

ISSN 0353-9644



БРАНИЧ

Часопис за правну теорију и праксу
Адвокатске коморе Србије

Година СXXXVII • Нова серија

Број 4/2024

Београд

2024

Власник и издавач:
АДВОКАТСКА КОМОРА СРБИЈЕ
11000 Београд, Дечанска бр. 13/II
Телефон: +381 11/32 39 875

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

———— * —————

др Јована ВЕЛИЧКОВИЋ, адвокатица у Београду
Оливер Б. ИЊАЦ, адвокат у Нишу
Тијана КОСТИЋ, адвокатица у Београду
Владимир П. МИЉЕВИЋ, адвокат у Београду
проф. др Наташа ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Београду
проф. др МИЛАН ШКУЛИЋ, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Београду

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.aks.org.rs; e-mail: a.k.srbije@gmail.com

БРАНИЧ излази тромесечно.

Електронска адреса часописа *Бранич*: <https://aks.org.rs/cir/branic/>

Штампано у 1100 примерака
Штампа Службени гласник, Београд

Овај број *Бранича* припремљен је за штампу у јануару 2025. године.



Stamp
Bar Association of Serbia

BRANIČ

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

Year CXXXVII • New series

Number 4/2024

Belgrade

2024

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

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

— * —

dr Miroslav PAUNOVIĆ

Attorney at law

Editorial Board:

— * —

dr Jovana VELIČKOVIĆ, attorney at law in Belgrade, Oliver B. INJAC, attorney at
law in Niš, Tijana KOSTIĆ, attorney at law in Belgrade, Vladimir P. MILJEVIĆ,
attorney at law in Belgrade, prof. dr Nataša PETROVIĆ TOMIĆ, full professor at the
Faculty of Law, University of Belgrade, prof. dr Milan ŠKULIĆ, full professor at the
Faculty of Law, University of Belgrade

Prepress: Dušan Ćasić

Address of the Editor

— * —

ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE

11000 Beograd, Dečanska 13/II – Tel.: +381 11/32 39 875 – Fax: 32 37 082

www.aks.org.rs; e-mail: a.k.srbije@gmail.com

Branič is published quarterly. Manuscripts are withheld.

Contributions to the journal are not paid.

Subscription: **ADVOKATSKA KOMORA SRBIJE** – 11000 Beograd, Dečanska 13/II,

Circulation: 1100 copies

Printed by Službeni glasnik, Belgrade

САДРЖАЈ

Увод	9
------------	---

ЧЛАНЦИ

<i>Јуџослав Тинџор</i> „У сумњи – да нико крив не буде ослобођен” – проблематични предлози за измену ЗКП	11
--	----

<i>Др Ђорђе Сараџа</i> Право на делотворан правни лек	36
--	----

<i>Др Јована Величковић</i> Независност судије vs право на правично суђење: пример судске праксе из области решавања радних спорова поводом института вишка запослених	52
---	----

<i>Владимир П. Миљевић</i> Одобравање, негирање постојања или умађење тежине кривичног дела	81
---	----

<i>Лука С. Ђорђевић, Снежана Селаковић, Андреа Танкосић</i> Пројекат „Јадар” у правном поретку Републике Србије – оцена законитости и уставности	89
--	----

<i>Валентиџина Сџанковић</i> Увођење алиментационог фонда у правни систем Републике Србије и анализа иностране праксе	110
---	-----

<i>Тамара Миловановић</i> Законито пресретање комуникације	123
---	-----

КОМЕНТАРИ, РАСПРАВЕ, ИСТРАЖИВАЊА

<i>Др Мирослав Пауновић</i> О одговорности наручилаца у пословима изградње	155
---	-----

ПРИКАЗИ*Др Арсен Јаневски*

„Коментар Закона о парничном поступку” – приказ Коментара
проф. др Гордане Станковић 175

Др Младен Јеличић

„Коментар Закона о прекршајима” – приказ Коментара
проф. др Бранислава Ристивојевића и др Ивана Милића 184

Тихомир Хрњак, Др Мирослав Пауновић

Нуклеарно право и правни оквири коришћења нуклеарне
енергије – приказ курса Међународне агенције за атомску
енергију на Правном факултету Универзитета у Београду 187

Владимир П. Миљевић

Потреба општих мера противу надриписарства – представљање
чланка из „Бранича” број 12/1934. (репринт) 192

TABLE OF CONTENTS

Introduction	9
--------------------	---

ARTICLES*Jugoslav Tintor*

“In Doubt – Let no Guilty Person be Acquitted” – Problematic Proposals for Amendments to the Law on Criminal Procedure	11
--	----

Đorđe Sarapa, PhD

The Right to an Effective Remedy	36
--	----

Jovana Veličković, PhD

Judicial Independence vs Right to a Fair Trial: an Example of Judicial Practice in the Field of Resolving Labor Disputes Regarding the Institute of Redundancy	52
--	----

Vladimir P. Miljević

Public Approval, Denial or Significant Minimization of the Severity of a Criminal Offense	81
---	----

Luka S. Đorđević, Snežana Selaković, Andrea Tankosić

The „Jadar” Project in the Legal Order of the Republic of Serbia – Assesment of Legality and Constitutionality	89
--	----

Valentina Stanković

Introduction of an Alimony Fund into the Legal System of the Republic of Serbia and Analysis of International Practice	110
--	-----

Tamara Milovanović

Legal Interception of Communication	123
---	-----

COMMENTARIES, DISCUSSIONS, RESEARCHES*Miroslav Paunović, PhD*

Liability of the Employers in the Construcion Projects	155
--	-----

REVIEWS

Arsen Janevski, PhD

Review of „Commentary of Law on Civil Procedure” by Gordana Stanković, PhD 175

Mladen Jeličić, PhD

Review of „Commentary of Law of Administrative Offences” by professor Branislav Ristivojević, PhD, and Ivan Milić, PhD 184

Tihomir Hrnjak, Miroslav Paunović, PhD

Nuclear Law and Legal Framework for Use of Nuclear Energy – Review of Conference at Faculty of Law of University of Belgrade organized by International Atomic Energy Agency 187

Vladimir P. Miljević

The Need of General Measures against Unlicensed Practice of Law – presentation of article from „Branich” no. 12, 1934 (reprint) 192

УВОД

Поштоване колегинице и колеге,

I.

Догађаји у друштву намећу теме сарадницима „Бранича”. Ово се посебно односи на она збивања за која су адвокати, према свом професионалном опредељењу и свом друштвеном ангажману, посебно заинтересовани.

У овом последњем броју у 2024. години из пера (или из компјутера) колега можете прочитати критичке прилоге који се баве предложеним изменама Законика о кривичном поступку и Кривичног законика, анализом прописа у области рударства, геолошких истраживања и заштите животне средине као правног оквира за пројекте експлоатације минералних сировина у Србији, као и приказом законских одредби о одговорности учесника изградње објеката.

И чланак о развоју информационих технологија у прикупљању доказа у кривичном поступку, те утицају на досегнути ниво људских права је на страницама часописа (и обрађује такође актуелну тему). У ту категорију спада и прилог о праву на делотворни правни лек који пореди српске прописе са међународним стандардима у овој области.

Теме из области породичног права (о увођењу алиментационог фонда у право Србије), те из домена радног права (недоследности у судској пракси у радним споровима поводом решавања вишка запослених) такође су у жижи интересовања адвоката и није чудо да су сарадници и о њима писали.

На добар пријем су наишли репринти чланака из вишедеценијског живота „Бранича” у претходним бројевима, па се и у овом броју налази прилог још из 1934. године који обрађује тему надриписарства. У коментару овог старог прилога, као и у пропратним текстовима уз оне објављене у ранији бројевима, јасно произилази да неке адвокатске теме не губе на актуелности чак ни после сто година.

II.

Подсећамо Вас да се, по одлуци Управног одбора Адвокатске коморе Србије, „Бранич” од последња два прошлогодишња броја штампа у знатно смањеном броју примерака.

„Бранич” је доступан и на посебном „сајту” Адвокатске коморе Србије, у PDF формату који омогућава једноставно претраживање.

Часопис ће се поштом слати институцијама којима се и до сада достављао (библиотеке, правни факултети, регионалне адвокатске коморе), као и члановима органа Адвокатске коморе, те сарадницима часописа. Колегиницама и колегама који то затраже часопис ће и даље бити слат на адресе адвокатских канцеларија.

Децембар 2024. године

Уређивачки одбор

Датум пријема рада: 19. новембар 2024.

Датум прихватања рада: 4. децембар 2024.

ТИП РАДА: СТРУЧНА КРИТИКА

УДК 343.14(497.11)

Јуџослав Тинџор

адвокат у Београду*

„У СУМЊИ – ДА НИКО КРИВ НЕ БУДЕ ОСЛОБОЂЕН” – ПРОБЛЕМАТИЧНИ ПРЕДЛОЗИ ЗА ИЗМЕНУ ЗКП –

Сажетак:

У чланку се критички, из перспективе права на правично суђење и циља кривичног поступка, анализирају најављене измене у Законнику о кривичном поступку. Износи се да предлози одударају од основних принципа поступка – да нико невин не буде осуђен и да у сумњи суд мора одлучити у корист окривљеног. Аутор сматра да предлагачи измена задиру у темеље Закона засноване на начелима демократског друштва којима се постиже да људска права и слободе у кривичном поступку буду ваљано заштићена. Аутор, на основу предложених решења, сматра да се може поставити питање да ли је, у циљу задовољења правде, из перспективе суда важније да нико невин не буде осуђен или да нико крив не буде ослобођен. Поред навођења аргумената за изнегу констатацију да су измене и допуне Закона, са становишта адвокатуре и заштите права на правично суђење, потпуно неприхватљиве, аутор даје и предлоге за отклањање

* Електронска адреса аутора је: adv.tintor@yahoo.com

Аутор је члан Управног одбора Адвокатске коморе Србије

спорних решења – да би се обезбедило да адвокати могу да штите процесна права и пруже делотворну одбрану својим брањеницима.

Кључне речи: Законик о кривичном поступку, кривични поступак, људска права и слободе, процесна права, окривљени, делотворна одбрана

I. Увод

Одредбом члана 1 Законика о кривичном поступку (ЗКП) прописано је да тај „законик ушврђује правила чији је циљ да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законитог и правично спроведеног поступка”. Дакле, циљ поступка је да нико невин не буде осуђен, при чему овај императив законодавац претпоставља чак и изрицању кривичне санкције учиниоцу кривичног дела. То значи да је значајније да нико невин не буде осуђен, чак и по цену да неко крив буде ослобођен. Управо тај „неправедно ослобођени” је цена коју плаћа демократско друштво да би људска права и слободе појединца у кривичном поступку била ваљано заштићена. То је цена да би поступак могао бити спроведен и законито и правично. Ефикасност нико не помиње. Код оваквог стања ствари, поставља се питање – да ли би законодавац могао изменити члан 1 ЗКП и прописати да је циљ поступка „да нико крив не буде ослобођен”? Свакако да би могао, јер је Народна скупштина суверена да уреди кривични поступак; али, то даље отвара питање – како би судови примењивали остале одредбе ЗКП руковођени овако измењеним циљем? Поред тога, намеће се питање – да ли слободна судска оцена доказа обезбеђује реализацију управо оваквог циља – који није прописан законом односно да ли је, у циљу задовољења правде, из перспективе суда важније да нико невин не буде осуђен или да нико крив не буде ослобођен тј. на који начин судска пракса у Србији „премошћава ситуације” у којима је правду потребно „мало погурати” и помоћи јој да буде задовољена?

Наиме, кључно је питање како поступати „у сумњи” – да ли у корист окривљеног (као што је јасно прописано једним од фундаменталних принципа поступка) или „у корист правде” (као што врло често поступају судови у Србији са образложењем да нису могли допустити да кривац прође некажњено)? Ово је највећа дилема у функционисању правосуђа код које уочавамо јасну разлику између законитости и правичности које прописује закон, на једној страни, и ефикасности и оправданости које намеће пракса, на другој страни. Нажалост, када посматрамо нашу судску праксу стиче се утисак да је слободна судска оцена доказа превише често у функцији обезбеђења жељеног тока или очекиваног исхода по-

ступка – у ситуацијама када би конзистентан приступ и доследна примена основних принципа кривичног поступка морали резултирати ослобађањем од оптужбе или укидањем притвора.

У овом раду се бавим Нацртом закона о изменама и допунама ЗКП тако што предложене измене анализирам из перспективе права на правично суђење и циља поступка онако како је дефинисан у члану 1 – „*га нико невин не буде осуђен*”, уз поштовање основних принципа – да је терет доказивања оптужбе на тужиоцу и да у сумњи суд мора одлучити у корист окривљеног. На основу анализе, стичем утисак да се предложеним изменама задире у „срце Законика” и да се „окрећу наопачке” темељи на којима Законик почива, укључујући и правило о терету доказивања и поступање у сумњи – у духу претпоставке невиности. Једном речју, стиче се утисак да је, поред предложених измена, предлагач закона требало да предложи и промену члана 1 ЗКП, па да пропише да је „*циљ законика [је] да нико крив не буде ослобођен*”. Тада би предложене измене биле у потпуном складу са овако задатим, а у односу на постојећи текст, измењеним циљем. Једино што нико не може замислити – како би изгледало бити окривљени у поступку у којем „немаш никакву шансу”? Окривљени би морао доказивати да је невин, јер се полази од претпоставке да је крив, а суд би, и када није сигуран, пресуђивао да је окривљени крив, јер иако постоји сумња – уводи се начело да кривац не сме избећи казну. Тада је неко заиста „угасио светло”.

II. Спорне и неприхватљиве предложене измене ЗКП

У наставку овог рада изложићу само неке предлоге за измену и допуну ЗКП које су, из перспективе адвокатуре и са становишта права на правично суђење, спорне и потпуно неприхватљиве, уз навођење аргументације против предложених измена и давање могућег решења.

1. Неприхватљиве измене члана 16

а) Брисање дела одредбе члана 16 став 1

Сматрам да је неприхватљиво брисање дела одредбе члана 16 став 1 ЗКП који налаже да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су „у супротности са Уставом, ЗКП, другим законима, општеприхваћеним правилима међународног права или потврђеним међународним уговорима”.

Предложеном изменом члана 16 ЗКП брише се фундаментално правило кривичног поступка које прописује да је незаконит сваки доказ који је „у суiproшности са Уставом и законом”. Ново решење садржи дефиницију „незаконитих доказа” према којој би незаконити били само докази који су прибављени повредом правила поступка које су изричито предвиђене у ЗКП. Дакле, само у случајевима у којим ЗКП изричито прописује да се судска одлука не може заснивати на доказу који је прибављен повредом неке одредбе ЗКП – тај доказ ће бити сматран незаконитим. Међутим, проблем је што ЗКП ово изричито прописује само у пет случајева: – саслушање окривљеног уз примену силе/претње, без поуке о правима или без браниоца, – спровођење вештачења без наредбе, – спровођење претреса без наредбе или без сведока када су обавезни, – узимање узорака за генетичке анализе без наредбе, – узимање снимака на начин противан закону. А *contrario*, сви други докази који нису прописани као изричито незаконити, а код чијег прибављања су повређене одредбе ЗКП, биће законити.

На овај начин демолира се појам незаконитог доказа, јер више не постоји општа норма која прописује да је доказ који је прибављен повредом правила кривичног поступка незаконит. Дакле, успоставља се „компромис са незаконитошћу” и толеранција свих других повреда правила поступка код осталих доказних радњи, што ће у пракси генерисати „правни хаос”.

Доказ који је прибављен противно закону мора бити незаконит, а кроз одредбе ЗКП које уређују апсолутно битне и релативно битне повреде одредби кривичног поступка треба оцењивати колико је неки незаконит доказ био од утицаја на пресуђење. Пет наведених случајева незаконитих доказа – код којих ЗКП прописује да се на њима не може засновати судска одлука, могле би остати апсолутно битне повреде правила поступка, док би све друге повреде правила поступка морале бити релативно битне повреде правила поступка.

Из наведених разлога, предлажем у вези са наведеном изменом ЗКП следеће:

1. да се у члан 16а став 1 реч „незаконити” замени речима „у суiproшности са Уставом, овим закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима”;

2. да се члан 16а став 2 брише.

Образложење за овај предлог је следеће: Предлогом измена ЗКП превише се сужава поље незаконитих доказа и отварају врата да се као доказ изводи материјал прибављен противно одредбама ЗКП.

б) Измене члана 16 став 1

Члан 16 став 1 ЗКП је до сада гласио: „Судске одлуке се не моју заснивати на доказима који су, нејасно или јасно, сами по себи или према начину прибављања, у сујасности са Уставом, овим Законом, другим законом или оштрихваћеним правилима међународној права и потврђеним међународним уговорима”.

Предложеним изменама уводи се члан 16а који прописује дефиницију незаконитих доказа и који гласи:

„Судске одлуке се не моју заснивати на доказима који су, нејасно или јасно, сами по себи или према начину прибављања незаконити.

Незаконити докази су:

- 1) докази који су прибављени кршењем одредбе члана 9 Закона, и
- 2) они који су прибављени повредом одредаба кривичној потшуйка које су изричито предвиђене овим Законом”.

Члан 9 ЗКП забрањује мучење, нечовечно и понижавајуће поступање, силу, претњу, принуду, обману, медицинске захвате и друга средства којим се утиче на слободу воље или изнуђује признање или нека друга изјава или радња од окривљеног или другог учесника у поступку.

Како члан 93 КП садржи изричиту забрану, сваки поступак супротан забрани је аутоматски незаконит, тако да остаје нејасно – због чега је било потребно ово изричито прописивати?

Такође, незаконити су и сви докази прибављени повредом одредаба кривичног поступка, тако да остаје нејасно – због чега је било потребно ово изричито прописивати и то у виду дефиниције незаконитих доказа која више не садржи забрану да се судске одлуке заснују на доказима који су „у сујасности са Уставом, Законом о кривичном потшуйку, другим законима, оштрихваћеним правилима међународној права и међународним уговорима”?

Дакле, предложеном изменом се актуелни концепт незаконитог доказа драстично сужава и то не на оне доказе који су „сами по себи или према начину прибављања у сујасности са неком одредбом ЗКП”, већ само на доказе за које је у ЗКП изричито прописано да се „на доказу који је прибављен повредом неке одредбе не може засновати судска одлука”.

Да је управо ово *ratio legis* предложених измена несумњиво произилази из Образложења нацрта у ком се наводи да су у вези са изменом члана 16 ЗКП „извршене инштервенције одредаба којима се рејулишу појединачне доказне радње, док је процесна потследица заснивања судске одлуке на незаконитим доказима – ајсолутивно битна повреда кривичној потшуйка” (подвлачење годашо).

У складу са Образложењем нацрта „интервенције у односу на поједине доказне радње” извршене су на четири места. Наиме, одредбама чланова 58, 65, 67 и 71 Нацрта закона изричито је прописано да се „судска одлука не може заснивати” на налазу и мишљењу вештака, тонском/оптичком снимку, узорцима форензичко/генетичка анализе, записнику о претресу. Међутим, и ове интервенције урађене су само делимично тако да није незаконита доказна радња код које су повређене одредбе ЗКП које уређују начин извођења те доказне радње.

Код вештачења и узимања узорка, изричито је прописано да је овај доказ незаконит само у случају када није донета наредба, а то је у пракси врло редак случај. Што се тиче претреса, формулација незаконитости је нешто шира јер обухвата и претрес без предаје наредбе или без присуства сведока. Међутим, нису предвиђене измене члана 158 и члана 159 ЗКП који прилично широко уређују претрес без наредбе, посебно у случају када се то чини ради непосредног хапшења учиниоца кривичног дела, што би се могло представити у сваком случају када је потребно.

Једина исправна/тачна формулација постоји код тонских и оптичких снимака и она гласи: „судска одлука се не може заснивати на исправама из овог члана ако су настале или су прибављене суипротивно одредбама овог законика или грубог закона”. Оваква одредба би морала постојати код сваке доказне радње – ако се истински жели уредити незаконитост доказа на начин који је потпун и конзистентан. Само у том случају повреда одредби ЗКП које уређују прибављање неког доказа подразумева да је прибављен доказ незаконит и да се на њему не може засновати судска одлука. У супротном, селективним нормирањем у односу на поједине доказне радње и парцијално – само у односу на случај кад нема наредбе – широм се отварају врата за „толеранцију незаконитости” и за „градацију незаконитости” која је у дубокој колизији са правничким разумевањем незаконитости на овим просторима.

А *contrario* сви докази који сами по себи или према начину прибављања представљају повреде одредаба ЗКП, али нису експлицитно прописани као незаконити у самом ЗКП, представљаће допуштене доказе, исто као и докази прибављени повредом других закона.

Уколико је ово стварни *ratio legis* уклањања темељне одредбе члана 16 став 1 ЗКП, која је на јасан и потпун начин уређивала питање незаконитости доказа (прибављени противно Уставу, ЗКП, другом закону или правилима међународног права), онда време које долази намеће следећа питања:

1. Да ли је незаконито саслушање окривљеног у истрази у којем га јавни тужилац унакрсно испитује од почетка до краја – постављањем недозвољених питања, кршењем члана 86 ЗКП?

2. Да ли је незаконито препознавање без нуђења алтернативних опција, кршењем члана 90 ЗКП?

3. Да ли је незаконито испитивање сведока који је искључен од дужности сведочења или сведока који је ослобођен дужности сведочења или испитивање извршено без упозорења да није дужан да одговори на поједина питања или унакрсно испитивање сведока у истрази?

4. Да ли је незаконито вештачење које је извршио вештак који је морао бити изузет или без икаквог достављања наредбе и обавештавања окривљеног, браниоца и стручног саветника?

5. Да ли је незаконит претрес коме није присуствовао бранилац, а позван је и дошао у року или претрес адвокатске канцеларије коме не присуствује представник коморе, и ако је дошао да би присуствовао претресу?

6. Да ли је незаконито коришћење материјала добијеног посебним истражним радњама и након протеча периода у ком су одређене или по протеку рока од 6 месеци од упознавања?

7. Да ли је незаконито тајно праћење/снимање које није извршила полиција, БИА или ВБА?

Сви наведени случајеви представљају повреде одредби ЗКП које уређују доказне радње, али према предлогу измена ЗКП неће бити изричито прописано да се судске одлуке не могу заснивати на таквим доказним радњама. Самим тим, суд неће ни бити у могућности да оцењује да ли је код прибављања доказа повређена нека одредба ЗКП у контексту компромитације законитости, јер то неће бити релевантно – пошто ће се само утврђивати оно што је изричито прописано као основ незаконитости тј. постојање наредбе код вештачења или присуство сведока код претреса. Све друго ће се сматрати повредом ЗКП која је без икакве процесне последице, јер не може довести до издвајања доказа пошто није незаконит.

Што се тиче доказа који су у супротности са Уставом и опште-прихваћеним правилима међународног права – на њих неће бити могуће указивати у првостепеним поступцима (јер нису изричито прописани), већ само у поступцима поводом правних лекова, уколико нека од тих повреда буде утврђена одлуком Уставног суда или Европског суда за људска права. Тиме се проблематика незаконитих доказа значајно поједностављује и сужава на доказе прибављене силом, претњом и

мучењем и на доказе који су ЗКП изричито прописани као незаконити (у случају вештачења, ДНК узорка, тонских/оптичких снимака и претреса).

Све повреде на главном претресу могу се подвести под релативно битне повреде одредби ЗКП и могу бити отклоњене у жалбеном поступку, али не и повреде у прибављању доказа.

Када суд изведе као доказ записник о препознавању које је извршено противно члану 90 ЗКП, он не чини никакву релативно битну повреду кривичног поступка, јер овај доказ ЗКП нигде не предвиђа као незаконит доказ на којем се не може засновати судска одлука.

Одредба члана 438 став 2 ЗКП санкционише повреде поступка приликом извођења незаконитих доказа, али да би те повреде било, доказ претходно мора бити незаконит, што уређује члан 16.

На овај начин се оставља простор да суд прихвати као допуштене све доказе који ЗКП није експлицитно определио као незаконите. Тиме је остављена могућност да се изменама процесних правила оствари пресудни утицај на исход поступака који су у току, у којим једини/одлучујући доказ представљају материјали прибављени преко тзв. „SKY” платформе које је Република Француска доставила Србији путем међународне помоћи.

Питање допуштености коришћења ових материјала у поступцима у Србији представља контроверзно процесно питање на које српско правосуђе још увек није дало свој одговор. Као највећа процесна препрека за прихватање овог материјала фигурира члан 16 ЗКП којим је успостављен јасан стандард законитости код оцене допуштености доказа.

Предложеним изменама се достигнути стандард урушава у суштинском смислу, чиме се оставља простор за процесну конвалидацију уочених дефицита „SKY” материјала, када је реч о природи ових материјала и начину њиховог прибављања. Да ли ће то бити могуће „извести” у поступцима који су у току, зависиће од прелазних и завршних одредби, али је извесно да принцип временског важења закона важи искључиво за кривично материјално право, као и да би се завршне одредбе могле различито тумачити у случају поновљеног поступка – пред измењеним председником већа или након укидања првостепене пресуде.

У сваком случају „нови концепт законитости” примењиваће се на све нове поступка чиме се „широм отварају врата” за велику количину „SKY” материјала којом располажу безбедносне структуре страних земаља, тако што их селективно и парцијално достављају најпре истраживачким порталима ради објављивања у зависности од актуелних по-

треба, а затим и полицијским органима ради оперативне обраде и иницирања кривичних поступака.

Ако би се прихватила тврдња да комуникација може бити исправа и релативизовала заштита тајности комуникације која је гарантована у члану 41 Устава РС, отворила би се врата страним безбедносним службама да прате и снимају комуникацију неодређеног броја грађана Србије без сазнања српских правосудних органа и да добијене материјале (комуникацију) похрањују у својим датотекама и користе је селективно (по потреби) као исправе за иницирање кривичних поступака против било ког грађанина Србије.

Оне би, самим достављањем делова ових материјала, чију веродостојност и потпуност није могуће проверити, могле детерминисати покретање и вођење, а често и исходе кривичних поступака против било ког грађанина Србије. На овај начин би се обесмислио и поступак доказивања и судска оцена доказа, јер би се вршила на основу селективног и парцијалног доказног материјала који је учињен доступним за суђење, пошто је неко изван поступка одлучио шта у конкретном случају хоће, али и шта неће доставити као доказ у поступку.

Још већа штета настајаће на терену друштвеног и политичког живота у Србији јер је уцењивачки капацитет „оног” ко располаже овим материјалима у ситуацији када су допуштен доказ – несагледив. Чак и само стављање у изглед могућег обелодањивања ових материјала свакако ће одлучујуће утицати на економске и политичке токове у случају свих оних лица у односу на које поступци никада неће ни бити иницирани.

Зато је питање допуштености „SKY” материјала питање слободе свих нас, а Пандорина кутија коју отвара предложена измена члана 16 посредно девалвира и сувереност Републике Србије да, одлукама судова на својој територији, уређује односе између својих грађана.

Имајући у виду све наведено указујем да законодавац потенцијално интервенише у циљу доказивања оптужбе у поступцима који су у току, што представља опасан преседан јер обесмишљава начело поделе власти у демократском друштву и дугорочно компромитује правну сигурност грађана Србије. Закони не могу да се доносе или мењају како би се нека законска решења прилагодила потреби доказивања оптужбе у поступцима који су у току.

Такође је спорна релативизација принципа законитости. Верујем да на овим просторима није било могуће уверити судије да неки доказ може бити мало више или мало мање законит или да незаконит доказ може представљати само олакшавајућу околност у случају када је не-

опходност санкционисања тешког злочина претежнија од стриктног поштовања закона. Због тога се прибегло решењу које овај проблем отклања на наводно законит начин – изменом закона, при чему се изменама јасно и прецизно дефинише шта је то незаконит доказ, а шта не. Сада се очекује да судије ово прихвате као закон по ком су дужни да суде и да се тако изборе са својом професионалном савешћу и правничким схватањима о законитости доказивања кривице које је стицано на истом правном факултету на коме су их стицали и адвокати.

2. Измене члана 15 став 4

Неприхватљива је предложена измена члана 15 став 4 ЗКП која проширује право суда да интервенише у доказни поступак и успоставља дужност суда да утврђује тзв. „материјалну истину” – на главном претресу.

