу домаћих аутора, основна карактеристика увиђаја је опажање чињеница важних за кривични поступак. Дакле, увиђај представља процесну радњу коју увиђајни орган предузима у законом прописаној форми (систем разноврсних криминалистичких радњи које се предузимају на основу процесних одредби).

Доказни кредибилитет предмета и трагова условљен је златним правилом Хауса Гроса „Никада не мењајте положај, не подижите нити додирујте било који предмет који претходно није подробно описан у службеним белешкама и фотографисан”.³⁴ Функционисање система заштите, чувања и контроле манипулисања предметима и траговима који потичу са места кривичног догађаја почиње означавањем, категоризацијом, фотографисањем, видео снимањем и прикупљањем доказа од стране криминалистичких техничара.

Основна одлика свих материјалних трагова је та што они настају и егзистирају по законима природних наука. Природни закони су неподмитљиви, трагови настају увек када се за то стекну одређени услови и увек на исти начин, те онај који познаје природне законе може добити поуздане информације о догађају или објекту од кога потиче. Такве информације су толико објективне да су изван сваке сумње и веродостојније су од сваког признања, сведочења или изјаве.

Због свега напред наведеног, највећа одговорност заправо лежи на припадницима полиције односно служби криминалистичке технике. Данас постоји становиште да би, када су у питању најтежа кривична дела са елементима насиља, на лице места приликом вршења увиђаја требало да излазе и специјалисти судске медицине. Они су заправо најстручнији за поступање и рад на лицу места, за вршење обдукција, па самим тим и за усмеравање криминалистичких техничара у раду на прикупљању узорака биолошких трагова у вези са извршењем кривичних дела са лица места или места које је у вези са кривичним делом. Они такође знају значај и најситнијих трагова биолошког порекла који би могли

³⁴ Милан Жарковић, *Кривичнопроцесни криминалистички аспекти увиђаја на месту догађаја*, Београд 2005, 119.

бити коришћени за идентификацију оруђа којим је дело учињено, оружја, извршиоца кривичног дела и правну квалификацију кривичног дела.

2. Биолошки трагови – појам и прикупљање

Биолошки трагови се могу манифестовати у виду трагова људи, животиња и биљака. Ови трагови се могу наћи на разним местима и предметима пронађеним на лицу места или места где се врши увиђај, затим на одећи, обући како извршиоца кривичног дела тако и жртве односно оштећеног. За ДНК вештачење су довољне минималне количине узорака. У трагове људског порекла убрајају се трагови папиларних линија, стопала, зуба, крви, длака и сл. Трагови животињског порекла могу бити трагови ногу, длака, зуби, крви, док трагови биљног порекла могу бити влакна, семе, полен и сл.

3. Контаминација биолошког материјала

Основни задатак увиђаја је да се пронађу и обезбеде предмети и трагови кривичног дела, у циљу расветљавања кривичног дела и утврђивања његовог учиниоца. Често се дешава да од извршења кривичног дела до доласка увиђајне екипе прође извесно време и да за то време на лицу места дође до промена услед дејства природних сила или услед утицаја људи. Због тога је неопходно што пре извршити обезбеђење лица места. Ово се врши одређивањем лица места. Овде је често потребно одредити шире место догађаја и то баш зарад спречавања уништавања трагова који се можда не виде голим оком. Затим се врши обележавање лица места у циљу спречавања уласка људи, животиња или возила.

Потом се врши удаљавање лица. Углавном се удаљавају и службена лица док им руководицац не дозволи да уђу на лице места. Изузетак су особе које пружају прву помоћ настрадалим или особе које гасе пожар. На крају се спроводи заштита предмета и трагова кривичног дела. Удаљавањем људи, животиња и возила већ су на неки начин предмети и трагови кривичног дела заштићени од даљег оштећења. Међутим, поједини трагови могу бити оштећени и природним појавама као што су: ветар, киша, град и сл. Зато се уочени трагови, па и предмети, морају заштити од промена коришћењем приручних средстава. Ако је нека лица или предмете потребно уклонити са лица места, онда се место на коме су се налазили видно обележава. Прибављени докази морају бити прихватљиви, што пре свега значи, на стручан начин пронађени, фиксирани, обрађени и сачувани. Једино под тим условима прибављени

доказ може бити уверљив.³⁵ До проблема који су од значаја за коначан резултат ДНК вештачења, може доћи почев од првих радњи службених лица у преткривичном поступку тј. увиђаја, у току вештачења и у фази главног претреса.

Посебна пажња свих службених лица која раде на лицу места мора бити усмерена на спречавање контаминације и деградације биолошких трагова. Контаминација трага се дешава услед избацавања појединих биолошких супстанци као што су пљувачка, шлајм, секрет из носа. У случају присуства одређених лица на месту догађаја, потребно је ограничити њихово кретање како не би дошло до уништења трагова или њихове контаминације. Интерпол је дао препоруку свим земљама чланицама да приликом узимања биолошког материјала за ДНК анализу, сваки комплет у који се пакују ти узорци мора да садржи упутство за изузимање трагова, адекватне посуде и кесе за паковање доказа, стерилне инструменте за фиксирање и паковање трагова, рукавице, маске за лице, као и образац у који се уписују узорци који су пронађени и изузети са лица места.³⁶ Имајући у виду чињеницу да наша земља још увек не поседује посебне прописе који регулишу правила процедуре на лицу места, све се своди на ношење заштитне одеће, обуће, маске, капа и рукавица приликом изузимања трагова на лицу места и спречавање приступа неовлашћеним лицима на место догађаја.

Услед различитих околности и услова, трагови биолошког порекла могу променити форму, квалитет, изглед и компактност, па се због тога одмах по проналажењу описују скицом односно фотографијом документују, фиксирају и конзервирају и што је могуће пре достављају на вештачење. Деградација биолошких трагова најчешће се врши услед хемијских (варикина, базе, киселине), физичких (топлота, светлост) и биолошких (бактерије, бућ) извора. Сваки траг после паковања треба посебно означити посебним идентификационим бројем и прецизно фотодокументовати.

Осим тога, поред заштите коју смо већ поменули, потребно је и да се сва службена лица која врше увиђај уздрже од јела, пића, пушења, кијања, кашљања за време док траје увиђај.

После паковања биолошких трагова, они се чувају и транспортују у што краћем временском периоду у лабораторије у којима се врше ДНК анализе. У овим лабораторијама такође важе посебна правила заштите узорака биолошких трагова.

³⁵ Милан Жарковић, 75–76.

³⁶ Werner Schuller, Lyn Fereday, Richard SC Heithauer, *Interpol Handbook on DNA data Exchange and Practice*, Lyon, 2001, 46.

Да би се извршило упоређивање спорног и неспорног узорка, потребно је узимање неспорног, односно референтног узорка од лица (осумњиченог, жртве или другог лица које је у некој вези са кривичним делом). То ради стручно лице по правилима која важе за телесни преглед. Овој радњи могу присуствовати и друга лица као што су бранилац, пуномоћник оштећеног, родитељ и др.

Пре узимања узорка, лице се идентификује и саопштава му се разлог узимања узорка. Приликом узимања узорка, најчешће из букалне слузнице, сачињава се записник о предузетој радњи и та радња се фотодокументује. У записник се уносе све евентуалне примедбе. Затим се узорак пакује и шаље у лабораторију што пре. У пракси се неретко дешава да због нестручног рада лица приликом прикупљања трагова на лицу места, дође до деградације или контаминације појединих трагова, тако да се исти не могу користити за ДНК анализу.

IX. Проблеми интерпретације резултата у вештачењу ДНК

Посебан проблем на који треба указати је стручни профил установе – вештака за ДНК анализе, јер постоји могућност компромитовања ове врсте анализе у судској пракси применом неодговарајућих процедура од стране судских вештака неодговарајућих профила. Што се тиче проблема интерпретације добијених резултата, изузетно је значајно ко податке добијене вештачењем биолошких трагова интерпретира пред судом. Да ли је особа за то квалификована молекуларни биолог – генетичар или лекар? Лекар то не може да уради, а нарочито не може да пред судом, непосредно на главном претресу, објашњава одређена правила појединих грана науке – статистике на које са успехом могу да се позивају приликом интерпретације добијених резултата из вештачења искључиво молекуларни биолози – генетичари.

Овде треба указати на чињеницу да на један начин цени доказе тужилаштво које покушава да доказну вредност ДНК доказа дигне на највиши ниво, тврдећи да је доказна вредност 99,99 % да је окривљени учинио кривично дело које му се ставља на терет. С друге стране, одбрана потенцира малу вероватноћу да је на основу ДНК доказа баш окривљени извршио кривично дело.³⁷ Суд мора заправо да донесе одлуку на основу свих доказа појединачно и свих доказа заједно. Пре разматрања истоветности утврђених ДНК профила мора се искључити могућност да је уочена истоветност или различитост акцидентална, ре-

³⁷ О. Стојковић, 24–25.

зултат грешке у прикупљању или анализи биолошког материјала или последица грешке у презентовању резултата анализе.

Уколико се два ДНК профила међусобно разликују и уколико се искључи могућност грешке, са сигурношћу се може тврдити да та два профила припадају различитим особама. Међутим, уколико су профил референтног узорка и профил из биолошког трага истоветни, онда постоје две могућности – постоји могућност да је особа чији је референтни узорак анализиран оставила траг или је тај анализирани биолошки траг оставила нека друга особа која има истоветан ДНК профил. Утврђивање једног од два могућа случаја представља заправо основ за доношење судске одлуке.

Посао вештака је да процени која је вероватноћа да се поклапање ДНК профила добије, ако су истините тврдње тужилаштва или ако су истините тврдње одбране. Он је дужан и да упореди ове две вероватноће. Вештаци се ослањају на процену учесталости пронађеног ДНК профила на основу репрезентативног узорка из људске популације смештеног у одговарајућу референтну популациону базу података. Процена учесталости одређеног ДНК профила међу људима се врши на основу процене учесталости алела који тај профил чине, применом Харди-Вајнберговог принципа и Болдинг-Николсове корекције. Када се једном процени учесталост одређеног генотипа на сваком анализираном генском локусу, учесталост ДНК профила сачињеног од 13 генских локуса може се проценити једноставним множењем процењених учесталости за сваки генски локус. Овај принцип представља правило множења. При одабиру референтне базе података, вештаци се руководе контекстом у ком се одиграло кривично дело. На располагању су им два приступа: или се процена даје за целокупну популацију коју чине све мање етничке групе или се даје више процена, за сваку етничку групу из које потенцијално може потицати учинилац.

У Србији се углавном процењује учесталост алела и ДНК профила из референтне базе података за целу популацију Србије. Разлике у учесталости алела између различитих етничких група су занемарљиво мале. Међутим, проблем је друге врсте. Пре спровођења биостатистичке анализе, потребно је формирати релативно велику референтну базу података са ДНК профилима несродних људи из одређене популације. Величина базе мора бити таква да се учесталост и најређих алела може проценити са задовољавајућом сигурношћу. Што је већа база података, то је већа сигурност.

Истоветни ДНК профили добијени анализом биолошког трага на месту извршења дела и референтног ДНК узорка могу се суду интер-

претирати на различите начине. Индекс веродостојности, који суду презентује вештак, говори колико пута је већа вероватноћа да се добије управо такво подударање ДНК профила биолошког трага и ДНК профила осумњиченог, ако је осумњичени заиста оставио тај траг, од вероватноће да такав исти ДНК профил има нека друга непозната особа, насумично одабрана из популације. Уколико се искључи могућност грешке у прикупљању, чувању, обради и анализи биолошких трагова, вероватноћа да се подударање ДНК профила установи, ако је окривљени заиста оставио анализирани биолошки траг је једнака јединици, односно са 100% сигурности се може предвидети да ће се ДНК профили подударати, ако је осумњичени заиста оставио анализирани биолошки траг. Са друге стране, вероватноћа да дође до случајног подударања ДНК профила из биолошког трага и ДНК профила окривљеног једнака је учесталости тог ДНК профила у популацији.

Вештак најчешће није у стању да суду пружи одговор на питање онако како га суд поставља односно каква је вероватноћа да је баш окривљени оставио одређени биолошки траг? Важно је да суд разуме шта је тачно вештак рекао, на шта се односе процене вероватноће и како се то може интерпретирати. Приликом интерпретације резултата анализе ДНК долази до две грешке: прва је грешка тужиоца односно грешка условне вероватноће, јер се њом мешају две условне вероватноће. Овде се вероватноћа да се добије одређени доказ, уколико се прихвати нека хипотеза, преводи у вероватноћу само те хипотезе. Најчешћа грешка одбране огледа се у претпоставци да је свака особа из неке популације са истим ДНК профилем као што је утврђен анализом биолошког трага на месту извршења, могла са подједнаком шансом да остави тај траг.

Савремене методе ДНК типизације засноване на *PCR* анализи *СТР* полиморфизама обезбеђују такав ниво информативности, да реципрочна вредност учесталости ДНК профила утврђеног на овај начин вишеструко превазилази број људи на земљи. Таква реткост утврђеног ДНК профила обезбеђује објективан критеријум који вештаку омогућава да на суду тврди да је управо анализирана особа оставила одређени биолошки траг.

Уколико је биолошки траг деградиран у великој мери, ДНК анализом се могу добити фрагментални ДНК профили, само у односу на неколико генских локуса. Вештак форензичар мора да интерпретира и такве парцијалне ДНК профиле. Сваки доказ ће бити интерпретиран на суду у контексту конкретног кривичног дела и реална доказна снага ДНК вештачења у судском поступку зависи од исправне интерпретације резултата и њихове презентације.

Што се тиче поступања суда у вези са ДНК вештачењем, постоји такође низ проблема. Први се јавља по пријему писменог налаза вештака у суду. Наиме, ретко се догађа да вештаци буду позвани у суд ради појашњења свог мишљења. Такође, готово никад суд не тражи од вештака односно институције које врше ово вештачење да уз писмени налаз и мишљење доставе суду и електро – фeroграм који прати резултате добијене анализом појединих узорака, односно утврђене генске профиле појединих лица. Ово указује на чињеницу да суд слепо верује налазу одређене институције. Готово да не постоје случајеви у којима суд, односно председник већа у фази припрема за главни претрес тражи од већа из чл. 24. ст. 6. Закона о кривичном поступку да се неки предмет врати ради допуне истраге због неразјашњених питања у вези са обављеним ДНК вештачењем. Такође, ретко се дешава да су судије уопште упознате са проблематиком ДНК, па стога немају ни припремљена питања за вештака. Из овога произилази да је за судију најважније да је на основу вештачења могуће закључити да је дошло до поклапања одређених трагова који му омогућавају доношење осуђујуће пресуде. Исто важи и за тужиоце у погледу њиховог пасивног односа према мишљењу и налазу вештака. Једино адвокати долазе спремни на саслушања вештака са бројним питањима и предзнањем о овој врсти вештачења. Неретко, логична питања вештацима постављају и окривљени.

Х. Закључна напомена

Новине у нашем Законику о кривичном поступку говоре у прилог значаја ове врсте вештачења. Ово се посебно односи на подизање нивоа значаја биолошких трагова и њихове употребе у откривању кривичних дела и њихових починилаца. Такође, у циљу усавршавања ове врсте вештачења кроз међународну сарадњу уведена је још једна новина у Законик о кривичном поступку из 2011. године, а која се тиче могућности да се за вештачење може одредити и страни држављанин, страна установа или државни орган уколико за ту врсту вештачења не постоји домаћи стручњак или установа или је то оправдано због посебне сложености случаја, природе вештачења или других важних околности.

Да би се извршила ДНК анализа и добили резултати вештачењем биолошких трагова са лица места који представља ДНК профил осумњиченог, оштећеног или неког другог лица који могу да се упореде, врши се телесни преглед неког лица, а што се најчешће чини по наредби суда узимањем бриса букалне слузнице. У судским поступцима, најчешће се врши вештачење једарне ДНК, док су вештачења митохондријалне

ДНК ретка. Међутим, вештачењем митохондријалне ДНК повећане су могућности за откривање идентитета са старих биолошких трагова, а анализа Y хромозома увећава успешност идентификације учинилаца кривичног дела силовања.³⁸

Домени примене ДНК вештачења данас у свету су несагледиви, како у кривичним, тако и у патернитетским поступцима, у области археологије, медицине, генетике и сл. Што се тиче примене ДНК вештачења у кривичним и њему сличним поступцима, искуства у последњих скоро 40 година, говоре о великом значају у погледу утврђивања идентитета учиниоца кривичног дела. Ово се односи како на поступке који су у току, тако и на старе, неразјашњене поступке у којима ДНК вештачење није било ни могуће применити јер тада није постојало. Из овог разлога, неће се никада заправо утврдити тачан број погрешно донетих осуда.

Jasmina Mikić

attorney at law in Belgrade
Specialist in forensic studies

DNA EXPERTIZE AS EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary:

The author explains in the article the basic notions important for the understanding of the concept of DNA expertize, and expands on the key aspects of DNA expertize as evidence in criminal proceedings. The history of the introduction of this method in the criminal proceedings is presented in the commentary; also, the comparative analyses of the legislation of the countries using this kind of expertize review of the institutions providing such service are offered. The author specifically considers the problems of protection of human rights in the broad area of using DNA expertize in the criminal proceedings. The article considers the work of investigators, in the broad sense of the notion, in the securing biological materials for the DNA expertize and explores the attitude of the prosecutors, defense lawyers and judges in presenting and using the experts' DNA testimony and assessment of the evidentiary value of this proof in the criminal proceedings. In conclusion, the author advocates for the broader use of this modern method of evidence in criminal proceedings and underlines the possibilities that this method provides in the detection of criminal offenders in the specific types of criminal offences.

Key words: criminal proceedings, biological material, DNA, DNA expertize, DNA registry, protection of human rights

³⁸ Драган Обрадовић, магистарски рад „ДНК као доказ у кривичном поступку”, 2010.

UDK 343.364(497.11)

Драјан У. Калаба

заменик Вишег јавног тужиоца у Чачку

КРИВИЧНО ДЕЛО ДАВАЊЕ ЛАЖНОГ ИСКАЗА ИЗ ЧЛ. 335 КЗ У СУДСКОЈ ПРАКСИ

Сажетак:

У раду се приказује кривично дело давања лажног исказа из члана 335 Кривичног законика. Аутор анализира елементе овог кривичног дела – указујући на његову садржину, радњу, заштитни објекат, учиниоце, услове за кривичну одговорност и друге особености. Приказ се односи на основно кривично дело давања лажног исказа, као и на друге облике тог дела обухваћене кривично-правном нормом. Аутор је закључке рада илустровао обимном судском праксом, која је подељена према облицима кривичног дела и процесно-правним питањима у вези са сваким обликом.

Кључне речи: Кривични законик, кривично дело давања лажног исказа, лажни исказ, учинилац кривичног дела давања лажног исказа

І. Увод

Предмет овог рада јесте заиста врло карактеристично кривично дело, које је предвиђено у чл. 335 Кривичног законика,¹ а у оквиру Главе XXX под називом „Кривична дела против правосуђа”.

Приликом спомињања речи „правосуђе” јасна је асоцијација на:

- постојање одређених органа правосуђа,
- постојање законом одређеног поступка,
- постојање и учествовање одређених лица у том поступку,
- изјашњење тих лица са одређеним статусом о конкретним чињеницама значајне за правне односе,

¹ Кривични законик – КЗ, Службени гласник РС, бр. РС 85/05 ... 94/16 и 35/19.

- доношење одлука од одређених органа поступка,
- коришћење и оцена од стране органа поступка и у делу датих исказа учесника поступка.

Другим речима, доношење одлуке од стране суда, тужилаштва или пак других органа поступка зависи од истинитости исказа одређених учесника поступка, а што је често у пракси. Због наведеног, постоји јасан друштвени интерес да се пред надлежним органом говори истина, а што за последицу има доношење правилне и законите одлуке. Такав интерес је и кривично-правно заштићен одређивањем кривичног дела давања лажног исказа.

II. Садржина кривичног дела давања лажног исказа

1. Облици кривичног дела

Кривично дело давање лажног исказа, одређено у чл. 335 КЗ, има своје облике:

- давање лажног исказа као основно кривично дело (став 1),
- давање лажног исказа странке у поступку (став 2),
- давање лажног исказа у кривичном поступку (став 3), и
- давање лажног исказа у кривичном поступку услед којег је за окривљеног наступила нарочито тешка последица (став 4).

Предвиђена је и могућност ослобађања од казне учиниоца ако свој лажни исказ добровољно опозове (став 5).

Основни облик кривичног дела из чл. 335 ст. 1 КЗ гласи: „Сведок, вештак, преводилац или тумач, који да лажан исказ пред судом, у дисциплинском, прекршајном или управном поступку или у другом Законом прописаном поступку, казниће се...”

2. Елементи основног облика кривичног дела

а) Учиниоци кривичног дела

Елементи основног облика кривичног дела јесу:

- учинилац је лице са одређеним статусом: сведок, вештак, преводилац или тумач,
- учинилац даје лажан исказ,
- лажан исказ се даје у само Законом одређеном поступку: судском, дисциплинском, управном, прекршајном или неком другом Законом прописаном поступку.

Радња извршења кривичног дела је давање лажног исказа. Исказ се има сматрати изјавом о постојању, непостојању неких чињеница битних за конкретну правну ситуацију. Исказ даје сведок, вештак, преводилац или тумач у наведеним поступцима. Другим речима, учиниоци основног облика овог кривичног дела јесу односно могу бити само: сведоци, преводиоци, вештаци или тумачи у конкретним поступцима.

1) Сведок као учинилац

Сведок је готово најчешћи процесни субјекат који се појављује у готово свим поступцима. У свим процесним законима (Законику о кривичном поступку, Закону о парничном поступку, Закону о прекршајима и другим законима) јасно је регулисана процесна улога сведока, како се они позивају и саслушавају односно дају исказ у одређеним поступцима о ономе што им је познато у датој правној ситуацији.

Наравно, у сваком процесном закону предвиђена су права и обавезе сведока, а такође су и предвиђене и последице ако се без оправданих разлога не одазову на позив надлежног органа или ако без оправданог разлога одбију да дају исказ; такође је јасно предвиђено у којим случајевима се неко лице не може саслушавати као сведок, или је ослобођено од дужности сведочења, или када може да ускрати одговоре на поједина питања, а прописан је и целокупни ток поступка и начин испитивања сведока.

За сведока, као процесног субјекта, у законима је предвиђена обавеза органа који води поступак да сведока упозори на његову дужност да говори истину, те да се такво упозорење унесе у записник. Само у ситуацији када сведок даје свој исказ који је истинит, може се допринети доношењу законите одлуке; у противном, ради се о давању лажног исказа и тада учинилац подлеже кривичној одговорности.

2) Вештак као учинилац

Тakoђе, у улози процесних субјеката често се налазе и вештаци. У поступцима се вештаци ангажују због њихове стручности, јер орган поступка не располаже потребним стручним знањем из одређених области (на пример, из психологије, неуропсихијатрије, саобраћаја, медицине и других области). То даље значи да орган поступка, и ако располаже стручним знањем из конкретне области, није овлашћен да сам одређене чињенице утврђује и да се јавља у улози вештака. Другим речима, вештак је стручни субјекат поступка који треба да пружи неопходне чињенице и податке у виду налаза, а потом да сачини стручно мишљење

о питањима о којим надлежни орган, који води поступак, не може сам да се изјашњава.

У сваком процесном закону постоје одредбе о вештацима и одређен је поступак вештачења, уз прецизирање њихових права и обавеза. Вештак мора, пре свега, да је стручан и објективан.

Наравно, као и сведок, вештак може да пружи неистинит налаз и мишљење, занемарујући правила своје струке, а тада подлеже кривичној одговорности и може се појавити као учинилац кривичног дела давање лажног исказа.

3) Тумач и преводилац као учиниоци

Понекад, у одређеним поступцима, нужна је појава и присуство тумача и преводиоца као процесних субјеката. У свим процесним законима регулисана је улога тумача, тако да се у ширем смислу, тумач сматра и преводиоцем.

Преводилачка функција је јасна и огледа се у превођењу усмене или писане речи састављене на страном језику, а на језик органа поступка и, наравно, обрнуто, ако је нужно, а тумач се ангажује ради јасног и прецизног споразумевања између органа поступка и одређеног учесника поступка.

Наравно, и тумач односно преводилац, као и вештак, мора да је стручан и објективан.

Могуће је да нехатно дође до грешке у тумачењу или превођењу, али то није основ постојања кривичне одговорности за ово кривично дело. Међутим, ако се обави неистинито тумачење или превођење, онда су таква тумачења или превођења лажна и представљају садржину кривичног дела давање лажног исказа.

б) Радња основног облика кривичног дела

Да би постојало кривично дело давање лажног исказа из чл. 335 ст. 1 КЗ, исказ наведених процесних субјеката, односно учинилаца треба да је лажан. Исказ је лажан ако његова садржина не одговара стварном и објективном стању.

Исказ се може састојати у потврђивању нечега што не постоји или у негирању нечега што постоји или у искривљеном приказивању чињеница које постоје.

Наравно, а што је и биће кривичног дела, лажан исказ мора да се односи на чињенице и околности које су значајне за доношење одлуке

у конкретној правној ситуацији. Законодавац овде не везује давање лажног исказа за окончање одређеног поступка, односно доношење одговарајуће правноснажне одлуке органа који води поступак, нити да је на таквом исказу заснована и донета одлука органа поступка.

Због наведеног, ово кривично дело постоји и у случају обуставе одређеног поступка, уз остварење свих осталих услова за постојање кривичног дела из чл. 335 ст. 1 КЗ.

Учиниолац дела радње предузима најчешће чињењем, али може и нечињењем, прећуткивањем важних и битних чињеница. Такав исказ по правилу се даје усмено, а може и писмено.

Кривично дело је свршено давањем лажног исказа у конкретном поступку, па је тако сведок дао исказ када је његово испитивање завршено, вештак када је поднео налаз и мишљење, а преводиолац односно тумач када се завршило са превођењем односно тумачењем.

Наравно, до доношења коначне одлуке надлежног органа, лажан исказ се може променити односно добровољно опозвати и дати након тога истинит исказ, па тада кривично дело не постоји.

Дело се може учинити умишљајно, а под тим се подразумева постојање свести да се даје лажан исказ у тачно одређеном својству, а за постојање наведеног кривичног дела, мотив учиниоца за давање лажног исказа није битан, али може бити од значаја код примене института одмеравање казне.

Лажан исказ треба да је дат само у поступку пред судом, али тада се мисли на било који суд и било које надлежности, затим у дисциплинском, прекршајном, управном поступку или другом законом одређеном поступку (парничном, ванпарничном, оставинском, извршном и другом).

То даље значи, да се лажан исказ даје пред надлежним органом и надлежним лицем које руководи одређеним поступком. Ако је наведени исказ учесника поступка дат пред ненадлежним органом, не постоји кривично дело давање лажног исказа.

Такође, ако је надлежни орган повредио одређене процесне одредбе приликом узимања исказа од сведока, тумача, преводиоца, вештака и на том исказу не може да се заснује одлука надлежног органа, тада не постоји кривично дело давање лажног исказа из чл. 335 ст. 1 КЗ.

3. Елементи других облика кривичног дела

а) Кривично дело које учини странка у судском или управном поступку

Други облик овог кривичног дела је предвиђен у чл. 335 ст. 2 КЗ и гласи: „Казном из ст. 1 овог члана, казниће се и странка која приликом извођења доказа саслушањем странака у судском или управном поступку, да лажан исказ, а на овом исказу буде заснована одлука донета у том поступку”.

Дакле, ако странка да лажан исказ у судском или управном поступку, тада подлеже кривичној одговорности, а због учињеног кривичног дела давање лажног исказа из чл. 335 ст. 2 КЗ.

Елементи овог облика кривичног дела јесу:

- учинилац дела је странка која даје исказ у том својству,
- лажан исказ треба да је дат у судском или управном поступку, а не и у другим поступцима, и
- на таквом исказу треба да је заснована одлука донета у том поступку.

Код овог облика кривичног дела давање лажног исказа, нужно је указати да је законодавац непрецизан у формулацијама. Најпре се говори о доказу саслушања странака и та странка даје лажан исказ, а потом се наводи да се тај исказ даје у судском поступку. Судски поступак је и кривични, а у том поступку нема места извођењу доказа саслушања странака. Тај доказ постоји у парничном, ванпарничном и извршном поступку, управо онако како је то било регулисано у чл. 206 Кривичног закона Србије који је био у важности до 1. јануара 2006, па налазим да је тај Кривични закон у том делу знатно јаснији и прецизнији.

Дакле, код овог облика кривичног дела ради се о процесном субјекту, који је странка у поступку, и као странка даје одређен исказ.

Саслушање странака је најчешће у парничном поступку, јер постоје многобројне ситуације где суд, поступајући по тужби тужиоца, не располаже релевантним доказима, па тада прибегава извођењу доказа саслушањем тужиоца или пак туженика као странке, или обоје.

Наравно, код извођења тог доказа суд је дужан да упозори тужиоца или пак туженика да се саслушава у својству странке и да је дужан да говори истину, уз предочавање последица давања лажног исказа.

Дакле, поред извођења доказа саслушањем странака у судском поступку, предвиђено је и саслушање странака, а у смислу постојања наведеног кривичног дела, и у управном поступку. У управном поступку

странка је лице по чијем захтеву се покреће управни поступак, а такође то својство има и лице против кога се води управни поступак, а својство може имати и друго лице које у том поступку учествује ради заштите својих права и интереса.

Иначе, све оно што је претходно наведено за основни облик овог кривичног дела, важи и за овај облик кривичног дела давање лажног исказа.

Изузетак, а у односу на одредбу чл. 335 ст. 1 КЗ, је да је потребно да је на таквом исказу странке заснована одлука коју је донео надлежни орган у наведеном судском или управном поступку.

б) Кривично дело давања лажног исказа у кривичном поступку

Следећи облик овог кривичног дела је предвиђен у чл. 335 ст. 3 КЗ и гласи: „Ако је лажан исказ дат у кривичном поступку или је дат под заклетвом, учинилац ће се казнити...”

Елементи овог облика кривичног дела јесу:

- постојање лажног исказа,
- давање лажног исказа у кривичном поступку или је пак исказ дат под заклетвом,
- учинилац кривичног дела је сведок, вештак, тумач или преводилац.

У питању је, у сваком случају, тежи – квалификовани облик, у односу на претходно наведене облике овог кривичног дела.

Овај облик кривичног дела давање лажног исказа је тежи управо због тога што се ради о кривичном поступку, у којем се даје лажан исказ или се крше одредбе дате заклетве, јер у тим ситуацијама давање лажног исказа има знатне и далекосежније последице када је дат у кривичном поступку, у односу на остале поступке.

У овом случају законодавац је употребио речи „кривични поступак”, што значи да је могућ кривични поступак код било ког суда и било које надлежности. Такође, ни фаза кривичног поступка није ограничена, што значи да се ради о целокупном кривичном поступку, у који спадају предистражни поступак, фаза истраге, оптужења, главног претреса, поступак по редовним и ванредним правним лековима, као и у поступцима означеним у ЗКП као: скраћени поступак, поступак за изрицање мере безбедности, одузимање имовинске користи, за преиначење правноснажних пресуда, за остваривање права осуђеног, за остваривање права лица неосновано лишеног слободе или неосновано осуђеног.

Када се лажан исказ даје под заклетвом, учинилац тиме крши и дату изјаву да ће говорити истину.

Текст и садржина заклетве јасно су регулисани у одредбама ЗКП и то посебно за сведока, вештака, тумача или преводиоца.

Учинилац кривичног дела може бити сведок, вештак, тумач или преводилац, а дело се може учинити само умишљајно; под умишљајем се подразумева постојање свести да се даје лажан исказ, наравно у одређеном својству, у кривичном поступку или пак након давања заклетве.

в) Кривично дело давања лажног исказа у кривичном поступку са наступом тешких последица за окривљеног

Следећи облик кривичног дела давање лажног исказа је предвиђен у чл. 335 ст. 4 КЗ и гласи: „Ако су услед дела из ст. 3 овог члана наступиле нарочито тешке последице за окривљеног, казниће се ...”

Елементи овог облика кривичног дела јесу:

- извршење дела из чл. 335 ст. 3 КЗ, а то је ситуација да је сведок, вештак, тумач или преводилац дао лажан исказ у кривичном поступку или под заклетвом,
- да су, услед предузетих радњи извршења, за окривљеног наступиле нарочито тешке последице.

Дакле, ради се о фактичком питању постојања тешких односно нарочито тешких последица дела. То би били случајеви: осуда недужног окривљеног, трајање притвора окривљеном у дужем временском периоду, осуда окривљеног на казну затвора у дужем трајању, таква осуда окривљеног која се одразила на његово здравље, у наступању веће бламаже његове личности, која је довела до тежег поремећаја у његовом браку и породици, знатног поремећаја односа родитеља и деце и друго.

У сваком случају, наступање теже последице мора бити обухваћено нехатом учиниоца, али свакако мора постојати умишљај у односу на давање лажног исказа, под условима како је то претходно наведено.

г) Привилеговани облик кривичног дела давања лажног исказа

Постоји и привилеговани облик овог кривичног дела, предвиђен у чл. 335 ст. 5 КЗ и гласи: „Учинилац који добровољно опозове лажан исказ пре него што се донесе коначна одлука, може се ослободити од казне...”.

Опозивањем датог лажног исказа доприноси се недоношењу одлуке због које ће наступити одређене последице. Наравно, учинилац кривичног дела у овом случају може бити свако лице предвиђено у чл. 335 ст. 1 до 4 КЗ.

То даље значи, да би се применио институт ублажавања казне односно ослобађање од казне, учинилац мора добровољно, а то значи свесно да опозове дати лажан исказ, а такво опозивање мора да је учињено пре него што се донесе одлука у том поступку од надлежног органа.

III. Преглед судске праксе

Судска пракса у вези са кривичним делом давања лажног исказа је врло интересантна.

У наставку се даје приказ карактеристичних судских одлука, разврстаних по областима:

- кривично дело давање лажног исказа из чл. 335 ст. 1 КЗ,
- кривично дело давање лажног исказа из чл. 335 ст. 2 КЗ,
- кривично дело давање лажног исказа из чл. 335 ст. 3 КЗ,
- непостојање кривичног дела давање лажног исказа из чл. 335 КЗ,
- кривично дело давање лажног исказа из чл. 335 КЗ и институти општег дела КЗ, и
- кривично дело давање лажног исказа из чл. 335 КЗ и кривично процесно право.

1. Кривично дело давање лажног исказа из чл. 335 ст. 1 КЗ

1. За постојање кривичног дела из чл. 283 ст. 1 КЗ битно је да се докаже да је сведок дао лажан исказ пред судом о чињеницама о којима је сведочио, а не и шта сведок о свом исказу говори изван суда и какве закључке изводи о појединим питањима.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж 401/57).

2. Лажно сведочење може се односити само на чињенице, а не и на извођење закључака из тих чињеница, без обзира на то да ли је закључивање правилно или погрешно.

(Пресуда Врховног суда Босне и Херцеговине Кж 582/57).

3. Кривично дело давање лажног исказа из чл. 283 ст. 1 КЗ постоји и онда, кад се лажан исказ односи на чињенице које по правној оцени суда додуше не оправдавају тужбени захтев, али су представљале битни чињенични основ тужбе на основу које је вођена и парница.

(Пресуда Врховног суда Хрватске Кж 863/57).

4. За постојање кривичног дела давање лажног исказа потребно је да се лажан исказ односи на чињенице које су одлучне за доношење одлуке у поступку, у коме сведок, вештак, преводилац или тумач даје свој исказ.

(Пресуда Врховног суда Хрватске Кж 1464/57).

5. Постојање кривичног дела из чл. 283 КЗ не условљава се тиме да је учинилац категорички тврдио да је оно о чему сведочи тачно, већ да је био свестан да то што сведочи није истина.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж 3447/57).

6. Под управним поступком у смислу чл. 283 ст. 1 КЗ разуме се сваки поступак који се одвија пред органима управе у које спада и судија за прекршаје као орган народног одбора.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж 251/58).

7. Кривично дело давање лажног исказа из чл. 283 КЗ постоји не само онда када је о свим одлучним чињеницама сведок говорио неистину, већ и онда ако је само о неким релевантним чињеницама говорио неистину, а о некима истину, с тим што се кривична одговорност може односити само онај део исказа који је лажан.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж 483/58).

8. По чл. 283 КЗ за давање лажног исказа одговара сведок, вештак, преводилац или тумач, а странке саслушане у грађанској парници не спадају у лица набројана у том пропису. Према томе, кад је извесно лице у својству странке у парници при извођењу доказа саслушање странака дало лажан исказ, не може одговорати за кривично дело давање лажног исказа из ст. 1 овог члана.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж 43/57).

9. Код оцене постојања кривичног дела из чл. 283 КЗ нису битне околности што пресуда није заснована искључиво на исказу сведока, који је лажно сведочио, што оштећени као тужилац исказу није приговорио, те што се против пресуде није жалио, као ни против врсте ни висине казне на коју је био осуђен.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж 111/57).

10. Учинилац је кривично одговоран за давање лажног исказа ако је приликом давања исказа био свестан да је исказ био лажан.

(Пресуда Савезног врховног суда Кж 180/57).

11. Сведок, који у кривичном поступку пред истражним судијом да лажан исказ, казниће се по чл. 283 КЗ и у случају када је по чл. 221 ЗКП могао ускратити сведочење као сродник окривљеног, будући ослобођен од дужности сведочења.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж 1332/57).

12. Без значаја је постојање кривичног дела давање лажног исказа што окривљена пре давања лажног исказа од стране судије за прекршаје није

била упозорена да је дужна да говори истину ако је била свесна да је говорила неистину.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж 4/05 од 14. новембра 2005).

13. Лажни исказ може бити дат и приликом суочења.

(Пресуда Округног суда у Београду Кж 3026/05 од 30. новембра 2005).

14. Не може се сваки лажан исказ сведока сматрати као кривично дело, него само онај који се односи на важне и битне чињенице и околности које могу бити од утицаја на одлуку у предмету у коме се дају. За извршење овог дела потребно је не само постојање субјективног обележја, него да је то што је сведок неистинито посведочио по свом објективном значају такво да може утицати на доношење судске одлуке.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж 72/63 од 7. марта 1963).

15. Није било места одбацивању оптужног предлога оштећеног као тужиоца, јер није било битних обележја кривичног дела давање лажног исказа због тога што окривљени у свом исказу није износио чињенице које би могле бити битне за решавање грађанске парнице, наиме, није износио такве лажне чињенице које би биле битне за одлуку у спору. Кривични законик, код дефинисања дела, не прави разлику у погледу квалитета чињеница које су предметом кривичног дела давање лажног исказа.

(Пресуда Округног суда у Загребу Кж 681/70 од 11. јуна 1970).

16. Читање налаза и мишљења вештака пред судом, или у прекршајном, дисциплинском или управном поступку, представља давање исказа вештака у тим поступцима и уколико је прочитани налаз и мишљење вештака лажан, тада се може радити о постојању кривичног дела давање лажног исказа иако вештак није непосредно на главном претресу или расправи дао објашњење за налаз и мишљење.

(Пресуда Врховног суда Србије Кзз 114/04 од 17. фебруара 2005).

17. Кривично дело давање лажног исказа може се извршити само са директним умишљајем као обликом виности.

(Решење Округног суда у Београду Кж 1930/01 од 17. децембра 2001).

18. За постојање кривичног дела не тражи се намера да се давањем исказа некоме нанесе штета. Довољно је да код сведока постоји умишљај, а то значи постојање свести о томе да оно што он исказује не одговара стварном догађају, о коме сведочи и да је он хтео да да такав исказ. Стога ово дело постоји и када сведок, иако стварно не зна или се не сећа свих важних момената догађаја, сведочи да он то зна.

(Решење Врховног суда Србије Кр 195/55 од 15. априла 1955).

19. За постојање кривичног дела давање лажног исказа потребна је намера која мора бити доказана, а посебно учинилац мора бити свестан да оно што исказује не одговара стварности, па није довољно да је исказ објективно лажан, већ је потребна и свест учиниоца да исказује нешто што није у складу са његовим знањем о односној околности. У кривично правном смислу, исказ није лажан када није са извесношћу утврђено да је код оптуженог постојала свест да оно што износи не одговара стварном стању ствари.

(Пресуда Жупанијског суда у Вараждину Кж 131/01 од 15. маја 2001).

20. Нужно је да се лажни исказ сведока односи на чињенице које могу бити од утицаја на одлуку у предмету у коме се даје исказ, али није од значаја да ли је на том исказу заснована судска одлука.

(Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 5683/13 од 23. децембра 2013).

21. Решењем првостепеног суда ... одбијен је оптужни предлог оштећеног као тужиоца поднет против окривљеног због кривичног дела давање лажног исказа из чл. 206 ст. 1 КЗ.

Решењем другостепеног суда одбијена је као неоснована жалба оштећеног као тужиоца.

Поднети захтев за заштиту законитости Републичког тужиоца је основан.

Пресудом Врховног суда Србије, усвајањем захтева за заштиту законитости утврђено је да је доношењем и првостепеног и другостепеног решења повређен Закон – чл. 369 ст. 1 т.1 ЗКП.

Врховни суд учоава да читање налаза и мишљења вештака у поступку представља давање исказа од стране вештака, па како се у оптужном предлогу тврди да је тај налаз и мишљење лажан, то дело које је предмет оптужења представља кривично дело давање лажног исказа из чл. 206 ст. 1 ОКЗ.

Према оцени Врховног суда обавеза је вештака и када дају налаз и мишљење, да тај налаз и мишљење дају по правилима своје струке и по свом најбољем стручном знању и не смеју да дају лажан налаз и мишљење, а како орган који води поступак писани налаз и мишљење може да прочита без непосредног саслушања вештака уколико нема потребе за тим, у тој ситуацији читање налаза и мишљења представља давање исказа вештака и како се у поднетом оптужном предлогу тврди да је тај налаз и мишљење лажан, то дело које се оптужним актом ставља окривљеном на терет представља дело давања лажног исказа.

(Решење Другог општинског суда у Београду К 448/03 од 15. марта 2004, решење Округног суда у Београду Кж 909/04 од 6. априла 2004. и пресуда Врховног суда Србије Кзз 114/04 од 17. фебруара 2005).

22. Приликом утврђивања истинитости сведочења, суд је дужан да исказ сведока посматра као целину, односно да узме у обзир изјаву дату како у истражном тако и у даљем току поступка будући да сведок може да мења исказ, све док ова процесна радња не буде довршена.

(Решење Вишег суда у Новом Саду Кж 181/14 од 2. септембра 2014).

23. Кривично дело давање лажног исказа довршено је са давањем лажног исказа пред судом или другим државним органом.

(Пресуда Врховног суда Македоније Кзз 2/87 од 27. фебруара 1987).

24. Покретање кривичног поступка због кривичног дела давање лажног исказа има места само после правноснажног завршетка поступка у којем је дат лажан исказ или ако је лице пре доношења одлуке добровољно одустало од лажног исказа.

(Пресуда Вишег суда у Суботици Кж 439/84 од 28. новембра 1984).

25. Кривично дело давање лажног исказа може учинити сведок који даје лажан исказ пред истражним судијом који предузима поједине истражне радње, јер и у тој ситуацији истражни судија пре саслушања упозорава сведока да давање лажног исказа представља кривично дело, што даље значи да се појам кривичног поступка односи и на исказ сведока који је дат у поступку предузимања појединих истражних радњи.

(Решење Врховног војног суда К 23/95 од 21. априла 1995).

26. Лице које је ослобођено дужности сведочења не чини кривично дело из чл. 206 КЗРС ако није било упозорено да не мора да сведочи.

(Пресуда Окружног суда у Београду Кж 1203/2000 од 12. јула 2000).

2. Кривично дело давање лажног исказа из чл. 335 ст. 2 КЗ

1. Признање тужбеног захтева од стране туженог у парничном поступку не представља радњу извршења кривичног дела давање лажног исказа из чл. 206 ст. 2 КЗРС.

(Пресуда Окружног суда у Београду Кж 1021/05 од 21. априла 2005).

2. Окривљени је дао лажни исказ у управном поступку када је Управи саобраћајне полиције поднео захтев за издавање дупликата саобраћајне дозволе, при чему је од овлашћеног лица био прописно упозорен на кривичну одговорност за давање лажног исказа, тако што је у захтеву навео да је дозволу изгубио, иако му је саобраћајна дозвола одузета приликом контроле од стране саобраћајне полиције.

С обзиром да је окривљени био упозорен на кривичну одговорност, потом је дао изјаву у управном поступку на којем је заснована одлука

органа који издаје дозволе, то се у његовим радњама остварују сва обележја кривичног дела давања лажног исказа.

(Пресуда Окружног суда у Београду Кж 310/07 од 13. фебруара 2007).

3. За постојање кривичног дела из чл. 335 ст. 2 КЗ, неопходно је да се исказ странке даје у судском поступку, те да је на том исказу заснована одлука донета у том поступку, дакле да је поступак окончан.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж 1758/13 од 30. маја 2013).