Из досадашње судске праксе произилази да судови не уочавају разлику између корективне и креативне улоге приликом интервенције суда у доказном поступку. До сада је законско решење подразумевало корективну улогу суда, а ново решење „широм отвара врата” креативној улози која се у највећем броју случајева манифестује у помоћи јавном тужиоцу тако што се у доказном поступку санирају последице његових пропуста уз образложење да се у поступку мора утврдити материјална истина, као да је основни циљ поступка да нико крив не буде ослобођен, уместо прокламованог циља да нико невин не буде осуђен.

У правичном кривичном поступку, адверсијална (страначка) концепција главног претреса треба да представља контратежу и неопходан коректив тужилачкој истрази, која је управо и уведена како би се унапредила ефикасност читавог кривичног поступка, али под условом да главни претрес буде у функцији заштите квалитета вршења правде и права окривљеног.

Свако инсистирање на повећању доказне иницијативе суда на главном претресу у циљу прикупљања и извођења доказа у потрази за материјалном истином – доводи у питање остварење права на правично суђење које је одредбом члана 6 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода управо и прописано као право окривљеног да током одлучивања о кривичној оптужби против њега има правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом. Суштина овог права окривљеног је расправа пред судом, али само расправа која испуњава одређене квалитативне стандарде.

Међутим, предлагач закона је стао на становиште да Устав РС право на правично суђење прописује на другачији начин од Европске конвенције, тако да у Образложењу нацрта наводи како у Србији ово право не представља право окривљеног на расправу пред судом, већ право окривљеног да о оптужби расправи суд, чиме се, по схватању предлагача закона, грађанима Србије ускрађује уставно право да о оптужби против њих расправи/одлучи суд.

Ова хипотеза да је реч о различитим стандардима односно да једно право прописује Европска конвенција (и оно се односи на расправу пред судом), а да друго право прописује Устав РС (и оно се односи да расправу од стране суда), као и да је због тога законодавац обавезан да пропише дужност суда да утврђује материјалну истину на главном претресу – заснована је на „игри речи”, јер се формулације норми Европске конвенције и Устава нешто разликују у преводу, али суштински гарантују један исти стандард – право на правично суђење који је одређен судском праксом Европског суда и Уставног суда, а који ни у једној својој одлуци нису направили овакво разликовање, полазећи од синтаксе/семантике употребљених речи.

Дакле, идентична је ствар – право да суд расправи и право да се пред судом расправи, јер у оба случаја одлуку о основаности кривичне оптужбе доноси суд, што је суштина права.

Ово терминолошко разликовање резултат је различитости језика којим је формулисана Европска конвенција, па преведена на српски језик и Устава који је изворно писан на српском, тако да је потпуно спорна теза да је уставотворац српским грађанима прописао виши (или нижи) стандард који је различит од стандарда Европске конвенције. Спорна и друга теза да сама формулација „расправи суд” аутоматски подразумева начело материјалне истине. Појам расправе подразумева страначки поступак, а самим тим и расправљање пред судом, тако да теза да расправљање суда подразумева судску интервенцију у доказни поступак и да Устав РС искључује класичан страначки главни претрес – нема своје реално оправдање. Зато је споран аргумент да се ЗКП морао овако изменити „због усаглашавања са Уставом”

Предложеном изменом релативизује се основни принцип у сумњи у корист окривљеног.

Додавање у члан 15 става 5 који успоставља општу дужност суда да утврђује све чињенице од значаја за пресуду и измена члана 16 став 4 додавањем речи „*када и након што су прибављени и изведени сви докази остале сумња*” резултираће праксом на штету окривљеног, јер ће у случају када, након извођења свих доказа јавног тужилаштва и даље постоји

сумња, суд бити дужан да сам изводи све друге могуће доказе – па тек ако и после тога постоји сумња, суд је може решити у корист окривљеног. На овај начин суд је дужан да помаже тужиоцу у доказивању оптужбе, чиме му се одузима капацитет независног и непристрасног арбитра.

У Образложењу нацрта се наводи да је измена неопходна због тога што је допуштена жалба због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, па је то разлог због којег суд мора имати право да самостално изводи доказе како му пресуда не би била укинута. У страначком поступку, погрешно чињенично стање постоји уколико суд из изведених доказа погрешно утврди неке чињенице, а непотпуно чињенично стање уколико суд из изведених доказа не утврди све чињенице које је могао утврдити, као и ако одбије доказне предлоге што као последицу има – да су неке чињенице у поступку остале неутврђене, а могле су бити утврђене. Самим тим, неоснован је аргумент тј. тврдња да суду мора бити дато право да утврђује чињенице на главном претресу, јер је дозвољено право жалбе због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања.

Право на правично суђење треба да заштити грађанина од државе, јер му је противна странка јавни тужилац са читавим државним апаратом, буџетом и полицијом, због чега су странке фактички неравноправне. Један од циљева ЗКП би морао бити и ублажавање ове неравноправности, а циљ права на правично суђење је да заштити грађане од пристраности суда на њихову штету, те би прихватљиво решења могло бити да суд има право да изводи доказе „само у корист окривљеног” што би допринело равноправности странака, поготово у поступцима у којим није обавезна одбрана, што би резултирало правичнијим суђењима.

Из наведених разлога, износим предлог:

да члан 15 став 4 гласи: *„Изузетно, суд може да изведе доказе којима се утврђују чињенице у поступку ‘само у корист окривљеног’ или ‘само ако се одбрана шоме не прошиви’”*.

У случају да суд „мора” имати ово право увек, алтернативно (лошије) решење би било:

1. да члан 15 став 4. гласи: *„Изузетно, суд може да изведе доказе којима се утврђују чињенице у поступку, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио”* – исто као и раније;

2. да се члан 15 став 5 брише – јер успоставља дужност суда да увек утврђује све чињенице;

3. да се у члану 16 став 4 речи „*Када и након што су прибављени и изведени сви докази остјане сумња*” замени речју „Сумњу” – јер успоставља обавезу суда да увек сам изведе све могуће доказе и потпуно релативизује основни принцип – „у сумњи у корист окривљеног”.

Ако измене изостану, тужилац неће морати ништа да ради, све ће уместо њега радити суд.

Образложење за наведене предлоге је следеће:

Одредбом члана 15 став 4 ЗКП сада је прописано да суд може сам одредити извођење доказа ако оцени да су изведени докази нејасни или противречни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио.

Одредбом члана 15 став 4 ЗКП биће прописано да суд може сам одредити извођење доказа – ако оцени да су изведени докази нејасни, противречни или у супротности са другим доказима и када је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио.

Када анализирамо цитирану измену, на први поглед је нејасно због чега се уопште у овој одредби интервенисало – када је мање више предложено решење исто са постојећим. Међутим, када знамо да је ова одредба фундаментална одредба ЗКП, закључујемо да нико не би у текст уносио нешто што је другачије да за то не постоји озбиљан разлог. Као прво, када поред речи противречни додамо речи „или у *сујрошности*” делује нелогично, јер оно што је *ијрошвречно* – свакако је и у *сујрошности*.

Али када се ова измена сагледа у светлу чињенице да у страначком поступку увек постоје докази тужилаштва и одбране – који су по природи ствари у супротности, онда је сасвим јасно да се овим желело омогућити суду да интервенише увек и у сваком поступку. Исто тако, када се уместо речи „и да је неопходно” напише незнатна измена односно унесе формулација „када је *што* неопходно”, кумулативан услов постаје алтернативни и проширује се право суда да интервенише у доказни поступак у свим ситуацијама када оцени да је то неопходно, независно од тога да ли постоје нејасни и противречни докази.

Када се ова измена сагледа у светлу новог члана 15 став 5 који гласи: „Суд је дужан да одлучивање заснива на чињеницама од значаја за доношење одлуке”, суочавамо се са још једним парадоксом – како би суд могао одлуку засновати на чињеницама које нису од значаја за доношење одлуке. Суштина овакве измене је да се успостави општа дужност суда да утврђује чињенице – независно од активности странака.

На овај начин суд добија „активну позицију” у поступку, која између осталог подразумева и отклањање пропуста у поступању тужилаштва и

извођење доказе у циљу доказивања оптужбе, чиме се девалвира принцип „једнакости оружја”, јер оптужбу онда током истраге доказује јавни тужилац, а на главном претресу јавни тужилац уз увек присутну помоћ суда – што окривљеног ставља у знатно неповољнији положај у којем нема баш никакву шансу.

Из актуелне судске праксе произилази да судови на препознају филигранску разлику између потребе разјашњења чињеничног стања и недозвољене помоћи јавном тужиоцу.

Инсистирање на повећању доказне иницијативе суда у циљу прикупљања доказа на главном претресу у потрази за материјалном истином доводи у питање остварење права на правично суђење које је у одредбом члана 6 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права прописано као право окривљеног да током одлучивања о кривичној оптужби има правичну и јавну расправу – у разумном року и пред независним и непристрасним судом.

Погрешна пракса апелационих судова који су доносили контроверзне одлуке да налажу првостепеним судовима да утврђује чињенице извођењем додатних доказа – не може бити оправдање законодавцу да тако незаконито поступање, озакони изменом и допуном ЗКП.

Суд не може сматрати пресуду „својим чедом” нити имати осећај одговорности ако му се укине пресуде, уколико је поступао по закону и правилно/потпуно утврдио чињенице из доказа које су странке предложиле. Суд не сме трпети последице, јер се укидање пресуде вреднује код каријерног напредовања. Треба мењати критеријуме за евалуацију судијског рада, јер ако је суд пресудио у складу са законом и на основу доказа које су предложиле странке – онда суд не би требао да сноси последице такве одлуке ни због укидања пресуде, јер није задатак суда да отклања последице тужилачких пропуста. У супротном, мало је вероватно да ће било који грађанин – окривљени имати шансе да се одбрани од оптужбе у случају када га иста држава, оличена и у тужиоцу и у суду, истовремено и тужи и суди.

3. Неопходна измена члана 406 став 1 тачка 5

Неопходно је изменити члан 406 став 1 тачка 5 ЗКП, јер оставља могућност читања исказа саоптуженог којег окривљени никада није испитао, што је у пракси постало правило – иако се тиме крши право на одбрану.

Правоснажна пресуда донета на основу споразума о признању кривичног дела – доказ је о чињеницама које се односе на кривично дело

и кривицу лица осуђеног том пресудом, али не и доказ о чињеницама и околностима које се односе на кривично дело и кривицу другог окривљеног лица. Кривица других лица не може се утврђивати из пресуде донете на основу споразума о признању кривичног дела, јер је реч о дискутабилној примени процесног института чија *inter partes* природа искључује могућност проширења поља примене изван групе лица која су учествовала у закључењу споразума.

Одредбом члана 34 Устава гарантовано је право на претпоставку невиности која ће бити повређена ако се судском одлуком окривљени прогласи кривим пре него што је у складу са законом доказана његова кривица. Чланови судског већа не смеју поћи од предубеђења да је оптужени учинио кривично дело за које се терети, јер је терет доказивања кривице на тужиоцу. Адекватна примена наведених начела подразумева да се у пресуди на основу споразума о признању кривичног дела који закључује један окривљени – не могу изводити закључци о чињеницама на основу којих би се прејудицирала кривица другог окривљеног. У супротном, радило би се о флагрантном кршењу права на одбрану, о чему је Врховни суд Црне Горе још пре четири године заузео јасан став и уредио ово питање у Црној Гори у складу са праксом Европског суда за људска права, а што у Србији до данас није учињено.

Сматрам да треба изменити члан 406 тачка 5 ЗКП тако да гласи: *„ако је реч о исказу саопштеног према којем је кривични поступак раздвојен или већ окончан правоснажном осуђујућом пресудом, којом је окривљени или његов бранилац имао прилику да испита у било којој фази кривичног поступка”*.

Образложење овог предлога је следеће: ЗКП нигде не искључује могућност да се саокривљени саслушају као сведоци, већ упознавање са садржином њихових исказа прописује само као могућност, али не и као обавезу. Због тога законодавац у члану 406 и користи формулацију „суд може” а не „суд ће”.

Међутим, 2014. године настала је погрешна судска пракса која подразумева читање исказа саопштеног као правило, па чак и читање споразума о признању кривичног дела, иако је одредбом члана 33 став 4 Устава и члана 68 став 1 тачка 10 ЗКП јасно прописано да свако коме се суди за кривично дело има право да испитује сведоке оптужбе и да захтева да се, под истим условима као сведоци оптужбе и у његовом присуству, испитују и сведоци одбране. Ово право прописано је као једно од минималних права окривљеног у члану 6 став 3 тачка „д” Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

У предмету *Вањак против Хрватске* Европски суд за људска права одређује начелно правно схватање када је реч о непосредности извођења доказа у смислу члана 6 став 3 тачка *g* на следећи начин:

„49. Суд је утврдио да се у контексту кривичног поступка сви докази по правилу морају извести у присуству оптуженог на расправи и то због контрадикторности поступка. То не значи да исказ сведока, да би се признао као доказ, увек мора бити дат пред судом и јавно, што се посебно може показати немогућим у одређеним случајевима. Употреба исказа добијених током полицијских извиђаја и судске истраге ради доказивања, сама по себи није противна чл. 6. ст. 3. тач. д. конвенције уз услов да су поштована права одбране. Та права по правилу захтевају да се окривљеном на правилан начин пружи могућност да се суочи са сведоком и испитује сведока који сведочи против њега, било док овај даје свој исказ или у каснијој фази поступка”.

У предмету *Лисса против Италије* Европски суд је заузео правни став којим је поставио у исту раван исказ сведока и саокривљеног, када је реч о могућности испитивања веродостојности исказа у контрадикторном поступку

„41. У вези с тим, чињеница да су изјаве, као и овом предмету, дали саокривљени а не сведоци није релевантна... Тамо где изјава може да буде кључна за доношење осуде, без обзира на то да ли ју је дао сведок у најстрожем смислу речи или саокривљени, она представља доказе оптужбе подложне примени јемстава чл. 6 ст. 3. Конвенције”.

4. Неприхватљиво је да сваки тонски/оптички снимак окривљеног буде допуштен доказ – независно од начина на који је прибављен

Неприхватљиво је да сваки тонски/оптички снимак окривљеног буде допуштен доказ, а независно од начина на који је прибављен, јер код прихватања доказа мора бити преиспитан начин прибављања – да би био допуштен.

Одредбом члана 139а ЗКП уређује се начин коришћења фотографија, тонских и оптичких снимака у сврху доказивања, тако што је јасно прописано да се могу користити снимци безбедносних камера у случају обезбеђења јавних и приватних површина. Ово решење није спорно. Међутим, спорна је могућност коришћења фотографија, тонских и оптичких снимака догађаја или лица која немају својство окривљеног – под условом да нису настали извршењем кривичног дела, јер то значи да се уопште не преиспитује начин прибављања снимка. Наиме, процесно је спорно прихватати доказ полазећи од његове садржине, а без упуштање у оцену околности под којима је неки доказ прибављен тј. „*da*

ли околности под којим је неки доказ прибављен бацају сумњу на његову поузданост и тачност”. Основни стандард допуштености доказа је утврдити начин настанка – што се не може искључивати.

Самим тим, апсолутно је неприхватљива одредба према којој „фотографија, шонски или оптички снимци може бити доказ у кривичном поступку ако се на њима налази окривљени шј. његов лик или његов глас” – независно од начина прибављања снимака и независно од тога да ли су прибављени повредом права или извршењем кривичног дела.

Овакво решење демотивисало би МУП и БИА да доказе прикупљају на законом прописан начин у форми посебних доказних радњи – уз наредбу суда, јер им ЗКП директно пружа могућност да сниме било ког грађанина без икакве наредбе суда, а затим тако сачињен снимак објаве у медијима који имају обавезу да чувају поверљивост свог извора. Објављен снимак на друштвеним мрежама представљао би законит доказ – чак и у случају ако су га снимиле безбедносне службе мимо законом уређене процедуре, само због тога што се на том снимку налази лик/глас окривљеног. Овим ће се обезмислити посебне доказне радње.

Предложено решење „широм отвара врата” и за самостално прикупљање доказа – снимака од стране грађана који ће вршењем кривичних дела неовлашћено прислушкивање, снимање и фотографисање из чланова 143 и 144 КЗ – провоцирати потенцијалне учиниоце на извршење кривичних дела. Грађани ће временом постати самоуки прикривени иследници без одређивања било каквих доказних радњи у складу са ЗКП (код којих је провокација на извршење кривичног дела – забрањена). Овим ће се компромитовати правна сигурност.

Оваквим спорним „материјалима” – који сада постају законит доказ, врло успешно ће се манипулисати у циљу разних врста уцена – уз свеприсутну инструментализацију органа кривичног гоњења у приватне сврхе, које ће оваква одредба само охрабрити и омогућити.

Отуда, предлаже се да се из ЗКП брише члан 139а ставови 3 и 4 ЗКП.

5. Недопуштено је прописати парцијално извођење доказа

Сматрам да је недопуштено да се пропише парцијално извођење доказа – снимака, без сагласности странака, као и прописивање права суда да одреди битан садржај доказа.

Важећи ЗКП јасно прописује у члану 405 следеће: „Оптички/шонски снимак или електронски запис који се користи као доказ, биће на

главном претресу репродукован иако да се присушна лица могу уиознаи са његовим садржајем." То значи да се изводи целокупан доказ, а странке се могу сагласити да се изводи само један део снимка за који сматрају да је од значаја за доказивање. Међутим, предложена измена члана 405 став 2 гласи: „Бићни садржај оићичкої или ѿонскої снимка или елек-ѿронскої зайса који се користи као доказ, биће на главном претресу репродукован уз вођење рачуна о заићићи права на приваћност”.

Поставља се питање ко одређује шта јесте а шта није „битан садржај” и како је могуће да суд одреди да се изводи/репродукује само део снимка иако је доказ читав снимак. Заштита приватности не може бити оправдање за редуковање доказивања у кривичном поступку, а уколико је то неопходно, суд може одлучити да се део главног претреса затвори за јавност. Међутим, не може се суду дати право да самостално одлучује које делове снимака изводи као доказ и ексклузивно право да, мимо предлога и сагласности странака, одређује који део садржине доказа је од значаја за одлучивање, јер би тиме прејудицирао своју одлуку. Суд то може одлучити само у пресуди, а у доказном поступку може само одбити извођење целог доказа. Дакле, предложену одредбу треба бри-сати јер ће генерисати хаос у пракси.

Дакле, предлагем да се у предложеној одредби члана 405 став 2 брише „бићан”.

6. Неопходно је право на увид у списе предмета уредити на правилан и потпун начин

Изменом члана 68 тачка 9 ЗКП прописано је да окривљени има право да непосредно пре првог саслушања изврши увид у „све доказе који су од значаја за доношење одлуке о ирићвору”.

Предложена измена биће узрок многих проблема у пракси, јер се јавном тужиоцу оставља да сам процењује који докази јесу, а који нису од значаја за доношење одлуке о притвору, уместо да се окривљеном да право да изврши увид у „све доказе који су ириложени уз кривичну иријаву” или једноставно „увид у сїисе иредметића” како би се отклонила свака могућа манипулација јавног тужиоца да проценом шта је доказ, а шта није – редукује ово темељно право одбране. Дакле, нејасно је коме је важно да окривљени пре давања првог исказа не зна нешто што знају полиција и тужилаштво, осим ако није реч о калкулацији и креирању простора за самоинкриминацију, иако принцип заштите од самоинкриминације не би требало да се исцрпљује у поуци о правима, већ би требало да буде правило поступка

Отуда, предлагем да се у члану 68 став 9 и члану 71 став 1 тачка 2 бришу речи „који су од значаја за доношење одлуке о пријвору”.

7. Неопходно је право на унакрсно испитивање уредити на правилан и потпун начин

Изменом члана 402 ЗКП предложена је одредба која гласи: „Приликом унакрсној испитивања, председник већа може одобрити постављање питања која се односе на околности о којима сведок, вештак или стручни саветник није исказивао током основној испитивања, ако су питања усмерена на проверу веродостојности њихових исказа”.

Овој формулацији треба додати и следеће: „... и уколико су питања усмерена на проверу кредибилитета сведока или вештака”. Тиме би унакрсно испитивање добило на смислу, јер је за оцену исказа сведока/вештака важно да се поред веродостојности исказа, провери и кредибилитет сведока или вештака.

Предлагем да се у члану 402 став 8 на крају додају речи „или проверу кредибилитета сведока и вештака”.

8. Нужно је прописати право излагања браниоца на седници већа другостепеног суда

У предложеној измени члана 448 предвиђено је да ће судија известилац реферисати и пресуду и жалбу и одговор на жалбу; ово отвара питање, која ће бити улога браниоца присутног на седници већа, јер он више нема право да каже ништа независно од правилности и потпуности реферисања судије известиоца, осим када суд од њега затражи нека потребна објашњења или му то одобри. Ову одредбу треба изменити тако да бранилац може допунити излагање судије известиоца што омогућава делотворан процесни положај, а искључује понављање оног што је речено.

Конкретна предлог у вези са овом предвиђеном изменом је следећи: у члану 448 став 1 додати речи „... бранилац има право да дојуни судију известиоца”.

9. Недопустиво је брисање члана 256 став 3

Сматрам да је неприхватљиво брисање члана 256 став 6 ЗКП који прописује рок од 3 месеца за доношење одлуке поводом захтева за накнаду трошкова браниоца и да по истеку рока окривљени има право да потраживање оствари у парничном поступку против државе.

Предложена измена потпуно обесмишљава право на накнаду нужних издатака и награде браниоцу, јер орган поступка више није дужан да одлучи о захтеву у прописаном року.

Окривљени више не би могао потраживати накнаду у парничном поступку против државе, јер би се, у случају брисања ове одредбе, парнични суд огласио стварно ненадлежним и упутио га на кривични суд као једини надлежан. Међутим, кривични суд не би више имао обавезу да одлучи о захтеву у неком року, тако да би се у пракси о захтеву одлучивало са годину-две закашњења.

Посебан проблем јесте и обезвређивање тражених износа новца услед протеча времена током којег не тече законска камата, иако се неспорно вредност новца временом умањује.

Отуда предлажем да се не брише одредба члана 265 став 6 која важи већ десет година, односно да остане у ЗКП.

10. Претерана је редукција права одбране код испитивања кључних доказа оптужбе

Предложеном изменом члана 50 ЗКП прописано је да се оштећени мора испитати као сведок *„без неопходног одлагања, минималан број људи“*, што је оправдано; међутим, додато је и да се ово испитивање врши *„само уколико је то неопходно за вођење истраживања“*, што је крајње проблематично. Оваква формулација оставља превише простора за различита тумачења у пракси. На питање да ли је нешто неопходно за вођење поступка уследиће рестриктиван одговор, што ће резултирати правилом да се исказ који је оштећени дао у истражи чита на главном претресу, чиме ће се компромитовати основно правило поступка да се докази изводе пред судом, као и правило непосредност у извођењу доказа.

Изменом члана 104 ЗКП искључено је право на унакрсно испитивање посебно осетљивих сведока и малолетника, чиме је одбрана значајно ускраћена у праву да преиспитује кључне доказе оптужбе. Одредбом члана 33 став 4 Устава и члана 68 став 1 тачка 10 ЗКП јасно је прописано да свако коме се суди за кривично дело има право да испитује сведоке оптужбе и да захтева да се, под истим условима као сведоци оптужбе и у његовом присуству, испитују и сведоци одбране. Ово право прописано је као једно од тзв. „минималних права окривљеног“ и у члану 6 став 3 тачка „д“ Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Дакле, измена која се предлаже има своје процесно оправдање код малолетника, али не и код посебно осетљивих сведока, код којих је

искључено непосредно испитивање и обезбеђена употреба техничких средстава за пренос слике и звука, па се ова додатна заштита не чини оправданом, јер у превеликој мери редукује право окривљеног да испита доказе оптужбе. Јавни тужилац би помоћу одређивања статуса посебно осетљивог сведока био у прилици да процесно изигра све прописане гаранције које окривљеном јамче делотворност одбране

Предлози у вези са овим предвиђеним изменама ЗКП су следећи:

– да се у члану 50 тачка 15 бришу речи „и само уколико је *што неопходно за вођење истражних*”, и

– да се у члану 104 став 5 бришу речи „... *посебно осетљивој сведока или ...*”.

11. Изменом члана 162 превише се проширује круг кривичних дела за која се могу одредити посебне истражне радње

Изменом члана 162 ЗКП превише се проширује круг кривичних дела за која се могу одредити посебне истражне радње – између осталог и кривичним делом пореска утаја из члана 225 КЗ.

Овакво решење није оправдано – имајући у виду природу и тежину овог кривичног дела и резултираће мултипликовањем мера тајног надзора комуникација, праћења и прикривених иследника у привредном пословању, чак и у случајевима када би доказе могли прибавити и без коришћења посебних доказних мера, што је супротно њиховом процесном смислу.

12. Изменом члана 163 продужен је рок тужилаштвима посебне надлежности да одлуче да ли ће покренути поступак на основу материјала прибављеног посебним истражним радњама

Изменом члана 163 ЗКП продужен је рок тужилаштвима посебне надлежности да одлуче да ли ће покренути поступак на основу материјала прибављеног посебним истражним радњама, са шест месеци на једну годину почев од дана достављања ових материјала.

Овај рок је продужен због предмета у којима као доказ фигурира тзв. „SKY” материјал, како би се конвалидирани конкретни пропусти Тужилаштва за организовани криминал приликом прибављања материјала, јер је приликом идентификације „пинова” корисника услед протеча времена дошло до пробијања законских рокова за коришћење материјала.

13. Изменама се укида право бранилаца да подносе захтеве за заштиту законитости и ово право се резервише само за Врховно јавно тужилаштво

Предложеним изменама ЗКП укида се право бранилаца да подносе захтеве за заштиту законитости и ово право се резервише само за Врховно јавно тужилаштво уз могућност укидања пресуде у случају знатне сумње у погледу истиности одлучних чињеница, што треба прописати и код одлуке о захтеву за испитивање законитости правоснажне пресуде.

Ванредни прави лек – захтев за испитивање законитости подноси се само против пресуде. Предложеном изменом без разлога се укида право одбране да оспори законитост решења. Нема разлога да пресуда којом се укида одлука (члан 493а) буде резервисана само за захтев за заштиту законитости и да Врховни суд овакву одлуку не може донети поводом захтева за испитивање законитости. Није реално очекивати да ће тужилаштво подносити захтеве често, што би гомилало незаконитости које неће бити отклањане ванредним правним леком.

14. Изменом члана 211 суштински се знатно проширују основи за одређивање притвора

Изменом члана 211 став 1 тачка 4 ЗКП остављена је могућност одређивања и продужавања притвора само због „*йосебно тешких околности кривичној дела или тешине йоследице*”. Тиме је знатно проширен круг случајева у којим притвор може бити одређен – на све случајеве у којим постоје тешке последице, без потребе да постоји и кумулативан услов у виду узнемирења јавности која би оправдала притвор. Овде је суштински реч о једном виду облигаторног притвора у случајевима када суд оцени да су последице извршеног кривичног дела тешке, што оставља превелик простор да ову „каучук норму” судска пракса испуни стереотипним садржајем. Предложена измена генерисаће волунтаризам суда приликом одређивања и продужавања притвора „*у зависности од йошреба*”. Коначно, не постоји правно објашњење како у случају неког кривичног дела код кога суд оцени да постоје тешке околности извршења или тешке последице, ове околности могу престати по протеку времена, осим познате стереотипне флоскуле да су посебно тешке околности протеклом времена изгубиле на свом значају и интензитету – што је опет искључиво у равни судског волунтаризма, а не утврђивања измењених околности на којим би се засновала одлука о укидању притвора.

Идентична аргументација важи и за случај код којег суд може одредити притвор уколико изрекне казну затвора од пет година или тежу казну, под условом да начин извршења, околности под којим је дело учињено или тежина последице кривичног дела то оправдава. Правилније би било везати одређивање притвора за изречену казну, јер постоји апстрактна опасност да ће неко побећи, а не за тежину последице или начин извршења кривичног дела; да су ове околности разлог за притвор, окривљени не би ни био пуштен да се брани са слободе, па је беспредметно да постану разлог за притвор – у моменту изрицања првостепене пресуде.

Предлажем да се брише члан 211 став 1 тачка 5 ЗКП.

15. Код прелазних и завршних одредби нацрта уочљиво је да недостају одредбе које уређују законитост предузетих доказних радњи

Код прелазних и завршних одредби нацрта уочљиво је да недостају одредбе које уређују законитост предузетих доказних радњи – која се оцењује по одредбама ЗКП који је важио у моменту предузимања доказне радње.

Одредбом члана 217 нацрта измена ЗКП предвиђено је да ће се поступци који су започети до дана почетка примене овог Закона – по одредбама ЗКП (*Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19 и 27/21) довршити по одредбама тог Законика. Оваква одредба је сасвим очигледно унета у нацрт да би „анестезирала” критичке тонове у јавној расправи, за које се претпоставља да неће бити тако гласни ако се измењени ЗКП примењује само *pro futuro*.

Међутим, како је потпуно извесно да ће у поступку доношења закона прелазне и заврше одредбе бити употпуњене у делу који уређује довршетак започетог поступка – тако што ће се речи „...*по одредбама овог законика*” заменити са речима „...*по одредбама овог законика*” – неопходно је прописати да ће се законитост доказних радњи које су предузете пре почетка примене новог Закона – оцењивати по одредбама ЗКП који је важио у време прибављања доказа (дакле, оног који је објављиван у *Службеном гласнику РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19 и 27/21). На овај начин би се, барем код оцене законитости доказа, обезбедила довољна правна сигурност и отклонила сумња – да су поједине измене ЗКП креиране у циљу доказивања конкретних оптужница у предметима који су у току, што би представљало флагрантно кршење начела поделе власти и недопуштено мешање законодавне и извршне власти у рад судске власти.

Отуда, предлагем да у члану 603 ЗКП пише: „... Службени власник РС бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19 и 27/21”, а у члану 604 став 1, после речи „... Законика о кривичном поступку ...” треба да стоји „...који је важио у време прибављања доказа (Службени власник РС, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19 и 27/21)”.

III. Уместо закључка

Овај рад пишем у време када предложене измене ЗКП још увек нису усвојене, у нади да до тога никад неће доћи. Остаје нам да се верујемо да предлагач Закона неће остати глув на аргументоване критике струке изречене током јавне расправе. Ако би до усвајања измена Закона ипак дошло и поред противљења адвокатури, поставља се питање – којим алатима и којим правилима ЗКП ће адвокати моћи да заштите процесна права и пруже делотворну одбрану својим клијентима. У несразмерном односу снага грађана и државе, биће то борба Давида и Голијата у правом смислу речи, која ће браниоцима наметнути бројне изазове. Како је могуће бранити у кривичном поступку ако код оспоравања допуштености неког доказа није могуће оспоравати уставност и законитост прибављања доказа? Како је могуће оспоравати допуштеност доказа ако ЗКП пропише да се доказ – снимак може прихватити само због његове садржине, независно од начина прибављања? Посао одбране биће „Сизифов посао”. Неко ће рећи: Преживела је адвокатура много тога – преживеће и ово! Слажем се са том констатацијом, али, „преживљавање” не може бити циљ адвокатури. Када се измене принципи на којим поступак почива, адвокати ће бити сведени на процесну претпоставку и привид правне заштите чије је постојање искључиво у функцији пружања легитимитета једном „ишчашеном” поступку.

Коначно, питање свих питања јесте – да ли је допуштено одступити од законитости у циљу задовољења правде? И питање: ко ће детерминисати „*праведан исход поступка*” независно од садржине расположивих доказа. Уколико направимо овај „*компромис са законитошћу*”, сви сносимо одговорност за стање у којем ће се вршење правде у Србији убрзо наћи, јер неће уопште бити важно како се дошло до неког циља, већ ће циљ оправдавати средства – што је незамисливо када смо на терену доказивања кривице, код којег је основни принцип да се само прописаним средствима (правилима) може доћи до циља поступка. Уколико релативизујемо законитост доказивања, неће уопште бити могуће

разазнати шта је правило поступка, а шта његово екстензивно или рестриктивно тумачење – које ће се дефинисати ставовима у зависности од потреба тренутка и државног разлога у појединим предметима. Тиме ће се потпуно обесмислити читав ЗКП као скуп правила који би требало да важе једнако за све – независно од тога коме се суди и за које кривично дело се некоме суди.

Jugoslav Tintor

attorney at law in Belgrade

“IN DOUBT – LET NO GUILTY PERSON BE ACQUITTED”
– PROBLEMATIC PROPOSALS FOR AMENDMENTS TO THE LAW ON
CRIMINAL PROCEDURE

Summary:

This article critically analyzes the announced amendments to the Law on Criminal Procedure from the perspective of the right to a fair trial and the goal of criminal proceedings. It is argued that the proposals deviate from the fundamental principles of the procedure – that no innocent person should be convicted, and that, in case of doubt, the court must decide in favor of the accused. The author considers that the proposed amendments undermine the foundations of the Law based on the principles of a democratic society, which aim to ensure that human rights and freedoms are properly protected in criminal proceedings. Based on the proposed solutions, the author raises the question of whether, in the pursuit of justice, it is more important for the court to ensure that no innocent person is convicted or that no guilty person is acquitted. In addition to providing arguments for the stated conclusion that the amendments to the Law are completely unacceptable from the perspective of the legal profession and the protection of the right to a fair trial, the author also offers suggestions for resolving the disputed solutions – to ensure that attorneys can protect procedural rights and provide effective defense for their clients.

Keywords: Code on Criminal Procedure, criminal procedure, human rights and freedoms, procedural rights, defendant, effective defense

Датум пријема рада: 30. новембар 2024.

Датум прихватања рада: 15. децембар 2024.

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

УДК 341.231.14

343.155(497.11)

Др Ђорђе Сараја

адвокат у Београду*

ПРАВО НА ДЕЛОТВОРАН ПРАВНИ ЛЕК

Сажетак:

Право на делотворан правни лек је једно од основних људских права. Зајемчено је Општом декларацијом о људским правима и Међународним пактом о грађанским и политичким правима, као темељним документима Уједињених нација о заштити људских права и слобода. Принципи из ових докумената садржани су у Конвенцији о заштити људских права и основних слобода (Европска конвенција о људским правима) и Протоколу број 7 уз Конвенцију, који документи су донесени на регионалном нивоу, у оквиру Савета Европе. Право на делотворан лек зајемчено је Уставом Републике Србије, као једно од људских права. У складу са начелом уставности, право на делотворан правни лек садржано је у законима Републике Србије. Законске одредбе јемче правним субјектима остваривање права на делотворан правни лек, коришћењем редовних и ванредних правних лекова. Уставна и законска регулатива Републике Србије у вези са правом на делотворан правни лек утемељена је на поштовању и рецепцији универзално прихваћених принципа међународног права и међународноправне регулативе.

Кључне речи: устав, закон, људска права, делотворан правни лек, жалба, ванредни правни лекови, пресуда, решење

І. Увод

Правна држава темељи се на поштовању начела уставности и законитости, те поштовању уставних права и слобода. Деловање власти мора бити утемељено на позитивним правним прописима. Одлуке државних органа морају бити резултат правилне примене позитивних

* Електронска адреса аутора: djordjesarapa@gmail.com

законских прописа. Да би се отклониле штетне последице неадекватне примене правних прописа из било којих разлога, одлуке државних органа морају подлегати контроли. Једини начин да се то оствари је право на делотворан правни лек. С обзиром на значај тог права, оно је једно од основних људских права, зајемчено међународним правом, уставним и законским прописима. Средство је контроле законитости одлука државних органа.

II. Међународноправна регулатива

1. Општа декларација о људским правима

Општа декларација о људским правима¹ је темељни документ Уједињених нација. У члану 8 Декларација одређује: „Свако има право на делотворан правни лек пред надлежним националним судовима збој дела којима се покрећују основна права која су му зајемчена уставом или законом.”

Одредба члана 8 је прокламација права на правни лек.

2. Међународни пакт о грађанским и политичким правима

Општа декларација о људским правима није легислативни документ. То је условило потребу за доношењем документа са међународноправно обавезујућом снагом. Зато је у оквиру Уједињених нација донесен Међународни пакт о грађанским и политичким правима.² Међународни пакт је темељни легислативни акт Уједињених нација о људским правима.

Одредбе релевантне за право на правни лек садржане су у члановима 2 став 3 и члану 14 став 5.

Генерална одредба у вези са правом на правни лек садржана је у члану 2 став 3:

„Државе чланице Пакта се обавезују:

а) да јемче да ће свако лице чија су права и слободе признати овим Пактом повређени, моћи користити делотворан правни лек, чак и ако су их повредила лица у вршењу својих званичних дужности;

¹ *Universal Declaration on Human Rights*, усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 A (III) од 10. децембра 1948.

² *International Covenant on Civil and Political Rights*, Додатак резолуцији Генералне скупштине Уједињених нација 2200 A(XXI) од 16. децембра 1966, ступио на снагу 23. марта 1976. *Службени лист СФРЈ*, бр. 7/71, *UN Doc. A/6316(1966)*, 999 UNTS 171.

b) да јемче да ће надлежне судске, управне или законске власти или свака друга надлежна власт одређена прописима државе, решавати о правима лица које изјављује правни лек, и проширити могућност изјављивања правног лека пред судом;

c) да јемче да ће надлежне власти повољно решити сваки такав правни лек који буде оправдан.”

Одредба члана 14 став 5 односи се на правни лек у кривичним стварима: *„Свако лице ошашено кривим за поочињено кривично дело има право да заштражи да, сходно закону, виши суд исијиша одлуку о кривици и осуди.“*

3. Конвенција о заштити људских права и основних слобода (Европска конвенција о људским правима)

Конвенција о заштити људских права и основних слобода³ (у даљем тексту: Конвенција) је темељни акт Савета Европе о људским правима.

Право на правни лек одређено је чланом 13 („Право на делотворан правни лек”): *„Свако коме су повређена права и слободе поредвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек поред националним властима, без обзира да ли су повореду извршила лица која су пошуйала у службеном својству.“*

Одредба члана 13 Конвенције садржајно је истоветна са одредбом члана 2 став 3 тачка а) Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

а) Протокол број 7

уз Конвенцију о заштити људских права и основних слобода

Одредба члана 13 Конвенције је генерална. Односи се на право улагања правног лека ради преиспитивања основаности одлуке у случају повреде било којег права или слободе гарантованих Конвенцијом.

Одредба члана 2 Протокола број 7⁴ представља конкретизацију и проширење члана 13 Конвенције. Односи се на право на жалбу у кривичним стварима.

³ Конвенција о заштити људских права и основних слобода (позната као Европска конвенција о људским правима), *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Рим, 4. новембра 1950, ступила на снагу 3. септембра 1953. Текст Конвенције измењене у складу са Протоколом 11 – *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005 – испр.; *Службени лист РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010. ETS No. 005.

⁴ *Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Стразбур, 22. новембра 1984, ступио на снагу 1. новембра 1988, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005 – испр.; *Службени лист РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010. ETS No. 117.

Члан 2 („Право на жалбу у кривичним стварима“):

„1. Свако ко је одлуком суда осуђен за кривично дело има право да његову осуду или казну преиспита виши суд. Остваривање овог права, укључујући и основе за његово коришћење, уређује се законом.

2. Ово право може трпети изузетке када се ради о делима мањег значаја, која су прописана законом, или у случајевима када је лицу у првом степену судио највиши суд или је било осуђено на основу жалбе на ослобађајућу пресуду.”

б) Европски суд за људска права

Овом Конвенцијом отишло се даље од нормативне регулативе. На основу члана 19 Конвенције установљен је Европски суд за људска права⁵ (у даљем тексту: Суд), као стални и наддржавни орган за заштиту људских права.

У смислу одредбе члана 34 Конвенције, Суд може да прима представке од сваког лица, невладине организације или групе лица који тврде да су жртве повреде права установљених Конвенцијом или протоколима уз њу, учињене од стране уговорнице. Уговорнице се обавезују да ни на који начин не ометају ефикасно вршење овог права.

Суд поступа и одлучује о кршењу права и слобода од стране државних органа након што су неуспешно искоришћени сви домаћи правни лекови.

Одлука суда којом је утврђена повреда или ускраћење људског права или слободе у поступку предвиђена је у позитивним прописима законодавства Србије као разлог за подношење ванредних правних лекова.

III. Устав

Чланом 36 став 2 („Право на једнаку заштиту права и на правно средство“) Устава Републике Србије⁶ (у дањем тексту: Устав) јемчи се уставно право на правни лек: „Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу”.

Одредба је генерална. С обзиром на формулацију „средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом

⁵ *European Court of Human Rights (ECHR); Cour européenne des droits de l'homme.* Седиште суда је у Стразбуру.

⁶ Устав РС, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

интересу”, право на правни лек није ограничено природом поступка који је претходио доношењу одлуке против које се изјављује.

Карактеристика поступка у кривичним стварима је могућност притварања лица пре правоснажности пресуде којом се оглашава кривим. У смислу члана 27 став 3 Устава, право на жалбу у случају лишења слободе је садржај права на слободу и безбедност: *„Свако ко је лишен слободе има право жалбе суду, који је дужан да хијно одлучи о законитости лишења слободе и да нареди пуштање на слободу ако је лишење слободе било незаконито.“*

Уставне одредбе у вези са правом на правни лек следе међународноправну регулативу.

1. Уставна жалба

Закон о Уставном суду⁷ установио је институт уставне жалбе. Члан 82 овог Закона гласи:

„Уставна жалба може се изјавити против појединачног акта или радње државног органа или организације којој је поверено јавно овлашћење, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства или је законом искључено право на њихову судску заштиту.“

На изјављивање уставне жалбе активно је легитимисано свако лице које сматра да му је на тај начин повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом (члан 83 став 1 Закона).

Имајући у виду да је право на правни лек уставом зајемчено људско право, свака повреда тог права је основ за изјављивање уставне жалбе.

Истовремено са подношењем уставне жалбе може се поставити и захтев за накнаду материјалне или нематеријалне штете наступиле као последица повреде или ускраћивања уставом зајемчених права и слобода (члан 85 став 3 Закона).

У смислу члана 89 став 2 Закона, ако Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт, забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца.

⁷ Закон о Уставном суду, *Службени гласник РС*, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – одлука УС, 103/2015, 40/2015 – др. закон, 10/2023 и 92/2023.

Одлука Уставног суда којом је утврђена повреда или ускраћивање људског права или слободе у поступку предвиђена је у позитивним прописима законодавства Србије као разлог за подношење ванредних правних лекова.

IV. Закони

1. Законик о кривичном поступку

Законик о кривичном поступку⁸ у основним одредбама не наводи право на правни лек. Одредбе у вези са правним лековима садржане су у члановима којима се регулише изјављивање правних лекова.

Поступак по редовним правним лековима је у начелу двостепен. Изузетно, предвиђена је и могућност тростепеног поступка.

Специфичност правних лекова у кривичном и прекршајном поступку у односу на остале поступке је у томе што је круг лица легитимисаних на изјављивање правних лекова знатно шири. То је разумљиво, јер неке од прописаних кривичних санкција и мера безбедности представљају лишење или ограничење слободе, као међународноправно и уставно зајемченог људског права.

а) Редовни правни лекови

1) Жалба против првостепене пресуде

У смислу члана 432 жалба против пресуде донесене у првом степену је редовни правни лек, и одлаже извршење пресуде.

Широки круг лица овлашћених за изјављивање жалбе указује на то у којој се мери омогућује остваривање права окривљеног на делотворан правни лек. Жалбу могу изјавити странке, бранилац и оштећени, а у корист оптуженог и његов брачни друг, лице са којим живи у ванбрачној или другој трајној заједници живота, сродници по крви у правој линији, законски заступник, усвојитељ, усвојеник, брат, сестра и хранитељ. Јавни тужилац може изјавити жалбу и на штету и у корист оптуженог (члан 433).

2) Жалба против другостепене пресуде

Жалба против другостепене пресуде може се изјавити само против пресуде којом је другостепени суд преиначио првостепену пресуду

⁸ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

којом је оптужени ослобођен од оптужбе и изрекао пресуду којом се оглашава кривим (члан 463), а о жалби решава апелациони суд, сходно одредбама које важе за поступак у другом степену.

Ово је изузетак од двостепеног суђења у кривичном поступку, установљен у корист окривљеног.

3) Жалба против решења

Процедуралне одлуке доносе у форми решења. Иако се односе на ток поступка могу имати утицаја и на исход кривичног поступка. Из тог разлога, чланом 465 став 1 одређено је да против решења органа поступка донесених у првом степену, странке, бранилац и лица чија су права повређена могу изјавити жалбу увек када у овом Законнику није изричито одређено да жалба није дозвољена.

б) Ванредни њравни лекови

1) Захтев за понављање кривичног поступка

Захтев за понављање кривичног поступка може се поднети и након што је осуђени издржао казну, или је дошло до застарелости, амнестије или помиловања (члан 471 став 2). Круг лица овлашћених на подношење захтева за понављање кривичног поступка шири је од круга лица овлашћених на подношење захтева за заштиту законитости. За живота окривљеног захтев могу поднети странке и бранилац, а после смрти окривљеног јавни тужилац, његов брачни друг, лице са којим живи у ванбрачној или другој трајној заједници живота, сродници по крви у правој линији, законски заступник, усвојитељ, усвојеник, брат, сестра, хранитељ и јавни тужилац (члан 471 став 1).

Специфичност захтева за понављање кривичног поступка у односу на захтев за заштиту законитости је у томе што се кривични поступак завршен правоснажном пресудом може поновити само у корист окривљеног (члан 473 став 1).

Захтев за понављање кривичног поступка разликује се од осталих правних лекова по томе што о захтеву одлучује веће суда које је у ранијем поступку судило у првом степену, а о захтеву поднесеном због тога што окривљеном није уредно достављен позив за претрес веће суда које је после претреса одржаног у одсуству окривљеног донело одлуку (члан 474).

2) Захтев за заштиту законитости

Захтев за заштиту законитости може се поднети и након што је окривљени обухваћен актом амнестије или помиловања или је насту-

пила застарелост, или је умро, или је казна у потпуности издржана (члан 483 став 2). Круг лица овлашћених за подношење захтева је знатно ужи од круга лица овлашћених за изјављивање жалбе. Захтев могу поднети Републички јавни тужилац, окривљени и његов бранилац. Републички јавни тужилац захтев може поднети на штету и у корист окривљеног (члан 483).

Предмет испитивања законитости у смислу члана 485 став 1 је правоснажна одлука или одлука у поступку који је претходио њеном доношењу. Специфичност је у томе што се, осим у случају повреде закона, може поднети и у случајевима ако је правоснажном одлуком или одлуком у поступку који је претходио њеном доношењу:

„2) примењен закон за који је одлуком Уставног суда утврђено да није у сагласности са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима;

3) повређено или ускраћено људско право и слобода окривљеног или другог учесника у поступку које је зајемчено Уставом или Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода и додатним протоколима, а то је утврђено одлуком Уставног суда или Европског суда за људска права”.

Наведена два разлога, из тачке 2) и 3) става 1 члана 485 резултат су поштовања и примене међународноправне регулативе у вези са људским правима и слободама.

О захтеву за заштиту законитости одлучује Врховни суд (члан 486 став 1).

в) Привилегија здруживања (*beneficium cohaesionis*)

Једна од тековина демократизације друштва је модернизација кривичног законодавства. У домену кривичног процесног права то се огледа у заштити права окривљеног. Један од процесних института којима се то остварује је привилегија здруживања. Њом се штите права и интереси и оних саоптужених у чију корист није изјављена жалба. Одређена је у члану 454: „Ако групошћени суд поводом било чије жалбе утврди да су разлози збој којих је донео одлуку у корист ошћуженој од користи и за саопшћуженој који није изјавио жалбу или је није изјавио у том правцу, пошћуиће по службеној дужности као да таква жалба пошћоји”.

Одредбе члана 454 примењују се и када је жалба изјављена против другостепене пресуде, на саоптуженог који није имао право да изјави жалбу против другостепене пресуде (члан 464 став 2), и на жалбу изјављену против решења (члан 468 став 1).

Примењује се и у поступку по ванредним правним лековима; по захтеву за понављање кривичног поступка (члан 477 став 3) и захтеву за заштиту законитости (члан 489 став 2).

2. Закон о прекршајима

Чланом 95 став 1 Закона о прекршајима⁹ одређена је двостепеност прекршајног поступка.

а) Жалба

Против пресуде и решења прекршајног суда може се изјавити жалба другостепеном прекршајном суду (члан 258 став 1). Жалбу могу изјавити странке, бранилац и подносилац захтева за покретање прекршајног поступка, а у корист оптуженог и његов брачни друг, сродник по крви у правој линији, брат, сестра, законски заступник, усвојитељ, усвојеник, хранитељ и лице са којим живи у ванбрачној или другој трајној заједници живота (члан 259 став 3).

б) Ванредни правни лекови

У прекршајном поступку су предвиђени исти ванредни правни лекови као у кривичном поступку: захтев за понављање прекршајног поступка и захтев за заштиту законитости.

1) Захтев за понављање прекршајног поступка

Поред осталих разлога из члана 280 став 1 прекршајни поступак завршен правоснажном одлуком може се поновити ако:

„5) окривљени стекне могућност да употреби одлуку Европског суда за људска права којом је утврђена повреда људског права, а то је могло да буде од утицаја на доношење повољније одлуке за окривљеног;

6) је Уставни суд, у поступку по уставној жалби, утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене уставом у прекршајном поступку, а то је могло да буде од утицаја на доношење повољније одлуке за окривљеног”.

На подношење захтева за понављање поступка легитимисан је кажњени, а у његову корист захтев могу поднети иста лица која су легитимисана на изјављивање жалбе у корист окривљеног (члан 281 став 1).

⁹ Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – одлука УС, 91/2019, 91/2019 – др. закон и 112/2022 – одлука УС.

2) Захтев за заштиту законитости

У смислу члана 285 став 1, против правоснажне пресуде може се поднети захтев за заштиту законитости ако је:

„1) повређен закон или други пропис о прекршају;

2) примењен закон за који је одлуком Уставног суда утврђено да није у сагласности са уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима”.

На подизање захтева легитимисан је Републички јавни тужилац (члан 285, став 2), а о захтеву одлучује Врховни суд (члан 286 став 1).

Бенефицијум за кажњеног је да ако је захтев подигнут на штету кажњеног, а суд нађе да је основан, утврдиће само повреду закона, не дирајући у правоснажну одлуку (чл. 288, ст. 1).

3. Закон о парничном поступку

Закон о парничном поступку¹⁰ не наводи право на правни лек у основним одредбама. Одредбе у вези правних лекова садржане су у члановима којима се регулише изјављивање правних лекова.

Поступак по редовним правним лековима је двостепен.

На изјављивање правних лекова увек су легитимисане странке. Кад је посебним законом предвиђена могућност да у парници учествује, и јавни тужилац има право да изјављује правне лекове (члан 214). На изјављивање правних лекова легитимисан је и умешач. Ако је ступио у парницу до правоснажности одлуке о тужбеном захтеву, овлашћен је да изјављује и ванредни правни лек (члан 217), а уколико има статус јединственог супарничара, има право да изјављује правне лекове и у парници у којој није учествовао без своје кривице (члан 219 став 2).

а) Жалба

Жалба је редован правни лек у парничном поступку.

Жалба се може изјавити против пресуде и против решења. Пресудом се одлучује о меритуму, а решењем о процесним питањима. Изузетак је решење у парницама ради сметања државине, јер се у тим поступцима решењем мериторно одлучује и о тужбеном захтеву. У смислу члана 402, у поступку по жалби против решења сходно се примењују одредбе које се односе на жалбу против пресуде, уколико овим законом није другачије прописано.

¹⁰ Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/1011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023 – др. закон.

На изјављивање жалбе увек су легитимисане странке – тужилац и тужени (члан 367), а у складу са одредбама чланова 214, 217 и 219 став 2. и јавни тужилац и умешач.

б) Ванредни њравни лекови

1) Ревизија

Ревизија се може изјавити против правоснажне пресуде донете у другом степену (члан 403).

Ревизија се може изјавити и против решења другостепеног суда којим је поступак правоснажно окончан (члан 420 став 1). Увек је дозвољена и против процесног решења другостепеног суда:

– којим се изјављена жалба одбацује, односно којим се потврђује решење првостепеног суда о одбацивању жалбе изјављене против првостепене пресуде, у делу којим је одлучено о главној ствари (члан 420 став 3);

– којим се потврђује решење првостепеног суда о одбацивању ревизије изјављене против правоснажне пресуде у споровима у којима би ревизија била дозвољена (члан 420 став 4);

– којим се одбацује предлог за понављање поступка и решења другостепеног суда којим се потврђује решење првостепеног суда о одбацивању предлога за понављање поступка (члан 420 став 5).

О ревизији одлучује Врховни суд (члан 405).

2) Захтев за преиспитивање правоснажне пресуде

У смислу члана 421 Републички јавни тужилац може поднети Врховном суду захтев за преиспитивање правоснажне пресуде донете у другом степену (став 1) ако је том пресудом повређен закон на штету јавног интереса (став 2).

3) Понављање поступка

Поред осталих разлога из члана 426 став 1, одлуком суда правоснажно окончан поступак може се поновити ако:

„11) странка стекне могућност да употреби одлуку Европског суда за људска права којом је утврђена повреда људског права, а то је могло да буде од утицаја на доношење повољније одлуке;

12) је Уставни суд, у поступку по уставној жалби, утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом у парничном поступку, а то је могло да буде од утицаја на доношење повољније одлуке”.

Иницира се предлогом за понављање поступка.

4. Закон о ванпарничном поступку

Законом о ванпарничном поступку¹¹ садржи правила по којима судови поступају и одлучују у личним породичним, имовинским и другим правним стварима које се по овом или другом закону решавају у ванпарничном поступку (члан 1 став 1).

Члан 30 став 2 одређује да се у ванпарничном поступку сходно примењују одредбе Закона о парничном поступку, ако овим или другим законом није другачије одређено.

Одлуке се доносе у форми решења (члан 18 став 1). Против решења је дозвољена жалба као редовни правни лек (члан 19). Разлика у односу на парнични поступак је да првостепени суд поводом жалбе може сам, новим решењем преиначити или укинути своје раније решење, ако се тиме не вређају права других учесника заснована на том решењу (члан 21).

Понављање поступка (члан 29) није одређено као ванредни правни лек, као што ни жалба није одређена као редовни. С обзиром на сходну примену одредаба Закона о парничном поступку, жалба је редовни а понављање поступка ванредни правни лек.

Против решења којим је поступак правоснажно завршен, не може се поднети предлог за понављање поступка ако је учеснику поступка овим или другим законом признато право да захтев о коме је одлучено решењем остварује у парничном поступку или у поступку пред управним органом (члан 29 став 2).

5. Закон о извршењу и обезбеђењу

Законом о извршењу и обезбеђењу¹² уређује се поступак у којем судови и јавни извршитељи принудно намирују потраживања, поступак обезбеђења потраживања и положај јавних извршитеља (члан 1). Чланом 39 одређено је да се у извршном поступку и поступку обезбеђења сходно примењује закон којим се уређује парнични поступак, ако овим законом или другим законом није другачије одређено.

Редовни правни лекови су жалба и приговор (члан 24).

¹¹ Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник СРС*, бр. 25/1982, 48/1988; *Службени гласник РС*, бр. 46/1995 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015, 106/2015 – др. закон и 14/2022.

¹² Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење, 54/2019, 9/2020 – аутентично тумачење и 10/2023 – др. закон.

Жалба је правни лек којим се побија решење првостепеног суда или јавног извршитеља, осим у случају ако је овим законом одређено да жалба није дозвољена или да се такво решење побија приговором (члан 24 став 2).

Приговор се може изјавити против решења првостепеног суда и јавног извршитеља, али само када је то посебно прописано овим законом и као приговор трећег лица (члан 24 став 3). Против решења којим је одлучено о приговору жалба се може изјавити само када је то прописано овим законом (члан 24 став 4).

У поступку извршења и обезбеђења против правоснажног решења нису дозвољени ванредни правни лекови (члан 27).