4. Из таквог чињеничног описа изреке правноснажне пресуде произилази да је окривљени кривично дело из чл. 303 ст. 2 КЗ учинио тиме што је као странка у управном поступку дао лажан исказ и то у форми изјаве странке на записнику након што је по чл. 182 Закона о општем управном поступку од стране службеног лица упозорен на кривичну одговорност за давање лажне изјаве. Овом радњом, којом осуђени сада нити у захтеву чињенично не оспорава, него само тврдећи да у управном поступку није могао бити саслушан у својству сведока, па тако нити упозорен на последице давања лажног исказа ... је у целости остварио сва потребна обележја наведеног кривичног дела, јер у том поступку није имао својство окривљеног, јер је дао лажни исказ приказујући чињенично стање другачије него што је оно стварно било, а за које стварно стање је знао, при чему је очигледно да је на том исказу донета коначна одлука у управном поступку давањем нове возачке дозволе, јер без такве изјаве засигурно не би дошло до овакве одлуке тако да је коначна одлука заснована управо на том лажном исказу.

Преостали наводи изреке правноснажне пресуде о месту и времену учињеног дела такође спадају у обележја овог кривичног дела, али сви остали наводи о томе где, када и коме је он предочио возачку дозволу број ... не представљају опис неког од обележја кривичног дела, већ представљају само оне околности које дело ближе прецизирају и због тога у том делу тим преосталим наводима и описује постојање битних чињеница, већ постојање других околности, али таквих о којима не зависи непосредна примена одредаба кривичног права.

(Пресуда Врховног суда Хрватске Кр 45/06 од 18. октобра 2006).

3. Кривично дело давање лажног исказа из чл. 335 ст. 3 КЗ

1. За постојање кривичног дела давање лажног исказа из чл. 335 ст. 3 у вези ст. 1 КЗ није неопходно и да је на лажном исказу заснована судска одлука.

(Пресуда Врховног касационог суда Кзз 43/11 од 22. јуна 2011).

2. Ако учинилац посведочи у кривичном поступку који се води пред општинским судом да је присуствовао догађају који је био предмет оптужбе и исти опише, иако није био присутан, на тај начин је дао лажан исказ у кривичном поступку.

(Пресуда Окружног суда у Београду Кж 1719/98 од 3. септембра 1998).

3. Када се ради о кривичном делу давање лажног исказа у кривичном поступку, потребно је сачекати на правноснажност пресуде по кривици у којој се лажни исказ даје, јер се тек тада може оценити важност чињенице на коју се исказ односи.

(Пресуда Врховног суда Србије – Одељење у Приштини Кж 52/65).

4. Приликом утврђивања да ли је исказ сведока лажан а у смислу постојања кривичног дела из чл. 335 ст. 3 КЗ, суд је дужан да исказ посматра као целину, односно дужан је да узме у обзир исказ сведока који је дат у претходном поступку као и на главном претресу будући да сведок може исказ да мења све док давање исказа као процесна радња није довршена.

(Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 2646/11 од 5. јула 2011).

5. За постојање кривичног дела давање лажног исказа није од значаја да ли је на евентуално датим лажним исказима заснована пресуда већ је неопходно да се утврди да ли су окривљени под заклетвом дали лажан исказ или су лажан исказ дали у кривичном поступку.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж 258/12 од 26. јануара 2012).

6. Ако је окривљени поступао као вештак у парничном предмету који није правноснажно окончан, има места одбијању оптужног предлога оштећеног као тужиоца поднет против окривљеног због кривичног дела давање лажног исказа.

(Решење Вишег суда у Чачку Кж 64/14 од 6. маја 2014).

7. Не стоји тврдња да код окривљених није постојао вољни елемент кривичног дела давање лажног исказа из чл. 335 ст. 3 КЗ, те да њихове изјаве представљају само лична опажања дата у виду претпоставки, ако су у конкретном случају те изјаве дате као категоричне тврдње о чињеницама које су биле од кључног значаја за доношење судске одлуке у поступку који је вођен.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 12/13 од 8. новембра 2013).

8. Мишљење вештака изражено у писаном налазу и мишљењу и приликом усменог објашњења представља правна питања, а не чињенична питања и не може бити предмет кривичног дела давање лажног исказа из чл. 335 ст. 3 у вези ст. 1 КЗ.

(Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 423/12 од 20. марта 2012).

9. Сведок у кривичном поступку свој исказ може да мења све док давање исказа као процесна радња није довршена, исказ сведока током трајања поступка представља целину и одлучна чињеница приликом утврђивања постојања кривичног дела давање лажног исказа у кривичном поступку, јесте да ли је сведок дао такав исказ током истраге, да ли је при том исказу остао и на главном претресу у кривичном предмету у којем је правноснажно утврђено другачије чињенично стање од онога како је сведок сведочио.

(Решење Вишег суда у Новом Саду Кж 181/14 од 2. септембра 2014).

4. Нейоспојање кривичног дела давање лажног исказа из чл. 335 КЗ

1. Странка саслушана у парници, макар и под заклетвом, не одговара за кривично дело давање лажног исказа из чл. 283 КЗ пошто су тим прописом обухваћени само сведоци и вештаци, те преводиоци и тумачи, а не и парничне странке.

(Пресуда Врховног суда Хрватске Кж 1451/57).

2. Потписом пред судом лажне изјаве да је треће лице имало одређени радни стаж, а коју изјаву је суд оверио, окривљени није учинио кривично дело давање лажног исказа, јер у оваквом случају између оптуженог и суда не постоји процесно правни однос који је смисао појма «пред судом» из чл. 283 ст. 1 КЗ.

(Пресуда Врховног суда Македоније Кж 312/58).

3. Лажан исказ који је оптужени као странка дао пред судом у поступку за уређење међа не може се квалификовати по чл. 283 КЗ.

(Пресуда Врховног суда Србије Кр 341/57).

4. Изјава заступника приватног тужиоца дата у кривичном поступку не може се третирати као давање лажног исказа јер заступник приватног тужиоца није означен као субјекат тог кривичног дела.

(Пресуда Врховног суда Србије Кр 185/57).

5. Окривљени, који су своје исказе у кривичном поступку дали као саокривљени, не могу одговарати за кривично дело давање лажног исказа јер је по чл. 283 КЗ предвиђено само давање лажног исказа сведока, вештака, преводиоца и тумача.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж 237/57).

6. Лажан исказ који је неко лице дало пред овлашћеним органом унутрашњих послова коме је Јавни тужилац поверио вршење одређених послова, не сматра се лажним исказом сведока.

(Пресуда Врховног суда Хрватске Кж 2904/57).

7. Уколико сведок на главном претресу изјави да се не сећа ничега у вези са критичним догађајем, то нису остварена обележја кривичног дела давање лажног исказа из чл. 335 ст. 3 КЗ будући да сведок није изнео никакву чињеничну тврдњу супротну ранијем исказу.

(Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 1294/12 од 20. марта 2012).

8. Извршилац кривичног дела давање лажног исказа не може бити окривљени јер је чл. 335 ст. 1 КЗ прописано да ово дело може извршити сведок, вештак, преводилац или тумач, док окривљени у кривичном поступку чак није ни дужан да износи своју одбрану и он је приликом давања свог исказа у кривичном поступку слободан у изношењу одбране.

(Пресуда Округног суда у Нишу Кж 370/08 од 29. маја 2008).

9. Наследник у давању наследничке изјаве и података у тој оставинској расправи, као учесник поступка не може извршити кривично дело давање лажног исказа.

(Пресуда Округног суда у Нишу Кж 1009/03).

10. Писмена изјава поднета катастру не представља исказе странке који је дат у судском или управном поступку у току сведочења.

(Пресуда Вишег суда у Нишу Кж 239/14 од 1. априла 2014).

11. Кривично дело давање лажног исказа довршено је завршетком саслушања сведока. Само до тог тренутка сведок може изменити свој исказ, па ако он до тада опозове лажан исказ и исказе истину има се сматрати да није дао лажан исказ и да није довршио кривично дело давање лажног исказа.

(Пресуда Врховног суда Хрватске Кж 1146/55).

12. Исказ дат пред Судом части Привредне коморе не може бити објекат заштите кривичног дела давање лажног исказа јер се не ради о давању исказа пред судом као државним органом.

(Пресуда Врховног суда Хрватске Кр 45/06 од 18. октобра 2006).

13. Окривљени као пуномоћник привредног удружења није имао својство сведока, вештака, преводиоца или тумача који пред судом даје исказ. За извршење кривичног дела из чл. 303 КЗ Хрватске потребна је активност тј. исказивање, а будући да се оптужним предлогом окривљени терети да је „затајио чињенице” то окривљени на описани начин није могао учинити кривично дело давање лажног исказа.

(Пресуда Жупанијског суда у Загребу Кж 825/03 од 17. јуна 2003).

14. Нису остварена битна обележја кривичног дела давања лажног исказа из чл. 186 ст. 2 КЗ Хрватске у случају када је оптужени као странка

у управном поступку само предочио исправе са неистинитом садржином на основу којих је донета одлука.

(Пресуда Врховног суда Хрватске Кж 1002/87. од 10. августа 1998).

15. Неистинита тврдња окривљеног изнета у жалби на пресуду не може се сматрати кривичним делом давање лажног исказа из чл. 283 КЗ.

(Пресуда Окружног суда Краљево Кж 971/69).

16. Када окривљени у парничном поступку није саслушан као странка већ је дао писмени одговор преко пуномоћника на тужбу, исти се не може уподобити као његово саслушање у својству странке и не може се радити о извршењу кривичног дела из чл. 206 ст. 2 КЗ Србије.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж 200/2004 од 12. августа 2004).

17. Лице које у полицији у својству грађанина да неистинит исказ не чини кривично дело давање лажног исказа из чл. 335 ст. 1 КЗ.

(Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 535/13 од 6. фебруара 2013).

18. Када је судски вештак – окривљени, поступао у том својству у парничном поступку и дао писмени налаз и мишљење, допуну налаза и мишљења, на расправи се изјаснио о примедбама странака, тада нема доказа да је учинио кривично дело давање лажног исказа из чл. 206 ст. 1 КЗ Србије.

(Решење Општинског суда у Чачку К 477/03 од 1. септембра 2004. и решење Окружног суда у Чачку Кж 342/05 од 12. јула 2005).

19. Када су искази сведока у парничном поступку супротни исказу осталих саслушаних сведока, то не може бити доказ да су саслушани сведоци, а у кривичном поступку оптужени учинили кривично дело давање лажног исказа из чл. 206 ст. 1 КЗ Србије.

(Пресуда Општинског суда у Г. Милановцу К 226/04 од 18. фебруара 2005. и пресуда Окружног суда у Чачку Кж 154/05 од 11. маја 2005).

20. Нема доказа да је окривљени у својству сведока у парничном поступку дао лажан исказ и тиме учинио кривично дело давање лажног исказа из чл. 335 ст. 1 КЗ ако је пресуда заснована и на исказима још неколико сведока који су дали исказе, као и окривљени у својој одбрани.

(Пресуда Основног суда у Ивањици К 479/13 од 12. фебруара 2016. и пресуда Вишег суда у Чачку Кж 114/16 од 9. маја 2016).

21. Нема умишљаја на страни окривљене да да лажни исказ када се као сведок на главној расправи није прецизно изјашњавала у погледу појмова „власник”, „оснивач”, „члан Привредног друштва”, „предузетник” дајући овим појмовима значење које је у складу са њеним знањем и искуством она имала.

(Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж 1689/12 од 19. јуна 2012).

22. Нема елемената кривичног дела давање лажног исказа ако вештаци – Градски завод за вештачење да допуну основног налаза и мишљења а који се у укупној новчаној цифри међусобно разликује односно новчане цифре из основног налаза а да то по посебној наредби за вештачење. (Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 531/10 од 4. јуна 2010).

23. Учесник у оставинском поступку који у наследничкој изјави изнесе неистините податке релевантне за оставински поступак не чини кривично дело давање лажног исказа.

(Пресуда Апелационог суда у Београду Кж 3599/12 од 12. фебруара 2013).

24. Садржина изјаве једног лица које ту изјаву овери пред надлежним органом скупштине општине, не може се третирати као лажан исказ у смислу чл. 206 КЗ Србије.

(Решење Округног суда у Београду Кж 6/89 од 16. јануара 1989).

25. Кривично дело давање лажног исказа може постојати ако је окривљени саслушан приликом извођења доказа у судском или управном поступку под условом да је на лажном исказу заснована судска одлука, а не и када је дао изјаву у својству наследника као учесник у оставинском поступку јер тада није саслушаван као странка.

(Пресуда Округног суда у Београду Кж 2259/13 од 13. маја 2013).

26. Лице које је ослобођено дужности сведочења не чини кривично дело из чл. 206 ст. 1 КЗ Србије ако није било упозорено да не мора да сведочи.

(Решење Округног суда у Београду Кж 1203/00 од 12. јула 2000).

5. Кривично дело давање лажног исказа из чл. 335 КЗ и инститорни ошшије дела КЗ

1. Оптужба терети оптуженог да је он као сведок био саслушан у одређеном поступку код суда, дао лажни исказ. Сама чињеница да је кривични поступак био обустављен, те како услед лажног исказа није за другог наступила штетна последица, није довољан разлог да се дело које је предмет оптужбе оцени као дело које представља незнатну друштвену опасност из чл. 4 ст. 2 КЗ.

(Пресуда Врховног суда Босне и Херцеговине Кж 1006/56).

2. Добровољно опозивање лажног исказа пре наступања последица односно доношења коначне одлуке је обележје кривичног дела из чл. 283 ст. 5 КЗ па се та околност код одмеравања казне за кривично дело из тог прописа не може узети као олакшавајућа околност.

(Пресуда Врховног суда Србије Кж 4291/56).

3. Другостепени суд по службеној дужности води рачуна о застарелости кривичног гоњења па ће стога преиначавањем првостепене пресуде оптужбу одбити у случају наступања застарелости кривичног гоњења па и код кривичног дела давање лажног исказа из чл. 335 ст. 1 КЗ.

(Пресуда Округног суда у Београду Кж 3423/09 од 1. октобра 2009).

4. Облик виности са којим је окривљени поступао, односно кривица, не представља обавезан елемент који мора да садржи оптужни акт који је подигнут због кривичног дела давање лажног исказа, већ се као субјективни и конститутивни елемент кривичног дела доказује у поступку.

(Решење Апелационог суда у Београду Кж 614/14 од 7. маја 2014).

6. Кривично дело давање лажног исказа из чл. 335 КЗ и кривично процесно право

1. У пресуди којом се окривљени ослобађа од оптужбе да је учинио кривично дело давање лажног исказа, другостепени суд мора да наведе довољно разлога по исказу окривљеног о одлучним чињеницама које су од значаја за поступак и које су важне за доношење одлуке.

(Пресуда Врховног касационог суда Кзз 10/10 од 7. априла 2010).

2. Уколико утврди да исказ лица нема својство кривичног дела давање лажног исказа јер се не односи на одлучне чињенице које су битне за тај поступак, суд је у обавези да образложи које су то одлучне чињенице којима се руководи доносиоци овакву одлуку.

(Пресуда Врховног касационог суда Кзз 87/10 од 10. марта 2010).

3. Нема услова за понављање кривичног поступка ако је оптужни предлог против оштећене (сведока) због кривичног дела давање лажног исказа, поднет.

Из образложења:

Наиме, за понављање поступка сходно чл. 407 ст. 1 т.1 ЗКП потребно је да постоје две правноснажне пресуде, једна, која констатује лажни исказ, а друга да је заснована на лажном исказу. Из списка произилази да не постоји правноснажна пресуда која утврђује да је исказ оштећене који је дала у својству сведока лажан, а што је неопходан услов за понављање поступка.

Правилан је закључак првостепеног суда да покренут поступак против сведока – оштећене због кривичног дела давање лажног исказа, не представља нови доказ у смислу цитираних прописа, јер то није доказ

који би сам за себе или у вези са ранијим доказима довео до ослобађања осуђеног или до осуде по блажем закону.

(Решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 147/11 од 27. јануара 2011).

4. Решењем првостепеног суда одбијен је предлог оштећеног као тужилаца поднет против окривљеног због кривичног дела давање лажног исказа из чл. 335 ст. 1 КЗ, па је кривични поступак обустављен сходно чл. 441 ст. 1 у вези чл. 274 ст. 1 т.3 ЗКП.

Из образложења:

Из списка произилази да је оштећени као тужилац поднео оптужни предлог против окривљеног због наведеног кривичног дела па је у фази испитивања оптужног акта суд нашао да исти треба одбити јер није доказано да је окривљени учинио кривично дело.

Овако дати разлози су неприхватљиви јер суд у овој фази поступка контроле оптужног акта није овлашћен да се упушта у оцену доказа о кривици окривљеног, већ само у оцену доказа да је окривљени основано сумњив за дело које је предмет оптужбе.

(Решење Основног суда у Ужицу К 387/12 од 18. октобра 2012. и решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж 2586/12 од 27. децембра 2012).

5. Наводи из поднетог захтева за понављање кривичног поступка да је пресуда заснована на лажном исказу сведока морају се поткрепити правноснажном пресудом да је тај сведок осуђен због кривичног дела давање лажног исказа или неким другим доказима уколико против овог сведока због његове смрти или неких других околности који искључују његово кривично гоњење, није могао да се спроведе поступак.

(Решење Вишег суда у Пожаревцу Кв 88/17 од 18. јуна 2017).

Dragan U. Kalaba

Deputy Higher Public Prosecutor in Čačak

CRIMINAL OFFENCE OF PROVIDING FALSE STATEMENT FROM ARTICLE 335 OF CRIMINAL CODE IN COURT PRACTICE

Summary:

In the article the criminal offence of presenting false statement specified in Article 335 of the Criminal Code is analyzed. The author examines the elements of this criminal offence – pointing to its content, action, protected object, offenders, conditions for the liabilities and other characteristics of the criminal offence. The commentary relates to basic criminal offence of giving false statement, as well as to other forms of this criminal offence framed by the Criminal Code. The author

illustrates the conclusions of the article by presentation of selected examples from the court practice, which are grouped in accordance with types of the criminal offences and procedural issues related to each type.

Key words: Criminal Code, criminal offence, criminal offence of presenting false statement, false statement, criminal/offender

КОМЕНТАРИ, РАСПРАВЕ, ИСТРАЖИВАЊА

UDK 342.71(497.11)
351.755(497.1)

Сангра Миљанић
адвокат из Београда

ОСНОВИ СТИЦАЊА ДРЖАВЉАНСТВА

Сажетак

Предмет рада је испитивање правних аспеката стицања држављанства у Републици Србији пријемом странца у држављанство и на основу међународног уговора, кроз закон и праксу, трајање поступка, као и пријем одређеног броја познатих личности у држављанство Републике Србије. Чињеница је да у последњих неколико година често може да се из медија види да је нека позна личност добила држављанство Републике Србије; ово је изазвало доста расправа у јавности. Поставља се питање како држављанство могу да добију странци „обични људи”, а према којим критеријума држављанство добијају странци „познате личности” тј. личности чији је пријем у држављанство од наводног интереса за Републику Србију.

Кључне речи: држављанство, основи стицања, пријем, међународни уговор, поступак пред надлежним органом, услови, двоструко држављанство

I. Увод

Устав Републике Србије¹ јемчи право на држављанство, регулише да се стицање и престанак држављанства Републике Србије уређује законом, те јемчи право да држављанин Републике Србије не може бити протеран, ни лишен држављанства или права да га промени, као и да дете рођено у Републици Србији има право на држављанство Републике Србије, ако нису испуњени услови да стекне држављанство друге државе.

Република Србија стицање и престанак држављанства Републике Србије регулише Законом о држављанству Републике Србије². Ниже су разрађени основи стицања држављанства – и то стицање држављанства пријемом и стицање држављанства по међународним уговорима.

II. Основи стицања држављанства Републике Србије

Држављанство Републике Србије се стиче пореклом, рођењем на територији Републике Србије, пријемом и по међународним уговорима. Пореклом и рођењем на територији Републике Србије држављанство се стиче на основу уписа чињенице држављанства у матичну књигу рођених, док се пријемом држављанство стиче на основу правноснажног решења које министарство надлежно за унутрашње послове доноси након спроведеног поступка предвиђеног Законом, осим у случају када је у питању пријем у држављанство од интереса за Републику Србију, када о пријему у држављанство Републике Србије, на предлог надлежног министарства, одлучује Влада Републике Србије.

III. Стицање држављанства пријемом

1. Услови за стицање држављанства пријемом

Као један од начин стицања држављанства Републике Србије је стицање пријемом; ово значи да се држављанство стиче на основу правноснажног решења које министарство надлежно за унутрашње послове доноси након спроведеног поступка предвиђеног Законом.

Странац коме је одобрено стално настањење у Републици Србији може бити, на његов захтев, примљен у држављанство Републике Србије, под условом: (а) да је навршио 18 година живота и да му није одузета пословна способност; (б) да има отпуст из страног држављанства или да

¹ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006, чл. 38.

² Закон о држављанству Републике Србије – Закон, *Службени гласник РС*, бр. 135/2004, 97/2007, 24/2018.

поднесе доказ да ће отпуст добити ако буде примљен у држављанство Републике Србије; (в) да је до подношења захтева најмање три године непрекидно имао пријављено пребивалиште на територији Републике Србије; (г) да поднесе писмену изјаву да Републику Србију сматра својом државом³.

Услов да странац има отпуст из страног држављанства или да достави доказ да ће отпуст добити ако буде примљен у држављанство Републике Србије испуњен је ако је захтев поднело лице без држављанства или лице које пружи доказ да ће по закону земље чији је држављанин изгубити држављанство пријемом у држављанство Републике Србије.⁴ Ако страна држава не дозвољава отпуст из држављанства или за отпуст поставља услове које странац не може испунити, не тражи се испуњеност наведеног услова ако подносилац захтева поднесе изјаву да се одриче страног држављанства у случају стицања држављанства Републике Србије.⁵ Одрицање или губитак ранијег држављанства неће се захтевати ако то није могуће или се не може разумно очекивати.⁶

Странцу који је поднео захтев за пријем у држављанство Републике Србије, а нема отпуст из страног држављанства или доказ да ће отпуст добити ако буде примљен у држављанство Републике Србије може се, на његов захтев, издати потврда да ће бити примљен у држављанство Републике Србије ако испуњава остале услове.⁷ Потврда се издаје са роком важења од две године и служи за добијање отпуста из страног држављанства.⁸

Такође, лице које је рођено на територији Републике Србије може бити примљено у држављанство Републике Србије ако је до подношења захтева за пријем најмање две године непрекидно боравило на територији Републике Србије и ако поднесе писмену изјаву да Републику Србију сматра својом државом.⁹

Странац који је најмање три године у брачној заједници са држављанином Републике Србије и коме је одобрено стално настањење у Републици Србији може бити примљен у држављанство Републике Србије ако поднесе писмену изјаву да Републику Србију сматра својом државом.¹⁰

³ Закон, чл. 14 ст. 1 тач. 1) до 4).