Специфичност поступка је могућност покретања парничног поступка за утврђивање недозвољености извршења. Ако се решење о одбијању жалбе заснива на чињеницама које су међу странкама спорне и односе се на само потраживање, извршни дужник може да покрене парнични поступак за утврђивање недозвољености извршења (члан 81 став 1). Тужба не одлаже извршење (члан 81 став 2). То није правни лек. Међутим, то је процесно средство које омогућује расправљање о релевантним чињеницама и доношење мериторне одлуке у парничном поступку у вези са извршењем дозвољеним решењем донесеним у извршном поступку у вези са којим је одбијена жалба. По томе је тужба у великој мери средство слично ванредном правном леку.

6. Закон о општем управном поступку

Закон о општем управном поступку¹³ примењује се на поступање у свим управним стварима (члан 3 став 1).

Право на правни лек одређено је у члану 13 („Право на жалбу и приговор”), као једно од основних начела управног поступка:

„(1) Против решења донесеног у првом степену, односно ако орган у управној ствари није одлучио у прописаном року, странка има право на жалбу, ако законом није другачије одређено.

(2) Странка има право на приговор у случајевима утврђеним овим законом.

(3) Надлежни државни органи могу да изјаве жалбу и приговор када су на то овлашћени законом”.

Након што је изјављена жалба против првостепеног решења, првостепени орган може да замени побијано решење и удовољи жалбеном

¹³ Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016, 95/2018 – аутентично тумачење и 2/2023 – одлука УС.

захтеву. У том случају, новим решењем поништава побијано решење. Ако сматра потребним, првостепени орган може да допуни поступак. Против новог решења допуштена је жалба (члан 165).

Могућност да након изјављене жалбе првостепени орган поништи или измени побијано решење постоји и након што је покренут управни спор. Орган против чијег решења је покренут управни спор може до окончања управног спора поништити или изменити своје решење (члан 175) („Мењање и поништавање решења у вези са управним спором”).

Понављање поступка је такође један од начина да се поништи или измени коначно решење. Поступак који је окончан коначним решењем може се поновити из законом одређених разлога (члан 176 став 1). Између осталог, понављање поступка може се захтевати и:

„11) ако је Уставни суд у истој управној ствари, у поступку по уставној жалби утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом, а истовремено није поништио оспорено решење;

12) ако је Европски суд за људска права у истој управној ствари накнадно утврдио да су права или слободе подносиоца представке повређена или ускраћена”.

Мењање и поништавање решења у вези са управним спором и понављање поступка су посебни случајеви уклањања и мењања решења.¹⁴ Поред мењања и поништавања решења у вези са управним спором и понављања поступка, посебни случајеви уклањања и мењања решења су и: поништавање коначног решења; укидање решења; поништавање, укидање или мењање правоснажног решења на препоруку заштитника грађана.

7. Закон о управним споровима

Управни спор је судска контрола законитости коначних управних аката. Регулисан је Законом о управним споровима.¹⁵ На питања поступка решавања управних спорова која нису уређена тим законом сходно се примењују одредбе парничног поступка (члан 74).

Управни спор покреће се тужбом (члан 17). Покреће се против коначног управног акта донесеног у другом степену, и акта против којег није дозвољена жалба у управном поступку (члан 14). Тужба није правни лек него процесно средство којим се иницира поступак пред судом. Међутим, с обзиром да се подноси против коначне одлуке државног органа, очигледна је сличност са ванредним правним леком.

¹⁴ Посебни случајеви уклањања и мењања решења – чланови 175 до 185.

¹⁵ Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009.

Управни спор решава се пресудом (члан 40 став 1). Против пресуде у управном спору није дозвољена жалба. Предвиђена су само ванредна правна средства: захтев за преиспитивање судске одлуке и понављање поступка.

Против правоснажне одлуке Управног суда странка и јавни тужилац могу да поднесу Врховном суду захтев за преиспитивање судске одлуке (члан 49 став 1). Захтев може да се поднесе због повреде закона, другог прописа или општег акта или повреде права поступка која је могла бити од утицаја на решење ствари (члан 49 став 3).

Понављање поступка покреће се тужбом странке. То је специфичност у односу на покретање ванредних правних лекова у осталим поступцима. Као и код ванредних правних лекова у осталим поступцима, и у Закону о управним споровима, у смислу члана 56 став 1:

„поступак завршен правоснажном пресудом или решењем суда поновиће се по тужби странке:

7) ако став из накнадно донете одлуке Европског суда за људска права у истој ствари може да буде од утицаја на законитост правоснажно окончаног судског поступка”.

IV. Последице кршења права на делотворан правни лек

Право на делотворан правни лек је једно од људских права, зајемчених Уставом. Члан 22 Устава одређује да свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су настале, као и право да се обрати међународним институцијама ради заштите својих слобода и права зајемчених Уставом. Чланом 35 став 2 јемчи се сваком право на рехабилитацију и накнаду материјалне и нематеријалне штете коју му незаконитим или неправилним радом проузрокује државни орган. У складу са начелом уставности, одредбе у вези са правом на накнаду штете у случају кршења људских права, а тиме и кршења права на делотворни правни лек, садржане су и у позитивним законима Републике Србије.

V. Закључак

Уставна и законодавна регулатива Републике Србије у вези са правом на делотворан правни лек утемељена је на поштовању и рецепцији универзално прихваћених принципа међународног права и међународноправне регулативе.

Ђорђе Сарапа, PhD

attorney at law in Belgrade

THE RIGHT TO AN EFFECTIVE REMEDY

Summary:

The right to an effective remedy is one of the fundamental human rights. It is guaranteed by the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, which are fundamental documents of the United Nations for the protection of human rights and freedoms. The principles contained in these documents are incorporated into the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights) and Protocol No. 7 to the Convention, which were adopted at the regional level within the Council of Europe. The right to an effective remedy is guaranteed by the Constitution of the Republic of Serbia as one of the human rights. In accordance with the principle of constitutionality, the right to an effective remedy is enshrined in the laws of the Republic of Serbia. Legislative provisions guarantee legal entities the realization of the right to an effective remedy, through the use of ordinary and extraordinary legal remedies. The constitutional and legal regulations of the Republic of Serbia concerning the right to an effective remedy are based on the respect for and reception of universally accepted principles of international law and international legal regulations.

Keywords: constitution, law, human rights, effective remedy, appeal, extraordinary legal remedies, judgment, decision

Датум пријема рада: 10. децембар 2024.

Датум прихватања рада: 20. децембар 2024.

ТИП РАДА: СТРУЧНА КРИТИКА

УДК 347.918:331.109(497.11)

342.722

Др Јована Величковић

адвокат у Београду*

НЕЗАВИСНОСТ СУДИЈЕ VS ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ: ПРИМЕР СУДСКЕ ПРАКСЕ ИЗ ОБЛАСТИ РЕШАВАЊА РАДНИХ СПОРОВА ПОВОДОМ ИНСТИТУТА ВИШКА ЗАПОСЛЕНИХ

Сажетак:

У чланку се критички анализира пракса Врховног (касационог) суда из материје вишка запослених. Закон о раду у свега неколико чланова (153-160) регулише овај институт радног права, што је судовима дало основ да кроз образложење одлука стварају додатне услове које послодавци морају да испуне како би решења о отказу уговора о раду донета по основу члана. 179 став 5 тачка 1 Закона о раду остала на правној снази. Овакво поступање у окружењу неуједначене судске праксе, која је осим тога и подложна променама ставова, за послодавце ствара веома велики ризик, јер никада не могу бити сигурни да су поступак спровели „законито“; не могу се ослонити само на законске одредбе, већ је потребно да испуне и захтеве судске праксе који увек могу да изненаде. Циљ рада није да анализира сам правни институт као такав, већ да укаже на питања која су се појавила у судској пракси, начин на који су судови, пре свега Врховни (касациони) суд, одговорили на та питања, а све са крајњим циљем да укаже да је у овој материји потребна интервенција законодавца или седнице Грађанског одељења Врховног суда како би се за послодавце, али и запослене обезбедила правна сигурност.

Кључне речи: вишак запослених, Закон о раду, пракса Врховног суда, тумачење vs креирање права

* Електронска адреса аутора: jovana@velickovic.legal.

Аутор је члан Уређивачког одбора часописа *Бранич*.

I. Увод

Вишак запослених представља веома значајан институт радног права, јер се по правилу примењује када се пословање, у целини, или појединим организационим јединицама, не одвија у складу са пословним плановима, те послодавац више није у могућности да задржи постојећи број запослених. Код овог института се можда највише огледа веома тежак задатак радног права, а то је да у довољној мери заштити запослене, али да истовремено омогући послодавцу да број запослених регулише у складу са пословним потребама.¹ Међутим, иако је реч о веома значајном институту радног права, његово законодавно уређење је минималистичко.² Овакво стање ствари дало је основ судовима да кроз одлуке, не само тумаче законске норме, већ креирају потпуно нова правила, тачније обавезе које послодавци морају да испуне, како би одређени поступак решавања вишка запослених добио епитет законитог. Активност судова би на први поглед могла да се поздравити, међутим код овог конкретног института је отишла предалеко, што уз чињеницу неуједначене судске праксе послодавцима ствара изузетно велике проблеме, јер никада не могу бити сигурни да су поступак спровели у складу са законом. Ипак, у већини спорова и није питање да ли је послодавац поступио у складу са законом, већ да ли је испунио очекивања појединачног судије, која се можда по први пут јављају баш у његовом случају. Отуда циљ наредних излагања јесте да се укаже на досадашње стандарде судске праксе из ове области, а посебно на њихову контрадикторност и променљивост, што у пракси производи веома штетне последице, које, чини се, могу бити заустављене само изменама закона, или барем заузимања јасних правних ставова Врховног суда на седници Грађанског одељења.

1. Укратко о институту решавања вишка запослених

Може се рећи да институт радног права који се односи на утврђивање вишка запослених представља један од израза општег института уговор-

¹ Тодор Каламатиев, Александар Ристовски, „Отказ уговора о раду и заштита права радника услед престанка потребе за обављањем одређених послова у македонском радноправном систему”, *Радно и социјално право*, бр. 1/2017, 22.

² Али је и као такво усклађено са међународним прописима. Вид. Предраг Јовановић, „Питање вишка запослених у међународном и нашем праву”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2009, 49.

ног права промењених околности.³ Послодавац број запослених за чијим радним ангажовањем има потребе дефинише у односу на одређени моменат; међутим уколико се пословање не одвија по плану или наступе било које друге измењене околности, задржавање истог броја запослених може бити финансијски терет или чак немогуће за послодавца. За ову ситуацију радно право је формирало појам „вишка запослених” који послодавцу даје могућност да одређеним запосленима откаже уговор о раду. У овом случају обично се каже да је реч о отказном разлогу који се односи на потребе послодавца, а не на способности или понашање запосленог; међутим ипак се само условно може рећи да је тако. Наиме, да би послодавац могао да законито откаже уговор о раду у складу са овим отказним основом, он, по правилу, претходно мора да дефинише одређене критеријуме на основу којих ће утврдити који запослени ће бити проглашени вишком. Ти критеријуми могу бити двојачке природе, имовинске и/или професионалне.⁴ Уколико је реч о критеријумима професионалне природе, обично је реч о критеријуму оцене рада, те се у том случају не може рећи да је отказни разлог искључиво потреба послодавца, већ синтеза отказног разлога који се односи на потребе послодавца и способности запосленог.⁵

Закон о раду уређење вишка запослених везује искључиво за ситуацију колективног отпуштања, односно, како се наводи, када због технолошких, економских или организационих промена постоји потреба да се вишком прогласи већи број запослених. У складу са наведеним, Закон о раду код овог института садржи искључиво одредбе које се односе на садржину и поступак усвајања програма решавања вишка запослених. Реч је о члановима 153-160 Закона о раду.⁶

Послодавац је, према овим одредбама, дужан да донесе програм решавања вишка запослених ако утврди да ће због технолошких, економских или организационих промена у оквиру периода од 30 дана

³ Вид. Боровоје Живковић, „Вишак запослених и критеријуми”, *Радно и социјално право*, бр. 1/2017, 238–239.

⁴ Драгана Радовановић, „Технолошке, економске или организационе промене у процесу рада: узрок несигурности запослења”, *Право и привреда*, бр. 4–6/2017, 695.

⁵ Вид. Ана Лазаревић, „Радни спорови у вези са колективним отпуштањем запослених и методи за њихово решавање”, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2019, 267–268.

⁶ Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење – Закон, чл. 24.

доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено време, и то за најмање: 1) 10 запослених код послодавца који има у радном односу више од 20, а мање од 100 запослених на неодређено време; 2) 10% запослених код послодавца који има у радном односу најмање 100, а највише 300 запослених на неодређено време; 3) 30 запослених код послодавца који има у радном односу преко 300 запослених на неодређено време. Програм је дужан да донесе и послодавац који утврди да ће доћи до престанка потребе за радом најмање 20 запослених у оквиру периода од 90 дана, из напред наведених разлога, без обзира на укупан број запослених код послодавца.

Програм нарочито садржи: 1) разлоге престанка потребе за радом запослених; 2) укупан број запослених код послодавца; 3) број, квалификациону структуру, године старости и стаж осигурања запослених који су вишак и послове које обављају; 4) критеријуме за утврђивање вишка запослених; 5) мере за запошљавање: премештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификација или доквалификација, непуно радно време али не краће од половине пуног радног времена и друге мере; 6) средства за решавање социјално-економског положаја вишка запослених; 7) рок у коме ће бити отказан уговор о раду.

Послодавац је дужан да предлог програма достави репрезентативном синдикату и републичкој организацији надлежној за запошљавање, најкасније 8 дана од дана утврђивања предлога програма, ради давања мишљења. С тим у вези, треба напоменути да мишљење претходно наведених субјеката није правно обавезујуће за послодавца, али је за послодавца корисно да поступи по њему уколико се у истом указује на постојање одређених незаконитости или недоследности у самом програму. Репрезентативни синдикат дужан је да достави мишљење на предлог програма у року од 15 дана од дана достављања предлога програма. Републичка организација надлежна за запошљавање дужна је да, у истом року, достави послодавцу предлог мера у циљу да се спрече или на најмању меру смањи број отказа уговора о раду, односно обезбеди преквалификација, доквалификација, самозапошљавање и друге мере за ново запошљавање вишка запослених. Послодавац је дужан да размотри и узме у обзир предлоге републичке организације надлежне за запошљавање и мишљење синдиката и да их обавести о свом ставу у року од 8 дана.

Критеријум за утврђивање вишка запослених не може бити одсуствовање запосленог са рада због привремене спречености за рад, трудноће, породилског одсуства, неге детета и посебне неге детета.

Осим наведеног, Закон ни на који начин не ограничава послодавца у сегменту одабира и начина примене критеријума. На овом месту је потребно указати да је судска пракса заузела став да се критеријуми примењују само у околностима када се на позицији умањује број извршилаца, те је запослене потребно изложити међусобној конкуренцији. У околностима када се укида позиција, став суда је да послодавац није у обавези да донесе и примени критеријуме (Рев 2 2043/2019 од 20. маја 2020. године). Међутим, овај став може бити упитан у околностима када послодавац само у односу на одређене запослене на укинutoј позицији има могућност да примени мере запошљавања, у ком случају би на основу одређених мерила морао да утврди који запослени имају приоритет у примени мера, а којима ипак мора да откаже уговор о раду.

Послодавац је дужан да пре отказа уговора о раду до кога је дошло зато што је због технолошких, економских или организационих промена престала потреба за обављањем одређеног посла или до смањења обима посла, запосленом исплати отпремнину, чија је висина дефинисана законом. Запослени коме послодавац после исплате отпремнине откаже уговор о раду због престанка потребе за његовим радом остварује право на новчану накнаду и право на пензијско и инвалидско осигурање и здравствену заштиту, у складу са прописима о запошљавању.⁷

Веома битна одредба садржана је у члану 182 Закона о раду која прописује да ако откаже уговор о раду запосленом у случају из члана 179 став 5 тачка 1) овог Закона, послодавац не може на истим пословима да запосли друго лице у року од три месеца од дана престанка радног односа, осим у случају запошљавања особе са инвалидитетом или здравственим сметњама у смислу члана 102 став 2 Закона о раду.

Међутим, иако је Закон о раду вишак запослених примарно везао за колективно отпуштање, у пракси овај институт се користи и када послодавац има потребе да вишком прогласи чак и само једног запосленог. Овакво поступање је дозвољено на основу члана 179 став 5 тачка 1) Закона о раду који прописује да запосленом може престати радни однос ако услед технолошких, економских или организационих промена престане потреба за обављањем одређеног посла или дође до смањења обима посла. Дакле, Закон о раду у овом случају отказни разлог не везује искључиво за примену одредби чланова 153–160 које регулишу колективно отпуштање, већ само користи исту терминологију

⁷ Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености, *Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017, 113/2017 – др. закон и 49/2021, чл. 67 и 78.

као и члан 153 (техничке, економске или организационе потребе). Разлика између члана 153 и члана 179 став 5 тачка 1) јесте у томе што први говори о престанку потребе за радом одређеног броја запослених (акцент је на субјекту), док други члан говори о престанку потребе обављања одређеног посла или смањења обима посла (акцент је на предмету).

2. Практични значај теме разматрања

Према Извештају од раду Националне службе за запошљавање за 2023. годину, предлог програма решавања вишка запослених је доставило 35 послодаваца за укупно 2.106 запослена. Међутим, број лица којима је по основу вишка запослених престао радни однос током ове године је значајно већи, јер према подацима о исплати накнаде у случају престанка радног односа, просечан број корисника за 2023. годину, а којима је радни однос престао по основу вишка запослених је 8.679. У овом случају је реч о запосленима којима је отказан уговор о раду по основу вишка у околностима када послодавац није у обавези да донесе програм. Подаци за 2022. годину су: 42 предлога програма решавања вишка запослених (достављена од стране 39 послодаваца), за укупно 3.273 запослених који су проглашени вишком, просечан број осигураника којима је исплаћивана накнада по наведеном основу је 9.896, док су подаци за 2021. годину: 29 предлога програма (достављена од стране 27 послодаваца), за укупно 1.466 запослених, просечан број запослених којима је исплаћивана накнада по овом основу 10.738.⁸

Дакле, имајући у виду статистичке податке, у овој материји радног права сваке године постоји ризик од покретања хиљада радних спорова. Ризици којима су послодавци изложени у овим споровима се, осим самом могућношћу покретања, усложњава стањем судске праксе, које не задовољава ни минимум стандарда правне сигурности.

3. Обавезе послодавца када се не доноси програм вишка запослених

Како је наведено, Закон о раду релативно јасно дефинише када је послодавац у обавези да донесе програм решавања вишка запослених

⁸ Извештаји од раду Националне службе за запошљавање за све три године доступни на адреси: <https://www.nsz.gov.rs/sadrzaj/izvestaj-i-program-rada-nsz/4109>, 31. 12. 2024.

(иако и ово питање може бити спорно),⁹ а одредбе које се односе на вишак запослених по слову закона примењују се искључиво код колективног отпуштања и обавезе доношења програма.

У случају када послодавац због планираног броја запослених које намерава да прогласи вишком није у обавези да донесе програм решавања вишка запослених, у пракси се поставило питање да ли је у обавези да аналогно примени сва или одређена правила која се односе на програм решавања вишка запослених, а посебно да ли је у обавези да донесе критеријуме на основу којих утврђује који запослени су вишак (уколико се по позицијама смањује број извршилаца).

Тренутно актуелни став Врховног суда јесте да чак и у ситуацији када послодавац није у обавези да донесе програм решавања вишка запослених, то му не даје дискреционо право да без одређеног критеријума самостално одлучи који запослени представљају вишак, већ мора образложити зашто у ситуацији смањења броја извршилаца отпушта одређеног радника (Рев2 1601/2020 од 21. октобра 2020. године). Идентичан став заузет је у одлуци која је донета месец дана раније, а у којој се наводи да у ситуацији када послодавац није у обавези да донесе програм решавања вишка запослених, то му ипак не даје право да, без одређеног критеријума, сам одлучи који запослени представља вишак, што је у разматраној ситуацији био случај. Наиме, у овом конкретном случају, отказ уговора о раду тужиоцу је дат на основу дискреционог овлашћења директора, а без унапред утврђених критеријума, који су само паушално наведени и без утврђених чињеница о оцени резултата рада запосленог коме се отказује уговор о раду, али и других запослених који су у овом случају били изложени конкуренцији, а што је све било основ да се отказни акт поништи као незаконит (Рев2 987/2020 од 30. септембра 2020. године).

Осим обавезе утврђивања и примене критеријума, послодавци су, чак и када не доносе програм, у обавези да посебном одлуком образложе и докажу пословне промене које су наступиле. Сходно ставу Врховног суда, послодавац то чини одлуком о увођењу технолошких, економских или организационих промена (ако нема обавезу доношења програма), после које се по правилу доноси измена акта о систематизацији радних места; у конкретном случају који је разматра Врховни суд, послодавац није донео одлуку којом се утврђује да су наступиле технолошке, економске или организационе промене које доводе до престанка потребе за радом запослених, односно да ће доћи до смањења обима

⁹ Вид. А. Лазаревић, 228.

посла, а с тим у вези и до смањења броја извршилаца на одређеним пословима, те по ставу Врховног суда није доказао постојање отказног разлога (Рев2 2640/2019 од 28. јануара 2021. године).

Дакле, Врховни суд сматра да, без обзира да ли сходно члану 153 Закона раду има обавезу да донесе програм решавања вишка запослених, послодавац мора испоштовати „логику“ доношења програма, те најпре мора донети одлуку којом објашњава промене и којом дефинише критеријуме на основу којих ће утврдити који запослени ће бити проглашени вишком, а потом мора изменити акт о систематизацији радних места и, тек након свих ових корака, донети отказни акт.

Овај став Врховног суда, у делу обавезе доношења и примене критеријума, био је прилично оштро оспораван од стране припадника исте правосудне професије.¹⁰ Критика се не залаже за доношење отказног акта без било каквог образложења, али се износи један веома важан аргумент који има ширу примену за предмет разматрања, а то је да Закон о раду обавезу доношења критеријума везује само за програм решавања вишка запослених, те када те обавезе нема, онда не могу постојати ни обавезе које се односе искључиво на програм решавања вишка запослених. Како се у наведеном раду наводи, судови имају овлашћење да тумаче, али немају овлашћење да креирају право. Ова реченица може се рећи да је суштинска за предмет разматрања, јер су судови у овој материји отишли сувише далеко у „тумачењу“ права, како ће бити објашњено примерима који следе у наставку излагања.

Може се разумети потреба суда да буде познато на који начин и по основу којих критеријума су поједини запослени проглашени вишком, али заиста није јасан захтев суда да послодавац мора да донесе посебну одлуку којом образлаже настале пословне промене и како је могуће да би таква одлука могла бити једини доказ да су промене заиста наступиле. Захтев за постојањем посебне одлуке којом се доказују настале промене представља претерани формализам. Због чега би послодавцу било онемогућено да доказним средствима током поступка доказује постојање пословних промена, а посебно уколико га ниједна одредба закона не обавезује да донесе одлуку како се имплицира у одлуци суда? Једна од одлука суда на ову тему је свакако била прва у пракси, због чега би послодавац који пре тога није могао бити свестан ове наметнуте обавезе требало да трпи негативне последице, када је био у потпуности савестан, јер га закон није обавезивао да донесе „одлуку о увођењу технолошких, економских или организационих промена“?

¹⁰ Б. Живковић, 245–248.

4. Неусаглашеност судске праксе о веома битном питању – да ли је измена акта о систематизацији *conditio sine qua non* настанка пословних промена

Већина одлука Врховног суда говори у прилог томе да је измена акта о систематизацији обавезан корак у поступку решавања вишка запослених и да пре ступања на снагу измена овог акта послодавац не може донети решење о отказу. Чини се да је ово питање било доста спорно у пракси, јер се већи број одлука бави овом темом. Статистички гледано, већи је број одлука у којима суд заузима став да је измена акта о систематизацији предуслов за законитост отказног акта и то у виду ступања на снагу измена пре доношења отказног акта, у односу на одлуке у којима се износи супротан став. Врховни суд је препознао две ситуације – прва је када измена систематизације уопште није донета пре отказног акта, а друга, када јесте донета, али није ступила на снагу у време доношења отказног акта.

Тако, на пример, у једној одлуци Суд наводи:

„Тужени у смислу правила о терету доказивања из члана 231 ЗПП, како то правилно закључује другостепени суд, није суду доставио доказ да је након доношења Одлуке, а пре доношења оспореног решења о отказу уговора о раду од 21. 12. 2017. године, наведене организационе промене предвидео и у општем акту – Правилнику о организацији и систематизацији послова изменом тог акта, а у погледу промене у броју потребних извршилаца на радном месту референта продаје на терену” (Рев2 157/2021 од 18. марта 2021. године).

У другом случају, послодавац је пре доношења отказног акта донео измене систематизације, али које нису ступиле на снагу, што је по оцени Суда такође било незаконито и због чега је поништено решење о отказу (Рев2 4249/2019 од 5. новембра 2020. године). Овај став се понавља у одлуци Рев2 1785/2019 од 30. септембра 2020. године у којој се каже да је законитост решења о отказу уговора о раду тужиље условљена, поред постојања законских разлога из члана 179 став 5 тачка 1) Закона о раду, и ступањем на снагу Правилника којим је укинута њено радно место пре доношења наведеног решења. Наведено произлази из члана 196 став 1 Устава Републике Србије који прописује да се закони и сви други општи акти, објављују пре ступања на снагу, као и да закони и други општи акти ступају на снагу најраније осмог дана од дана објављивања и да могу да ступе на снагу раније само ако за то постоје нарочито оправдани разлози, утврђени приликом њиховог доношења. Идентичан став се заузима у одлукама Рев2 313/2019 од 12. марта 2020.

године, Рев2 2543/2021 од 26. јануара 2022. године и Рев2 2596/2022 од 20. септембра 2023. године.

У вези са изменом акта о систематизацији, као услову законитости поступка решавања вишка запослених, Врховни суд је у појединим одлукама поставио додатне захтеве, па је тако у одлуци Рев2 1601/2020 од 21. октобра 2020. године заузео став да се оцењивање запослених не може вршити пре него што се измени правилник о систематизацији радних места. У конкретном случају, послодавац је најпре одлуком утврдио списак запослених који су вишак, па је тек након тога изменио систематизацију радних места.

Затим, занимљив је став суда по питању форме измена акта о систематизацији. Суд је заузео став да се акт о систематизацији не може мењати одлуком директора, јер

„по налажењу Врховног касационог суда, у овом спору правилно је примењено материјално право, посебно са разлога што је измена Правилника о организацији и систематизацији послова којом је број запослених на тужиљином радном месту смањен за једног извршиоца извршена *акциом* *ниже правне снаге* – одлуком *директора*. С`обзиром да је ова *измена систематизације била основ да се тужиљи ошкаже уговор о раду*, као вишку запослених, нижестепени судови су из тог разлога извели правилан закључак о незаконитости отказа уговора о раду у смислу члана 179. став 5. тачка 1. Закона о раду” – (Рев2 3026/2020 од 18. јуна 2020. године).

У овом случају је реч о изолованом ставу који није заживео у пракси, чак ни од стране нижестепених судова, а представља један од веома изненађујућих примера иновативности ревизијског суда.

Међутим, у другим предметима Врховни суд је заузео став да је основ за отказ уговора о раду одлука о увођењу промена, а не измена систематизације, те да је дозвољено да правилник о систематизацији и решење о отказу уговора о раду буду донети истог дана. Међутим, у конкретном случају Суд је прихватио аргумент туженог да је измена акта о систематизацији ступила на снагу даном доношења (што је упитно само по себи), те овом одлуком Суд ефективно није одступио од претходне праксе, али јесте у делу када наводи да је основ за отказ уговора о раду одлука о увођењу промена, а не измена акта о систематизацији (Рев2 3385/2019 3. децембра 2020. године).

До правог одступања од претходне праксе дошло је у одлуци Рев2 2657/2023 од 22. новембра 2023. године у којој суд наводи

„Првостепени суд је усвојио тужбени захтев тужиље налазећи да је одлука о систематизацији радних места донета 27.12.2018. године и да је Правилник о систематизацији ступио на снагу 31.12.2018. године. Тужиљи је до-

нето решење о отказу 27.12.2018. године иако је Правилник ступио на снагу 31.12.2018. године, па из тога произлази да тужили није могао бити отказан уговор о раду пре него што је предметни Правилник о организацији и систематизацији ступио на снагу (...) Другостепени суд није прихватио овакву правну аргументацију првостепеног суда налазећи да је тужени у самој одлуци о измени Правилника о организацији и систематизацији полова утврдио разлоге због којих је сматрао битним да одлука ступа на снагу пре осмог дана од дана објављивања а суд није надлежан да оцењује оправданост наведених разлога (...). *Ошказ тужили није даи збои измене Правилника о организацији и систематизацији полова ниши је Правилник био основ за доношење решења о раду већ је решење о отказу уговора о раду тужили донет у поступку реализације решавања вишка запослених којом је обухваћено и радно место на коме је тужила радила, односно за које радно место је тужила имала закључен уговор о раду... Ово из разлога што у случају потребе да се изврши нова систематизација радних места, дискреционо право је послодавца да ли ће укинути одређена радна места или ће послове које је покривало радно место расподелити на вршиоце других послова. У овом случају то је и учињено. Тужени је донео одлуку 27.12.2018. године која је ступила на снагу 31.12.2018. године шј. Ирактично је дошло до измене Правилника о организацији и систематизацији којим је укинуто радно место ... на којем радном месту је тужила радила”.*

Овакав став је изнет и у одлуци новијег датума – Рев2 2214/2022 од 31. јануара 2024. године:

„Основано се ревизијом туженог указује да је погрешан закључак ниже-степених судова да у конкретном случају нису наступиле промене предвиђене чланом 179. став 1. тачка 9. Закона о раду, јер у време доношења оспореног решења измењен Правилник о организацији и систематизацији полова још увек није ступио на правну снагу. Међутим, овај суд указује на одредбе члана 155. став 1. тачка 1. Закона о раду, којима је прописано да програм садржи разлоге престанка потребе за радом запослених у којима се наводи промена (технолошка, економска, организациона) која је довела до престанка потребе за радом запослених, *што значи да је та промена констатуисана програмом, а не актом о систематизацији полова. Значи ошказ уговора о раду тужили није даи збои измена Правилника, ниши је Правилник био основ за доношење решења о ошказу, већ је решење о ошказу донето у поступку реализације Програма решавања вишка запослених од 24.04.2013. године, након поступка који је спроведен у складу са Програмом, односно у складу са одредбама чл. 153-160. Закона о раду, а у реализацији Одлуке туженог од 20.03.2013. године.”*

Дакле, овде суштинско питање јесте да ли је измена акта о систематизацији и њено ступање на снагу предуслов законитости спровођења поступка решавања вишка запослених. Чини се да је суд у односу на ову тему размишљао прилично формалистички, без улажења

у суштину ствари. Уколико се погледају образложења одлука у којима се износи став да акт о измени систематизације јесте предуслов законитог спровођења поступка, а нарочито његово ступање на снагу, углавном се став образлаже тиме да без измена акта о систематизацији послодавац не може да докаже наступање пословних промена које су проузроковале потребу решавања вишка запослених. У прилог томе да ревизијски суд постојање пословних промена утврђује примарно кроз доношење радно-правне документације говори и следећа одлука:

„Терет доказивања чињеница да разлог за престанак радног односа или стављање запосленог у неповољан положај на било који начин не лежи у статуту или синдикалном деловању запосленог је на послодавцу. Тужени у судском поступку, достављањем Правилника о систематизацији и организацији послова од 20.02.2017. године са организационом шемом, Одлуке о утврђивању програма вишка запослених у поступку приватизације од 2015, 2016. и 2017. године са организационом шемом, предлога Програма за решавање вишка запослених из марта 2017. године и доказа да је исти достављен Националној служби за запошљавање и организацији Самосталној синдикали „Травал Корпорација“ АД Крушевац, доказао је да је престанак радног односа тужиље-противтужене последица економских и организационих промена код послодавца услед којих је дошло не само због укидања радног места на коме је тужиља-противтужена радила, већ и до укидања целе службе (Рев2 2435/2022 од 6. априла 2023. године).

Међутим, приступ да радно-правна документација примарно представља доказ насталих промена није оправдан из два разлога. Први разлог је да послодавац неспорно може и на други начин доказати наступање пословних промена. Други разлог, а који се односи на услов доношења или ступања на снагу акта о измени систематизације, који се у судској праски види као кључни доказ насталих промена јесте да по Закону о раду послодавац није у обавези да у акту о систематизацији пропише број извршилаца. Самим тим, уколико акт не садржи број извршилаца по позицији, онда измена овог акта не може представљати доказ чињенице да на одређеном радном месту послодавац више нема потребе за седам, већ на пример, пет извршилаца. Свакако овај аргумент није применљив у ситуацији када се потпуно укида радно место, услед чега би оно требало да се брише из акта о систематизацији и овај акт би могао представљати доказ насталих промена. Међутим, уколико говоримо о условима за законито спровођење поступка, који не могу бити резултат утиска из појединачног случаја, већ морају бити јасно прописани законом, онда није у духу права на правично суђење да се ти услови „одокативно“ одређују, па у једном случају су једни, а у другом случају сасвим други. Уколико је на једном примеру доказано да

нема основа за тврдњу да измена акта о систематизацији представља *conditio sine qua non* настанка пословних промена, а то је случај када послодавац овим актом не дефинише број извршилаца, онда се овај корак не може уздићи на ниво општег услова законитости спровођења поступка, јер у крајњем исходу Закон тако нешто не прописује. Закон јасно дефинише само поступак доношења програма и обавезне елементе које он мора да садржи. Измена акта о систематизацији у појединим случајевима може помоћи суду да утврди да ли су промене настале и свакако је да треба да буду донете, али тврдити формалистички да је измена овог акта, а посебно његово ступање на снагу пред услов законитости поступка решавања вишка запослених је поступање противно Закону о раду. Услови за спровођење поступка решавања вишка запослених морају бити једнаки за све послодавце. Међутим, како је могуће да и послодавац који са мање од 10 запослених може имати потребу проглашења вишка запослених, а који по Закону не мора имати акт о систематизацији, то даље води закључку да би се овај услов законитости поступка односио само на послодавце са преко 10 запослених. Наведено представља још један разлог односно пример за став да измена и ступање на снагу измена акта о систематизацији не може бити *conditio sine qua non* законитости спроведеног поступка решавања вишка запослених који морају бити једнаки за све послодавце.¹¹ Уколико послодавац током поступка докаже постојање пословних промена, а акт о измени систематизације ступи на снагу након доношење отказног акта, не види се ни један разлог због чега би дату ситуацију требало посматрати строго формалистички и поништити отказни акт, јер закон основ за доношење отказног акта не заснива на формалном моменту – ступање на снагу измена систематизације, већ на суштинском разлогу, а то је наступање пословних промена које су проузроковале потребу решавања вишка запослених.

5. Суд је само формално, али не и суштински признао аутономију послодавца да организује процес рада

У одлукама се често може наићи на став суда да је искључива аутономија послодавца да регулише процес рада, те да суд није овлашћен да преиспитује наступање технолошких, економских или организационих промена које су условиле престанак потребе за радом запослених (Рев2 832/2020 од 24. децембра 2020. године).

¹¹ За сличан став у литератури вид: Велисав Марковић, „Престанак радног односа по основу престанка потребе за радом запосленог у судској пракси”, *Право и привреда*, бр. 4–6/2017, 723.

Тако на пример, у одлуци Рев2 125/2021 од 23. марта 2022. године Врховни суд наводи следеће:

„Супротно наводима ревизије којима се указује да није престала потреба за радом тужиље јер су послове које је она обављала (након укидања њеног радног места) наставили да раде други запослени, право је туженог као послодавца, да у циљу рационализације и уштеде у пословању сам креира и организује процес рада и одреди начин на који ће се обављати поједини послови, па и поверавањем појединих послова из описа претходно постојећег радног места, другим запосленима у оквиру других радних места. Такво прераспоређивање послова не значи да радно место на коме је тужиља била запослена није укинута. *Питање настајања технолошких, економских и организационих промена, које су условиле престанак потребе за радом запослених, организација пословања, број и структура запослених који су потребни послодавцу за успешно пословање, односно структура и број запослених за чијим је радом престала потреба, су у домену економске политике послодавца, која не може бити предмет оцене у судском поступку за заштиту права запослених за чијим је радом престала потреба (у радном спору). Суд у таквом поступку преиспитује само законитост спроведеног поступка утврђивања вишка запослених и доношења решења по том основу”.*

Идентичан став Суд је заузео и у каснијој одлуци од Рев2 452/2024 од 27. марта 2024. године.

Такође, Суд сматра дозвољеним да се ради обављања истих или сличних послова у односу на које је дошло до проглашења вишка запослених ангажују лица ван радног односа – *„Околности што је тужени ангажовао за рад других лица преко лизинг компанија није од значаја на законитости решења о отказу, јер на тај начин није заснован радни однос код туженог, већ су та лица у радном односу код услужних предузећа, због чега су неосновани наводи ревизије о погрешној примени материјалног права”* (Рев2 2121/2019 од 30. септембра 2020. године).

Међутим, овај став, који је неспорно исправан, је релативизован овлашћењем суда да испитује да ли су промене заиста наступиле. Дакле, суд не може да преиспитује да ли је одређена пословна промена била оправдана или није, али може да преиспитује да ли та промена заиста постоји.¹² На тај начин судови су дошли до појма злоупотребе института решавања вишка запослених.

Сходно ставу Врховног суда, злоупотреба постоји када се запослени премести на позицију која касније буде укинута, у околностима када је тужени у тренутку премештаја тужиоца знао да ће позиција на коју га

¹² Б. Живковић, 240.

премешта бити укинута (Рев2 1195/2020 од 18. фебруара 2021. године). Затим, према ставу Суда, злоупотреба постоји уколико се у акту о систематизацији само измени назив радног места, како би се створио привид да је дошло до укидања позиције.¹³

Веома значајна одлука на ову тему, Рев2 2571/2019, донета је 20. маја 2020. године у којој Врховни суд износи став да се институт злоупотребава ако се користи да би се без одређене законске процедуре отпустили запослени који не остварују радне резултате, не испуњавају радне обавезе или крше радну дисциплину или да би се на њихово место у релативно кратком временском року запослили други – нови радници. Идентичан став је поновљен у одлуци која је донета четири године касније (Рев2 3614/2022 од 15. маја 2024. године).

Тако на пример, Врховни суд у одлуци Рев2 2570/2018 од 27. маја 2020. године наводи:

„У конкретном случају, тужени је донео измену Правилника о организацији и систематизацији радних места, којим је укинута радно место хигијеничара у логистици на коме је тужилац радио. Међутим, понашање туженог након отказивања уговора о раду тужиоцу, запошљавањем 227 новозапослених извршилаца на пословима на којима се тражила стручна спрема и радне способности које је поседовао и тужилац, указује на могућу злоупотребу отказивања уговора о раду по основу технолошког вишка од стране послодавца. Наиме, то што је тужилац запослио друге раднике са истом стручном спремом коју има и тужилац на другим пословима указује да је тужени своју потребу за запосленима могао задовољити и премештајем тужиоца на друге послове, а не отказом уговора о раду као технолошком вишку. Не може се прихватити закључак другостепеног суда да је тужени у спорном периоду ангажовао раднике без заснивања радног односа на неодређено време, уколико се ради о пословима за које је и тужилац испуњавао услове и на које је могао бити распоређен, у којој ситуацији је тужени у складу са одредбом члана 171. Закона о раду морао тужиоцу понудити измену уговора о раду у делу који се односи на премештај на друге одговарајуће послове.”

Затим, у одлуци Рев2 657/2021 од 1. децембра 2022. године суд наводи:

„Аутономно је право послодавца да уводи организационе промене у циљу бољег пословања, али се у конкретном случају морају имати у виду и ценити све околности, нарочито околност да је тужени у врло кратком року донео акт о систематизацији којима је исте послове (њихов највећи део) поверио тужиоцу и другом запосленом (...), а затим донео нови акт којим је укинуо радно место тужиоца. У таквим околностима, нижестепени су-

¹³ *Ibid.*

дови нису утврдили разлоге за такво поступање туженог, нити су исто ценили са аспекта евентуалне злоупотребе права (привидно право се врши исправно) које не може уживати судску заштиту.”

По овом питању битно је поменути и одлуку Рев 2 3291/2022 од 14. фебруара 2024. године у којој суд наводи „По оцени Врховног суда Шугиља, на којој је био *шерет* доказивања у смислу члана 231. ЗПП, није доказала да је предметно решење о отказу уговора о раду Шугиљи донето ‘*злойошребом инстинктуша технолошкој вишка*’ ”.

Неспорно је да је у пракси могуће да послодавци злоупотребљавају институт вишка запослених, те да по наведеном основу откажу уговор о раду, када не постоји ниједан други основ, иако суштински није било пословних промена. Међутим, у овом случају може бити проблематично на који начин се цени да ли је институт злоупотребљен или није. Уколико у датом моменту послодавац има потребе за применом вишка запослених, те по наведеном основу откаже одређени број уговора о раду, а затим у релативно кратком периоду, па чак и у оквиру од три месеца из члана 182 Закона о раду, има потребе за новим запосленима, то аутоматски не треба да води закључку да је било злоупотребе. Можда је послодавац након отказивања уговора о раду потпуно ненадано закључио уговор о пословној сарадњи, који је узроковао потребу за новим запосленима. Такође, право послодавца да организује процес рада не треба ограничавати постојањем искључиво пословним променама већих размера. Због чега би се послодавцу ускратила могућност да на основу континуиране оцене резултата пословања утврди да ли му је потребан постојећи број извршилаца, или у које организационе јединице ће распоређивати своје запослене. Злоупотребе су могуће, али се ово својство не може олако приписивати неким основним овлашћењима послодавца у сегменту права на организацију сопственог пословања, већ се злоупотреба мора доказати у сваком појединачном случају и то пре свега доказивањем постојања намере злоупотребе. Концепт злоупотребе не би смео да има објективну, већ субјективну природу.

6. Образложење решења о отказу сигуран пут за поништај отказног акта

У ранијој судској пракси Врховни суд је био става да послодавац не мора детаљно образлагати отказни акт у погледу настанка пословних промена, али их мора навести, што је теорија препознала као дериват претходног правила, а то је аутономија послодавца да организује процес рада.¹⁴

¹⁴ *Ibid.*

Међутим, у одлукама новијег датума овај став је измењен на начин да се фокус образложења са пословних промена пребацује на сегмент поступка селекције запослених, те се захтева да у образложењу решења буду наведени примењени критеријуми и број бодова запослених на месту на коме се смањује број извршилаца (Рев2 3282/2019 од 15. јула 2020. године). Идентичан став се понавља у одлуци Рев2 2712/2020 од 21. октобра 2020. године и додаје да „из садржине решења о отказу уговора о раду не произлази да је и како шужени у конкретном случају применио критеријуме, а што је неопходан услов за законитост решења”.

Затим, у одлуци Рев2 1195/2020 од 18. фебруара 2021. године се износи захтев да у отказном акту буду наведени и конкретни разлози због чега тужилац није могао бити премештен на друго радно место.

Свакако да се захтев суда да решење о отказу уговора о раду буде образложено не може оспоравати; међутим споран је обим захтева који суд у овом сегменту износи. Веома је битно да се граница образложења заустави код чињеница које су објективне и које је, као такве, и могуће навести у решењу, попут набрајања примењених критеријума или оцена. Са друге стране, захтев да се у отказном акту наведе „како је шужени у конкретном случају применио критеријуме” је превазилажење ове границе, јер је потпуно нејасно шта се под овим појмом подразумева и суд у сваком конкретном случају по слободној оцени може рећи да је задовољан или није датим образложењем. На овај начин се ствара велика правна несигурност за послодавце, јер заправо никада не могу знати шта све тачно треба да наведу у образложењу решења о отказу, а да би отказни акт касније опстао у правном промету. Чак и у односу на објективно мерљиве чињенице, попут набрајања примењених критеријума или датих оцена, зар стандард права на правично суђење подразумева да се отказни акт може поништи јер не садржи ове податке, а који се током поступка могу несумњиво доказати другим доказима? Дакле, послодавац који је донео критеријуме и по њима оценио запослене треба да трпи штетне последице, јер ове податке који су лако проверљиви није навео у отказном акту, а све у околностима када га на тако нешто не обавезује Закон о раду. Захтев за претераним образложењем решења о отказу је посебно споран у околностима када послодавац има обавезу да донесе програм, који садржи све елементе дефинисане законом, те запослени веома јасно и поуздано могу да се информишу о читавом поступку. Сврха образложења отказног акта је да се запослени информише о разлозима престанка радног односа, те уколико је та сврха остварена на други начин и то буде доказано у поступку, позивање на недостатак образложења отказног акта је претерани формализам.

7. Критеријум оцене резултата рада – циљ који је недостижан за послодавце

Свеукупна анализа доступне судске праксе из области решавања вишка запослених води основном закључку, а то је да се послодавци са највећим проблемима у виду захтева судске праксе суочавају у случају када примењују критеријум оцене резултата рада, јер је тада готово немогуће да испуне очекивања суда која се стално мењају. Динамика судске праксе у овом сегменту је посебно спорна, јер Закон о раду не уређује критеријуме које послодавац мора да примењује, а посебно не уређује начин на који би се критеријуми примењивали. Додатни проблем код оцене резултата рада јесте што Закон о раду, чак ни у редовним околностима, не уређује вредновање рада запослених, осим посредно код радног учинка и отказног разлога који се односи на знање и способност запосленог.¹⁵ Имајући у виду наведено, у теорији се износи став да је одабир и примена критеријума у искључивој аутономији послодавца, те да је у овом сегменту послодавац везан искључиво одредбама сопственог општег акта, уколико исти уређује врсте и начин примене критеријума.¹⁶

Међутим, одлуке Врховног суда говоре другачије, те је Суд, без законског основа, пред послодавце изнео следеће захтеве:

а) Критеријуми за оцењивање могу да се дефинишу тек Програмом, што прописује и сам Закон, али је потпуно неочекивано судској пракси било спорно у ком тренутку се може вршити оцењивање по основу тих критеријума.

У једној одлуци се наводи да се оцењивање не може спровести пре ступања на снагу програма (Рев2 1714/2018 од 22. априла 2021. године). Ова одлука је проблематична из више разлога. На првом месту, програм не може да „ступи на снагу” јер није општи акт послодавца,¹⁷ а друго, с обзиром на то да је доношење програма фактички окончање поступка решавања вишка запослених, поставља се питање како је могуће да се оцењивање спроведе тек по доношењу програма. Међутим, без обзира на наведено, решења послодавца су поништена као незаконита са изнетим образложењем.

¹⁵ Љубинка Ковачевић, „Вредновање способности и рада запослених – кључни правни аспекти”, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013, 561.

¹⁶ Б. Марковић, 719.

¹⁷ Љубинка Ковачевић, „Општи акти привредних друштава као извор радног права”, у: Душан В. Поповић (ур.), *Liber amicorum професор др Мирко Васиљевић*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, 779–808.

У прилог томе да се оцењивање не може вршити по доношењу програма говори друга одлука, у којој суд каже да списак запослених који су утврђени вишком мора бити саставни део програма (Рев2 1457/2020 од 30. септембра 2020. године), што иначе прописује и сам Закон о раду у члану 155.

Такође, једна друга одлука говори да се оцењивање може спровести пре доношења програма, а на основу критеријума који се касније дефинишу програмом, те се наводи да нема законских препрека да се прописани критеријуми за утврђење вишка запослених, конкретан број, квалификациона структура, године старости и стажа осигурања запослених који су вишак утврди на основу оцене остварених резултата рада свих запослених код послодавца дате за период који претходи датуму објављивања програма, а на основу примењених критеријума који се касније наведу у програму, а утврђено је да је послодавац применио управо критеријуме које је касније навео у програму (Рев2 2655/2019 од 10. јуна 2020. године).

Још једна одлука говори у прилог томе да отказни акт не може бити донет пре утврђења списка запослених који су вишак, те се наводи да околност да је то учињено у две фазе (критеријуми су утврђени једним актом, а списак запослених који су проглашени вишком другим) није релевантна, већ је пропуст настао у томе што су решења о отказу донета пре утврђеног списка запослених (Рев2 1414/2018 од 3. октобра 2019. године).

б) Следећи сегмент који се појавио као споран јесте да ли критеријуми за оцењивање морају бити утврђени општим актом, да ли општим или другим актом послодавца мора бити дефинисан начин оцењивања, затим да ли се запослени морају обавестити да се врши њихово оцењивање и, коначно, да ли им се мора дати могућност изјављивања приговора на дате оцене. На сва ова питања у појединим одлукама Врховни суд се изјаснио потврдно, мимо било каквог утемељења у Закону. У наставку следе примери ставова из тих одлука (*подвлачење догађаја*):

1. решење о отказу мора да садржи оцене тог запосленог, али и осталих који су оцењивани; *оцењивање је извршено пре него што су утврђени критеријуми, шј., морају им бити познати критеријуми*, за који период су оцењивани, када је тачно оцењивање спроведено, запослени морају бити упознати са оценама (Рев2 1033/2019 од 28. октобра 2020. године);
2. послодавац *није прописао критеријуме и процедуру вредновања*; запослене није обавестио да ће њихов рад бити вреднован, а није им саопштио оцену, а самим тим ни могућност да на исту приговоре (Рев2 1601/2020 од 21. октобра 2020. године);

3. *саслушањем сведока се не може доказивати постојање и примена критеријума*, када се то не произилази ни из одлуке туженог о одређивању престанка потребе за радом одређеног броја запослених, ни из спроведеног поступка код туженог, као ни из одлуке о престанку радног односа тужиљи (Рев2 1863/2016 од 16. марта 2017. године).

4. „По оцени Врховног касационог суда, непосредни руководиоца није извршио оцењивање запослених *на такав начин што би за свакој запосленој појединачно била даша образложена оцена на основу свакој елементу којим се утврђују резултати рада прописани чланом 39 Ојшине Колективног уговора, већ је оцена рада даша уопштено*. Образложеном оценом сваког елемента који садржи критеријуме резултата рада утврђује се који запослени има најнижу оцену. Уколико оцењивање запослених није извршено на описан начин, директор туженог не може да прихвати акт непосредног руководиоца у којем је запосленом уопштено дата најнижа оцена рада у односу на остале запослене на истом радном месту”. (Рев2 453/2015 од 25. новембра 2015. године).

5. „Тужени у жалби, а сада и у ревизији указује, да тужилац током поступка није оспоравао начин вредновања резултата рада запослених, али по налажењу ревизијског суда ови наводи су без утицаја на другачије одлучивање, из разлога што је код престанка радног односа на иницијативу послодавца терет доказивања чињеница које су повезане са отказом уговора о раду на послодавцу, а не на запосленом коме је радни однос престао, у смислу члана 231 у вези са чланом 7 ЗПП. Имајући у виду да тужени током поступка *није доказао да је утврђене критеријуме примењивао према свим запосленима на истом радном месту* (возач доставних возила), нижестепени судови су правилном применом правила о терету доказивања оценили да је оспорено решење незаконито донето”. (Рев2 1357/2014 од 1. априла 2015. године).

6. „Тужена је претходно морала да утврди нормативе и стандарде рада, као и да *општим актом предвиди критеријуме на основу којих ће се вршити оцењивање запослених*, са којим критеријумима запослени морају да буду упознати, што је све у конкретном случају изостало. Такође, решење о отказу уговора о раду мора да садржи чињенице о оцени резултата рада запосленог коме се отказује уговор о раду, али и других запослених, који су били изложени конкуренцији, што такође овде није случај, јер *побијано решење само набраја критеријуме за утврђивање вишка запослених без образложења како су они заиста и примењени у погледу тужиље*”. (Рев2.2543/2021 од 26. јануара 2022. године).

7. „Табела оцене рада тужиље и осталих запослених на том радном месту *садржи само бројчану оцену без икаквој образложења и описне оцене рада* за тужиљу и друге упоређиване запослене, према таксативно наведеним критеријумима. Зато се не може ни утврдити на основу којих елемената по сваком од критеријума је дата оцена за запослене који се пореде па и за тужиљу”. (Рев2 863/2021 од 21. децембра 2022. године).

8. „Послодавац претходно мора да ошћим акћом предвиди критеријуме на основу којих ће се вршћи оцењивање зајослених, са којима они морају бити ујознаћи. Такође, решење о ошћазу ујовора о раду мора да садржи чињенице о оцени резулћата рада зајосленој коме се ошћазује ујовор о раду, али и друћих зајослених како би се изложили конкуренцији, а шћо је у конкредном случају у јосћујуку оћашавања зајослених шћехнолошким вишком код шћуженој, изосћало...Како оспорено решење не садржи битне чињенице о оцени резултата рада, нити је тужени предочио доказе о оценама резултата рада тужиље и запосленог ББ и на тај начин доказао да је ставио тужиљу у конкуренцију са истим, па се не види из којих разлога је баш тужиља проглашена технолошким вишком, као и да ли је у конкретном случају било места примени допунског критеријума (у ситуацији уколико су оба запослена оцењени истом оценом), то је отказно решење правилно поништено као незаконито”. (Рев2 2366/2022 од 18. октобра 2023. године).

Ипак има и свега неколико одлука које говоре другачије (јодвлачење годатћо):

1. „Нејосредна јримена критеријума кроз оцењивање зајослених, на начин и у јосћујуку предвиђеном у усвојеном јроћраму, аућономно је јраво јослодаваца, из чега јроизлази да се шћаквом оценом не бави суд у јарницама из радних односа. У конкретној ситуацији је било нужно да суд утврди да ли су сви критеријуми били примењени под истим условима према тужиоцу као и према другим запосленима који су радили на истим пословима код туженог, затим да ли је оцењивање запослених од стране послодавца извршено у складу са усвојеним Програмом и да ли је тужилац евентуално улагао приговор на појединачне оцене и на збирну оцену, што је у складу са чланом 155 став 1 тачка 4 Закона о раду, а што у нижестепеним пресудама није испитивано”. (Рев2 982/2015 од 29. октобра 2015. године).

2. „Ови ревизијски наводи нису основани, јер је код тужене редовно вршено оцењивање свих запослених, па и тужиље, која није имала примедбе на дату оцену, односно није изјавила приговор. Јосћујак оцењивања није уведен шћоком јосћујука ушћврћивања вишка зајослених, већ је шћо чињено и у јрешћходном јериоду од сћиране јослодавца као начин вредновања рада зајослених, а оцена рада зајосленој је била и основни критеријум за ушћврћивање вишка зајослених јрема Јроћраму решавања вишка зајослених шћужене, па је неоснован ревизијски навод да тужена није могла да примени критеријум који је донела након што је извршила оцењивање”. (Рев2 1177/2019 од 27. јуна 2019. године).