⁴ Закон, чл. 14 ст. 2.

⁵ Закон, чл. 14 ст. 3.

⁶ Закон, чл. 14 ст. 4.

⁷ Закон, чл. 15 ст. 1.

⁸ Закон, чл. 15 ст. 2.

⁹ Закон, чл. 16.

¹⁰ Закон, чл. 17.

Исељеник и његов потомак могу бити примљени у држављанство Републике Србије ако су навршили 18 година живота и није им одузета пословна способност и ако поднесу писмену изјаву да Републику Србију сматрају својом државом.¹¹ Брачни друг исељеника или исељениковог потомка који је стекао држављанство Републике Србије може бити примљен у држављанство Републике Србије ако поднесе писмену изјаву да Републику Србију сматра својом државом.¹² Под исељеником сматра се лице које се иселило из Републике Србије са намером да стално живи у иностранству.¹³

Независно од горе наведених услова, у држављанство Републике Србије може бити примљен и странац чији би пријем у држављанство Републике Србије представљао интерес за Републику Србију.¹⁴ Такође, брачни друг странца који је стекао држављанство Републике Србије на основу наведеног разлога може бити примљен у држављанство Републике Србије и ако сам не испуњава наведени услов.¹⁵ О пријему у држављанство Републике Србије по овом основу, на предлог надлежног министарства, одлучује Влада Републике Србије.¹⁶

Припадник српског народа који нема пребивалиште на територији Републике Србије има право да буде примљен у држављанство Републике Србије без отпуста из страног држављанства, ако је навршио 18 година живота и није му одузета пословна способност и ако поднесе писмену изјаву да Републику Србију сматра својом државом.¹⁷ У држављанство Републике Србије може бити примљено и лице рођено у другој републици раније Социјалистичке Федеративне Републике Југославије које је имало држављанство те републике или је држављанин друге државе настале на територији раније СФРЈ, које као избегло, прогнано или расељено лице борави на територији Републике Србије или је избегло у иностранство.¹⁸ У држављанство Републике Србије може бити примљен припадник другог народа или етничке заједнице са територије Републике Србије под истим условима као и припадник српског народа.¹⁹ Самосталним члановима Закона о изменама и допу-

¹¹ Закон, чл. 18ст. 1.

¹² Закон, чл. 18ст. 2.

¹³ Закон, чл. 18ст. 3.

¹⁴ Закон, чл. 19ст. 1.

¹⁵ Закон, чл. 19ст. 2.

¹⁶ Закон, чл. 19 ст. 3.

¹⁷ Закон, чл. 23ст. 1.

¹⁸ Закон, чл. 23ст. 2.

¹⁹ Закон, чл. 23 ст. 3.

нама Закона о држављанству Републике Србије²⁰ захтев за пријем у држављанство припадник другог народа или етничке заједнице са територије Републике Србије могао се поднети у року од две године од дана ступања на снагу овог закона, тј. припадник другог народа или етничке заједнице са територије Републике Србије могли су да поднесу захтев за пријем у држављанство до 9. октобра 2009. године. Даље, Законом о допунама Закона о држављанству Републике Србије²¹ у држављанство Републике Србије могло је бити примљено лице које је држављанин СФРЈ или држављанин друге републике раније СФРЈ, односно држављанин друге државе настале на територији раније СФРЈ, који на дан 31. децембра 2016. године и на дан подношења захтева има пријављено пребивалиште у Републици Србији. Наведена лица су могла да поднесу захтев за пријем у држављанство у року од годину дана од дана ступања на снагу Закона о допунама Закона тј. до 3. априла 2019. године.

2. Поступак и дан стицања држављанства

Захтев за стицање држављанства подноси се министарству надлежном за унутрашње послове или надлежном дипломатском или конзуларном представништву Републике Србије. У случајевима где је потребна писана изјава којом се признаје Република Србија за своју државу, то се чини на обрасцу који је прописало то министарство,²² и предаје се заједно са захтевом.

Сам поступак је, према Закону, хитан.²³ Међутим, према пракси, поступак стицања држављанства траје између шест месеци и годину дана под условом да су сви докази којим се доказује испуњеност услова достављени, као и да је извршена уплата републичке административне таксе.

Из поступања надлежног Министарства унутрашњих послова Републике Србије може се видети да трајање поступка која се заснивају на истим чињеницама и доказима може бити временски веома различито. Наиме, у случајевима из 2016. односно 2018. године, два рођена брата су у различитим временским периодима поднела захтев за стицање држављанства пријемом у држављанство Републике Србије на основу

²⁰ Закон о изменама и допунама Закона о држављанству Републике Србије – ЗИДЗДРС, *Службени гласник РС*, бр. 90/2007, чл. 18.

²¹ Закон о допунама Закона о држављанству Републике Србије – ЗДЗДРС, *Службени гласник РС*, бр. 24/2018, чл. 3.

²² Закон, чл. 14 ст. 5.

²³ Закон, чл. 38 ст. 2.

чл. 18 Закона. Један од ових захтева за пријем у држављанство је позитивно решен у року од 6 месеци, док други брат чека на решење дуже од 10 месеци, а према информацијама надлежног органа не зна се када ће захтев бити решен. Образложење надлежног органа за дужину трајања поступка је „пренатрпаност поднетим захтевима који су у поступку у решавања”.

Закон регулише да се држављанство Републике Србије стиче пријемом даном достављања решења о пријему у држављанство Републике Србије.²⁴

У случају да странац поред захтева доставља и изјаву да Републику Србију сматра својом државом, Закон регулише да се држављанство Републике Србије стиче даном давања изјаве.²⁵ Дакле, с обзиром да већина основа за стицање држављанства пријемом у држављанство захтевају писану изјаву странца да Републику Србију сматра својом државом, надлежни орган само проверава испуњеност преосталих услова за пријем у држављанство Републике Србије. Судска пракса потврђује да је дан давања изјава којом се Република Србија признаје за своју државу момент у коме странац стиче држављанство Републике Србије.²⁶

3. Двоструко држављанство

Данас нема држава у којима живе само припадници једне нације. Међутим, припадност нацији и даље има одређени значај за институт држављанства. Према одређеним схватањима у правној теорији, држављанство држи у чврстој вези или изједначава са припадношћу одређеној нацији. Према другим схватањима, већи значај представља територијална веза државе и свих лица која живе на њеној територији.

Европска конвенција о држављанству²⁷ дефинише услове који се односе на то шта прописи о држављанству државе чланице не треба да садрже, нити да укључују било какву праксу која би водила дискрими-

²⁴ Закон, чл. 25 ст. 1.

²⁵ Закон, чл. 25 ст. 2.

²⁶ Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 757/2015 од 29. октобра 2015. године. Наведеном пресудом Врховни касациони суд је потврдио пресуду којом је поништено оспорено решење о отказу уговора о раду и којом је утврдио да се, уколико је запослени пре доношења решења о отказу доставио послодавцу потврду да је поднео захтев за пријем у држављанство Републике Србије, сматра да је држављанство стекао давањем изјаве и да нема основа за отказ тј. да у време доношења решења о отказу није постојао отказни разлог, јер се, сходно цитираној законској одредби, има сматрати да је већ тада имао држављанство Републике Србије.

²⁷ Европске конвенције о држављанству од 1997. године (*European Convention on Nationality*), чл. 5; Република Србија није потписала ову Конвенцију.

нацији на основу пола, религије, расе, боје коже, националне или етничке припадности. Дакле, држава не сме лица која нису њени држављани да доводи у неравноправан положај. Припадност одређеној нацији не би требало да буде изразита предност у стицању држављанства.

Међутим, нису се све државе чланице придржавале ових прецизних препорука, када је у питању уређивање и обезбеђивање забране дискриминације. Тако, на пример, Хрватска је једина од бивших република СФРЈ која је по етничком критеријуму решила питање стицања хрватског држављанства оних држављана других република бивше СФРЈ који су имали пребивалиште у Хрватској на дан њеног државно-правног осамостаљења.²⁸

Током 2004. године разматрана је и могућност да се припадницима српског народа омогући двоструко држављанство без обзира што у Србији немају пребивалиште.²⁹ Даље, наш законодавац је дао могућност да лицу које је већ постало држављанин друге државе (или више њих) настале на територији раније СФРЈ и избегло у иностранство може да стекне држављанство Републике Србије.³⁰ Овим законским одредбама у погледу услова за пријем у држављанство Републике Србије припадницима српског народа није омогућена било каква предност у односу на припаднике неког другог народа или етничке заједнице.

Такође, Република Србија није искористила ни право дозвољене дискриминације из Европске конвенције, као што је то учинила Република Хрватска која је као услове за пријем у своје држављанство дефинисала и следеће: да подносилац захтева познаје хрватски језик и латинично писмо, хрватску културу и друштвено уређење.³¹ Имајући у виду ове наводе, може се сматрати да је српски Закон либералнији у односу на закон суседне државе.

С тим у вези, истиче се и чињеница да су након иступања Црне Горе из Државне заједнице СЦГ, држављанство Црне Горе и држављанство Републике Србије престали да буду делови заједничког држављанства те Заједнице и постала два самостална и независна држављанства. Република Србија је усклађивање са новонасталом ситуацијом решила

²⁸ Слободан Милетић, *Измене у Закону о држављанству Републике Србије усклађивање закона о држављанству са новим државноправним статусом Републике Србије, уставом и измењеном структуром држављанства*, Параграф „e-Press”, 2007/266.

²⁹ С. Милетић, 2007/266.

³⁰ Закон, чл. 23 ст. 2.

³¹ Закон о хрватском држављанству, *Народне новине*, број 53/1991, 70/1991 – испр., 28/1992, 113/1993 – одлука Уставног суда, 4/1994 – испр. одлуке Уставног суда, и 130/2011, чл. 8, ст. 1, тач. 4.

кроз измене и допуне Закона, тако да је црногорским држављанима који су, због иступања Црне Горе из Државне заједнице СЦГ изгубили држављанство СЦГ, а у тренутку наступања правног следбеништва за Републику Србију дана 3. јуна 2006. године су имали пријављено пребивалиште на њеној територији, Законом о изменама и допунама Закона о држављанству Републике Србије³² обезбеђено стицање држављанства Републике Србије под олакшаним условима, тј. држављани Црне Горе су могли у року од пет година од ступања на снагу тог Закона да поднесу писмену изјаву да се сматрају држављанином Републике Србије и захтев за упис у евиденцију држављана Републике Србије.

Законом о изменама и допунама Закона о држављанству Републике Србије по први пут се уводи изричита одредба према којој припадници српског народа са пребивалиштем ван Србије могу стећи држављанство Србије и без отпуста из страног држављанства и тако постати двоструки (или вишеструки) држављани.³³ Услов за стицање држављанства на овај начин је пунолетство, пословна способност и поднета писана изјава подносиоца захтева да Републику Србију сматра својом државом. Под истим условима држављанство су могли стећи на овај начин и припадници других народа и етничких заједница са територије Републике Србије, ако су захтев поднели у року од две године од дана ступања Закона о изменама и допунама Закона о држављанству Републике Србије на снагу³⁴ о чему је напред било речи. Међутим, како је ова одредба временски ограничена, законодавац је први пут прописао олакшицу само за припаднике српског народа у смислу да не постоји временско ограничење. Такође, наш законодавац је ограничио временски и одредбу која регулише да се у држављанство Републике Србије може примити и држављанин СФРЈ или држављанин друге републике раније СФРЈ односно држављанин друге државе настале на територији СФРЈ који на дан 31. децембра 2016. године и на дан подношења захтева има пребивалиште у Републици Србији под условом да исти поднесе у року од годину дана од дана ступња на снагу Закона о допунама Закона о држављанству Републике Србије³⁵ о чему је, такође, већ било речи. Овим временским ограничењима је наш законодавац дао предност припаднику српског народа у односу на припаднике других народа и етничких заједница.

³² ЗИДЗДРС, чл. 17 ст. 2 и ст. 4.

³³ ЗИДЗДРС, чл. 8 ст. 1.

³⁴ ЗИДЗДРС, чл. 8 ст. 2 и чл. 18.

³⁵ ЗДЗДРС, чл. 3.

4. Предности и недостаци стицања двоструког држављанства према закону

Законом о изменама и допунама Закона о држављанству Републике Србије на снагу су ступили проширени основи за стицање двоструког држављанства у односу на Закон о држављанству из 2004. године. Потребно је истаћи да је стицање двоструког држављанства омогућено и држављанима других држава који немају пребивалиште у Републици Србији.

Имајући у виду да је међународни уговор бољи начин решавања питања двоструког држављанства, значајан недостатак оваквог законског решења јесте питање његовог домашаја. С обзиром да је наведени закон једностранни акт, може се истаћи да двоструко држављанство по основу закона има више негативних страна као што су: 1) пружање дипломатске заштите држављанину који већ има држављанство друге државе; 2) пред надлежним органима друге државе чије држављанство лице има и у којој има пребивалиште, држављанство Србије тог лица нема ефекта, јер већина закона суседних држава има заштитне одредбе; 3) пријем у држављанство Србије ових лица, на пример црногорских држављана са пребивалиштем у Црној Гори, омогућава тој држави да такве своје држављане лиши држављанства;³⁶ и 4) Република Србија би се могла наћи у сличној (реципрочној) ситуацији уколико би и суседне државе, на пример Црна Гора, својим законима понудиле своје држављанство „својим мањинама” које имају држављанство Србије и пребивалиште на територији Србије.³⁷

5. Познате личности које су примљене у држављанство Републике Србије на основу интереса за Републику Србију

У последње време држављанство Републике Србије добило је неколико десетина што „обичних личности”, што „познатих личности”; међу овим другима су и контроверзна држављанка Тајланда Јинглук Шинаватра, саветник премијерке Ане Брнабић Мартин Каф, држављанин Велике Британије, холивудски глумац Стивен Сигал који, поред држављанства Сједињених Америчких Држава, има и држављанство Руске Федерације, глумац Рејф Фајнс, држављанин Велике Британије, балетски играч Сергеј Полуњин, који је рођен у Украјини и има и украјинско и руско држављанство, фудбалер Габријел Клеверсон Кор-

³⁶ Закон о црногорском држављанству, *Службени листи Црне Горе*, бр. 13/2008, 40/2010, 28/2011, 46/2011, 20/2014 – одлука УС, 54/2016, чл. 24 ст. 1 тач. 1).

³⁷ С. Милетић (2007), 266.

дова Клео, бразилски држављанин и манекенка Адријана Лима, бразилска држављанка којој због „процедуралних препрека” посао око доделе пасоша никада није приведен крају.³⁸

Који су интереси Републике Србије и на који начин се одређује који ће странац добити држављанство? Да ли су то спортски, културни, научни или економски интереси, не може се са сигурношћу тврдити. Као пример неодређених критеријума може се узети то што је један од оснивача дечјег програма на РТС-у, Тимоти Џон Бајфорд, познати редитељ културних дечјих серија „Невен” и „Полетарац”, на српски пасош чекао невероватне 33 године иако је испуњавао услове за држављанство по основу брака, јер је био ожењен Српкињом са којом је имао децу и све време живео у Београду.³⁹

Поставља се питање који је интерес који је пресудан за „давање” држављанства „познатим личностима” уколико те исте личности не бораве у Републици Србији, не плаћају порез, не доприносе развоју позитивне слике Републике Србије у свету, не истичу да су држављани Републике Србије, немају пословне активности на територији Републике Србије нити запошљавају држављане Републике Србије. Да ли је довољно имати „име” у свету шоу-бизниса или бити у брачној заједници „са познатим кошаркашком”, а при томе не живети у Републици Србији? Такође, поставља се питање интереса „познате личности” за прихватање држављанства Републике Србије – да ли је то изазивање јавности ради писања о њима или избегавање обавеза према другој држави односно позивање на држављанство одређене земље у моментима када им одговара или можда новчано „подстицање” прихватања држављанства Републике Србије.

³⁸ Катарина Ђорђевић, *Политика*, Славни људи са српским пасошем, 2017, <http://www.politika.rs/sr/clanak/388837/Slavni-ljudi-sa-srpskim-pasosem>, приступ страници 14. 10. 2019.

Душан Телесковић, *Недељник*, Комплетан списак 171 особе које су одлуком владе добиле српско држављанство од 2010. године: Политичари, спортисти, бизнисмени..., 2019, <https://www.nedeljnik.rs/kompletan-spisak-171-osobe-koje-su-odlukom-vlade-dobile-srpsko-drzavljanstvo-od-2010-godine-politicari-sportisti-biznismeni/>, приступ страници 04. 11. 2019.

³⁹ Катарина Ђорђевић, *Политика*, Славни људи са српским пасошем, 2017, <http://www.politika.rs/sr/clanak/388837/Slavni-ljudi-sa-srpskim-pasosem>, приступ страници 14. 10. 2019.

IV. Стицање држављанства по међународним уговорима

1. Ратификовани међународни уговори Републике Србије

Држављанство Републике Србије може се стећи на основу ратификованог међународног уговора, под условом узајамности⁴⁰.

Као један од примера међународног уговора на основу ког држављани друге државе могу да стекну држављанство Републике Србије и обрнуто издваја се Уговор о двојном држављанству који је потписан дана 29. октобра.2002. године између Савезне Републике Југославије и Босне и Херцеговине⁴¹ који је потврђен од стране надлежног органа СРЈ дана 30. јануара 2003. године, а сагласно клаузули о ступању на снагу и престанку важења, ступио је на снагу даном последњег обавештења да је окончан поступак потврђивања од стране обе уговорнице.⁴²

Полазећи од Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора⁴³ и утврђеног права државе чланице која није искористила право на иступање из СЦГ да наследи право на међународно-правни субјективитет СЦГ, Народна скупштина Републике Србије, на седници Другог ванредног заседања у 2006. години, одржаној 5. јуна 2006. године констатовала је да је Република Србија, у складу са Полазним основама за преуређење односа Србије и Црне Горе и чланом 60. Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора, постала следбеник СЦГ и у целисти наследила њен међународно-правни субјективитет и међународне документе.

Имајући у виду претходно наведено, Уговором о двојном држављанству закљученом између СРЈ и БиХ, који је ступио на снагу 15. маја 2003. године, државе уговорнице (Република Србија и Босна и Херцеговина) су се сагласиле да држављанин једне државе уговорнице може стећи држављанство друге државе уговорнице (двојни држављанин) под условима: да је навршио 18 година живота; – да има пријављен боравак најмање три године на територији државе уговорнице чије држављанство стиче, односно најмање годину дана ако је у браку са држављанином те државе уговорнице; – да у држави уговорници чије држављанство стиче

⁴⁰ Закон, чл. 26.

⁴¹ Закон о потврђивању Уговора о двојном држављанству између Савезне Републике Југославије и Босне и Херцеговине, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/2003.

⁴² Закон о потврђивању Уговора о двојном држављанству између Савезне Републике Југославије и Босне и Херцеговине, чл. 14 ст. 4.

⁴³ Уставна повеља државне заједнице Србија и Црна Гора, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 и 26/2005 – амандмани I–III, чл. 60 ст. 4.

није осуђиван за кривична дела за која је прописана казна затвора већа од три године; – да му није изречена мера безбедности протеривања странца из државе уговорнице чије држављанство стиче за последњих годину дана пре подношења захтева; – да се из његовог понашања може закључити да ће поштовати правни поредак државе уговорнице чије држављанство стиче.⁴⁴

2. Предности стицања двоструког држављанства према међународном уговору

Међународни уговор је најповољнији начин стицања двоструког држављанства због: заштите интереса двоструких и других држављана двеју држава; очувања и развоја односа двеју држава; широких могућности да се права уреде на најбољи могући начин, и то у оквирима два модела и то: а) ефективног држављанства који подразумева да лице, иако има два држављанства, ефективно ужива само једно, и б) тзв. евијанске формуле⁴⁵ која подразумева да лице, под одређеним условима, ефективно ужива два држављанства.⁴⁶ Уговорима, када је у питању двоструко држављанство, у већини случајева утврђује само једно ефективно држављанство, док је евијанска формула пример истинског уживања два држављанства, на основу и зависно од земље боравка.

V. Закључак

Имајући у виду све претходно наведено, може се закључити да пријем у држављанство зависи од испуњености Законом прописаних услова. Међутим, моменат стицања држављанства зависи од ефикасности рада Министарства унутрашњих послова. Даље, шта представља интерес за Републику Србију за пријем одређеног лица у држављанство и даље није јасно, нити је довољно образложено кроз праксу приликом пријема одређених познатих личности у држављанство Републике Србије, а чиме би се створила одређена пракса и правна сигурност за будуће случајеве.

⁴⁴ Закон о потврђивању Уговора о двојном држављанству између Савезне Републике Југославије и Босне и Херцеговине, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/2003, чл. 1 ст. 2 тач. 1) до 5).

⁴⁵ Евијански споразум из 1962. године (*Accords d'Evian*) – споразум између Француске и Алжира којим је предвиђено да њихови двоструки држављани врше држављанска права у Француској док у њој бораве, док се за време боравка у Алжиру сматрају алжирским држављанима.

⁴⁶ С. Милетић (2007), 266.

Такође, може се закључити да државе на територији раније СФРЈ нису склоне закључивању уговора о уређивању питања двојног држављанства, иако би тиме омогућиле својим држављанима могућност да имају двојно или тројно држављанство према њиховом избору, а при томе решиле питања примата једног држављанства у односу на друго. Наведеном иде у прилог да на територији бивше СФРЈ, новонастале државе, изузимајући Републику Србију и Босну и Херцеговину, нису решиле питање двојног или тројног држављанства путем међународних уговора, те лица на разне начине покушавају да добију држављанство једне од новонасталих република, а да се при том не одрекну свог иницијалног држављанства или да их држава чије држављанство имају не лиши држављанства.

Sandra Miljanić

attorney at law in Belgrade

GROUNDS FOR ACQUISITION OF CITIZENSHIP

Summary

The subject of this article is the examination of legal aspects of acquiring citizenship of the Republic of Serbia by admission of a foreigner to citizenship and on the basis of an international treaty, through law and practice, the duration of the procedure, as well as the admission of a number of celebrities to citizenship of the Republic of Serbia. The fact is that lately we learnt more and more in various media that some of the celebrities have obtained citizenship of the Republic of Serbia which caused certain controversies in the public. The question arises as to how citizenship can be obtained by “ordinary people” and according to what criteria citizenship is granted to “celebrities” whose admission to citizenship is of alleged interest of the Republic of Serbia.