3. „Запослени не мора бити упознат са поступком оцењивања, оцена му не мора бити достављена писаним путем, нити му се мора обезбедити изјављивање приговора на исту; законит је отказ који је дат на основу усмене образложене оцене надрећеног, а изостанак образложене оцене рада запосленог не представља разлог незаконитости отказа, будући да се може отклонити саслушањем непосредног руководиоца, који ће у судском

поступку дати разлоге за своју оцену (како се може приметити о последњем питању постоје две потпуно супротне одлуке ревизијског суда)".¹⁸

Сви ставови суда у оквиру прве групе одлука у основи су противни Закону о раду. Прво, Закон не обавезује послодавца да општим актом дефинише критеријуме за утврђивање вишка запослених. Оваква обавеза послодаваца би била супротна духу института решавања вишка запослених, али и самом Закону о раду. Наиме, интенција законодавца је била да се критеријуми за утврђивање вишка запослених дефинишу програмом у сваком конкретном случају,¹⁹ што је логично јер ће пословни разлози који ће довести до потребе утврђивања вишкова бити различити. Отуда је потпуно нецелисходно општим актом дефинисати критеријуме који би послодавца обавезивали у свим ситуацијама вишка запослених, јер ти критеријуми не морају одговарати појединим конкретним околностима. Затим, с обзиром на то да Закон уопште не регулише питање вредновања рада запослених и послодавци немају обавезу да у редовним околностима пропишу „поступак или начин вредновања”, не види се разлог због чега би то били у обавези да чине у случају вишка запослених. Такође, Врховни суд употребљава потпуно неодређене термине, јер није, на пример, јасно шта се уопште подразумева под појмом „*начин примене критеријума*”. Да ли послодавци треба само технички да опишу поступак оцењивања, када и ко даје оцене по задатим критеријумима, како изгледа формулар за оцењивање, или треба да уреди на који начин се одвија мисаони ток надређеног који даје оцене. Затим, у вези са обавезом послодаваца да запослене обавести да је започет поступак оцењивања, ни у једној одлуци није наведено на који начин се то чини, да ли индивидуалним обавештавањем, на пример, слањем „смс” поруке или „имејла”, или је довољно истицање обавештења на огласну таблу. Затим, није јасно која сврха се постиже овим обавештењем. Оцењивање се по правилу спроводи за претходни период, када ни послодавац, ни запослени, нису могли знати да ће рад бити оцењиван за ове потребе. Уколико је сврха да запослени „обрате пажњу” на свој раду у периоду спровођења оцењивања (које углавном траје неколико дана), због претходно наведене чињенице, обавештење не остварује своју сврху, јер се оцена никада не заснива само на неколико дана опсервације рада. Даље, по питању захтева да се до детаља образложи дата оцена, као и остави могућност изјављивања приговора, суштинско је питање да ли приговор запосленог може приморати посло-

¹⁸ А. Лазаревић, 266.

¹⁹ Б. Живковић, 245.

давца да промени своју одлуку, или би то могао суд да учини (иако се судска пракса изјаснила да суд не може да преиспитује дате оцене). У свему наведеном има претераног формализма суда, без било каквог суштинског разлога. Једини суштински разлог код примене критеријума оцене резултата рада може бити само у томе да суд утврди да ли су критеријуми постојали и да ли су једнако примењени на све запослене. Сви остали захтеви суда су противзаконити и одузимање основних овлашћења послодавца.²⁰

Од свих наметнутих захтева највише забрињава захтев за образложењем датих оцена, јер се у појединим судским одлукама решења о отказу поништавају јер суд „није сћекао уверење да је из оцењивања искључена субјективност”.²¹ Овај став суда може бити основ да се поништи било које решење о отказу уговора о раду, а без било каквог образложења, јер образложење не може бити да тужени није уверио суд да је био објективан, а суд само каже да једноставно не верује послодавцу. Уколико постоје докази да су постојали критеријуми и да су сви запослени на одређеној позицији оцењени по тим критеријумима, онда се надлежност суда зауставља и суд не може испитивати мисаони ток лица које је дало оцене, јер не постоји доказ који може да утврди мисаони ток једног лица. Такође, захтев суда да се запосленима доставе и оцене других запослених који су оцењивани је веома упитна са аспекта заштите података о личности. Од иницијалног, чврстог става да је у односу на оцењивање запослених искључена двостепеност (Рев2 449/06 од 29. марта 2006. године)²² у овом тренутку се дошло до потпуно незаконитих и немогућих захтева, попут захтева, не само да се наведе оцена запосленог, већ и да се писаним путем образложи како је послодавац дошао до те оцене. Поставља се питање чему овај захтев служи, уколико суд не може да улази у меритум оцењивања. Како ценити ситуацију уколико се током трајања судског поступка доставе оцене за све запослене, а тужилац никада не достави било какав приговор на оцене, те да ли и даље има основа за тврдњу да ускраћивање права на приговор током спровођења поступка код послодавца треба да води поништају отказног акта?

Овај сегмент судске праксе из области решавања вишка запослених је у тој мери добио на озбиљности, да је једино могуће решење за

²⁰ Постоје и другачија схватања – вид. А. Лазаревић, 266.

²¹ Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1 2259/2024 од 24. октобра 2024. године.

²² Д. Радовановић, 694.

елиминисање арбитражности судова законодавно уређење свих питања које је суд дефинисано као спорна, али која би се дефинисала у конструктивном дијалогу приликом доношења закона или његових измена, а не арбитражним поступањем судова, који немају довољно увида, нити жељу да разумеју потребу пословне праксе.

8. Објављивање аката

С обзиром на то да се током поступка решавања вишка запослених доноси програм, а претходно предлог програма, који се истичу на огласну таблу, као и акт о измени систематизације, веома важно питање јесте на који начин послодавац доказује да су ова акта објављена.

Две одлуке суда говоре у прилог томе да се објављивање аката може доказивати изводом из деловодне књиге, или доказом да је акт објављен на електронској огласној табли:

„Конкретан општи акт који представља Правилник о изменама и допунама Правилника о организацији и систематизацији послова тужене банке објављен је на електронској огласној табли тужене – С. порталу истог дана када је донет 18. 10. 2011. године. Према С. упутству тужене од 14. 10. 2009. године, којег је дужан да се придржава сваки запослени, постоји обавеза запосленог да свакодневно на почетку и на крају радног времена проверава садржину и информације које се налазе на интернет порталу, преко компјутера којим је задужен на својим пословима и радном месту. Оспорено отказно решење тужена је донела по истеку рока од 8 дана од дана објављивања свог општег акта о промењеној организацији и систематизацији и осталих одлука, на којима је то решење засновано, па не постоји сметња из члана 196. Устава о ступању на снагу и правном дејству таквог општег акта, супротно тужиочевим наводима”. (Рев2 885/2014 од 23. децембра 2015. године).

„По оцени Врховног касационог суда другостепени суд је пропустио да оцени значај наведених околности на законитост решења о отказу уговора о раду. Ово стога јер, вођење деловодника подразумева хронолошки ред завођења докумената. Погрешно заведени уписи се догађају, али се не смеју брисати или поништавати на други начин (лепити, премазивати коректором...), већ исти могу бити прецртани оловком на начин да остану видљиви и читки уз уношење накнадног читког тачног уписа, што у конкретном није случај. Постојање претходног уписа који је преправљен коректором, доводи у сумњу правилност хронолошког реда завођења Правилника и тачност унетих података о времену његовог доношења у деловодној књизи туженог, под бројем 74 за 2017. годину као и података констатованих у Правилнику (време доношења и објављивања на огласној табли), због чега се правилност закључка другостепеног суда о времену његовог доношења, објављивања и ступања на снагу пре доношења решења

о отказу рада тужили за сада не може се поуздано испитати, са аспекта примене члана 196 став 1 Устава Републике Србије”. (Рев2 1785/2019 од 30. септембра 2020. године).

9. Мере запошљавања – на коме је терет доказивања?

Мере запошљавања су веома битан сегмент уређења вишка запослених, јер чак и уколико је послодавац испоштовао целокупну процедуру доношења програма, или стандарде које захтева судска пракса, решење о отказу уговор о раду може бити поништено уколико се у судском поступку докаже да је послодавац био у могућности да запосленог премести на друго радно место, или обезбеди другу меру запошљавања.

Међутим, оно што се поставило као спорно јесте на коме је терет доказивања чињенице да је послодавац могао да примени неку од мера запошљавања. Опште правило јесте да је терет доказивања постојања отказног разлога на послодавцу (Рев 2 2310/2019 од 1. маја 2020. године). Ипак у односу на мере запошљавања Врховни суд износи другачији став:

1. „Терет доказивања чињенице да је тужени био у могућности да тужиоцу обезбеди други посао одговарајући његовој стручној спреми или преквалификацију и рад код другог послодавца је на тужиоцу, у смислу члана 231. став 2. Закона о парничном поступку”. (Рев2 2100/2019 од 20. 05. 2020. године; Рев2 1977/2019 од 15. маја 2020. године).
2. „Тужила није доказала да је тужена у смислу члана 155. став 1. тачка 5. Закона о раду имала упражњено радно место на које је могла да је распореди, нити је у току поступка на постојање таквог радног места указала”. (Рев 2 3291/2022 од 14. фебруара 2024. године).

У овом сегменту исправан став би био да је терет доказивања заиста на запосленом. Наиме, мере запошљавања не треба поистовећивати са отказним разлогом, јер отказни разлог није немогућност примене мера запошљавања, већ пословна промена. У складу са наведеним, послодавац би требало да буде у обавези да докаже постојање пословне промене, а запослени, уколико сматра да је послодавац био у могућности да примени конкретну меру запошљавања, то треба и да докаже. Постоји изузетан широк спектар мера које би послодавац могао да примени; стога се терет доказивања не може односити на апстрактне категорије, те наметати обавеза послодавцу да докаже немогућност примене свих мера које Закон набраја у члану 155. Ово посебно из разлога јер је списак мера које Закон помиње *exempli causa*, те би се на тај начин обавеза

послодавца протезала у недоглед. Стога је на запосленом да изнесе које мере запошљавања је послодавац могао да примени и да за то изнесе/предложи доказе, а на послодавцу је да оспорава могућност примене конкретне мере на коју се запослени позива. У овом случају не би требало да буде довољно да запослени само паушално наведе да је било могуће да се премести на било коју другу позицију, већ да наведен на коју тачно позицију имплицира. У прилог наведеном говори следећа одлука у којој суд наводи следеће:

„Према томе, без обзира што је у време доношења побијаног решења о отказу уговора о раду од 17. 12. 2019. године постојало радно место „.....” у другој организационој целини са два извршиоца (на основу измена и допуна Правилника од 31.10.2018. године), које није било попуњено са оба извршиоца, за попуњавањем тог радног места није постојала стварна потреба код туженог (у тој организационој целини је смањен обим производње) што је детаљно објашњено у исказу законског заступника туженог и што је убрзо довело до укидања тог радног места код туженог”. (Рев 2 3692/2022 од 27. децембра 2023. године).

10. Појединачне спорне одлуке

У бази доступне судске праксе могу се наћи и појединачне спорне одлуке, које нису део системског поступања судова.

У одлуци Рев2 2323/2021 од 6. децембра 2022. године суд износи став *„да тужила није могла представљати технолошки вишак запослених, ниши је тужили радни однос могао да пресстане по било ком другом основу у периоду од доношења прелиминарне решења о престанку радног односа па до правноснажне окончања судског поступка.”* Дакле, овде је Суд изнео став да се запосленом који је решењем инспекције рада враћен на рад, након тога не може отказати уговор о раду по било ком основу. У којој мери је овај став споран не треба посебно образлагати. Запослени који је на овај начин враћен у радну средину може испољити понашање које је потпуно неприхватљиво, или грубо кршити радне обавезе или дисциплину; међутим, против таквог поступања послодавац, сходно поменутој одлуци ревизијског суда, не ужива било какву правну заштиту, што би се могло подвести и под кршење основних уставних права.

Затим, у одлуци Рев2 1762/2023 од 14. септембра 2023. године Суд је изнео став да

„Правна последица незаконитог престанка радног односа јесте накнада штете у износу од највише 18 зарада запосленог, у ситуацији када запослени не захтева да се врати на рад, по одредби члана 191. став 5. Закона

о раду. Нижестепени судови су правилно одмерили накнаду штете, у износу од 18 зарада запосленог, према времену проведеном у радном односу код туженог послодавца, годинама живота тужиље и броја издржаваних чланова породице. Саму висину зараде запосленог тужени не може оспоравати ревизијом, према одредби члана 407. Закона о парничном поступку, јер се ревизијом не може побијати правилност утврђеног чињеничног стања”.

Овај став Врховног суда је потенцијално веома опасан, јер није познато који је домен примене одлуке, а што ће зависити од других одлука по истом питању. Да ли се одлука Врховног суда ограничава на утврђивање појединачне висине зараде, имајући у виду да Закон јасно каже да се она утврђује у висини последње месечне зараде запослених (члан 191 став 8), те је Суд сматрао да ту не може бити ништа правно спорно, или се односи на укупну висину накнаде штете. Код оба тумачења одлука суда може бити проблематична у примени. На пример, уколико би се домен примене одлуке односио само на висину месечне зараде, не и на укупну висину штете, може се догодити да је у последњем месецу који је претходио отказу уговора о раду запосленом исплаћен неки ванредни приход, по основу кумулираног радног учинка или бонуса, те је онда упитно да ли према том ванредном приходу треба утврдити висину месечне зараде. Наведено представља правно, а не чињенично питање. Затим, уколико би домен примене одлуке обухватио укупну висину накнаде штете, одлука може бити спорна имајући у виду да Закон о раду и у односу на ову врсту накнаде штете садржи одредбу да се од износа одбијају приходи које је запослени остварио по основу рада, а након престанка радног односа, јер може бити спорно шта се у конкретном случају може сматрати приходом од рада. Затим, због недоречености Закона, спорно је да ли се и у односу на накнаду штете из става 5, одбијају ставке из става 2 члана 191 Закона о раду. У овом сегменту нема ниједног разлога да ревизија не буде дозвољена у складу са општим правилима за ове врсте захтева, посебно имајући у виду да је у овом случају накнада штете супститут захтева за враћање на рад. Променом врсте захтева од стране запосленог послодавцу се не могу ускраћивати права на одбрану.

II. Уместо закључка

Како је наведено на самом почетку излагања, циљ овог рада није био да се анализира институт решавања вишка запослених као такав, већ да се укаже у којој мери судска пракса претераним активизмом

креира право које не постоји у Закону о раду и тиме послодавцима намећу обавезе за које не постоји законски основ. Етички кодекс судија каже да је судија слободан у заступању свог схватања, утврђивању чињеница и *примени права у свему о чему одлучује* (начело независности, други став). Иновативност судова можда не би била спорна, да сама судска пракса није подложна изменама, те се дешава да данас имамо један став суда, а сутра потпуно други. Наведено, уз околност неуједначене судске праксе и чињеницу да судске одлуке ипак нису извор права, представља претњу по правну сигурност и право на правично суђење. Начело судијске независности не може бити основ, нити штит иза којег се судија крије у околностима када се „креира” право којег нема односно без основа и тиме преузима надлежност законодавне власти, а да при томе ни сам суд који је „креирао” право није обавезан нормом коју „створи”.

Овај рад није само израз „адвокатског бунта” због незадовољства конкретном судском одлуком. На овај проблем указале су и колеге из реда судија наводећи следеће: *„Суд примењује, а не ствара право... Не моћу се императивне законске норме мењати нормама аутономној права када им то не доушића слово закона. Не моћу ни судским шумацењем”*.²³

Коначно, овај проблем је препознала и теорија права још пре два-наест година што је исказано пригодним слоганом: *„Одлука или норма – слободно судијско уверење као претња владавини права”*.²⁴

Судска пракса која је приказана у овом раду је један од примера који потврђује наведени исказ.

Сврха овог рада није да укаже на спорну садржину правних ставова ревизијског суда, јер би тако нешто било претенциозно. Све што је у том смислу речено је искључиво лични став аутора и као такав свакако не мора бити исправан. Сврха рада је да, уз пуно уважавање начела судијске независности, укаже на ризике и штетне последице које стварају одлуке у материји радног права, а које су последица сталне промене ставова суда и неуједначене судске праксе. У том смислу, крајњи циљ аутора је да се заложи за то да се у области вишка запослених обезбедити минимум правне сигурности – било изменама Закона, или барем заузимањем правних ставова ревизијског суда на седници Грађанског одељења, па каква год садржина тих нових правила

²³ Б. Живковић, 253–254.

²⁴ Драгутин Аврамовић, „Одлука или норма – слободно судијско уверење као претња владавини права”, *Зборник радова Правној факултету у Новом Саду*, бр. 2/2012, 311–325.

била; једино је битно да послодавцима и запосленима буду потпуно јасна њихова права и обавезе у поступку решавања вишка запослених.

Jovana Veličković, PhD
attorney at law in Belgrade

JUDICIAL INDEPENDENCE VS RIGHT TO A FAIR TRIAL: AN EXAMPLE OF
JUDICIAL PRACTICE IN THE FIELD OF RESOLVING LABOR DISPUTES
REGARDING THE INSTITUTE OF REDUNDANCY

Summary:

The paper critically analyzes the practice of the Supreme (Cassation) Court in the area of employees redundancy. The Labor Law regulates this legal institute in only a few provisions (Articles 153-160), which has allowed the courts to create additional conditions, through the reasoning of their decisions, that employers must meet in order for the decisions on termination of employment contracts, made under Article 179 Paragraph 5 Point 1 of the Labor Law, to remain legally valid. Such actions, in an environment of inconsistent case law that is subject to changing opinions, create a significant risk for employers, as they can never be sure that they have conducted the procedure „legally”, since they cannot rely solely on legal provisions, but also on judicial practice requirements, which can always be surprising. The goal of this paper is not to analyze the legal institute itself, but to highlight the issues that have arisen in judicial practice, the way in which the courts, primarily the Supreme (Cassation) Court, have responded to these issues, with the ultimate aim of indicating that changes are necessary in this area to ensure legal certainty for both employers and employees (rendered by legislature or a session of the Civil Division of the Supreme Court).

Keywords: employees redundancy, Labor Law, Supreme Court practice, interpretation vs creating a law

Датум пријема рада: 10. новембар 2024.

Датум прихватања рада: 1. децембар 2024.

ТИП РАДА: СТРУЧНА КРИТИКА

УДК 343.153(497.11)

341.645.2

32.019.51(497.1)

Владимир П. Миљевић

адвокат из Београда*

ОДОБРАВАЊЕ, НЕГИРАЊЕ ПОСТОЈАЊА ИЛИ УМАЊЕЊЕ ТЕЖИНЕ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Сажетак:

Чланом 57 предлога Закона о изменама и допунама Кривичног законика Републике Србије је, између осталог, предложено да се дода члан 346а: „*Јавно одобравање, негирање или значајно умањење тежине кривичног дела*” Аутор чланка сматра да би биће овако формулисаног кривичног дела било компликовано за тумачење а, поред осталог, повредило би колективно мишљење присутно код већине правних стручњака и осећања српског народа да су многе изречене казне од стране Хашког трибунала неправедне, а да, са друге стране, многе неизречене, представљају увреду за жртве ратних злочина почињених према Србима.

Кључне речи: Кривични законик, кривично дело, Хашки трибунал, пресуде, правда, ратни злочин

І. Увод

Чланом 57 Закона о изменама и допунама Кривичног законика Републике Србије је, између осталог, предложено да се дода члан 346а који би гласио:

„Ко јавно одобрава, негира постојање или значајно умањује тежину кривичног дела за које се може изрећи казна доживотног затвора, на начин који може довести до насиља, ако је извршење дела утврђено правноснажним пресудом, казниће се затвором од шест месеци до пет година”.

* Електронска адреса аутора: advokatmiljevicvladimir@gmail.com

Аутор је члан Уређивачког одбора Бранича.

Пре свега, потпуно је нејасно како ће суд и тужилаштво процењивати када неко „значајно умањује” тежину кривичног дела због којег се уводи овај члан Кривичног законика РС и које доказно средство примењено у току поступка може правилно и потпуно да утврди испуњеност ове чињенице као конститутивног обележја овог кривичног дела. Затим се исти проблем поставља и када је реч о „начину који може довести до насиља”. Оваква безобална норма би нас довела у ситуацију да се користи као политичко оружје против неистомишљеника, и то на начин који би био потпуно произвољан, ако власт сматра да циљ оправдава средства.

Безобалност није само у инкриминацији конститутивних услова кривичног дела, већ и у броју судских пресуда које су обухваћене забраном њиховог коментарисања. Руководећи се оваквом одредбом Кривичног законика, било би забрањено чак и коментарисање пресуде донете у неком ноторно недемократском режиму, јер диспозиција кривичног дела не лимитира територијалну надлежност суда који би могао да донесе пресуду чије би коментарисање било забрањено у јавности. Тако би под удар предвиђеног кривичног дела могао да дође и аутор овог текста, уколико би изнео своје мишљење у погледу неслагања са правноснажном одлуком суда неке земље трећег света, који је под сумњивим околностима на казну доживотног затвора осудио неког грађанина Републике Србије. Према постојећем предлогу, свака пресуда ужива заштиту и никакве резерве и границе нису постављене.

Наравно, не треба имати илузије да се ова допуна свакако предлаже пре свега због тога што велики део и стручне и шире јавности озбиљно доводи у питање праведност пресуда изречених од стране Хашког трибунала за бившу СФРЈ, а не, на пример, због лица која су осуђена на доживотну робију због тешког убиства извршеног на територији Републике Србије које нема никакве везе са ратним дешавањима на територији бивше СФРЈ деведесетих година прошлог века (и чији је тренутни број у свим КПЗ установама двоцифрен). Ипак, предложена одредба тиме не престаје да буде подобна и као средство да се ућутка јавност у погледу пресуда донетих од стране судске власти Републике Србије, поводом класичних *mala in se* кривичних дела која су почињена или би била почињена на територији Републике Србије и у којима би поступио домаћи суд.

У вези са тим ваља напоменути да је наша јавност добро упозната са чињеницом да су својевремено оптужени ратни команданти из Хрватске, Босне и Херцеговине и Косова ослобођени, иако су их докази теретили за тешке злочине против човечности. Истовремено треба под-

сетити да су скоро комплетна политичка, војна и полицијска руководства Републике Србије, Републике Српске и Републике Српске Крајине, уз ретке изузетке, осуђена на дуге временске казне или доживотну робију.

II. Кривични закон Босне и Херцеговине

У Босни и Херцеговини је високи представник Валентин Инцко 22. јула 2021. године донео Одлуку којом се доноси Закон о допуни Кривичног закона Босне и Херцеговине (1) који је истог дана ступио на снагу и одмах објављен на службеној интернет страници Уреда високог представника и у „Службеном гласнику БиХ” број 46/21.¹

Ове допуне су ушле у састав кривичног дела „Изазивање националне, расне и вјерске мржње, раздора и нетрпеливости”, а посебно је занимљив став 3 који гласи:

„Ко јавно одобри, порекне, грубо умањи или покуша оправдати злочин геноцида, злочин против човјечности или ратни злочин утврђен правоснажном пресудом у складу с Повељом Међународног војног суда придруженом уз Лондонски споразум од 8. августа 1945. или Међународног кривичног суда за бившу Југославију или Међународног кривичног суда или суда у Босни и Херцеговини, а усмјерено је против групе лица или члана групе одређене с обзиром на расу, боју коже, вјероисповијест, поријекло или националну или етничку припадност, и то на начин који би могао потакнути на насиље или мржњу усмјерену против такве *групе лица или члана иакове групе, казниће се казном затвора од шест мјесеци до пет година*”.

Ставови овог члана који следе инкриминишу ситуације ако се, између осталог, дистрибуирају леци, слике или други материјали – став 4 (запрећена казна затвора од најмање једне године), затим ако се може пореметити јавни ред и мир или је почињено дело претеће, злостављајуће или увредљиво – став 5 (запрећена казна затвора од најмање три године). Ставом 6 се инкриминише додела признања, награде, споменице, било каквог подсетника или било какве привилегије или слично, лицу осуђеном за дело из става 3, или ако се именује јавни објекат као што је улица, трг, парк, мост, институција, установа, општина или град, насеље и насељено место, или слично, или се региструје назив по или

¹ Кривични закон Босне и Херцеговине, Службени гласник Босне и Херцеговине”, бр. 3/2003, 32/2003, испр., 37/2003, 54/2004, 61/2004,30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018, 46/2021, 31/2023 и 47/2023.

према лицу правноснажно осуђеном за горе наведена дела, или се на било који начин велича то лице (запрећена казна затвора од најмање три године). И у ставу 7 предвиђено је кажњавање казном затвора од најмање три године службеног лица или одговорног лица или запосленог у институцији власти или било којем органу који се финансира путем јавног буџета ако су починиоци дела из ставова 1-4 овог члана Кривичног закона.

Приметно је да је ова материја до детаља регулисана Кривичним законом Босне и Херцеговине, док би се креативна примена члана 346-а предлога измена и допуна Кривичног закона Србије препустила јавним тужилаштвима и судовима у Србији. Када је реч о висини запрећене казне, предлагач измена овог Закона је прихватио висину казне која је предвиђена Кривичним законом Босне и Херцеговине за основни облик извршења овог дела, дакле казну затвора од шест месеци до пет година, што на индиректан начин сугерише да је био инспирисан одлуком високог представника.

III. Шта говоре бројке?

О овој теми је, у излагању на Тематској дебати на 67. заседању Генералне скупштине УН „Улога међународног кривичног права на помирење”, председник Документационо-информативног центра „ВЕРИТАС”, Саво Штрбац, истакао следеће:

„Највише ранжирани оптужени и осуђени Бошњаци, Хрвати и Албанци, били су до нивоа начелника и команданата штабова армије. И када су били оптужени за етничко чишћење Срба, претресна вијећа нису могла утврдити постојање плана за етничко чишћење, па су им изрицали симболичне казне, које су више личиле на казне за ловокрадице него за ратне злочине. Жалбена вијећа су им била још наклоњенија, па су им смањивали или поништавали и те благе казне”.²

О селективној правди Међународног кривичног суда за бившу Југославију (МКСЈ) многи су говорили и писали, али некада су бројке речитије од коментарисања, а теже их је и оспорити.

Тако је Саво Штрбац на поменутом скупу у УН рекао, између осталог, и следеће:

² Саво Штрбац, Излагање на Тематској дебати на 67. заседању Генералне скупштине ОУН „Улога међународног кривичног права на помирење”, панел: „Правда за жртве” (у Њујорку, 10. априла 2013. године), објављено у Браничу бр. 2/2023, 140.

„За двадесет година рада Међународног кривичног суда за бившу Југославију (МКСЈ), оптужено је укупно 161 лице од чега: 110 Срба, 34 Хрвата, 9 Бошњака, 7 Албанаца и 1 Македонац” уз податак да је „Међу оптуженима 68 процената Срба, док их је међу осуђенима 76 процената. На Србе се односи и 80 процената свих изречених казни и свих пет доживотних”. Издвојили бисмо и податак да је на подручју БиХ од 12 осуђених Хрвата, само један, а од 5 осуђених Бошњака, тројица су осуђени за злочине над Србима, док на подручју РХ и КиМ нико није осуђен за злочине над Србима”.³

IV. Адвокат Илија Радуловић о сарадњи са Хашким трибуналом

Адвокат Илија Радуловић који није више са нама написао је у Браничу 2001. године (4) текст под насловом „Васкрсења не бива без Хага”. Он је у свом раду закључио: „Прихватање, поштовање и извршавање ове обавезне сарадње значило би да се ова земља измирила ‘са светом и са самом собом’”.⁴

Дакле, Васкрсења не бива без Хага!

Без улажења у дубљу теолошку расправу, подсетићемо да је васкрсење повратак мртве особе у живот, а у пренесеном значењу устанак из мртвила и духовни препород. Хашки трибунал је скоро завршио свој посао, а превалентни став у Србији и српским земљама је да није својим одлукама допринео успостављању стабилних и пријатељских односа међу народима који живе на Балкану. Његове пристрасне одлуке свакако неће допринети васкрсењу каменованог и разапетог српског народа коме би мир и правда свакако много више помогли да се усправи. Уосталом, да ли је Христ био крив за своје страдање и није ли га озлоглашени Понтије Пилат послао у свет мртвих из кога је васкрсао, па остаје нејасно на који начин би Понтије Пилат помогао да Христ васкрсне. Као што остаје енигма како би одлуке Хашког суда допринеле васкрсењу српског народа, осим неком чудном етичком алхемијом.

³ Исто, 139, 140.

⁴ Илија Радуловић, „Васкрсења не бива без Хага”, Бранич, бр. 1/2001, 52–57.

V. Последице увођења овог кривичног дела у правни систем

Наиме, у Србији, допадало се то некоме или не, правничка струка и већина становништва не подржава одлуке Хашког трибунала. Њиховим оспоравањем се нико не саглашава са вршењем геноцида или злочина против човечности, већ су спорне судске одлуке за које се сматра да су политичке, а не правне, а са несагледивим последицама по Србију и њене грађане. Историју Србије и српског народа би, према схватању инспиратора оснивања Хашког трибунала, када је реч о крају двадесетог века, требало стављати искључиво у контекст његових пресуда без права на супротно мишљење. Добро знамо да су описи историјских догађаја подложни ревизији кроз деценије и векове након њиховог дешавања, па би сада закључак био двојак: да се одлуке Хашког трибунала не могу оспоравати и да не могу бити предмет преиспитивања и ревизије, макар из историјског и политичког угла, ако су већ са правне тачке гледишта постала правноснажне.