Key words: citizenship, acquisition grounds, admission, international agreement, procedure before a competent authority, conditions, dual citizenship

UDK 347.454.3(497.11)

Др Мирослав Пауновић

адвокат у Београду

НЕДОСТАЦИ ПРАВНОГ ОКВИРА НАДЗОРА НАД ИЗГРАДЊОМ ОБЈЕКТА

Сажетак:

У приказу се анализира правна страна надзора над изградњом објеката. Коментаришу се одређене неусклађености правне регулативе о надзору, те указује на уговорну праксу у погледу уређивања односа између наручиоца и извођача у погледу надзора; притом се посебно разматра коришћење страних уговорних решења у овој области, те последице ове праксе на ефикасност вршења надзора. У закључку се констатује да су наручиоци, посебно они на пословима у јавном сектору, од свих учесника у пословима изградње, најодговорнији за недостатке у организацији послова надзора и пропусте у том домену који доводе до штетних последица на пројектима од јавног интереса.

Кључне речи: грађење, изградња, уговор о грађењу, стручни надзор, надзорни орган, *FIDIC* услови уговора о грађењу, Инжењер

I. Уводне напомене

На пословима изградње у Београду, и шире – у Србији, долази у последње време до очигледних пропуста који се огледају у непримерном кашњењу са извршењем радова, недостацима на радовима и опреми, те у енормном повећању цена по разним основима.

У јавности се поставља питање како је могуће да до таквих ситуација дође, односно шта су узроци проблема који имају вишеструке, далекосежне последице по интересе грађана.

Проблематика има више слојева и тешко је проникнути у све сегменте односа у којима до пропуста долази. Но, са становишта права, могуће је потражити одговоре бар на она питања реализације послова грађења која су, одвајкада, и у уговорној и судској пракси, као и у теорији, разматрана и делимично разрешена.

У том контексту ваља покушати да се разабере да ли се пословна и уговорна пракса у Србији, и у којим сегментима, разликује од онога што је било познато у ранијем, не тако давном, периоду, од онога што је садржано у диспозитивним нормама прописа, те да ли долази до одступања праксе од императивних правила. Ово важи, пре свега, за надзор над изградњом објеката који би требало да је постављен тако да се преко њега заштите и задовоље одређени јавни интереси.

Наиме, једна од страна проблема лежи и у недореченим, па и контроверзним, законским и актуелним уговорним решењима која се тичу надзора над грађењем објеката.

Овим правним питањима везаним за надзор над изградњом објеката и улогу надзорног органа у послу грађења се, у основним назнакама, бави овај прилог. У раду се не испитују сложена дејства уговора о грађењу и односи страна из овог уговора у целини, нити односи наручиоца са другим учесницима посла грађења, пре свега са пројектантом (где се, такође, региструју проблеми, али они не потичу из неразјашњених законских или уговорних решења, већ, између осталог, и из непоштовања уговора, а посебно непоштовања права интелектуалне својине пројектанта).

Рад не обухвата ни приказ средства за обезбеђење уговорне дисциплине, првенствено оних која стоје на располагању наручиоцу према извођачу, те пројектанту и које наручиоци очигледно не користе. Приказ се своди на специфичан однос наручиоца и надзорног органа и објашњење улоге и овлашћења надзорног органа, према прописима, пословним узансама и уговорној пракси. Прелиминарна правна анализа изнета у раду не разматра ни праксу доделе послова актерима у пословима изградње у јавном сектору (када се као наручилац појављује држава односно јединица локалне самоуправе), иако има назнака да до проблема у извршавању ових грађевинских послова долази и услед нетранспарентног и мањкавог поступка избора пројектаната, надзора, извођача грађевинских радова, испоручилаца материјала и опреме. Ова питања захтевају посебан приступ и обраду.

II. Учесници у послу грађења

1. Стране у послу грађења односно изградње

а) Сйрране у ујовору о ірађењу као именованом ујовору

У уобичајеној структури посла грађења уговорне стране су наручилац и извођач; ово је исказано у Закону о облигационим односима који одређује следеће:

*Ујовор о ірађењу је ујовор о делу којим се извођач обавезује да ірема одређеном іројекіу саіради у ујовореном року одређену ірађевину на одређеном земљишћу, или да на іаковом земљишћу, односно на већ іосіојећем објекіу изврши какве груіе ірађевинске радове, а наручилац се обавезује да му за іо исілаіи одређену цену.*¹

Но, Закон о планирању и изградњи скуп радњи који обухвата претходне радове, израду и контролу техничке документације, припремне радове за грађење, грађење објекта и стручни надзор у току грађења објекта назива „изградњом”.²

б) Наручилац као ујоворна сйрана у іослу ірађења

Наручилац је лице које, према дефиницији датој у ЗОО, обезбеђује пројекат те га предаје извођачу и уговора са њим извршење посла грађења по том пројекту. Основна уговорна обавеза наручиоца је да обезбеди извођачу пројекат, да му даје тумачења и упутства у вези са техничком документацијом, да прими изграђени објекат по завршетку, те да извођачу плати цену. У пракси је развијено више начина одређивања цене, те начин плаћања од стране наручиоца извођачу.

ЗОПИ наручиоца из уговора о грађењу (како је именован у ЗОО) односно на пословима изградње назива „инвеститором”.³

Наручилац има више права и обавеза као страна из уговора о грађењу. Неке обавезе се називају административно-правним (јер про-

¹ Закон о облигационим односима – ЗОО (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 45(89 – одлука УС, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља), чл. 630 ст. 1 (глава XIII, одељак 1, наднаслов члана „Појам”) (*іовлачење догаіо*).

² Закон о планирању и изградњи – ЗОПИ, *Службени іласник РС*, бр. 72/2009, 81/2009 – испр., 64/2010 – одлука УС, 24/2001, 121/2012, 42/2013 – одлука УС, 50/2013 – одлука УС, 98/2013 – одлука УС, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019 – др. закон, чл. 2 ст. 1 тач. 30.

³ ЗОПИ, чл. 2 ст. 1 тач. 21 („инвеститор јесте лице за чије потребе се гради објекат и на чије име гласи грађевинска дозвола”); овај назив за наручиоца доследно се користи у целом тексту Закона.

изилазе из императивних норми прописа), док су друге облигационо-правне односно уговорне природе.⁴ У административно-правне обавезе, које аутори деле на оне које настају пре почетка изградње, оне које наручилац мора извршавати за време изградње, као и оне које се појављују у фази после изградње, спадају, пре свега, решавање имовинско-правних односа у вези са земљиштем на коме се гради објекат, плаћање доприноса за градско грађевинско земљиште, прибављање одобрења за изградњу (грађевинске дозволе по ЗОПИ), обележавање грађевинске парцеле, обележавање градилишта, пријава почетка радова надлежном органу, исходавање употребне дозволе и низ других обавеза које су уведене прописима.⁵

Поједине административне обавезе односе се само на наручиоце из јавног сектора тј. наручиоце који су корисници буџетских средстава (или, тачније: имају посебну тежину у погледу ових наручилаца који их посебно морају уважавати и спроводити).

Посебна административно-правна обавеза наручиоца је да обезбеди вршење стручног надзора над изградњом.

в) Извођач као уговорна страна

ЗОПИ даје дефиницију лица које врши грађење објекта односно које изводи радове, те прописује услове које ово лице мора да испуњава да би се грађевинском делатношћу бавило.⁶

⁴ В. Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, шеснаесто издање, Београд, 2018, 223, 224; в. исто Радован Д. Вукадиновић. *Међународно пословно право*, друго издање, Крагујевац, 2012, 710, те Александар Љ. Ђирић, *Међународно трговинско право, посебни гео*, Ниш, 2018, 410.

⁵ ЗОПИ, чл. 148 (наднаслов „Пријава радова“), чл. 149 (наднаслов „Припрема за грађење“, те низ других. Треба уочити да су неке административно-правне обавезе наручиоца у ЗОПИ наведене изричито, док друге посредно произилазе из законских одредби.

⁶ ЗОПИ у чл. 150 ст. 1 (наднаслов „Извођач радова“) одређује: „Грађење објекта, односно извођење радова може да врши привредно друштво, односно друго правно лице или предузетник (у даљем тексту: извођач радова), који је уписан у одговарајући регистар за грађење те врсте објеката, односно за извођење те врсте радова, који поседује решење о испуњености услова за извођење радова на тој врсти објеката у складу са овим законом и који има запослена лица са лиценцом за одговорног извођача радова и одговарајуће стручне резултате“; објашњење услова и поступак за проверу испуњености услова разрађују се у ставовима 2 до 6 овог члана. Треба запазити да ЗОПИ за посао грађевинара користи изразе „грађење објекта“ и „извођење радова“, као и да је израз „објекат“ збирни појам за више врста грађевина (али се то у Закону не прецизира), а да се под тим појмом подразумевају и објекти који се означавају као „помоћни објекти“,

ЗОПИ до детаља прописује који су задаци извођача радова и они се, с обзиром да су одређени принудним нормама, могу сматрати административно-правним дужностима.⁷ Извођач има посебну обавезу да омогући наручиоцу вршење надзора.

Извођач има и низ обавеза које произилазе из уговора са наручиоцем, односно из диспозитивних норми прописа (ако поједина питања у вези са његовим обавезама нису уређена уговором). Основне обавезе су извршење уговорених радова односно изградња и предаја објекта, те обавеза придржавања уговорених рокова односно динамике грађења.⁸

2. Остали учесници у пословима изградње

Учесници послова изградње су, поред наручиоца и извођача, и друга лица, пре свега пројектант и надзор односно надзорни орган; ова друга лица учествују на пословима по посебним уговорима са наручиоцем и она нису стране у уговору о грађењу односно изградњи.

Пројектант ради документацију која се колоквијално назива „пројектом”, а коју ЗОПИ дефинише као „техничку документацију”.⁹

„економски објекти”, „скијашка стаза”, „ски-вучница”, „комунална инфраструктура”, „тунели” и низ других, као и да се под појам „радови” односно „грађење” подводе и појмови „реконструкција”, „доградња”, „адаптација”, „санација”, „инвестиционо одржавање” и други (чл. 2 са надсловом „Дефиниције” у ставу 1 и други чланови у којима се дају детаљи у вези са радовима на овим објектима односно са врстом радова).

⁷ Вид. М. Васиљевић, 225. ЗОПИ у члану 152 (надслов „Обавезе извођача радова и одговорног извођача радова”), ставови 1 до 5, наводи административне обавезе извођача (између осталог, да одреди одговорног извођача радова, обезбеди превентивне мере за безбедан рад на градилишту, изврши пријаву надлежним органима управе одређених околности и отпочињања и завршетка одређених фаза посла, итд.), те у ставу 6 набраја дужности одговорног извођача радова односно лица из организације извођача које руководи радовима (одговорни извођач радова је дужан, између осталог, да изводи радове према техничкој /пројектној документацији, у складу са прописима и стандардима, да обезбеди сигурност објекта, лица на градилишту и суседних објеката, те не сметано одвијање саобраћаја и заштиту околине, да обезбеди испуњење захтева у погледу енергетских својстава објекта, да управља грађевинским отпадом, да обезбеди доказе о квалитету извршених радова, уграђеног материјала, инсталација и опреме, итд.).

⁸ Из уговорне праксе произилазе, те се у литератури наводе, и следеће уговорне обавезе извођача: обавеза проучавања техничке документације, осигурање радова односно објекта у изградњи и уговарање низа тзв. пратећих осигурања, пружање средстава обезбеђења за извршење посла, достављање узорака материјала на одобрење, вршење тестова материјала и одређених радова, заштита радова, посебно у случају прекида, обавештавање наручиоца о важним околностима, и др.; в. и М. Васиљевић, 225, 226, в. исто А. Ђирић, 406–409, те Р. Вукадиновић, 711–717.

⁹ ЗОПИ под техничком документацијом подразумева „скуп пројеката који се израђују ради: утврђивања концепта објекта, разраде услова, начина изградње објекта

ЗОПИ иначе не одређује појам „пројектант”, а из законских формулација произилази да термин обухвата и правно лице које ради техничку документацију, као и лица која су код пројектанта запослена; при том ЗОПИ прописује и услове које и пројектант, као организација, те код њега запослена лица, морају да испуњавају.¹⁰

ЗОПИ уводи и појам „финансијер”,¹¹ којим је покушано да се „премости” честа ситуација у пракси да је једно лице власник земљишта на коме се гради, а да друго лице обезбеђује средства за грађење.¹² Међутим, овом „интервенцијом” законодавац није отклонио недоумице које се у пракси јављају нити двосмислености у дефинисању носилаца одређених улога у организовању и финансирању изградње.

3. Стручни надзор

Надзорни орган је такође учесник посла грађења, са посебном улогом и задацима од чијег испуњења у многоме зависи успех грађевинског подухвата. ЗОПИ користи израз „стручни надзор” да опише лице које врши надзор над изградњом објекта (дакле, исти термин се користи и за делатност односно послове и овлашћења, као и за лице које надзор у том смислу врши). Израз „надзорни орган” уводи се тек у подзаконским актима сачињеним на основу ЗОПИ.

и за потребе одржавања објекта” – чл. 2 ст. 1 тач. 29. У члановима од 111 до 124 (с тим да су чланови 119 до 122 брисани) ЗОПИ прописује се врста и садржина техничке документације (претходна студија оправданости, студија оправданости, генерални пројекат, идејно решење, идејни пројекат, пројекат за грађевинску дозволу, пројекат за извођење и пројекат изведеног стања).

¹⁰ ЗОПИ у чл. 126 ст. 1 прописује да техничку документацију за изградњу објекта „може да израђује привредно друштво, односно друго правно лице или предузетник, под условом да је то лице уписано у одговарајући регистар за израду техничке документације за ту врсту објеката и да има запослена лица са лиценцом за одговорног пројектанта, која имају имају одговарајуће резултате у изради техничке документације за ту врсту и намену објекта”. ЗОПИ предвиђа да се подзаконским актима детаљно уређује низ питања у вези са условима које морају да испуне пројектанти да би се овом делатношћу бавили, као и условима за лица која су код њих запослена – чл. 126, 126 а и 128.

¹¹ ЗОПИ је увео, као учесника изградње, и „финансијера”, кога дефинише као „лице које по основу закљученог и овереног уговора са инвеститором финансира, односно суфинансира ... извођење ... грађевинских односно инвестиционих радова ... и на основу тог уговора стиче одређена права и обавезе које су овим законом прописане за инвеститора у складу са тим уговором ...” (*непошребно изостављено, подвлачење догађајно*) – чл. 2 ст. 1 тач. 43. Треба приметити да Закон у дефиницији појма „финансијер” уводи и нови појам „инвестициони радови”, који се не објашњава (и који би требало да је синоним за грађевинске радове односно за радове на изградњи објеката).

¹² У чл. 136 ст. 1 тач. 1 ЗОПИ стоји да грађевинска дозвола садржи и податке о инвеститору односно инвеститору и финансијеру.

Док у дефинисању односа наручиоца са извођачима радова и пројектантима у пословној и уговорној пракси углавном нема недоумица, код тумачења обавеза надзорног органа у односима са наручиоцем, као и према другим учесницима у послу, долази до несналажења.

а) Појам и послови стручног надзора

Под стручним надзором се подразумевају следећи послови: – контрола да ли се грађење врши према грађевинској дозволи, односно према техничкој документацији по којој је издата грађевинска дозвола, – контрола и провера квалитета извођења свих врста радова и примене прописа, стандарда и техничких норматива – контрола и овера количина изведених радова – провера да ли постоје докази о квалитету грађевинских материјала, опреме и постројења који се уграђују – давање упутстава извођачу, – сарадња са пројектантом ради обезбеђења детаља технолошких и организационих решења за извођење радова и – решавање других питања која се појаве у току извођења радова.¹³

Из формулације коју користи ЗОПИ када налаже наручиоцу да организује надзор може се закључити да вршење надзора спада у тзв. административно-правне обавезе наручиоца односно да их Закон прописује да би се заштитио јавни интерес. Међутим, међу пословима надзора које Закон конкретно набраја налазе се и они који су очигледно уговорног карактера односно за које само наручилац има интереса да их надзор извршава (на пример, контрола и овера количина изведених радова, давање упутстава извођачу радова и др.).

Задаци надзорног органа наводе се и у Правилнику о садржини и начину вођења стручног надзора.¹⁴ Правилник ово чини тако што, најпре, наводи да се стручни надзор односи на припремне радове, грађевинске и грађевинско-занатске радове, уградњу инсталација, постројења и опреме, те на друге радове који се изводе у току грађења.¹⁵ Потом Правилник детаљно наводи да стручни надзор обухвата следеће: – контролу да ли се грађење врши према грађевинској дозволи (као и предузимање мера у случају одступања извођења радова од пројектне документације на основу које је дозвола издата), – контролу и проверу квалитета извођења свих врста радова, примену стандарда, техничких норматива и техничких мера и услова (којима се, између осталог, омогућава не-

¹³ ЗОПИ, чл. 126 ст. 2.

¹⁴ Правилник о садржини и начину вођења стручног надзора – Правилник, Службени гласник РС, бр. 22/15, 24/2107.

¹⁵ Правилник, чл. 2.

сметано кретање особама са инвалидитетом, деци и старим особама), – контролу и оверу количина изведених радова односно степена изведених радова, – проверу да ли постоје докази о квалитету материјала, опреме и инсталација који се уграђују у објекат, – контролу и проверу квалитета изведених радова, – давање потребних упутстава извођачу радова (у случају одступања од грађевинске дозволе, као и промене услова градње објекта – промене геомеханичких услова тла и др.), – праћење динамике градње и поштовања уговорених рокова, – сарадњу са пројектантом ради обезбеђења правилне реализације пројектантског концепта, – сарадњу са извођачем радова при одређивању технолошких и организационих решења за извођење радова, – сарадњу са пројектантом и извођачем радова у припреми пројекта изведеног стања, – те решавање других питања која се појаве у току грађења објекта односно извођења радова.¹⁶ Правилник о пословима надзорног органа говори и када одређује начин на који надзор мора реагује када уочи одређене недостатке у току извођења радова.¹⁷ Правилник, наиме, и у овим одредбама потврђује обавезу надзорног органа да контролише усклађеност грађевинских радова са грађевинском дозволом, али наводи и послове који немају везе са грађевинском дозволом, односно које наручилац не мора врши да би се обезбедио јавни интерес (провера динамике изградње); при том, Правилник овде помиње и послове који се не набрајају у одредбама које непосредно одређују задатке надзорног органа, као што је проvera да ли радови одступају од „утврђене вредности објекта”.

Одмах је уочљиво да, и према Правилнику, у послове надзорног органа спадају и задаци који не произилазе из административно-правних обавеза наручиоца у вези са грађењем, већ и они који спадају у круг његових односа уговорног карактера са извођачем (као типичан пример могу се навести дужност контроле и овере количина изведених радова, те праћење динамике градње и поштовања уговорених рокова). Правилник овакав, „уговорни” карактер послова надзорног органа и разликује од осталих обавеза које наручилац мора да спроведе преко надзорног органа тако што посебном формулацијом наглашава да се такви послови врше уколико је то предвиђено уговором о вршењу стручног надзора.

Уочљиво је да су неки од ових задатака посебно важни код послова у јавном сектору.

¹⁶ Правилник, чл. 3.

¹⁷ У чл. 7 ст. 2 Правилника одређује се да надзорни орган, када уочи одређене неправилности, примедбе „без одлагања уноси у пратећу документацију која се води на градилишту”, а по ст. 2, ако уочи потребу одступања од пројекта, о томе обавештава и наручиоца, док по ст. 3 о одређеним околностима обавештава и надлежног грађевинског инспектора.

У погледу трајања обавезе ангажовања стручног надзора Правилник предвиђа да он мора трајати од почетка градње и траје до завршетка радова и издавања употребне дозволе,¹⁸ а у погледу места наводи да надзор врши на градилишту као и „на другим местима где се изводе други радови за потребе грађења објекта”.¹⁹

Прописано је да сва запажања у току вршења надзора надзорни орган уписује у грађевински дневник,²⁰ односно да мора писмено да констатује одређене околности и податке који су битни за праћење грађења објекта.²¹

Посебне узансе о грађењу садрже детаљне одредбе које се директно тичу надзора,²² поред низа одредби које се односе на очување уговорне дисциплине у односима наручиоца и извођача, те за обезбеђење квалитета радова (што, посредно, има утицаја и на вршење надзора). За стручни надзор наручиоца се каже да је право наручиоца, те да се стручни надзор над радовима извођача врши „ради проверавања и обезбеђења њиховог уредног извођења”,²³ те се прецизира и да надзор не врши наручилац сам, већ да за тај посао ангажује посебан стручни надзор.²⁴

¹⁸ Правилник, чл. 4 ст. 2.

¹⁹ Правилник, чл. 6 ст. 1.

²⁰ Правилник, чл. 6 ст. 2. Посебним прописом – Правилником о начину вођења књиге инспекције, грађевинског дневника и грађевинске књиге, *Службени гласник РС*, бр. 62/2019 – прописано је која се документација води на градилишту, те који су задаци наручиоца односно финансијера, одговорног извођача и надзорног органа у вођењу градилишне документације.

²¹ Правилник, чл. 8.

²² Посебне узансе о грађењу – ПУ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 18/77. ПУ је донела Скупштина Привредне коморе Југославије на основу чл. 5 тада важећег Закона о удруживању привредних организација у Привредну комору, *Службени лист СФРЈ*, бр. 23/72. До доношења ЗОО, ПУ су се примењивале ако су уговарачи пристали на њихову примену (члан 1 став 1), уз претпоставку да су пристали на њихову примену ако уговором о грађењу њихова примена није искључена. Међутим, од доношења ЗОО ова претпоставка не важи, односно потребно је да странке из уговора о грађењу изричито уговоре примену ПУ – ЗОО, чл. 21 ст. 2.

²³ Стручни надзор је у ПУ уређен у поглављу XVII са насловом „Стручни надзор наручиоца”. Чл. 99 у овом поглављу (са поднасловом „Право вршења стручног надзора”) одређује у ст. 1 да је право наручиоца да врши стручни надзор над радовима извођача, те наводи у чему се стручни надзор састоји: „Наручилац има право да врши стручни надзор над радовима извођача ради проверавања и обезбеђења њиховог уредног извођења, нарочито у погледу врста, количина и квалитета радова, материјала и опреме и предвиђених рокова”.

²⁴ У ПУ се прецизира да стручни надзор врши лице које наручилац одреди (чл. 99 ст. 3).

ПУ одређују такође да је наручилац дужан да о обиму овлашћења стручног надзора обавести извођача.²⁵ ПУ остављају да обим овлашћења одреди наручилац, с тим што се мора узети да у надлежности односно овлашћења надзора мора да уђе испуњавање оних административно-правних обавеза које наручилац извршава преко стручног надзора.

б) Лице које врши стручни надзор

Стручни надзор врши лице које одреди наручилац.