Ако би се усвојиле наведене измене Кривичног законика, добили бисмо циничну парадоксалну ситуацију. Наиме, у срединама чији су ратни команданти ослобођени, не би било потребе да се уводи или примењује оваква одредба, ако је и уведена, јер су најтеже казне добили припадници српске националности, док су њихови грађани ослобођени одговорности или нису ни процесуирани. За многе припаднике српског народа би важила супротна ситуација, а наиме да се не слажу са пресудама којима су изречене осуђујуће пресуде, а да при томе не смеју то јавно да изразе, јер им прети казна затвора. Дакле, у наш правни систем би била уведена одредба којом би се, на рану коју представља дубоки осећај да су учињене бројне неправде српском народу, ставила со забраном коментарисања и оспоравања пресуда Хашког трибунала, па зашто да не, и негодовања због „Хашке правде“. Поред „хашке правде“ као заштитног објекта, увођењем предметног кривичног дела забрану коментарисања најкапиталнијих судских пресуда поседовали бисмо и у погледу кривичних дела у којима је правноснажну одлуку донело домаће судство. Свако ко је правноснажно осуђен за кривично дело за које се може изрећи казна доживотног затвора, изгубио би право да рачуна да би макар јавност могла да укаже на евентуалне чињеничне или доказне нелогичности које су водиле ка доношењу осуђујуће пресуде, у односу на потенцијално невиног извршиоца кривичног дела (можда чак и на указивање постојања нових доказа који би довели до другачије одлуке суда). Такође, осуђујућа пресуда моментом њене прав-

носнажности постала би „табу тема” о којој је забрањено јавно говорити. Ни браниоци који би на правноснажну судску одлуку у корист свог брањеника уложили ванредни правни лек, не би смели да кажу ништа јавно у погледу пресуде чију законитост нападају, јер би такође били у ризику извршења овог кривичног деликта које би, ако заиста заживи, ваљало сврстати у засебну главу „вербални деликти”, јер овакво кривично дело то заиста и јесте.

VI. Закључак и предлог

На крају, истакли бисмо да би увођење кривичног дела „одобравање, негирање постојања или умањење тежине кривично дела” суштински представљало значајан ударац на демократске односе у Републици Србији и на слободу говора. Овде се озбиљно поставља и питање да ли би осуђујуће пресуде на основу оваквог новоуведеног кривичног дела могле да се изричу у име народа. Увођење овог кривичног дела била би додатна потврда о паду демократских стандарда у Републици Србији, овог пута кроз забрану јавног коментарисања правноснажне судске одлуке. Тиме се јавности забрањује коментарисање начина рада судске власти и под претњом кривичног прогона забрањује неслагање са чињеницама које су биле основа за доношење такве одлуке. Неслагање са одређеном одлуком суда елементарно је демократско право сваког појединца и оно никад не може бити ограничено каквим „вишим интересом”, јер не постоји виши интерес од права грађана, који одређено друштво чине, да изразе своје мишљење и то у погледу одлука које се не доносе у име судског већа или некога који је себи непосредно потчинио сву власт, већ у њихово име – у име народа.

Из свих горе наведених разлога, аутор овог текста је 6. новембра 2024. године предао Комисији за кривично право Адвокатске коморе Србије предлог да се од законодавца тражи брисање овог члана из Нацрта Закона о изменама и допунама Кривичног законика Републике Србије.

Vladimir Miljević

attorney at law in Belgrade

**PUBLIC APPROVAL, DENIAL OR SIGNIFICANT MINIMIZATION
OF THE SEVERITY OF A CRIMINAL OFFENSE**

Summary:

Article 57 of the Draft Law on Amendments to the Criminal Code of the Republic of Serbia suggests adding Article 346a: “*Public approval, denial, or significant minimization of the severity of a criminal offense*”. The author of the paper believes that such a formulation of the criminal offense would be complicated to interpret and, among other things, would violate the collective opinion shared by most legal experts and the sentiment of the Serbian people that many sentences pronounced by the Hague Tribunal are unjust, while, on the other hand, many unpronounced sentences represent an insult to the victims of war crimes committed against Serbs.

Key words: Criminal Code, criminal offense, Hague Tribunal, judgment, justice, war crime

Датум пријема рада: 12. децембар 2024.

Датум прихватања рада: 18. децембар 2024.

ТИП РАДА: СТРУЧНА ПОЛЕМИКА

УДК 342.4:[338.32:553.493.34(497.11)

338.23:622(497.11)

Лука С. Ђорђевић

адвокат у Београду, мастер правник*

Снежана Селаковић

адвокат у Београду, мастер правник**

Андреа Танкосић

адвокатски приправник у Ваљеву, мастер правник***

ПРОЈЕКАТ „ЈАДАР” У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – ОЦЕНА ЗАКОНИТОСТИ И УСТАВНОСТИ

Сажетак:

Шта је пројекат „Јадар”? Које процесе обухвата? Да ли државни органи имају увид у планирану технологију? Колико се поступака води? Да ли је пројекат икада био укинут? Који се закони примењују? Да ли се поступци воде у складу са законом и могу ли се законито окончати? Чланак представља правну анализу прописа у области рударства, геолошких истраживања и заштите животне средине као основног правног оквира за припремање, планирање и реализацију пројеката експлоатације минералних сировина у Републици Србији, као и јавно доступне документације о пројекту „Јадар”, прибављене од надлежних органа Републике Србије. Предмет анализе обухвата и недавно усвојене нове законе о процени утицаја на животну средину и стратешкој процени утицаја на животну средину, у контроверзном моменту и контроверзној процедури. Аутори указују на новине и спорна места измена правног оквира, критички указујући и на очекиване негативне последице по правни поредак и правну сигурност у Републици Србији. Анализирани су поступци који су окончани, поступци који се

* Електронска адреса аутора: luka.djordjevic@advecolaw.rs

** Електронска адреса ауторке: snezana.selakovic@advecolaw.rs

*** Адвокатски приправник код адвоката Сретена Ђорђевића из Ваљева;
Електронска адреса ауторке: andrea.tankosic@advecolaw.rs

спроводе и перспективе будућних поступака који служе реализацији пројекта „Јадар”, са пажњом усредсређеном на системска питања, од суштинског значаја за закључивање о изводљивости пројекта из угла права.

Кључне речи: процена утицаја на животну средину, правна сигурност, правна заштита, заинтересована јавност, управни поступак, управни спор, заштита животне средине, рударство, геолошка истраживања, Јадар, планирање и изградња, уставност, превенција, предострожност, интегралност

I. Увод

Пројекат експлоатације и прераде минерала јадарита „Јадар” заузима највише место међу темама о којима се последњих година расправља у српској јавности. Дебата о изводљивости и штетности овог пројекта, утицајима пројекта на животну средину и друштвене односе у целини обухвата широк спектар дискусија и аргумената стручне и шире јавности, представника државних органа, заинтересованих компанија, па и страних субјеката, о чијој садржини и квалитету се аутори неће изјашњавати. И поред мноштва информација, становишта и учесника у овој расправи, упадљиво је ангажовање научне заједнице и допринос највиших академских тела и њихових чинилаца – универзитетских професора, академика, факултета, универзитета и Српске академије наука и уметности. Међутим, из ове расправе – такође упадљиво – изостају јасни, писани ставови представника правне науке, правних факултета и носилаца функција у организацијама судија, тужилаца и адвоката, у мери која би била сразмерна комплексности и значају теме. Из тих разлога, аутори настоје да овим радом покрену неопходну расправу унутар правне науке и струке, посебно у круговима српске адвокатуре као службе која за свој мандат и сврху има борбу и истраживање у очувању и унапређењу вредности демократског друштва, владавине права и правног поретка Републике Србије.

Најпре, ради избегавања нејасноћа и омогућавања квалитетне дискусије, потребно је указати на основе правног оквира рударења и примењених геолошких истраживања, основе превентивних система заштите животне средине и базичних начела права заштите животне средине у Републици Србији. Коначно, у светлу петнаестогодишњег процеса измена закона у области рударства и геолошких истраживања и скорашњих измена правног оквира заштите животне средине, генерално, а и у контексту реализације пројекта „Јадар”, биће указано на њихове кључне одредбе, међусобни однос ових прописа и примену у пракси.

II. Основе правног оквира рударења и геолошких истраживања – правни пут ка експлоатацији

Закон о рударству и геолошким истраживањима¹ поставља правни оквир за реализацију рударских и истражних активности у Републици Србији. Овим законом прописани су поступци, радње, права и обавезе државних, привредних и других субјеката у вези са планирањем, припремањем и извођењем рударских или истражних активности у нашој земљи. Закон о рударству и геолошким истраживањима није пак једини који се примењује у овој сложеној области, а његова повезаност са законима из области заштите животне средине биће обрађена у наставку. За потребе анализе основа правног оквира рударења и геолошких истраживања, односно разумевања корака које би један привредни субјект морао да прође на путу ка експлоатацији минералних сировина, потребно је разрадити неколико појмова који могу изазвати забуну код читаоца.

Најпре, неопходно је разликовати две врсте геолошких истраживања: основна и примењена. Основна геолошка истраживања спроводи и финансира држава, за своје потребе. Она се изводе за потребе просторног планирања, сазнавања потенцијала одређеног подручја, намене и подобности геолошке средине за изградњу објеката и друге намене од јавног интереса дефинисане Законом о рударству и геолошким истраживањима.²

Примењена геолошка истраживања минералних и других геолошких ресурса, изводе се у оквиру истражног простора, на основу решења о одобрењу за геолошка истраживања које издаје надлежно министарство, по захтеву привредних субјеката.³ Примењена геолошка истраживања, обухватају истраживања која се изводе ради утврђивања минералних ресурса и резерви и инжењерскогеолошких и хидрогеолошких услова њихове експлоатације, утврђивања, коришћења и заштите ресурса и резерви подземних вода, пројектовања и изградње грађевинских и рударских објеката, коришћења петрогеотермалних ресурса и других активности прописаних законом.⁴ Дакле, примењена геолошка истраживања спроводи и финансирају привредни субјекти, за своје потребе. Из тог разлога, примењена геолошка истраживања и повезани процеси

¹ Закон о рударству и геолошким истраживањима, *Службени гласник РС*, бр. 101/2015, 95/2018 – др. закон и 40/2021.

² Закон о рударству и геолошким истраживањима, чл. 17 и 18.

³ Закон о рударству и геолошким истраживањима, чл. 30 ст. 1.

⁴ Закон о рударству и геолошким истраживањима, чл. 21.

биће предмет детаљније анализе у контексту испитивања и оцењивања законитости активности на реализацији пројекта „Јадар”. По спроведеним примењеним геолошким истраживањима, евентуално задржаним правима на истражном простору⁵ и исходованој потврди о резервама и ресурсима, привредно друштво које испуњава услове може добити решење о одобрењу за експлоатацију и/или експлоатационо поље.⁶ Паралелно и повезано, поступке прописане Законом о рударству и геолошким истраживањима, прате, условљавају и контролишу поступци регулисани законима из области заштите животне средине.

III. Правни систем заштите животне средине – основна начела и права у поступцима

Систем заштите животне средине у Републици Србији могао би се посматрати из више углова – као општи и секторски, као уставни, међународни и законски, као превентивни и казнени и слично. Закон о заштити животне средине га дефинише као мере, услове и инструменте: 1) за одрживо управљање, очување природне равнотеже, целovitости, разноврсности и квалитета природних вредности и услова за опстанак свих живих бића, као и 2) за спречавање, контролу, смањивање и санацију свих облика загађивања животне средине.⁷ Овај рад посматраће други део система, истичући суштину, значај и значења основних начела заштите животне средине и појашњавајући њихову разраду у посебним управним поступцима, па и у контексту пројекта „Јадар”. Законом је дефинисано 11 начела заштите животне средине⁸ која се одnose на нешто више правних института, појмова и скупова процедура, а предмет разматрања аутора су начела: интегралности, превенције и предострожности, информисања и учешћа јавности, као и заштите права на здраву животну средину и приступа правосуђу (правди⁹).

⁵ Закон о рударству и геолошким истраживањима, чл. 40.

⁶ Закон о рударству и геолошким истраживањима, чл. 65.

⁷ Закон о заштити животне средине, *Службени гласник РС*, бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 – др. закон, 72/2009 – др. закон, 43/2011 – одлука УС, 14/2016, 76/2018, 95/2018 – др. закон, 95/2018 – др. закон и 94/2024 – др. закон, чл. 2.

⁸ Закон о заштити животне средине, чл. 9.

⁹ У дословном преводу са енглеског језика термин „*access to justice*” значио би „приступ правди” – видети чл. 9 Конвенције о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима животне средине, верзија на енглеском доступна на линку: <https://unecse.org/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

Током даљих разматрања неће се одступати од дефиниција наведених начела које су прописане Законом о заштити животне средине.¹⁰

У складу са начелом интегралности, заштита животне средине обавезно се остварује и обавезује све државне органе у поступцима који могу утицати на животну средину, укључујући и области рударства, геолошких истраживања, планирања и изградње. Прописи у овим областима садрже одредбе којима су повезани са прописима из области заштите животне средине и практично условљени поштовањем мера заштите животне средине. Тако се, на пример, са изградњом објеката не може започети пре исходовања решења сагласности на студију о процени утицаја на животну средину.¹¹ Поред поступка процене утицаја на животну средину који је законом одређен као поступак у ком се остварује начело превенције и предострожности,¹² постоје прописи који својим императивним нормама забрањују обављање појединих активности које би извесно могле имати негативан утицај на предмет законске заштите. Пример таквог прописа је Закон о пољопривредном земљишту којим је забрањено коришћење обрадивог пољопривредног земљишта од прве до пете класе у непољопривредне сврхе.¹³ Ова одредба показала се као веома значајна у поступцима заштите животне средине од штетних последица примењених геолошких истраживања, као и приликом аргументовања о дугогодишњим незаконитостима појединих истражних активности. У домаћој пракси познати су примери кажњавања привредних субјеката, као и власника пољопривредног земљишта због кршења ове забране ради извођења примењених геолошких истраживања бора, литијума и повезаних елемената.¹⁴

Основни предуслови за остваривање начела и гаранција заштите животне средине дефинисани су Конвенцијом о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима животне средине (Архуска конвенција) која је у

¹⁰ Закон о заштити животне средине, чл. 9 ст. 1 тач. 1), 2), 10) и 11).

¹¹ Закон о планирању и изградњи, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009-105, 81/2009-76 (исправка), 64/2010-66 (УС), 24/2011-3, 121/2012-14, 42/2013-37 (УС), 50/2013-23 (УС), 98/2013-258 (УС), 132/2014-3, 145/2014-72, 83/2018-18, 31/2019-9, 37/2019-3 (др. закон), 9/2020-3, 52/2021-22, 62/2023-10), чл. 148.

¹² Закон о заштити животне средине, чл. 9, ст. 1 тач. 2).

¹³ Закон о пољопривредном земљишту, *Службени гласник РС*, бр. 62/2006, 65/2008 – др. закон, 41/2009, 112/2015, 80/2017 и 95/2018 – др. закон, чл. 22.

¹⁴ Решења Министарства пољопривреде, шумарства и водопривреде број 909-270-320-971/2022-04 од 27. децембра 2022, број 909-270-320-871/2022-04 од 27. 12. 2022. и број 909-270-320-740/2022-04 од 28. децембра 2022.

Републици Србији законом потврђена и у директној је примени.¹⁵ Права јавности и заинтересоване јавности¹⁶ од пресудног су значаја за обезбеђивање заштите животне средине у правној пракси. Преносећи у домаћи правни систем одредбе Архуске конвенције и обезбеђујући остваривање уставног права грађана на здраву животну средину, Закон о заштити животне средине прописује да јавност и заинтересована јавност имају право да учествују у поступцима доношења одлука о стратешкој процени утицаја на животну средину, процени утицаја на животну средину, одобравању рада нових и постојећих постројења, изради, измени и допуни појединих планских аката.¹⁷ Заинтересована јавност као странка има право да покрене поступак преиспитивања одлуке пред надлежним органом, односно судом,¹⁸ а Влада може ограничити учешће јавности у доношењу одлука само ради заштите интереса одбране и безбедности земље.¹⁹

IV. Преглед поступака вођених ради реализације пројекта „Јадар”

Компанија „*Rio Sava Exploration*” д.о.о., Београд, ћерка фирма компаније „*Rio Tinto*” је у Републици Србији основана 2001. године, док јој је прва дозвола за извођење примењених геолошких истраживања на подручју Јадарског неогеног басена издата 2004. године.²⁰ Од тада, овом привредном друштву дозволе су продужаване и издаване више пута, а истраживања нису спровођена само у долини Јадра, већ и у околини других градова у Србији (Ваљево, Чачак, Пожега, Горњи Милановац, Косјерић). По окончању примењених геолошких истраживања у долини Јадра, Влада Републике Србије је у марту 2020. донела Уредбу о утврђивању просторног плана подручја посебне намене за реализацију пројекта експлоатације и прераде минерала јадарита „Јадар”.²¹ Уредбом

¹⁵ Закон о потврђивању Конвенције о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима животне средине, *Службени гласник РС – Међународни ујовори*, бр. 38/2009.

¹⁶ Закон о заштити животне средине, чл. 3 ст. 1 тач. 26) и 28).

¹⁷ Закон о заштити животне средине, чл. 81 ст. 1 тач. 1).

¹⁸ Закон о заштити животне средине, чл. 81а.

¹⁹ Закон о заштити животне средине, чл. 82.

²⁰ Решење Министарства рударства и енергетике брoј 310-02-343/2004-06 од 8. Јуна 2004.

²¹ Уредба о утврђивању Просторног плана подручја посебне намене за реализацију пројекта експлоатације и прераде минерала јадарита „Јадар”, *Службени гласник РС*, бр. 26/2020.

је дефинисан просторни обухват планираног пројекта, зоне и подзоне рударских и индустријских активности, шири обухват пројекта који обухвата и припадајућу инфраструктурну мрежу и слично. Иако није обрађено у потпуности наведеном Уредбом, из јавно доступне документације Владе Републике Србије може се видети да су и пројекти инфраструктуре као што су гасоводи, далеководне мреже, друмске и железничке саобраћајнице које спајају пројекат „Јадар” са Ваљевом, Шапцем и Лозницом и који су предмет других планских аката и управних поступака, такође служе реализацији пројекта „Јадар”.²² Утврђивање просторног плана подручја посебне намене било је основ за покретање управних поступака који су за предмет имали промену намене пољопривредног земљишта у грађевинско, изградњу објеката, саобраћајница и инфраструктуре, спровођење рударских активности, активности прераде и одлагања отпада, као и процену утицаја пројекта на животну средину. Овај просторни план био је на снази од марта 2020. до јануара 2022, у ком периоду су започети и вођени поступци, међу којима и обједињене процедуре пред Министарством грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре,²³ поступци процене утицаја²⁴ и издавања рударских дозвола.²⁵

Након великих грађанских протеста, Влада је у јануару 2022. новом Уредбом број 8/2022 одлучила да престаје да важи Уредба којом је 2020. утврђен просторни план подручја посебне намене за реализацију пројекта.²⁶ На тај начин, отпао је плански основ за вођење започетих поступака, због чега су надлежни органи већину поступака обуставили, а донета решења ставили ван снаге. Једини поступак који тада – незаконито – није обустављен, био је поступак по захтеву за издавање одобрења за експлоатационо поље, пред Министарством рударства и енергетике. Поступак процене утицаја на животну средину у ком је до-

²² Решење Административне комисије Владе Републике Србије 14 број 353-1716/2022 од 31. марта 2022.

²³ Локацијски услови Министарства грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре број ROP-MSGI-32973-LOCA-2/2021 од 19. октобра 2021.

²⁴ Решење Министарства заштите животне средине о обиму и садржају Студије о процени утицаја на животну средину подземне експлоатације лежишта литијума и бора „Јадар” број 353-02-1163/2021-03 од 18. августа 2021.

²⁵ Захтев за издавање одобрења за експлоатационо поље од 6. јануара 2021. у предмету Министарства рударства и енергетике број 210-02-310-02-17/21.

²⁶ Уредба о престанку важења Уредбе о утврђивању Просторног плана подручја посебне намене за реализацију пројекта експлоатације и прераде минерала јадарита „Јадар”, *Службени гласник РС*, бр. 8/2022.

нето решење о обиму и садржају студије утицаја на животну средину обуставило је Министарство заштите животне средине као првостепени орган, док је другостепени поступак одлучивања по жалбама заинтересоване јавности и даље у току пред Административном комисијом Владе.

Јула 2024. Уставни суд је у поступку покренутом на иницијативу компаније, неуставном и незаконитом огласио Уредбу Владе о стављању ван снаге Уредбе из 2020. којом је био утврђен просторни план подручја посебне намене, на више места истичући да је та Уредба трајно стављена ван снаге и да се одлуком Уставног суда „не враћа у животи”. Ипак, Влада Републике Србије је усвојила нову уредбу – Уредбу о примени Уредбе о утврђивању просторног плана подручја посебне намене за реализацију пројекта експлоатације и прераде минерала јадарита „Јадар”.²⁷ Уставност и законитост ове Уредбе предмет су одлучивања Уставног суда по предлогу 71 народних посланика, по ком је Уставни суд дужан да одлучује у складу са Законом о уставном суду.²⁸ У предлогу су истакнуте бројне неуставности и незаконитости предметне Уредбе из јула 2024, као и поступка усвајања ове Уредбе, ненадлежности Владе да утврђује минералну политику и план развоја геолошких истраживања, кршења начела поделе власти, формалних незаконитости појединих аката и радњи, као и разлога који говоре у прилог дугогодишњим незаконитостима самог пројекта „Јадар”. Разматрање ових питања превазилази оквире и предмет овог рада, и могло би бити предмет посебних анализа.

На основу Уредбе из јула 2024. поједини државни органи поново су отворили обустављене поступке или покренули нове поступке у циљу реализације пројекта „Јадар”. Тако је пред Министарством заштите животне средине тренутно у току нови поступак процене утицаја на животну средину, иако у претходном још увек није коначно одлучено.²⁹ Пред Министарством рударства и енергетике и даље је у току поступак по захтеву за издавање одобрења за експлоатационо поље, иако је раније морао бити обустављен, а ни по покретању новог поступка процене утицаја није се законито могао одржати, упркос „оживљавању” Уредбе из 2020.³⁰

²⁷ Уредба о примени Уредбе о утврђивању Просторног плана подручја посебне намене за реализацију пројекта експлоатације и прераде минерала јадарита „Јадар”, *Службени гласник РС*, бр. 60/2024.

²⁸ Закон о уставном суду, *Службени гласник РС*, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – одлука УС, 103/2015, 40/2015 – др. закон, 10/2023 и 92/2023, чл. 50.

²⁹ Видети Поглавље VI у овом раду.

³⁰ Чл. 70 важећег Закона о рударству и геолошким истраживањима прописује да се уз захтев за издавање одобрења за експлоатационо поље мора приложити акт

V. Кључне измене закона у области рударства и геолошких истраживања и хронологија

Прва дозвола за примењена геолошка истраживања у долини Јадра издата је у складу са тада важећим Законом о рударству и Законом о геолошким истраживањима из 1995.³¹ Ови закони су мењани и допуњавани средином двехиљадитих година,³² док је 2011. донет нови Закон о рударству и геолошким истраживањима. Овај закон био је на снази до 2015. када је усвојен Закон о рударству и геолошким истраживањима који, са својим изменама из 2018. и 2021, важи и данас. Интензивна активност државе на изменама правног оквира у овој области од 2011. до 2021, на одређени начин је пратила и „развој” планираних пројеката експлоатације и прераде бора и литијума, као и других сировина у Републици Србији. Посматрајући читав процес измена прописа у области рударства и геолошких истраживања, могуће је уочити кључне измене и недоследности у примени закона, па и закључити о тенденцијама јавних политика у том домену.

Изменама прописа, током година су сужавана овлашћења и права локалних самоуправа. Законом о рударству и геолошким истраживањима из 2011. прописано је да инспекцијски надзор над применом тог закона и прописа донетих за његово спровођење, у погледу примењених геолошких истраживања геолошких ресурса и експлоатације минералних сировина, врше надлежни органи аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе.³³ Ова овлашћења представљала су значајан искорак у односу на раније важећи пропис, али су врло брзо одузета од јединица локалне самоуправе које у складу са позитивним правним оквиром више немају права у овом домену.

Сагласно ранијим законима у области рударства и геолошким истраживањима, као и тренутно важећем Закону о рударству и геолошким истраживањима и Закону о накнадама за коришћење јавних добара,

којим се одређује обим и садржај студије о процени утицаја на животну средину, прибављен пре него што је израђена студија изводљивости експлоатације.

³¹ Закон о рударству, *Службени гласник РС*, бр. 44/1995 и Закон о геолошким истраживањима, *Службени гласник РС*, бр. 44/1995.

³² Закон о изменама закона којима су одређене новчане казне за привредне преступе и прекршаје, *Службени гласник РС*, бр. 101/2005; Закон о изменама и допунама Закона о рударству *Службени гласник РС*, бр. 34/2006.

³³ Закон о рударству и геолошким истраживањима, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011, чл. 145.

приходи од накнада за коришћење ресурса и минералних сировина припадају буџету Републике Србије и јединицама локалне самоуправе. Међутим, из документације коју су Лозница и Крупањ учинили јавно доступном, утврђено је да ове локалне самоуправе не поседују никакву документацију о евентуалним приходима по основу плаћања накнаде за примењена геолошка истраживања минералних и других геолошких ресурса.³⁴

Међу одредбама Закона из 2011. истиче се члан 30 став 5 којом је прописана обавеза претходног одређивања површина истражних простора на којима се могло одобрити извођење примењених геолошких истраживања. Тврдње о непоштовању ове одредбе (која је брисана већ 2015), Министарство рударства и енергетике учинило је неспорним својим одговором датим на захтев за слободан приступ информацијама од јавног значаја, када је јавност обавестило о томе да у складу са предметним прописом није донет ниједан правни акт којим су ближе била одређена подручја на којима су се могла одобрити извођења примењених геолошких истраживања³⁵ – што указује на незаконитост свих одобрења за вршење примењених геолошких истраживања на територији Републике Србије издатих у том периоду.

Законом из 2015. у правни систем Републике Србије уведена је могућност да држава за потребе носиоца истраживања, односно експлоатације, као корисника, може вршити експропријацију непокретности.³⁶ Истим законом, руде бора и литијума сврстане су на листу минералних сировина од стратешког значаја за Републику Србију.³⁷

Чланом 12 важећег Закона о рударству и геолошким истраживањима је уређено да Народна скупштина доноси Стратегију управљања минералним и другим геолошким ресурсима Републике Србије, одређује општи циљ развоја и геолошких истраживања, а чијом реализацијом се спроводи минерална политика и план развоја геолошких истраживања и рударства.³⁸ Ова Стратегија, у складу са члановима 4 и 10-13 Закона

³⁴ Одговор града Лознице број 351-26/2024-V од 12. јуна 2024; Обавештење општине Крупањ број 000220049 2024 05476 004 000 041 001 20 004, од 5. фебруара 2024.

³⁵ Одговор Министарства рударства и енергетике по захтевима за приступ информацијама од јавног значаја, број 000461040, од 28. децембра 2023.

³⁶ Закон о рударству и геолошким истраживањима, *Службени гласник РС*, бр. 101/2015, 95/2018 – др. закон и 40/2021, чл. 4, ст. 5 и 6.

³⁷ Закон о рударству и геолошким истраживањима, чл. 4 ст. 2.

³⁸ Закон о рударству и геолошким истраживањима, чл. 11.