ЗОПИ, који прописује ову обавезу, не наводи изричитом одредбом да је наручилац дужан да за стручни надзор именује неко лице ван своје организације (мада то посредно произилази из других одредби Закона).²⁶ У Правилнику о садржини и начину вођења стручног надзора, који је донет на основу ЗОПИ, наводи се да наручилац мора да именује стручно лице за послове стручног надзора.²⁷

ЗОПИ прописује услове које ово лице мора да испуњава (с тим да, како је речено, не користи израз „надзорни орган” који је уобичајен у пословној и уговорној пракси – овај се термин уводи Правилником);²⁸ Закон ово чини посредно, упућујући на услове које морају да испуњавају одговорни пројектант и одговорни извођач радова.²⁹ Но, док ЗОПИ одређује да се пословима пројектовања односно пословима изградње могу бавити привредно друштво, односно друго правно лице или предузетник (под условом да је то лице уписано у одговарајући регистар за израду одређене врсте техничке документације или за извођење конкретне врсте радова, које има запослена лица са одговарајућом лиценцом за ту врсту објеката, те да та запослена лица имају одговарајуће стручне резултате),³⁰ за стручне послове надзора овај се захтев не поставља. На основу језичког тумачења одредби ЗОПИ (јер се Закон позива на услове које морају да испуне одговорни извођач и одговорни

²⁵ ПУ, чл. 100 (такође у оквиру дела „Право вршења стручног надзора”).

²⁶ ЗОПИ, чл. 153 ст. 1: „Инвеститор обезбеђује стручни надзор у току грађења објекта, односно извођења радова за које је издата грађевинска дозвола” (*иодвлачење годашо*).

²⁷ Правилник о садржини и начину вођења стручног надзора – Правилник, *Службени гласник РС*, бр. 22/15, 24/2107, чл. 4 ст. 1.

²⁸ Правилник у члану 4 став 1 наводи да је наручилац дужан да именује лице које врши стручни надзор и то лице, за коришћење израза у даљем тексту, означава као „надзорни орган”.

²⁹ ЗОПИ у чл. 153 ст. 3 одређује посредно услове које мора да испуњава лице које врши стручни надзор: „Стручни надзор може да врши лице које испуњава услове прописане овим законом за одговорног пројектанта или одговорног извођача радова”.

³⁰ ЗОПИ, чл. 126, 126а, 128, 150.

пројектант, који су физичка лица) могло би се закључити да је законска претпоставка да стручни надзор врши физичко лице; при том, није јасно да ли физичко лице треба да буде запослено у некој организацији односно да има својство предузетника, те да ли може да буде у организацији самог наручиоца (нарочито код тзв. великих инвеститора – електропривреда, железница и сл.). Међутим, пракса је ову „незграпност” разрешила тако што се за послове надзора ангажују правна лица или предузетници.

Правилником је уведен у прописе и појам „пројектантски надзор”, а да се не наводи прецизно ни ко га врши, ни са којом сврхом и задацима, нити какав је однос лица које врши пројектантски надзор са надзорним органом, те каква овлашћења има у односу на извођача.³¹

У пракси се наилази и на тзв. „инвеститорски надзор” коме се дају различити задаци и чија улога и овлашћења, по правилу, нису ближе уређена уговором наручиоца и извођача.

в) Право и обавеза наручиоца да врши надзор

Према изричитој одредби ЗОО, извођач је дужан да наручиоцу омогући сталан надзор над радовима и контролу количине и квалитета употребљеног материјала.³²

Извођач је, према ПУ, дужан да наручиоцу омогући вршење стручног надзора,³³ а Узансе прецизирају да наручилац има право приступа на градилиште, у радионице, погоне и места за ускладиштење материјала.³⁴

Из комбинованог тумачења одредби ПУ о обавези извођача да омогући наручиоцу вршење стручног надзора закључује се да извођач мора да пружи све услове стручном надзору наручиоца да ову своју улогу испуни. Наиме, ПУ одређују да је наручилац дужан да саопшти извођачу своје примедбе на његов рад и то писаним путем.³⁵ С друге

³¹ Правилник, члан 5. Ова одредба само наводи да пројектантски надзор врши „привредно друштво” (дакле, ако се мислило на лице које је израдило пројекат, из појма су искључени предузетници).

³² ЗОО, чл. 632 (са наднасловом „Надзор над радовима и контрола количине и контроле материјала”).

³³ ПУ, чл. 100.

³⁴ ПУ, чл. 99 ст. 2.

³⁵ ПУ, чл. 101 ст. 1 и 2 (са наднасловом „Саопштавање и уписивање примедба”) гласи: „Примедбе у погледу начина извођења радова, употребљеног материјала или тока извођења радова наручилац је дужан да без одлагања саопшти извођачу. // Све примедбе и налази наручиоца саопштавају се у писменој форми или уписују у грађевински дневник”.

стране, ПУ прописују да је извођач дужан да поступа по захтевима наручиоца „у вези са вршењем надзора”.³⁶ У пракси је општеприхваћено да примедбе извођачу заправо даје надзорни орган (врши уписе у грађевински дневник), те да надзорни орган према извођачу наступа у име и за рачун наручиоца.

Но, наручилац има не само право, већ и обавезу да организује надзор над извршењем посла грађења који предузима.

III. Уговорна пракса у погледу спровођења надзора

1. Уобичајена уговорна решења

Уговори о грађењу, који се не заснивају на општим условима уговора о грађењу који су преузети из иностране праксе, не садрже детаљне одредбе о вршењу надзора. Уобичајено је да такви уговори само понављају законске одредбе о томе да наручилац има право да врши надзор, те да је извођач дужан да надзор омогући.

2. Коришћење уговорних решења из иностране праксе

а) Увођење праксе коришћења страних општих услова уговора

У пракси се, у последњих двадесетак година, и у Србији на пословима изградње користе страни услови уговора. Ово је најчешће случај на пословима које финансирају међународне финансијске институције, али и на пословима које финансирају, кроз разне облике, стране државе. Отуда, до примене страних услова уговора најчешће долази на пословима изградње у јавном сектору. Међутим, и у приватном сектору се наилази случајеве да се послови изградње уоквирују уговорима који се позивају на опште услове из међународне праксе.

Коришћење иностраних искустава није, у начелу, неприхватљиво. На овај начин се у домаћу праксу могу увести модели, искуства и достигнућа створена односно развијена на пословима у иностранству. Међутим, преношење страних општих услова уговора у Србију понекад је резултат некритичног прихватања иностраних решења, те пропуста да се сагледају домашаји и последице које таква пракса може изазвати. Концепт и појединачна решења, садржана у страним условима уговора који се најчешће копирају ради употребе на пословима у Србији, могу довести до озбиљних проблема у пракси.

³⁶ ПУ у чл. 102 (са наднасловом „Поступање по захтевима наручиоца”) одређује: „Извођач је дужан да поступи по свим основаним захтевима наручиоца поднесеним у вези с вршењем надзора”.

б) *FIDIC-ови општи услови уговора о грађењу*

Најчешће се у Србији, када се посеже за страним решењима, на пословима изградње користе општи услови уговора *FIDIC*.³⁷ *FIDIC* је понудио пракси више врста општих услова и модела уговора о изградњи, за различите ситуације и односе између учесника послова изградње.³⁸ У пословима изградње у Србији, као и у свету, код којих наручилац обезбеђује пројекат те ангажује извођача да по пројекту изгради и опреми објекат, најчешће се користе *FIDIC*-ови Општи услови уговора за грађевинске радове.³⁹

3. Одредбе *FIDIC*-ових услова уговора којима се уређује надзор

а) *Основне карактеристике FIDIC-ових услова уговора*

Иако су *FIDIC*-ови Општи услови уговора за грађевинске радове, на основу примедби изнетих у судској пракси и радовима теоретичара, у сваком новом издању поправљани, њихови су недостаци у концепту и правној техници још увек такви да доводе до озбиљних проблема у примени на пословима који су уоквирени уговорима који се на те опште услове позивају; ово је посебно видљиво на пословима који се реализују у земљама тзв. континенталног права, јер су *FIDIC*-ови услови плод англосаксонске правне традиције.

Општи услови *FIDIC* користе неке правне институте који се не могу лако разумети и тумачити у праву Србије – пример су одредбе о тзв. „унапред процењеној штети” (*liquidated damages* или, у каснијим вер-

³⁷ *FIDIC* је скраћеница сачињена од почетних слова француског назива Међународног удружења инжењера консултаната (*Fédération internationale des ingénieurs-conseil*; енгл.: *International Federation of Consulting Engineers*). Више о *FIDIC*-у на „сајту ове организације: www.fidic.org.

³⁸ *FIDIC*-ови општи услови уговора и модели уговора су сачињени за испоруку опреме са монтажом, са пројектовање и грађење („кључ у руке”), за пројектовање, изградњу и руковођење пројектом (*Conditions of Contract for Design, Build and Operate Projects*), за консултантске послове и др. (сви ови услови се у пракси скраћено означавају по боји корица која је различита за сваки посебан документ.

³⁹ *General Conditions of Contract for Construction Works*. У најчешћој употреби су Општи услови из 1999. године (иако је *FIDIC* сачинио и касније верзије ових услова (*New Red Book – Conditions of Contract for Construction, for Building and Engineering Works designed by the Employer*). Они су, према боји корица, познати као „црвени” *FIDIC*. За употребу их препоручују међународне финансијске институције, а Светска банка је, на основу „црвеног” *FIDIC*-а, сачинила и своје опште услове уговора о грађењу који од *FIDIC*-овог документа незнатно одступају (додато је само неколико одредби које би требало да спрече коруптивну праксу); иначе су концепт, институти, терминологија, па и нумерација чланова, идентични са *FIDIC*-овим документом.

зијама услова, *delay damages*), којима се обезбеђује извршење радова у уговореном року (функција коју у српском праву има уговорна казна). Поред тога, језик Услова је компликован и тешко разумљив, са пуно понављања, врло је често „унакрсно реферисање” односно позивање одредби једних на друге, а поједина материја се уређују у више одредби.⁴⁰ Општи услови уговора су обимни, материја се уређује на каузитичан начин, што, уз настојање да се многа питања обраде до детаља, доводи до тешкоћа у тумачењу (остаје отворено питање да ли се одређене околности, које нису изричито поменуте у тексту, могу подвести под норму или их треба искључити из правила).

Треба напоменути да *FIDIC*-ови Општи услови уговора имају и одређене предности, које се, пре свега огледају, у одредбама које захтевају стално, зналачко праћење и документовање свих страна одвијања посла (тзв. „администрирање” уговора односно руковођење послом). Поред тога, у већини услова уговора које је *FIDIC* сачинио систематика грађе је извршена на исти начин, терминологија је уједначена, чиме се олакшава њихова примена у различитим пословним ситуацијама, те развија усклађена пракса на одређеним тржиштима или између одређених партнера.

δ) *Одредбе о надзору*

Највећ недостаци *FIDIC*-ових Општих услова уговора, како у погледу правне технике, тако и, посебно, у погледу базичног концепта, огледају се у одредбама о надзору над извршењем посла.

Институт надзора уређен је у одредбама о надзорном органу (који се у општим условима *FIDIC* назива „Инжењером”).⁴¹ У питању је организација (по правилу у облику привредног друштва), која има физичка лица оспособљена за поједине послове у оквиру надлежности Инжењера.

Инжењер је учесник у пословима грађења са улогом и овлашћењима које је, у одређеним аспектима, тешко разумети, па и прихватити са становишта домаћег права.

Инжењера именује наручилац, али Инжењер има, према *FIDIC*-овим условима, неубичајену позицију; Инжењер, наиме, не врши само

⁴⁰ Тако се виша сила и измењене околности обрађују у најмање 23 одредбе, које су „разасуте” по целом тексту.

⁴¹ Овај учесник посла грађења се у општим условима *FIDIC* назива „Инжењером” (*Engineer*) и у том документу се пише великим почетним словом (што се користи и у овом коментару).

надзор над радом извођача, већ и посредује у односима наручиоца и извођача, па чак прелиминарно решава и њихове спорове, те даје обавезна тумачења уговора (укључујући и техничку документацију, што је посебно спорно, јер је он, по правилу, и творац пројекта по коме се радови изводе, те би прихватање захтева извођача за продужење рока и повећање цене по основу недостатака у пројекту значило и својеврсно признање Инжењера да његов пројекат није добар). У овој својој улози Инжењер може, одлучујући по захтеву страна из уговора о изградњи, и да мења уговор односно уговорна документа, а да су стране (укључујући, дакле, и самог наручиоца) дужне да овакве налоге Инжењера поштују (с тим да су налози Инжењера подложни ревизији у поступку решавања спорова, уз услов да се незадовољна страна држи правила строге процедуре чије је испуњење предуслов за изношење спора органима за решавање спорова предвиђеним Општим условима – Одбору за решавање спорова и арбитражи). Ова тзв. „квази-арбитражна“ улога Инжењера објашњава се наводном обавезом Инжењера да поштује правила струке, да дела у интересу грађевинског подухвата, те да се руководи највишим етичким начелима која му професија намеће; ово је, међутим, концепт који се у пракси редовно демантује када су комерцијални интереси у питању.

И послови у погледу рада извођача, који су Инжењеру поверени Општим условима *FIDIC*, у одређеним деловима могу се сматрати неуобичајеним са становишта уговорне праксе у Србији која је заснована на ПУ и одредбама ЗОО. Тако је Инжењер према овим Условима овлашћен да контролише рад извођача у свим аспектима (контрола квалитета радова, уграђеног материјала, инсталација и опреме, придржавање рокова и уговорене динамике радова, поступања по мерама заштите на градилишту, придржавања мера заштите трећих лица, итд.). Инжењер је овлашћен и да се меша у пословне одлуке извођача (одобрава избор подизвођача и проверава плаћања које им извођач врши, одобрава именовање руководиоца радова и др.).

Но, Инжењер има надлежност да према извођачу радова наступа директно у име и за рачун наручиоца (као његов представник односно заступник). Дакле, поред тога што, својим одлукама, „интервенише“ у односе наручиоца и извођача (решава прелиминарно и њихове спорове), Инжењер према извођачу предузима и оне радње које су, по природи ствари, у надлежности самог наручиоца (оверава, на пример, привремене месечне ситуације, издаје потврде о завршеним радовима и др.).

Поред тога, Инжењеру је стављено у делокруг послова и да поступа у ситуацијама које су ван ингеренција и самог наручиоца, односно које

су надлежности инспекцијских и других државних органа или јавних предузећа.

Може се рећи да се цео концепт извршења посла изградње према Општим условима *FIDIC* заснива на положају и овлашћењима Инжењера. Сва сложеност, па и противречности у овом концепту, огледају се у многобројним одредбама ових Улова уговора у којима се разрађује улога Инжењера у пословном подухвату изградње.

У наставку се даје *скраћени преглед одредби* Општих услова *FIDIC* у којима се уређује улога Инжењера и његова овлашћења у погледу извршења посла и односа наручиоца и извођача:

1.1.2.4 – У одредби са наднасловом „Дефиниције” одређује се да Инжењера именује наручилац, те да је то лице које „по уговору делује као Инжењер”.

3.1 – (Наднаслов „Дужности и овлашћења Инжењера”): – Наводи се да Инжењера именује наручилац и да он има особље које треба да се састоји од одговарајућих инжењера и других стручњака да би могао да испуни своје дужности по уговору. – Инжењер има овлашћења која су изричито наведена у уговору или која произилазе из уговора (која се на основу уговора подразумевају). Ако се од Инжењера тражи да за одређену одлуку обезбеди претходну сагласност наручиоца, овај захтев мора бити јасно назначен у посебним условима уговора. – Наручилац мора одмах да обавести извођача ао промени овлашћења Инжењера. – Инжењер нема овлашћење да допуњава уговор односно да мења уговор. – Подразумева се да је сагласност наручиоца (тамо где је потребна) на акте Инжењера увек дата када из околности произилази да он дела за наручиоца, с тим да нема овлашћење да ослободи стране било које обавезе или одговорности по уговору, те да било које „одобрење, провера, потврда, сагласност, испитивање, инспекција, обавештење, предлог, захтев, тест или слична радња Инжењера (укључујући и пропуст да се сагласи)” не ослобађа извођача било које одговорности по уговору, „укључујући одговорност за грешке, пропусте, неслагања и одступања”.

3.3 и 4.1 и 15.1 – (Наднаслови: „Упутства Инжењера”, „Опште обавезе извођача”, „Захтев за отклањање недостатака”): Инжењер може да издаје извођачу упутства и додатне или измењене цртеже неопходне за извршење радова или за отклањање недостатака. Извођач је дужан да радове изводи у складу са уговором и инструкцијама Инжењера. Инжењер налаже извођачу отклањање недостатака на радовима.

3.4 – (Наднаслов: „Одлуке”): Инжењер има право да доноси одлуке о свим питањима која произађу из уговора. Дужан је да се пре одлуке консултује са обе стране и да настоји да оне постигну о тим питањима договор. Инжењер је дужан да обавести стране одговору (ако су га постигле) односно о својој одлуци, а стране су дужне да договор односно одлуку спроведу док не буде испитана по поступку из члана 20 (са наднасловом „Захтеви, спорови, арбитража”).

2.5 и 8.7 – (Наднаслови: „Потраживања наручиоца”, „Накнада штете проузроковане закашњењем”) – Ако сматра да има право према извођачу по уговору за одређена плаћања, наручилац такав захтев доставља извођачу. Захтев може да сачини и Инжењер. О захтеву за плаћање одлучује Инжењер пошто претходно покуша

да се стране договоре о захтеву. Типичан пример плаћања наручиоцу од стране извођача је плаћање унапред договорене накнаде на име штете услед закашњења.

8.4, 13.3 и 20.1 – (Надаслови: „Продужење рока завршетка радова”, „Поступак измене уговора”, „Захтеви”) – Инжењер одлучује у првој фази о захтевима извођача за продужење рока и повећање цене (накнаду трошкова) у случају измењених околности и накнадних радова. те измена у радовима као и у случају свих других околности које утичу на радове.

12.3, 14.1, 14.5, 14.6 и 14.13 – (Надаслови: „Утврђивање вредности”, „Уговорна цена”, „Опрема и материјали намењени за радове”, „Оверавање привремених ситуација”, „Овера окончане ситуације”) – Инжењер утврђује вредност извршених радова (и оверава привремене ситуације) на основу уговорне документације (предмет и прерачун), а када уговором за поједине ставке није предвиђена цена у уговору, прелиминарно одређује цену која се плаћа извођачу. Инжењер оверава и окончану ситуацију извођача.

15.3 – (Надаслов: „Плаћање након раскида”) – Инжењер одређује износе које треба платити извођачу у случају раскида уговора од стране наручиоца.

16.1 – (Надаслов: „Право извођача да обустави радове”) – Извођач има право да у одређеним случајевима, у које спада и пропуст Инжењера да овери привремене ситуације у одређеном року, обустави радове. У случају обуставе радова Инжењер одређује продужење рока и накнаду трошкова које извођачу треба платити.

У многим одредбама Општих услова *FIDIC*, поред набројаних, директно су наведене остале дужности и обавезе и овлашћења Инжењера: – Инжењер даје инструкције извођачу у погледу извођења радова (4.1); – извођач доставља Инжењеру предлог у погледу метода извођења радова (4.1); – извођач доставља Инжењеру пројекат изведеног стања (4.1); – извођач доставља Инжењеру копију средства обезбеђења (гаранције) које даје по уговору (4.2); – Инжењер даје сагласност на именовање извођачевог руководиоца радова (4.3); – Инжењер одобрава подизвођаче извођача који нису наведени у понуди (4.4); – Инжењер даје извођачу коте градилишта (4.7); – Инжењер је овлашћен да прегледа извођачев систем обезбеђења квалитета (4.9); – Инжењер прегледа обавештење извођача у погледу настанка измењених околности и даје извођачу инструкције за поступање (4.12); – Инжењер даје сагласност за одвожење са градилишта кључне опреме извођача, а извођач га обавештава о детаљима ангажоване радне снаге по категоријама и о сваком типу и броју опреме на градилишту (4.17, 6.10); – Инжењер одобрава извештаје извођача о напредовању радова (4.21); – Инжењер даје сагласност на коришћење земљишта поред градилишта за потребе извођења радова (4.23); – Инжењер налаже ангажовање именованих подизвођача и оверава њихове фактуре које подносе извођачу, те прима доказе о плаћањима извршеним од стране извођача именованим подизвођачима (5.1, 5.3, 5.4, 13.5); – Инжењер даје сагласност извођачу за рад ван редовног радног времена (6.5); – извођач обавештава Инжењера о несрећама на послу, а Инжењер одређује документацију коју у погледу заштите на раду мора да води извођач (6.7); – Инжењер може да тражи да извођач удаљи са градилишта сваког свог радника, укључујући и руководиоца радова, ако занемарује прописе о заштити на раду, ако се непрописно понаша и испољава неодговорност у раду, ако је нестручан, ако није пажљив и не поштује уговор (6.9); – Инжењер прегледа, мери и третира сваки део радова пре него што буде, у процесу изградње, „покривен” на-

редним радовима, а извођач је дужан да га о спремности таквих радова за контролу обавести (7.3, 7.4); – Инжењер је овлашћен да одбије сваки рад и опрему ако на основу прегледа установи да материјал и израда нису у складу са уговором, те да наложи отклањање недостатака (7.5, 7.6, 15.1); – Извођач обавештава Инжењера о датуму отпочињања радова (8.1); – извођач доставља Инжењеру на одобрење временски програм радова, а Инжењер контролише спровођење овог програма и налаже израду ревидованих програма (8.3, 8.6); – Инжењер може да наложи извођачу обуставу радова и да одреди продужење рока и накнаду трошкова који су му тиме изазвани (8.8 до 8.12); – Инжењер надгледа спровођење тестова по завршетку радова (9.1 до 9.3); – Инжењер издаје сертификат о преузимању радова по завршетку (10.1 до 10.3); – Инжењер издаје извођачу сертификат о добром завршетку посла (11.9); – Инжењер присуствује мерењу радова које врши извођач, а када се мерење врши на основу градилишне документације, мерење врши сам (12.1); – Инжењер даје налоге за извођење накнадних радова, измене у пројектованим радовима, изузимање радова из предмета посла и одређује накнаду коју у таквим ситуацијама треба платити извођачу (12.4, 13.1, 13.3, 13.6); – Инжењер одређује продужење рока и повећање цене извођачу у случају наступања измењених околности (13.7, 13.8, 20.1); – Инжењер одобрава плаћање тзв. задржаног износа од цене (14.9); – Инжењер одређује продужење рока и повећање цене у случају наступања околности које спадају у ризике наручиоца (17.3, 17.4); – наручилац и извођач достављају Инжењеру полисе осигурања које треба да обезбеде по уговору (18.1); – Инжењеру се доставља обавештење о наступању више силе и он потврђује вредност извршених радова у случају престанка уговора (19.1, 19.2, 19.4, 19.5).

Инжењер има одређене обавезе и овлашћења и на основу одредби уговора у којима се он директно не помиње. Као пример се могу навести одредбе о раскиду уговора од стране наручиоца без пропуста на страни извођача односно без повреде уговора од стране извођача (15.5), те о раскиду уговора од стране извођача у случају пропуста наручиоца или Инжењера (16.2).

Одредбе о учешћу Инжењера у решавању спорова

– Извођач подноси Инжењеру обавештење (*notice*) о захтеву за продужење рока или повећање цене по уговору, описујући околности које су основ за захтев (*claim*). Рок за подношење обавештења је 28 дана од настанка околности (или сазнања за околности). Ако пропусти да достави обавештење у наведеном року, извођач губи право да му захтев буде признат односно право на измену уговора (20.1 став први).

– Извођач је дужан да води евиденцију и да обезбеди документацију и доказе у вези са захтевом, а Инжењер му може наложити да припреми и води одређену документацију у вези са захтевом, те да му дозволи преглед целокупне документације у вези са захтевом (20.1. ст. други).

– Извођач у року од 42 дана од наступања околности (или сазнања за околност) подноси Инжењеру детаљан захтев са свом пратећом документацијом. Инжењер може овај рок, на захтев извођача, продужити. Ако околност која је основ захтева траје, захтев се сматра привременим (*interim claim*) и извођач је дужан да га обнавља сваког месеца, понављајући кумулативни захтев у погледу продужења рока односно повећања цене (20.1. ст. трећи).

– У року од 42 дана од дана подношења детаљног захтева (овај рок може бити продужен на захтев Инжењера који одобри извођач) Инжењер доноси одлуку којом

прихвата или одбија захтев извођача за изменом уговора у погледу рока и цене односно накнаде трошкова (20.1. ст. четврти, 3.5, 8.4 и др.).

– Свака страна, уколико је незадовољна одлуком Инжењера донетом по захтеву извођача, може да изнесе спор на решавање Одбору за решавање спорова (*Dispute Adjudication Board*). Овај Одбор именују стране по посебном поступку (20.2, 20.3), а ОУ садрже и образац уговора који наручилац и извођач закључују са члановима Одбора, те опште услове тог уговора. Пред Одбор се може изнети и свако друго питање које је у вези са одлуком, инструкцијом, мишљењем или сертификатом и проценом Инжењера – дакле, пред Одбор се могу износити и спорна питања која нису везана само за захтев извођача поднет Инжењеру да му се продужи рок или повећа цена услед настанка одређених околности (20.4). Таква питања су, на пример, спор око мерења извршених радова, овере привремених ситуација, ангажовања подизвођача, захтева самог наручиоца да му извођач изврши одређена плаћања и др.

– Арбитража је овлашћена да испита и измени сваки сертификат, инструкцију, мишљење и оцену Инжењера, као и сваку одлуку Одбора за решавање спорова који се тичу арбитражног спора (20.6 ст. други). Инжењер може бити позван као сведок у арбитражном поступку. Страна није у арбитражном поступку ограничена аргументима и доказима које је користила у поступку пред Одбором или које је изнела у изјави да није задовољна одлуком Одбора. Одлука Одбора може бити коришћена као доказ у арбитражном поступку (20.6 ст. трећи).

в) Однос одредби ошћих услова FIDIC о надзору и законских решења

Поређење законских норми о надзору и његовој улози и задацима са одредбама Општих услова FIDIC о пословима и надлежностима Инжењера показује знатно неслагање. Ово се односи како на задатке надзора који се тичу административно-правних обавеза наручиоца у току припреме и изградње објеката, тако и на уговорну страну његових односа са извођачем.

Наиме, из наведеног произилази да, у одређеним аспектима, улога Инжењера превазилази оно што је предвиђено прописима у погледу задатака надзора односно надзорног органа, па „залази” и у овлашћења инспекцијских органа и у надлежности јавних комуналних предузећа.

И „уплитање” Инжењера у односе наручиоца и извођача далеко превазилази оно што је било уобичајено у уговорној пракси и чак, у одређеним ситуацијама, превазилази поимање односа страна из двостраног уговора (иако га је поставио наручилац као једна од страна у послу, Инжењер, како је наведено, „пресуђује” у односима наручиоца и извођача).

Последице оваквог концепта су недопустиво мешање послова и надлежности у извршењу надзора, што је довело и до великих пропуста у изградњи објеката и проблема и у утврђивању одговорности за пропусте.

IV. Закључак

Закључци разматрања правне регулативе у погледу организовања и спровођења надзора над изградњом објеката у Србији су једноставни.

Најпре, може се констатовати да прописима није јасно одређено шта спада у обавезе наручиоца за које је држава заинтересована да их уређује, па, следствено, ни оне од тих обавеза које се спроводе преко надзора, нису јасно опредељене.

Поред тога, одредбе прописа о пословима надзора су преоптерећене и пословима који се не тичу државе, односно које наручилац мора да изврши (преко надзора) да би се осигурао општи интерес; ово доводи до оптерећивања задатака надзора и мешања онога што спада у административно-правне обавезе наручиоца са уговорним дејствима уговора наручиоца са извођачем. Нема потребе да ова друга група права и обавеза наручиоца, која се тиче његових искључиво уговорних односа са извођачем, буде осигуравана преко односа наручиоца са надзором и прописивањем послова и овлашћења надзора и у тој области; материју уговорних односа за које држава није, и не треба да буде, заинтересована треба оставити за аутономно уређивање од стране наручиоца и извођача.

Уговорна пракса, увођењем страних решења, доводи до још већих неспоразума у погледу вршења надзора. Наиме, према *FIDIC*-овим Општим условима уговора о грађењу Инжењеру, који врши надзор, дата су овлашћења која произилазе из административно-правних обавеза наручиоца, али и овлашћења која се тичу уговорних односа наручиоца са извођачем, па чак и овлашћења која, заправо, имају само органи државе (инспекције) и јавна предузећа у одређеним областима. При том, постоји и несклад у одређеним елементима формулација улоге Инжењера са становишта административно-правних обавеза наручиоца; наиме, није увек једноставно у одредбама *FIDIC*-ових Општих услова уговора које уређују положај Инжењера утврдити из којих основа произилазе његова овлашћења (из административно-правних обавеза наручиоца или уговорно-правних односа наручиоца са извођачима).

У таквој законској и уговорној ситуацији, наручилац је тај који мора да води рачуна о начину задовољавања јавног интереса, али и на сврсисходно уређивање целокупних односа са извођачем и другим учесницима грађевинског подухвата. Ово посебно важи за наручиоце из јавног сектора, који располажу буџетским средствима и морају да их троше на најрационалнији начин. У овом погледу, посебно је важно да наручиоци из јавног сектора уреде и односе са надзором, али и да са тим односом ускладе и одредбе уговора о грађењу, посебно у погледу улоге, задатака

и овлашћења надзорног органа. Ако се, при уређивању односа са извођачем, из разних разлога, користе и општи услови уговора развијени у међународној пракси, и те услове треба прилагодити одређењу улоге надзора према домаћим прописима.

Дакле, у крајњој линији, наручиоци, а посебно они који располажу буџетским средствима, одговорни су јавности, и у сваком другом погледу, за пропусте који произађу из неодговарајућег уређивања односа са учесницима грађевинског подухвата, а нарочито за припрему основа за уговарање послова надзора, за избор организације која врши надзор, за само уговарање надзора, те за праћење рада надзорног органа на грађевинском послу; јер, надзорни орган, у делу својих обавеза, испуњава и административно-правне обавезе самог наручиоца односно надзор не наступа самостално, већ врши послове који значе испуњавање прописаних обавеза наручиоца. Пропусти у овом аспекту комплексних односа на изградњи објеката имају, пракса показује, далекосежне рђаве последице на резултате трошења средстава пореских обвезника.

Miroslav Paunović, PhD
Attorney at law in Belgrade

DEFICIENCIES IN LEGAL FRAMEWORK OF CONTROL FUNCTION IN CONSTRUCTION PROCESS

Summary

Overview examines the legal aspects of control function during the construction works. The discrepancies in the legal provisions, framing this important function, are presented. Also, the inadequacies in the contractual solutions framing the role and authority of the controller during the realization of construction contracts are analyzed; in that vein, the use in Serbia of models and general condition of contracts, developed in foreign contractual practice, is scrutinized. In conclusion, the author finds that employers, especially those in public sector, are, among all participants in the construction projects, the most liable for the failures in the organization of control activities causing the serious damages in the undertakings of public interest.

Key words: construction, construction contract, professional control, controller, *FIDIC* general conditions, Engineer

UDK 343.541(049.32)

Др Вељко Делибашић

адвокат из Београда

научни сарадник

„КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ ПОЛНЕ СЛОБОДЕ“

Приказ монографије проф. др Милана Шкулића

Кривична дела против полне слободе, с обзиром на своје основне кривичноправне карактеристике и на огроман друштвени значај њиховог ефикасног сузбијања, увек изазивају велику пажњу, како стручне, тако и лаичке јавности. Иако је у нашој литератури било радова који се одnose на кривична дела против полне слободе, нема довољно оних који ову проблематику обрађују на свеобухватан начин, па је монографијом проф. др Милана Шкулића, са Правног факултета Универзитета у Београду, под називом „Кривична дела против полне слободе“, у издању „Службеног гласника“ из 2019. године, обима 550 страница, пружен одговарајући позитиван допринос овој значајној теми. Ово је посебно важно с обзиром на измене у овој области, које су се у нашем кривичном законодавству нашле после усвајања новела Кривичног законика из 2019. године. Ставови изнети у монографији посебно добијају на значају ако се има у виду чињеница да је аутор уједно и судија Уставног суда Републике Србије. Стога ова монографија представља значајан инстру-

мент у рукама практичара, пре свега судија, тужилаца и адвоката, како оних који су браниоци, тако и оних који су пуномоћници оштећених код ових кривичних дела, али истовремено, представља и значајан теоријски допринос науци кривичног права. Детаљна и свеобухватна анализа законских одредби поткрепљена примерима из праксе, комплетна анализа законских решења, преглед и поређење са решењима других држава, навођење релевантних судских одлука, јасан и занимљив стил писања, само су неке од карактеристика које ову монографију чине вредном пажње.

Иако назив монографије указује на кривична дела прописана у глави XVIII (Кривична дела против полне слободе) Кривичног законика Србије, у њој су обрађена и друга кривична дела која, с обзиром на своју садржину, имају одговарајућу сексуалну компоненту (на пример, злочин против човечности, у чије радње извршења спадају силовање и нека друга сексуална кривична дела), или су на одговарајући начин релевантно повезана са сексуалним инкриминацијама, попут кривичног дела прогањање, сакаћење женског полног органа, принудно закључење брака, па и насиље у породици које, према Породичном закону, може бити и сексуалне природе. Монографија садржи и обимну упоредно-правну анализу кривичних дела против полне слободе, при чему је посебна пажња поклоњена основном кривичном делу те врсте, а то је силовање. Поред тога што је већи део књиге посвећен општим разматрањима у елементарном кривичноправном смислу, тј. нормативно-догматском приступу, поједини делови књиге имају извесну криминолошку оријентацију, уз присуство одређених криминалистичких аспеката. Уз то, урађена је и детаљна историјско-правна анализа ових инкриминација.

Обрађена материја је подељена у једанаест поглавља, од којих је прво посвећено општем разматрању о кривичним делима против полне слободе. У овом делу се између осталог указује на утицај феминистичких ставова на промене савременог кривичног законодавства у погледу сексуалних кривичних дела, могућност изрицања казне хемијске кастрације извршиоцима силовања, формирање јавних регистара осуђених за кривична дела против полне слободе чије су жртве малолетна лица, као и на Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима (тзв. Маријин закон). Такође, детаљно је анализирана проблематика незастаривости кривичног гоњења и извршења кривичне санкције за кривична дела против полне слободе, како у Србији тако и у Сједињеним Америчким Државама, и новеле Кривичног законика Србије из маја

2019. године у сфери кривичних дела против полне слободе (тзв. Тијанин закон).

Друго поглавље је посвећено историјском развоју кривичних дела против полне слободе од решења која су постојала у Вавилону, Асирији и древном Израелу, у античкој Грчкој, Риму и Византији, преко решења која су постојала у средњевековној Србији и Југославији, па све до решења која су постојала пре тренутно важећег Кривичног законика.

Треће поглавље је посвећено кривичним делима против полне слободе у упоредном кривичном законодавству где се посебан акценат ставља на решења која постоје у Немачкој. Поред тога, указано је и на решења која постоје у Аустрији, Француској, Швајцарској и земљама бивше СФРЈ, тј. Црној Гори, Републици Српској, Босни и Херцеговини, Македонији и Словенији. Када је реч о Хрватској, аутор врло детаљно и критички анализира решења којима је Хрватска покушала да испуни обавезе које проистичу из Истанбулске конвенције, што може бити од велике користи нашем законодавцу у будућим реформама, како би се ове обавезе испунила на адекватан начин, а да се не направе грешке које постоје у кривичном законодавству Хрватске. Посебна пажња је посвећена кривичним делима против полне слободе у англосаксонском кривичноправном систему, па се тако прво објашњава *common law* концепција силовања као претеча нормативних концепција кривичних дела против полне слободе, затим немогућност силовања у браку према класичној *common law* кривичноправној концепцији, суштина термина насилно силовање у *common law* кривичном праву и испуњеност општих услова који се односе на *actus reus* и *mens rea* компоненту силовања у *common law* кривичноправном систему. Затим су обрађена решења која постоје у позитивном кривичном законодавству појединих држава *common law* правног система (Енглеска, Велс, Сједињене Америчке Државе), уз указивање на разлике које постоје у појединим државама САД (у Калифорнији, Тексасу и Њујорку). Иначе, аутор, не само у овом делу монографије, већ кроз цео текст књиге, кад год је то потребно или значајно указује на упоредноправна решења појединих питања, поред набројаних, и у другим државама (на пример, у Канади, Белгији, Северној Ирској, Шкотској).

Теоријска подела кривичних дела против полне слободе прописаних у Кривичном законнику Србије и систематика сексуалних инкриминација и са сексуалним кривичним делима повезаних инкриминација, као и основне заједничке нормативне карактеристике кривичних дела против полне слободе у Кривичном законнику Србије дати су у четвртом поглављу. У овом делу су описана и друга сексуална кривична дела, а

изнети су и разлози за новеле кривичног законодавства Србије у сфери кривичних дела против полне слободе.

Централно место у монографији заузима кривично дело силовање које је детаљно анализирано у петом поглављу, док су у шестом делу описана кривична дела против полне слободе чије су радње извршења обљуба или са њом изједначени чин. У овом делу се анализирају кривична дела обљуба над немоћним лицем, обљуба са дететом и обљуба злоупотребом положаја. Кривична дела против полне слободе, чије радње извршења нису обљуба или са њом изједначени чин, под којима се подразумевају кривична дела недозвољене полне радње и полно узнемиравање, обрађени су у седмом поглављу, док је осмо поглавље посвећено кривичним делима која су повезана са проституцијом у која спадају подвођење и омогућавање вршења полног односа, посредовање у вршењу проституције и трговина људима.

Девето поглавље посвећено је кривичним делима против полне слободе чији је *ratio legis* посебна заштита малолетних лица. У овом делу обрађена су кривична дела приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију, затим навођење детета на присуствовање полним радњама и, на крају, искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу.

Кривична дела против полне слободе као облик неких међународних кривичних дела (злочин против човечности и ратни злочини) обрађена су у десетом поглављу, док је једанаесто поглавље посвећено кривичним делима која су у релевантној вези са сексуалним кривичним делима, а то су прогањање, сакаћење женског полног органа, принудно закључење брака и насиље у породици.

Иначе, у целој монографији аутор на адекватан начин употребљава релевантну судску праксу, не устручавајући се да конструктивно критикује неприхватљива решења која се заступају у појединим одлукама наших судова, и обрнуто, да похвали и истакне правилну примену кривичног права од стране судова. Аутор је учинио посебан напор да лепо објасни разлику, односно сличности између раније коришћених термина код кривичних дела против полне слободе (на пример, кривична дела против достојанства личности и морала, противприродни блуд) и термина који се налазе у тренутно важећем законодавству. Посебан значај за судску праксу аутор даје објашњавајући разлику између појединих радњи различитих кривичних дела, односно објашњавајући, на пример, када је реч о кривичном делу силовање, а када о кривичном

делу недозвољене полне радње. Свакако, треба скренути пажњу да се обиље интересантних и значајних информација налази у фуснотама, које омогућавају, оним читаоцима који имају жељу или потребу да ову тему проуче детаљније, то и учине.

С обзиром на очигледну важност обрађене теме и њен значај у кривичноправним оквирима, а посебно с обзиром на низ уочених аномалија садашњих законских решења која се односе на нормативно регулисање кривичних дела против полне слободе, анализом ове теме учињен је како научни допринос, тако и допринос бољем решавању релевантних питања у кривичном законодавству. Оно што се мора рећи на самом крају приказа ове монографије је то да посебан квалитет раду даје стално настојање аутора да проникне чак и у најспорнија и најзамршенија питања која оптерећују свакодневну праксу. Аутор не бежи од тога, већ напротив, сам поставља и претпоставља спорне ситуације и на њих даје веома разложне, аргументоване одговоре и сугестије. Најзад, ту се не завршава допринос који наведени рад даје нашој теорији и пракси. Аутор даје предлоге *de lege ferenda*, тј. онога што би, по његовом мишљењу, могло бити боље решење у законодавству. По правилу, овакве ставове могу излагати само они који располажу великим знањем, инвентивношћу и научном и професионалном храброшћу. Из тих разлога, велико ми је задовољство да саопштим да се у овом случају ради о заиста драгоценом доприносу проучавању једног великог друштвеног проблема и начину реаговања на њега, и да монографију уваженог проф. др Милана Шкулића, без икаквих резерви, најискреније и најдобронамерније препоручујем свима.

Veljko Delibašić, PhD

attorney at law in Belgrade, scientific associate

„CRIMINAL OFFENCES AGAINST SEXUAL FREEDOM“

Review of monograph by professor Milan Škulić, PhD

Summary

In the review the book written by dr Milan Škulić, professor of the Faculty of Law of the University of Belgrade, dedicated to the criminal offences against sexual freedom, is presented. The reviewer highlights the main issues analysed by professor Škulić, and praises his expertise and comprehensive method of presentation of the matter. The commentator recommends the book as valuable contribution to the theory of Criminal Law, and useful tool to the legal practitioners.

UDK 347.79(4)(049.32)
347.79(497.1)(049.32)

Др Радомир Милошевић
адвокат у Београду

„ПОМОРСКО ПРАВО”

Приказ књиге професора емеритуса др Борислава Ивошевића и професора др Часлава Пејовића

У издању „Службеног гласника Републике Србије” и Правног факултета Универзитета Унион у Београду објављена је у септембру 2019. године упоредноправна студија *Поморско право*, као коауторски рад истакнутих стручњака из ове области, професора емеритуса др Борислава Ивошевића, дугогодишњег професора Поморског факултета у Котору, и професора др Часлава Пејовића, редовног професора Правног факултета на Кјошју Универзитету у Јапану.

Књига је конципирана у два основна круга.

Први круг садржи упоредноправни приказ англосаксонског, односно енглеског и америчког права, с једне, и европског (континенталног) права, с друге стране, уз утицај који су ови велики правни системи извршили на поморскоправна законодавства низа других држава.

Други круг садржи приказ ранијег југословенског законодавства, то јест решења која је усвајао Закон о поморској и унутрашњој пловидби из 1977. године (у даљем тексту: „ЗПУП”), као и приказ решења усвојених у поморским законима Словеније, Хрватске, Црне Горе и Србије као самосталних држава.

Савремено поморско право заснива се на међународним конвенцијама које, скоро без изузетка, регулишу целокупну материју поморског права уопште (укључујући Међународно јавно поморско право и право мора) и, посебно, материју коју обрађује ова књига, чији се основни концепти износе у овом приказу.

Аутори су се определили да обраде следећа четири најважнија питања поморског права:

1. брод и пловидба;
2. уговори, превозне исправе и уговорна одговорност;
3. поморске незгоде, вануговорна одговорност и систем општег ограничења одговорности;
4. поморско осигурање.

Наведени правни институти се приказују кроз решења ЗПУП СФРЈ из 1977. године, која се упоређују са релевантним прописима Словеније, Хрватске, Црне Горе и Србије, као и упоредноправни коментар англо-саксонског и европског континенталног права, јер су та два правна система битно утицала на сва поморскоправна законодавства.

Циљ овог приказа је да се скрене пажња на оне правне институте који доприносе бољем разумевању правних послова који се одвијају у данашње време у конкретним животним околностима. Треба констативати да је, престанком Југославије, нестао јединствен и снажан привредни и тржишни простор који је имао јаку подлогу у поморском праву у најширем смислу те речи. Последишно, ова грана права губила је значај и смањивао се део поморског имовинског права, затим право бродоградње, њено финансирање, обезбеђење и сл., па је овај део поморског права у добром делу, бар што се тиче већине држава бивше СФРЈ, остао само бледо слово на папиру.

Чињеница је, међутим, да се више роба и сировина увози него извози у свим поменутих државама, да се међународна продаја врши на паритету *CIF*, те ће ова књига послужити као незаобилазни извор разумевања поморске продаје, почев од улоге робних докумената, као што су теретница у документарном акредитиву и полисе осигурања; поред теретнице, треба напоменути и друге транспортне исправе (директна теретница, исправа мешовитог/мултимодалног превоза, поморски товарни лист и електронска теретница) које се такође обрађују у књизи.

Потребно је скренути пажњу на значај неколико правних питања која се зналачки обрађују у књизи, а која ће пре свега бити од користи поморцима и правницима практичарима из земаља бивше СФРЈ.

Аутори посебну пажњу поклањају субјектима пловидбених активности као што су: власник брода (бродовласник), бродар (оператер брода), *менаџмент* компаније у поморском бродарству (*Ship Management*), поморски агенти, поморска шпедиција и лучки слагачи.

Заштити помораца на бродовима страних застава путем Међународне федерације радника у транспорту (ИТФ) је такође поклоњена пажња у књизи. Треба подсетити да из Хрватске на страним бродовима трговачке морнарице и тзв. крузерима плови око 30.000 помораца, из Србије око 6.000 помораца, Црне Горе 10.000 помораца. Услови рада, права и обавезе помораца утврђују се општим колективним уговором. Због тога је неопходно знати и разумети специфичности осигурања од одговорности у поморству (узајамна осигурања), нарочито за случај: одговорности за смрт, телесне повреде и болест члана посаде. Начин плаћања *pay to be paid* („плати да буде плаћено“) је фундаментално правило Клубова за узајамна осигурања, које се такође мора разумети.

У књизи је на врло детаљно обрађена материја поступка заустављања и извршења на броду – примена Конвенције о заустављању поморских бродова из 1952. године (Бриселска конвенција). Ово је посебно важно за правнике практичаре у заштити интереса њихових клијента путем исходавања привремене мере као средства обезбеђења потраживања.

Брзина промета захтева од пословних субјеката да се што више уговора закључује као формуларни (типски уговори) у поморском бродарству. Аутори су обрадили чартер уговоре на путовање (*Voyage Charter*), затим чартер уговор на време за цео брод (*Time Charter*), уговор о закупу брода, као и посебне начине уговарања чартера, као што су подчартер (*Subcharter*) и сличне врсте уговора.

Како на рекама Србије, пре свега на Дунаву и Сави, пристане током једне године преко 2.000 крузера, књига ће да послужи као користан водич за уговоре о превозу путника и пртљага бродом.

Европска Унија има у плану да финансира вађење потонулих ствари из Дунава у Бердапској клисури, да би Дунав био пловнији и безбеднији, те је у овој књизи обрађено и међународноправно регулисање уклањања олупина, што је ретка прилика да се научна и стручна јавност упозна са овом материјом припремајући се за овај несвакидашњи посао на који се чека више од 70 година.

Аутори су у овој књизи посебно обрадили однос између Међународног јавног поморског права и Привредног имовинског права, Поморског радног права и Процесног поморског права.

Иако се аутори ове студије нису бавили правом унутрашње пловидбе, овај приказ је zgodна прилика да се укаже на однос поморског права и права унутрашње пловидбе Републике Србије. Као што је речено, ЗПУП се примењивао у целости почев од 1978. године. Он се и даље примењује у Србији у оном делу у коме његове одредбе нису престале да важе због тога што су донети ниже наведени закони:

1. Закон о пловидби и лукама на унутрашњим водама 2010, *Службени гласник РС*, бр. 73/2010, 121/2012, 18/2015, 96/2015 – др. закон, 92/2016, 104/2016 – др. закон, 113/2017 – др. закон, 41/2018, 95/2018 – др. закон и 37/2019 – др. закон;
2. Закон о поморској пловидби, *Службени гласник РС*, бр. 87/2011, 104/2013, 18/2015, 113/2017 – др. закон и 83/2018;
3. Закон о државној припадности пловила, *Службени гласник РС*, бр. 10/2013, 18/2015 и 83/2018;
4. Закон о трговачком бродарству, *Службени гласник РС*, бр. 96/2015 и 113/2017 – др. закон.

Важно је истаћи да се после дуго година расправе у праву унутрашње пловидбе уведен институт наутичке грешке, па је уговорним странама остављено да могу уговорити условно ослобађање превозника за штету на терету проузроковану наутичком грешком.

Због брзине којом се усвајају закони и други прописи из ове области долази до њихове неусаглашености, а посебно са пореским и царинским прописима, па све то ствара правну несигурност и изазива потребу великог опреза у практичној примени.

Важно је у овом контексту поменути и следеће међународне конвенције које је Србија ратификовала:

1. Будимпештанска конвенција о уговору о превозу робе на унутрашњим водним путевима, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/2010;
2. Стразбуршка конвенција о ограничењу одговорности у унутрашњој пловидби, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 6/2013;
3. Конвенција о режиму пловидбе на Дунаву, *Сл. листи ФНРЈ*, бр. 8/49.

Из свега горе наведеног књига се може топло препоручити свима онима који се баве поморским правом, те и адвокатима који заступају клијенте у овој материји.

Radomir Milošević, PhD
attorney at law in Belgrade

“MARITIME LAW”

Review of book of professor emeritus Borislav Ivošević, PhD, and professor Časlav Pejović, PhD

The author of review presents the book of Prof. Emeritus Borislav Ivošević, PhD, and Prof. Časlav Pejović, PhD who have decided to write about the most important

issues of Maritime Law as follows: the Ship and the Navigation; Charter Parties, Shipping Documents and Contractual Responsibility; Maritime Accidents, liability in tort and system of general limitation of liability; Marine insurance. Furthermore, the author underlines that this book particularly refers to the relationship between International Public Maritime Law and Commercial Property Law, Maritime Labor Law and Procedural Maritime Law.

Keywords: Maritime Law, ship, contract of carriage by sea, maritime insurance.

UDK 343.53:336.74(082)(049.32)
343.352(082)(049.32)
343.9.02(082)(049.32)

Mr Александар Стевановић

Институт за криминолошка и социолошка истраживања

„ФИНАНСИЈСКИ КРИМИНАЛИТЕТ И КОРУПЦИЈА

Приказ монографије др Јелене Костић, Институт за упоредно право, и мр Александра Стевановића, Институт за криминолошка и социолошка истраживања

І. Општи приказ

У периоду од 18–19. октобра 2019. године, у Вршцу је одржана научна конференција под називом „Финансијски криминалитет и корупција”. Поводом конференције је публикована и истоимена монографија која садржи двадесет и два рада, који су били презентовани на конференцији (монографију су приредили др Јелена Костић са Института за упоредно право и мр Александар Стевановић са Института за криминолошка и социолошка истраживања).

Имајући у виду тему научног скупа, те наслов монографије, аутори су фокус свог истраживања и писања усмерили ка питањима од значаја за разматрање феномена финансијског криминалитета и корупције, са различитих аспеката. Међу учесницима конференције било је стручњака различитих професионалних профила што се и одразило на ширину сагледавања и приступа односној материји. Отуда су многа релевантна питања разматрана са правног, социолошког и финансијско-форензичког аспекта. Нарочито, када је реч о правној призми кроз коју су аутори посматрали корупцију и финансијски криминалитет, ваља напоменути да радови обухватају лепезу институционално-правне анализе, материјално-правне као и процесно-правне анализе, уз чест осврт на поједина отворена питања из законодавне и судске праксе, не само домаћих судова, већ и Европског суда за људска права у Стразбуру.

У првом делу монографије, аутори су писали о кривичноправним аспектима борбе против корупције, злоупотреби службеног положаја као сегменту наведеног аспекта, давању и примању мита, истинама и заблудама о корупцији, злоупотреби службеног положаја, интегритету правосуђа и ризицима настанка корупције, вези између корупције и привредног криминалитета, традиционалним ставовима о организованом криминалитету и корупцији, као и наведеној појави као правном и друштвеном феномену. Како је за лаичко поимање организованог криминалитета, који је често у тесној вези са финансијским криминалитетом, од великог значаја улога медија, аутори у овом зборнику су анализирали и однос медија према наведеној појави, али и научни дискурс који потом утиче на законодавна решења и активности, када је реч о организованом криминалитету.

У другом делу, пажња је усмерена ка радњама које се могу сврстати у финансијски криминалитета и корупцију, а дешавају се у оквиру појединих области као што су прехранбена индустрија, спорт, преваре у осигурању и фингиране аутомобилске несреће, процена вредности непокретности.

II. Приказ појединачних прилога

Дела др Наташе Делић, редовног професора Правног факултета Универзитета у Београду, др Драгана Јовашевића, редовног професора Правног факултета Универзитета у Нишу и мр Николе Вујичића, истраживача на Институту за криминолошка и социолошка истраживања, третирају кривично-правни аспект супротстављања корупцији кроз разматрање материјалних одредби важећег Кривичног законика, посебно дела против службене дужности и привреде, а која улазе у круг тзв. „коруптивних кривичних дела”. Ту је посебан значај, у контексту анализе корупционих односа, дат расправљању појединих, *de lege lata i ferenda* питања у вези са нормирањем кривичног дела злоупотребе службеног положаја као општег кривичног дела корупције, те кривичног дела примања мита и кривичног дела давања мита, за која је дат приказ неколико спорних судских одлука као и приказ феноменолошке димензије кривичних дела кроз званичне казнене статистике.

Омбудсман за људска права Босне и Херцеговине, др Љубинко Митровић и Соња Томашевић, дипломирани правник, у свом коауторском раду нуде приказ основних елемената када је реч о кривичном делу примања и давања мита у Републици Српској. Коауторски рад др Ђорђа Ђорђевића, редовног професора Криминалистичко-полицијског

универзитета у Београду и др Иване Бодрожич, доцента на Криминалистичко–полицијском универзитету у Београду, бави се усклађивањем одредаба домаћег Кривичног законика са међународним документима који забрањују финансирање тероризма, уз осврт на међународни правни механизам, уз указивање на потребу за додатним унапређењем релевантног домаћег законодавног оквира. Коначно, Покрајински заштитник грађана – Омбудсман, др Зоран С. Павловић, се у свом раду, такође бави питањем усклађивања домаћих прописа са међународним актима, али у домену прања новца и процене вредности непокретности и трансакцијама у вези са непокретностима.

Када је реч о кривично процесном сегменту, у радовима аутора др Марине Матић Бошковић, научног сарадника на Институт за криминолошка и социолошка истраживања, и мр Николе Пауновића, приправника у Министарству спољних послова, пажња је посвећена посебним доказним радњама у сузбијању корупције, нарочито улози финансијске истраге у борби против прања новца, али и других коруптивних кривичних дела, с обзиром да се ради о релативно новом „средству истраге” које, захваљујући својој природи, захтева посебна, ванправна знања, а стога и пажљиву имплементацију у систем кривичноправног ислеђивања. Нарочито је, у контексту нових могућности приликом доказивања финансијских и коруптивних кривичних дела, анализирана улога форензичког рачуноводства, са неколико интересантних примера из праксе, и то у светлу сузбијања финансијских превара и управљања ризицима од тих превара. Рад који се бави овим деликатним питањима форензичког доказивања, коауторско је дело др Драгана Цветковића, из Управе криминалистичке полиције – Београд и др Божидара Бановића, редовног професора на Факултету безбедности Универзитета у Београду. Милош Б. Станић, научни сарадник на Институту за упоредно право, у свом раду анализира уставне надлежности државне ревизорске институције, не само у Србији, већ и у Бугарској, Мађарској, Хрватској, Словенији и Северној Македонији. На тај начин, аутор кроз компаративни приступ указује на поједина решења која чине „добру праксу” када се ради о нормирању улоге и положаја ревизорских институција у региону.

Радови др Јована Ђирића, судије Уставног суда Републике Србије, др Божидара Бановића и др Александре Илић, редовног професора, те доцента на Факултету безбедности Универзитета у Београду, др Мине Зиројевић, научног сарадника на Институту за упоредно право, као и др Филипа Мирића, научног сарадника и стручног сарадника Правног факултета Универзитета у Нишу, представљају групу радова који се баве

широм перспективом феномена корупције и финансијског, односно организованог криминалитета. У том смислу, рад судије Ђирића пружа осврт на феномен корупције из једног неконвенционалног угла који одликава њено лице и наличје, а све у циљу покушаја да се одговори на питање – *због чега је корупција толико присутна у друштву, без обзира на друштвени, политички и економски поредак?* У коауторском раду професора Бановића и доценткиње Илић, размотрен је феномен организованог криминалитета као вида социјалног конструкта који данас све више бива формиран путем медија, што даље има импликације не само на његово поимање у општем дискурсу, већ често и на законодавна решења многих држава, што се по правилу негативно одражава на супротстављање организованом криминалитету. Научни сарадник, Мина Зиројевић, у свом раду даје приказ традиционалног схватања како организованог криминалитета, тако и корупције. Упоредна перспектива два појма, њихова генеза кроз различите периоде и друштвено-економске системе је важна као полазна основа за изучавање не само правне или социолошке основе односних феномена, већ и за ваљано креирање анти-коруптивних, али и мера за сузбијање организованог криминалитета. У сличном контексту, али из различитих углова посматрања, научни сарадник, Филип Мирић, објашњава корупцију као друштвени феномен, што у значајној мери утиче и на третирање појма кроз законодавну активност, али и развој судске праксе.

Рад др Наташе Таћевић, генералног секретара Народне банке Србије, осветљава међусобну повезаност економије и политике, а као чест резултат те „симбиозе“ и привредни криминалитет, указујући на његове карактеристике кроз интересантне примере из српске политичке и пословне праксе. У раду је посебно размотрен вид политичке корупције који неминовно води ка стању „заробљене државе“ које је описано и у више правних, али и политиколошких и социолошких публикација.

Поред радова који се према ужој тематици у оквиру главне теме монографије „Финансијски криминалитет и корупција“ могу систематизовати у одређене групе, попут оних у којима су анализиране релевантне материјалноправне или процесноправне одредбе, монографија садржи и неколико радова који не могу на тај начин бити систематизовани у једну целину, будући да анализирају кривична дела која потпадају под финансијски криминалитет и коруптивне односе у оквиру појединачних области, разматрајући односна питања и феномене у оквиру њиховог спецификаума. Тако је рад др Драгана Обрадовића, судије Вишег суда у Ваљеву, посвећен занимљивом питању фингирања саобраћајних несрећа и превара у осигурању. Аутор је пошао од актуелног законског

оквира, указујући на поједине пропусте и нудећи идеје о њиховом превазилажењу, а у раду је користио и обимну судску праксу, те релевантне статистички приказане параметре. Виши научни сарадник на Институту за криминолошка и социолошка истраживања, др Ана Батрићевић, се у свом раду бавила питањем које све више бива актуелизовано, а односи се на финансијски криминалитет и коруптивне радње у вези са прехранбеном индустријом. У раду је пажња посвећена, како теоријском аспекту анализе, тако и разматрању позитивних одредби које регулишу ту материју на међународном, али и националном нивоу. Председник Атлетског савеза Београда, др Дејан Шупут, разматрао је корупцију у спорту као тему која је итекако значајна, имајући у виду да је спорт, поред несумњивог психо-физичког развоја на који позитивно утиче, најжалост постао и полигон за сумњиво пословања, а често и коруптивне односе, од којих не заврше сви као чувене афере које попуњавају новинске наслове, а још мање свој епилог добију пред надлежним судовима.

С обзиром на чињеницу да је стицање противправне имовинске користи основни мотив извршилаца кривичних дела организованог криминала, као и кривичних дела која се могу сматрати финансијским криминалитетом и корупцијом, од кључног значаја за њихову превенцију јесте одузимање имовинске користи стечене извршењем кривичног дела. Управо се тим питањем у свом раду бави др Арбен Муртезић, директор Центра за едукацију судија и тужилаца у Босни и Херцеговини. Аутор је односно питање проматрао кроз призму ЕУ законодавства, али и прихваћених стандарда који би требало да штите зајамчена људска права. Последица неких кривичних дела као што су, примера ради, фискална кривична дела, састоји се у наношењу штете јавним средствима. Због тога је од великог значаја за државу, јединице територијалне аутономије и локалне самоуправе обештећење буџета тј. уплата новчаних средстава на прописани рачун јавних прихода. Научни саветник на Институту за упоредно право, др Наташа Мрвић Петровић, и научни сарадник на Институту за упоредно право, др Јелена Костић, у свом коауторском раду указују на значај улоге финансијских истрага у борби против прања новца који произилази из коруптивних кривичних дела, баве се темом одузимања незаконито стечене имовине у контексту захтева Европске уније и потребе заштите људских права, као и накнадом штете проузроковане извршењем фискалних кривичних дела.

Судија Врховног суда Републике Српске, др Вељко Икановић, бавио се питањем интегритета правосуђа у Републици Српској и то у контексту ризика за настанак корупције. Судија Икановић је анализирао уставне

и законске оквире за рад правосуђа, као и оне одредбе које би требало да штите интегритет правосуђа. Коначно, истраживач на Институту за криминолошка и социолошка истраживања, Мр Александар Стевановић, написао је рад у којем се бавио питањем сукоба интереса са правног становишта, наводећи и коментаришући одредбе у оквиру домаћег законодавства које имају за циљ да превенирају ситуације у којима постоји сукоб интереса. Поред разматрања позитивноправних одредби, аутор у пажњу посвећује и теоријској анализи феномена о којем је у свом раду писао.

III. Приказ домета законодавне активности

Након публикавања прошлогодишње монографије „Финансијски криминалитет”, а чијем је објављивању претходила интензивна законодавна активност у Републици Србији, настављено је са изменама постојећих и усвајањем нових прописа који регулишу област финансијског криминалитета и корупције. Тако је недавно усвојен Закон о лобирању као и Закон о спречавању корупције са чијом ће се применом отпочети за годину дана. У радовима објављеним у овом зборнику анализирају се досадашњи резултати претходних законодавних интервенција и нуде решења за она питања која су остала „отворена” или се постојећи законодавни оквир показао као неефикасан у њиховом регулисању. Монографија настоји да сагледавање проблематике финансијског криминалитета учини потпунијим, а самим тим и да унапреди постојећи ниво знања.

Aleksandar Stevanović, MA

Institute for Criminological and Sociological Researches

„FINANCIAL CRIMINALITY AND CORRUPTION“

Review of monograph edited by Dr Jelena Kostić (Institute for Comparative Law) and Aleksandar Stevanović, MA (Institute for Criminological and Sociological Researches)

Summary

The reviewer presents the Monograph „Financial Criminality and Corruption”, containing 22 papers prepared for the Scientific Conference held in Vršac in October 2019. The author emphasizes that the general approach of all works exposed at the Conference was the examination of issues important for the consideration of phenomenon of financial criminality and corruption. The author also underlines that the participants at the Conference were experts in different fields and with

diverse professional profiles, and that this variety contributed to broad and complex approach to the issues related to the general topic of the Conference. The author, at the end, outlines each of the papers presented at the Conference and contained in the Monograph.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Уређивачки одбор часописа „Бранич” моли своје сараднике да текстове објављивање достављају уважавајући следеће напомене:

1. **Чланак** не би требало да буде дужи од 15 страница, а за **Коментаре** и **Расправе** 10 страница. Страница треба да има 28 редова са око 66 словних знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт *Times New Roman* 12.

2. Текст треба да буде писан на српском језику, ћирилицом, осим страних речи и речи на латинском језику, које се пишу латиницом и курзивом (коса слова, *Italik*).

3. Текст треба да садржи резиме (сажетак) испод наслова, са основним садржајем и резултатима рада, као и кључне речи (не више од 7 речи) на српском језику, а на крају такође резиме на једном од светских језика, са кључним речима на том језику. Резиме на српском и резиме на страном језику не треба да буду дужи од 15 редова.

4. **Наслов рада** пише се на средини, великим словима. **Наслови унутар рада** треба да имају следећи формат:

- 1) *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (на пример, I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 2) *Други ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (на пример: 1, 2, 3., итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 3) *Трећи ниво наслова* – на средини, курзив; нумерација: мало слово азбуке са затвореном заградом (на пример: а), б), в), итд.); прво слово велико, а остала мала.
- 4) *Четврти ниво наслова*: на средини; нумерација: арапски број са затвореном заградом (на пример: 1), 2), 3), итд.); прво слово велико, а остала мала.

Пример:

I Напомене о ...

1. Основне поставке ...

a) Основни појмови ...

1) Терминологија ...

5. Име, презиме, звање и занимање аутора наводе се у левом углу прве странице изнад наслова.

6. Рад се предаје у електронском облику. Уз рад треба доставити поштанску адресу аутора, електронску адресу и телефон за контакт.
7. Уређивачки одбор задржава право да рад прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског језика (односно страног језика на ком је сачињен сажетак рада).
8. Објављени и необјављени радови се не враћају.

9. Правила цитирања:

1) **Књиге** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуални редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Примери:

Марко Марковић, *Право ...*, 2. издање, Београд, 2017, 101.

John Johnson, *Law on ...*, 2nd edition, London, 2016, 101.

Када се цитира књига више аутора, њихова имена и презимена раздвајају се запетом.

Књига коју је неко лице приредило као уредник цитира се тако што се након његовог имена и презимена у загради наводи ознака „уредник”, односно одговарајућа ознака на језику на коме је књига објављена.

Код поновљеног цитата књиге наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме, након чега се додаје број стране.

Пример: М. Марковић, 102.

Када се цитира више књига истог аутора, код поновљеног цитирања наводи се прво слово имена са тачком и презиме, а потом се у загради ставља година издања, те број стране.

Пример: М. Марковић (2010), 202.

2) **Чланци** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив часописа курзивом, број, година издања, број стране:

Примери:

Марко Марковић, „О неким питањима ...”, *Бранич*, бр. 3–4/2013, 69.

John Johnson, „Legal aspects of ...”, *Law Journal of ...*, Vol. 3, 2017, 101.

Када се цитира чланак више аутора, њихова имена и презимена се раздвајају запетом.

Чланак објављен у оквиру зборника радова или књиге, коју је неко друго лице приредило као уредник, цитира се на следећи начин: име и презиме аутора, отворени наводници, назив чланка, затворени наводници, назив зборника радова односно књиге курзивом, у загради ознака „уред-

ник”, „редактор” и сл. (или одговарајућа ознака на страном језику – „editor” и сл.), име и презиме уредника, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране.

Када се цитира један чланак одређеног аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена аутора са тачком и презиме, а потом број стране.

Када се цитира више чланака истог аутора, код поновљеног цитирања се наводи прво слово имена са тачком, презиме, потом се у заграду ставља година издања, те број стране.

3) **Прописи** се цитирају на следећи начин: пун назив прописа, гласило у коме је пропис објављен курзивом, број гласила и година објављивања, скраћеница „чл.”, „ст.”, „тач.” и број одредбе.

Пример:

Закон о ..., *Службени гласник РС*, бр. 11/2017, 10/2018, чл. 15 ст. 2

Ако ће наведени пропис бити поново цитиран у раду, приликом првог цитирања се, после назива прописа, наводи скраћеница под којом ће се он даље наводити.

Пример:

Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, ...

Члан, став и тачка прописа означавају се скраћеницама: „чл.”, „ст.”, „тач.”, а параграф скраћеницом „пар.”.

Прописи на страном језику цитирају се на следећи начин: пун назив прописа преведен на српски језик, година доношења односно објављивања, отворена заграда, пун назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којим ће се пропис даље наводити, затворена заграда, скраћеница „чл.”, „ст.”, „тач.” или „пар.” и број одредбе.

4) **Извори са Интернета** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора односно организације која је припремила, назив текста, евентуално место и година објављивања, адреса Интернет странице курзивом, датум приступа страници, те број стране.

Приликом поновљеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутора односно назив организација која је припремила текст, назив текста и број стране.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.9

БРАНИЧ : часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије =
Branich : Journal of Legal Theory and Practice of the Bar Association of Serbia /
главни и одговорни уредник Мирослав Пауновић. – Н.с., год. 1, бр. 1 (јан.–
март 1991)– . – Београд : Адвокатска комора Србије, 1991– (Београд :
Службени гласник). – 24 cm

Тромесечно.

ISSN 0353-9644 = Бранич (1991)

COBISS.SR-ID 20883970