о планском систему,³⁹ представља плански документ – документ јавних политика којим се у конкретном случају утврђује политика у области геолошких истраживања и рударства. Народна скупштина још увек није усвојила предметну Стратегију, Влада није предложила њено усвајање, а са интернет презентације Министарства рударства и енергетике види се да је поступак израде овог документа тек започет.⁴⁰

Потребно је још указати и на одредбу члана 7 важећег Закона о рударству и геолошким истраживањима којом је прописано да носилац истраживања и носилац експлоатације не може бити привредни субјект који има доспеле, а неизмирене обавезе по основу јавних прихода, јавних давања у вези са ранијим истраживањима или експлоатацијом, незаконитог истраживања, ако има неиспуњене обавезе у вези са санацијом животне средине и слично. Из документације коју је јавности учинило доступном Министарство финансија – Пореска управа, произлази да је компанији „*Rio Sava Exploration*” д.о.о., Београд током 2018. утврђена непријављена обавеза пореза на додату вредност у износу од око неколико милиона динара,⁴¹ док су компанији исте године издата најмање три одобрења за наставак спровођења примењених геолошких истраживања.⁴²

Измене садржине предметних прописа, смештене у контекст њихове селективне примене и друштвених, политичких и привредних околности у којима су настајале и ступале на снагу, довољан су разлог за исказивање оправдане сумње у исправност побуда и намера државе које су до измене прописа довеле. Могло би се и рећи да се није радило о изменама у циљу остваривања јавног интереса, већ о прилагођавању прописа интересу приватних правних субјеката.

³⁹ Закон о планском систему Републике Србије *Службени гласник РС*, бр. 30/2018.

⁴⁰ Обавештење Министарства рударства и енергетике, коме се може приступити преко везе: <https://www.mre.gov.rs/vest/3987/djedovic-handanovic-sa-predstavnicima-rudarsko-geoloskog-fakulteta-pocela-izrada-strategije-upravljanja-mineralnim-i-drugim-geoloskim-resursima-republike-srbije.php>

⁴¹ Решења Министарства финансија – Пореске управе број 47-00249/2018-0020-010 од 17. децембра 2018; број 47-00180/2018-0020-010 од 12. септембра 2018. и број 47-00122/2018-0020-010 од 10. јула 2018.

⁴² Решења Министарства рударства и енергетике Републике Србије број 310-02-01688/2017-02 од 7. фебруара 2018, број 310-02-01688/2017-02 од 27. априла 2018. и број 310-02-0343/2004-06 од 22. јануара 2018.

VI. Измене Закона о процени утицаја на животну средину и Закона о стратешкој процени утицаја на животну средину

Први закони у области процене утицаја и стратешке процене утицаја на животну средину пројеката, планова и програма у Републици Србији усвојени су 2004.⁴³ Уз Закон о заштити животне средине који је такође усвојен 2004, а са својим изменама и допунама на снази је и данас, као и Архуску конвенцију која је законом потврђена и уведена у правни поредак Републике Србије 2009,⁴⁴ Закон о процени утицаја на животну средину и Закон о стратешкој процени утицаја на животну средину представљали су основни правни оквир заштите животне средине у нашој земљи. Након неколико година промишљања у оквиру надлежних државних органа и једног нацрта новог закона усвојеног од стране радне групе Министарства заштите животне средине и подржаног од стране Правног факултета Универзитета у Београду, током 2023. Влада Републике Србије од надлежног министарства добија нове нацрте закона, које прихвата и у форми предлога закона их доставља Народној скупштини. Предлози су, након интервенција стручне јавности чији су представници присуствовали 14. седници Одбора за заштиту животне средине Народне скупштине,⁴⁵ убрзо повучени из скупштинске процедуре. Међутим, пред крај 2024. Влада доставља Народној скупштини готово идентичне предлоге,⁴⁶ без претходно одржане обавезне јавне расправе, јер се радило о нацртима којима се битно мења уређење питања и решења претходних закона, односно јер се радило о новим системским

⁴³ Закон о процени утицаја на животну средину, *Службени гласник РС*, бр. 135/2004, 36/2009, Закон о стратешкој процени утицаја на животну средину, *Службени гласник РС*, бр. 135/2004, 88/2010.

⁴⁴ Закон о потврђивању Конвенције о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима животне средине.

⁴⁵ http://www.parlament.gov.rs/14._sednica_Odbora_za_za%C5%A1titu_%C5%BEivotne_sredine_.48139.941.html.

⁴⁶ Веза ка предлозима закона усвојених од стране Владе Републике Србије на 23. седници Владе од 29. августа 2024: <https://www.srbija.gov.rs/prikaz/811504>.

Веза ка предлогу Закона о процени утицаја на животну средину: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/14_saziv/2034-24.pdf.

Веза ка предлогу Закона о стратешкој процени утицаја на животну средину: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/14_saziv/2035-24.pdf.

законима у области заштите животне средине.⁴⁷ Народна скупштина је предлоге закона усвојила без расправе, у околностима у којима није ни било могуће одржати седницу Народне скупштине због физичких сукоба међу посланицима и члановима Владе. Том приликом усвојени су, поред наведених закона, и измене и допуне Кривичног законика, Закона о енергетици, Закона о пензијском и инвалидском осигурању и још око 50 других закона.⁴⁸

Оба закона требало би да представљају ослонац права јавности и заинтересоване јавности у поступцима који могу имати утицаја на животну средину, да омогућавају разраду начела предострожности, превенције и интегралности, имплементацију одредаба Архуске конвенције и остваривање права грађана Републике Србије на здраву животну средину у управном поступку. Двадесетогодишња примена (старих) закона у пракси, као и развој политичких и социјалних збивања у погледу приступања ЕУ, омогућили су препознавање реалних недостатака ових прописа, простора за злоупотребу и препрека примени прописа у пракси. Такође, показало се и да би предметни закони, у правној држави, представљали значајну препреку остваривању незаконитих циљева у области индустрије, планирања, изградње и енергетике. Да током тих двадесетак година примене закона у овој области није постојала владавина права сведоче бројни примери који су јавности мање или више познати, а издваја се поступак изградње новог Блока БЗ ТЕ Костолац, у ком је решење о сагласности на студију поништавано чак два пута,⁴⁹ због чега је Србија по први пут у историји „изведена” пред жалбени комитет Архуске конвенције у Женеви.⁵⁰ Отпор надлежних државних органа примени прописа у области заштите животне средине у управном поступку кулминирао је ставом Административне комисије Владе којим је поступак стратешке процене утицаја издвојен из управно-правног система. Из поступка стратешке процене утицаја искључена је примена Закона о општем управном поступку, а Влада је

⁴⁷ Пословник Владе Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 61/2006 – пречишћен текст, 69/2008, 88/2009, 33/2010, 69/2010, 20/2011, 37/2011, 30/2013, 76/2014 и 8/2019 – др. уредба, чл. 41.

⁴⁸ <http://www.parlament.gov.rs/%D0%B0%D0%BA%D1%82%D0%B8/%D0%B4%D0%BE%D0%BD%D0%B5%D1%82%D0%B8-%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D0%B8/%D0%B4%D0%BE%D0%BD%D0%B5%D1%82%D0%B8-%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D0%B8.45.html>.

⁴⁹ Пресуде Управног суда III-1 У. 6832/2014 од 24. јуна 2016. и III-1 У. 17053/17 од 23. јуна 2021.

⁵⁰ https://unece.org/env/pp/cc/accc.c.2020.179_serbia

– незаконито и неуставно – потпуно затворила врата могућности учествовања грађана у доношењу одлука.⁵¹ Делује да, упркос општем осећају необавезности примене прописа и неодговорности државних органа за одлуке у управним поступцима, систем ипак није могао поднети растуће притиске јавности и заинтересоване јавности, због чега се доношење нових закона указало као хитност и начин да се незаконитости озаконе. Описана хитност у доношењу нових закона непосредно се огледа у чињеници да се нови Закон о стратешкој процени утицаја на животну средину, иако усвојен без расправе, разликује по својој садржини од предлога закона достављеног Народној скупштини на усвајање, због чега се сам закон не може испитати, а његова садржина и поступак доношења морали би бити предмет разматрања Уставног суда у одговарајућем поступку.

Међутим, и тренутак у ком су, без јавне и скупштинске расправе, усвајани нацрти, предлози и закони, индикативан је сам по себи. У том смислу, пажња ће бити посвећена анализи новог Закона о процени утицаја на животну средину, чије усвајање и садржина могу бити директно повезани са поступком процене утицаја рударског дела пројекта „Јадар”. Овај поступак тренутно је у фази одлучивања о обиму и садржају студије, прецизније у фази одлучивања по хиљадама жалби⁵² против решења о обиму и садржају.⁵³ Могуће је да су учешће великог броја грађана у поступку процене утицаја и притисак који таква бројност представља за административни апарат, били довољан разлог за хитно доношење новог закона којим ће се права јавности знатно умањити, или чак искључити, а поступак убрзати у корист носиоца пројекта и других заинтересованих страна. Ово је потврђено прелазним и завршним одредбама новог Закона којима је прописано да ће се поступци започети по захтевима поднетим до дана ступања на снагу Закона окончати по одредбама старог закона,⁵⁴ што имплицира да ће се поступци у на-

⁵¹ Лука С. Ђорђевић, „Учешће заинтересоване јавности и делотворност правних средстава у поступку доношења просторног плана подручја посебне намене, *Бранич*, Београд, 2023, 48 и 49.

⁵² <https://www.021.rs/story/Info/Srbija/396444/Gradjani-podneli-vise-od-14000-zalbi-na-projekat-Jadar-Ministarstvo-bi-da-im-naplati-takse.html>.

⁵³ Решење Министарства заштите животне средине о одређивању обима и садржаја Студије о процени утицаја на животну средину пројекта подземне експлоатације лежишта литијума и бора „Јадар” брoј 002541265 2024 од 15. новембра 2024.

⁵⁴ Закон о процени утицаја на животну средину, *Службени гласник РС*, бр. 135/2004, 36/2009, чл. 59 ст. 1.

редним фазама одвијати у складу са новим (сада важећим) законом. Оно што забрињава је да се и овај закон разликује у односу на предлог, иако је усвојен без расправе, и то баш у ставу 2 спорног члана 59 (који предлог уопште не садржи), а којим се сада прописује да се у поступку одлучивања по захтеву за давање сагласности на студију, могу (а не морају) затражити додатни подаци, информације и документација у складу са новим Законом. Директне импликације на поступак процене утицаја рударског дела пројекта „Јадар” огледају се у следећем: 1) по захтеву за одлучивање о сагласности на студију, који следи након окончања другостепених поступака против решења о обиму и садржају студије, Министарство заштите животне средине одлучиваће у складу са новим Законом; 2) приликом одлучивања по предметном захтеву, Министарство неће морати да примењује одредбе новог закона које се односе на прибављање података, информација и докумената приписаних као обавезних за одлучивање у складу са новим Законом, већ ће се факултативно и арбитрарно бирати погодне одредбе које ће орган примењивати у поступку.

Поред описаног, што је и сасвим довољно за оцену неуставности новог Закона, предвиђено је и да се ниједно решење донето у било којој од три фазе процене утицаја неће објављивати, на који начин ће грађани бити онемогућени у остваривању својих права на делотворно правно средство, двостепеност и судску заштиту. Веома је сликовито то што релевантна Директива Европске уније⁵⁵ заинтересовану јавност препознаје на најмање 18 места, док је нови Закон спомиње (укључујући и дефиниције појмова) на само три места. Настојање предлагача Закона да заинтересованој јавности одузме права странке у управном поступку, експлицитно је изражено у пратећој документацији насталој приликом расправе о првом нацрту Закона о процени утицаја на животну средину (пре него што је 2023. повучен из процедуре).

Истиче се и веома спорна одредба из члана 9 став 4 којом је прописано да одговорни пројектант, који је израдио документацију на основу које се доноси одлука о одобрењу за извођење пројекта или који ју је потврдио у поступку техничке контроле и носилац пројекта, својим изјавама потврђују да документација на основу које се доноси одлука о одобрењу за извођење пројекта садржи мере и услове заштите животне

⁵⁵ Директива 2011/92/ЕУ Европског парламента и Савета од 13. децембра 2011. о процени утицаја одређених јавних и приватних пројеката на животну средину измењена Директивом 2014/52/ЕУ, *Службени гласник Л* 26, 28/01/2012, стр. 1–21.

средине, да је са њима усаглашена, односно да их ближе разрађује; поједностављено: носилац пројекта и пројектант сами себи потврђују усаглашеност своје документације.

Закон у члану 6 уводи и појам „мишљења” који није подударан ни са једним сличним правним институтом познатим нашем правном поретку, није управни акт (решење или закључак), ни мишљење из члана 80 Закона о државној управи, ни гарантни акт из чланова 18-21 Закона о општем управном поступку, нити потпада под одредбе о сарадњи и подршци међу министарствима из Закона о министарствима, или одредбе о сарадњи државних органа из члана 64 Закона о државној управи. Није јасно који правни или други акт или радњу представља ово мишљење у смислу Закона о општем управном поступку. Предмет мишљења исти је као и предмет захтева за одлучивање о потреби процене утицаја, иако је документација која се прилаже уз захтев за мишљење неупоредиво мањег обима. Према документацији која се тражи у поступку давања мишљења уопште није могуће оценити да ли је за конкретан пројекат потребно спроводити поступак процене утицаја. Не сме се занемарити повезаност поступка процене утицаја на животну средину са другим прописима, па се тако истиче да је увођење „мишљења” у поступак процене утицаја и његова употреба у обједињеној процедури супротна одредби члана 55 став 1 тачка 4а) Закона о планирању и изградњи који прописује да је саставни део локацијских услова одлука о потреби израде студије. У складу са „духом” новог закона, јавност је потпуно искључена из поступка издавања мишљења. Није познато ни да ли је против мишљења дозвољена жалба или било које друго правно средство, што је све апсолутно супротно минималним стандардима учешћа јавности и правне сигурности у поступцима процене утицаја на животну средину.

Нови Закон садржи и неколико контрадикторности и потпуних неусклађености са корелирајућим одредбама других повезаних закона. На пример, предвиђено је да су локацијски услови саставни део документације која се подноси уз захтев за одлучивање о потреби процене утицаја.⁵⁶ Ова одредба потврђује намеру да напред описано мишљење буде саставни део локацијских услова (уместо решења о потреби процене утицаја), што је супротно Закону о планирању и изградњи, а супротно је и начелу правне сигурности и предвидивости у управном

⁵⁶ Закон о процени утицаја на животну средину, *Службени гласник РС*, бр. 94/2024, чл. 12 ст. 4 тач. 1).

поступку,⁵⁷ јер није јасно како би исти орган уопште могао да о истом питању одлучује два пута у истом поступку и да притом донесе различите одлуке. У складу са описаним неусклађеностима, процесно је немогуће да локацијски услови постоје у моменту подношења захтева за одлучивање о потреби процене утицаја, јер је решење о потреби саставни део локацијских услова. Сличан парадокс, односно неусклађеност која онемогућује даљу примену Закона садржи и одредба члана 12 став 4 тачка 4 којом је прописано да се уз захтев за одлучивање о потреби процене утицаја подноси студија изводљивости експлоатације минералних сировина или извод из студије. Ова одредба директно је супротна члану 70 став 2 тачка 1 Закона о рударству и геолошким истраживањима којим је прописано да ће, пре израде студије изводљивости, носилац захтева за издавање одобрења за експлоатационо поље прибавити акт којим се прописује обим и садржај студије о процени утицаја. У складу са тим, није могуће да студија изводљивости уопште постоји пре доношења решења о обиму и садржају, а то нарочито није могуће у фази одлучивања о потреби процене утицаја која претходи одлучивању о обиму и садржају студије. Уношење предметне одредбе директно је повезано са поступком процене утицаја рударског дела пројекта „Јадар”, у ком је носилац пројекта, уместо идејног пројекта или извода из идејног пројекта као обавезног прилога, поднео извод из студије изводљивости.

VII. Кључне незаконитости текућег поступка процене утицаја на животну средину рударског дела пројекта „Јадар”

Како је већ поменуто, Министарство заштите животне средине донело је решење којим је носиоцу пројекта „*Rio Sava Exploration*” д.о.о., Београд, одређен обим и садржај Студије о процени утицаја на животну средину пројекта подземне експлоатације лежишта литијума и бора „Јадар”.⁵⁸ На ово решење око 14.000 грађана поднело је жалбе и тренутно је у току другостепени поступак. Решење је донето неколико дана пре усвајања новог Закона о процени утицаја на животну средину.

Поступак одлучивања по захтеву носиоца пројекта за одређивање обима и садржаја, незаконит је од самог почетка. Наиме, овај поступак

⁵⁷ Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016, 95/2018 – аутентично тумачење и 2/2023 – одлука УС, чл 5.

⁵⁸ Решење Министарства заштите животне средине Републике Србије број 002541265 2024 од 15. новембра 2024.

покренут је иако решење о обиму и садржају студије број 353-02-1163/2021-03 од 18. августа 2021. није коначно у управном поступку. Против овог решења у току су другостепени поступци пред Административном комисијом Владе, због чега је Министарство заштите животне средине, у складу са чланом 92. став 1 тачка 5 Закона о општем управном поступку, морало да одбаци нови захтев у истој правој ствари.

Плански основ наведен у (новом) захтеву за обим и садржај – Уредба о утврђивању Просторног плана подручја посебне намене за реализацију пројекта експлоатације и прераде минерала јадарита „Јадар” (*Службени гласник РС*, бр. 26 од 13. марта 2020) – је неважећи акт.⁵⁹ Да је захтев заснован на неважећем планском акту неспорним је учинило и Министарство заштите животне средине, на чијој се интернет презентацији може утврдити да је захтев заснован управо на наведеном (неважећем) планском документу.⁶⁰

Поступак садржи и друге, такође драстичне и каткад невероватне пропусте, недоследности и незаконитости. Тако, ако занемаримо чињеницу да уз захтев није предат идејни пројекат, већ извод из студије изводљивости која правно не може ни да постоји у овом процесном моменту,⁶¹ услови надлежних органа који су предати уз студију изводљивости уопште нису израђени за поступак процене утицаја. Из наслова и садржине поменутих услова произлази да су они издати у поступку и за потребе израде студије изводљивости и рударских пројеката.⁶² Додатно, простим упоређивањем датума издавања предметних услова са датумом на који је насловљен извод из студије

⁵⁹ Веза ка порталу Правно-информациони систем РС, за Уредбу о утврђивању Просторног плана подручја посебне намене за реализацију пројекта експлоатације и прераде минерала јадарита „Јадар” (*„Службени гласник РС”, број 26 од 13. марта 2020*): доступно преко везе: <https://pravno-informacioni-sistem.rs/eli/rep/sgrs/vlada/uredba/2020/26/1>

⁶⁰ <https://www.ekologija.gov.rs/obavestenja/procena-uticaja-na-zivotnu-sredinu/zahtevi/zahtevi-za-odredjivanje-obima-i-sadrzaja/rio-sava-exploration-doo-beograd-zahtev-za-odredjivanje-obima-i-sadrzaja-studije-o-proceni-uticaja-na-zivotnu-sredinu-projekta-podzemne-eksploatacije-lezista>

⁶¹ Видети Поглавље VI у овом раду.

⁶² Водни услови Министарства пољопривреде, шумарства и водопривреде број 002323353 2024 14843 001 001 325 024 од 21. августа 2024. // Услови заштите природе Завода за заштиту природе 03 бр. 021-2818/7, од 21. августа 2024. // Решење о условима за предузимање мера техничке заштите за потребе израде студије изводљивости експлоатације и прераде минерала јадарита „Јадар”, издати од стране Завода за заштиту споменика културе „Ваљево”, број 339/1 од 12. августа 2024.

изводљивости – утврђује се да су услови издати у августу 2024, за израду студије изводљивости из маја 2024?! Упркос свему наведеном, у поступку у ком не постоје елементарни предуслови за одлучивање као што су важећи плански основ, непостојање раније започетог поступка у истој ствари, потпун и уредан захтев и барем уредан временски след издавања међусобно повезаних докумената, према досадашњем току, не може се очекивати да државни органи одустану од своје праксе. Ово ће, засигурно, наставити да продубљује тему и отвара нова питања.

VIII. Закључак

Пројекат „Јадар”, из угла правника практичара, представља сложен процес, састављен од скупа веома великог броја међусобно уплетених поступака, започет пре нешто мало више од 20 година, који траје и данас. На тај процес годинама утиче велики број правних и ванправних чинилаца, друштвених и политичких околности. Анализирани прописи из области рударства, геолошких истраживања и заштите животне средине, подложни су описаним утицајима, каткад су и њихов директни производ. Временски период обухваћен овим радом омогућио је сагледавање наведених процеса целовито, па и објективно, свдећи резултате процеса на примере који се проналазе у једном од најприментнијих правних и друштвених случајева у Републици Србији – у пројекту „Јадар”.

Према описаним и појединачно обрађеним питањима развоја и измена регулативе, утицају регулативе на пројекат „Јадар” и обратно, може се закључити да постоји повећана „отворености” правног поретка утицајима појединачних интереса, често колидирајућих са јавним интересом. Постепене, али одлучне измене прописа у наведеној материји, смештене у контекст њихове селективне примене и околности у којима су настајале и ступале на снагу, довољан су разлог за исказивање оправдане сумње у исправност побуда и намера државе које су узроковале измене прописа. Неусклађености и контрадикторности тренутно важећег правног оквира у области планирања, изградње, рударства и заштите животне средине, уз актуелне ставове надлежних министарства и Владе у погледу онемогућавања грађана да учествују у поступцима и занемаривања система у погледу одржавања елементарне правне „хигијене”, подривају саме темеље правног поретка Републике Србије, угрожавају остваривање основних људских права и могу бити кап која ће пролити воду из већ преливене чаше у којој се годинама дави владавина права у нашој земљи.

Системска и временом све учесталија одступања од основних начела заштите животне средине, општег управног поступка и ратификованог међународног правног оквира, практично су озакоњена пред крај 2024. доношењем нових закона о процени и стратешкој процени утицаја на животну средину, усред поступка процене утицаја рударског дела пројекта „Јадар“. Међутим, измене закона који су основ за спровођење готово свих поступака у вези са овим пројектом, већ преоптерећеним незаконитостима, могле би проузроковати и потпуни колапс државног административног апарата, који би с правом отварао питања могућности примене ових прописа уопште. Законитост пројекта „Јадар“, као и свих других пројеката који могу имати значајан утицај на животну средину, сада је више него икад доведена у питање, а могућност надлежних државних органа да поступке у вези са овим пројектима законито спроведу сведена је на минимум – близак нули.

Luka S. Đorđević

attorney at law in Belgrade, master of laws

Snežana Selaković

attorney at law in Belgrade, master of laws

Andrea Tankosić

legal trainee in Valjevo, master of laws

THE „JADAR“ PROJECT IN THE LEGAL ORDER OF THE REPUBLIC OF SERBIA – ASSESSMENT OF LEGALITY AND CONSTITUTIONALITY

Summary:

What is the “Jadar” project? What processes does it entail? Do state authorities have insight into the planned technology? How many proceedings are underway? Has the project ever been canceled? Which laws are being applied? Are the procedures being conducted in accordance with the law and can they be legally terminated? The article presents a legal analysis of the regulations in the field of mining, geological exploration and environmental protection as the basic legal framework for the preparation, planning and implementation of mineral exploitation projects in the Republic of Serbia, as well as publicly available documentation on the “Jadar” project, obtained from the competent authorities of the Republic of Serbia. The subject of the analysis also includes the recently adopted new laws on environmental impact assessment and strategic environmental impact assessment, in a controversial moment and procedure. The authors present the novelties and controversial points of the amendments to the legal framework in question, critically pointing out the expected negative consequences for the legal order and legal certainty in the Republic of Serbia. The article also reviews completed proceedings, ongoing processes, and the prospects for future procedures aimed at implementing

the “Jadar” Project, focusing on systemic issues essential for assessing the project’s feasibility from a legal perspective.

Keywords: environmental impact assessment, legal certainty, legal protection, interested public, administrative procedure, administrative dispute, environmental protection, mining, geological exploration, Jadar, planning and construction, constitutionality, prevention, precaution, integrality

Датум пријема рада: 15. октобар 2024.

Датум прихватања рада: 30. октобар 2024.

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

УДК 364.3:347.615(497.11)

*Валентина Станковић**

мастер права

адвокат из Београда**

УВОЂЕЊЕ АЛИМЕНТАЦИОНОГ ФОНДА У ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И АНАЛИЗА ИНОСТРАНЕ ПРАКСЕ

Сажетак:

Проблем наплате издржавања детета у Републици Србији представља озбиљан изазов, јер према статистикама скоро сваки други родитељ не испуњава обавезу давања издржавања детета. Ова ситуација доводи до значајних финансијских и социјалних проблема за децу, која се налазе у неједнаким условима живота и развоја. Како би се повећала материјално-финансијска сигурност деце у смислу редовног примања издржавања, ове године пред Народном скупштином Републике Србије наћи ће се законско решење – предлог закона који предвиђа увођење Алиментационог фонда у наш правни систем. Овај Фонд би омогућио привремено издржавање детета у случајевима када родитељ који је обавезан не испуњава своје обавезе давања издржавања. Циљ је да се обезбеди основна финансијска подршка деци и спрече штетне последице услед недавања издржавања. Алиментациони фондови већ успешно функционишу у земљама као што су Шведска, Немачка и Швајцарска, а уведен је и у неким земљама региона, попут Хрватске и Црне Горе. Предлог закона дефинише услове, поступак и надлежности за остваривање права на привремено издржавање из средстава Алиментационог фонда, са циљем да се ситуација у пракси значајно поправи.

Кључне речи: издржавање, алиментација, права детета, алиментациони фонд

* Електронска адреса аутора: office@mlaw.rs

** Аутор је докторанд на Правном факултету Универзитета у Београду.

I. Увод

У јулу 2024. године је у процедуру пред Народном скупштином Републике Србије ушао Предлог закона који предвиђа увођење Алиментационог фонда, као решења за привремено издржавање деце из којег би се исплаћивао допринос за издржавање детета у случају недавања издржавања од стране родитеља који је на то обавезан. Усвајање овог дуго очекиваног законског акта представљало би значајан корак у правцу унапређења правне заштите деце у Србији, посебно у контексту статистичких података који указују на то да у Србији допринос за издржавање детета не даје скоро сваки други родитељ.

Први Алиментациони фонд је успостављен у Краљевини Шведској још 1937. године, чиме је ова земља постала пионир у примени института алиментационог фонда, који омогућава финансијску подршку деци чији родитељи не испуњавају обавезе издржавања. Као уређени и ефикасни системи алиментационих фондова истичу се такође немачки и швајцарски. Алиментациони фонд је релативно усвојен и у неким земљама из нашег региона, као што су Хрватска и Црна Гора. Ове јурисдикције су такође увеле алиментационе фондове ради ефикасније наплате издржавања и обезбеђивања основне финансијске заштите деце у ситуацијама изостанка давања издржавања. Овакав правни механизам има за циљ да осигура основну егзистенцију детета, што чини важан део система социјалне и правне заштите детета.

Предлог закона о привременом издржавању деце из Алиментационог фонда Републике Србије (у даљем тексту: „Предлог закона”)¹ предвидео је услове, надлежност и поступак остваривања права детета на привремено издржавање из средстава Алиментационог фонда. Циљ овог прописа и увођења Алиментационог фонда у правни систем Републике Србије јесте гарантовање и обезбеђивање механизма и средстава неопходних за отклањање штетних последица по живот, здравље и развој детета насталих услед недавања издржавања.

Аутор у овом тексту критички анализира предложена решења из Предлога закона, са акцентом на одређене делове, те истовремено процењује ефикасност решења из упоредног права.

¹ Текст Предлога закона о привременом издржавању деце из Алиментационог фонда Републике Србије је доступан на следећем линку (приступ дана 20. 11. 2024. године): https://otvoreniparlament.rs/uploads/akta/1_Predlog%20zakona%20o%20privremenom%20izdržavanju%20dece%20iz%20Alimentacionog%20fonda.pdf

II. Носиоци права на привремено издржавање према Предлогу закона

Према Предлогу закона право на привремено издржавање из средстава Алиментационог фонда има лице које није навршило 18. годину живота (дете) са пребивалиштем у Републици Србији или пунолетно дете које је због болести или сметњи у психофизичком развоју неспособно за рад. Услов да дете може успешно да реализује ово своје право јесте да родитељ који је правноснажном и извршном судском одлуком обавезан на давање доприноса за издржавање детета, овај допринос не даје редовно или није давао најмање два месеца узастопно, било у целости или делимично.

Овде се поставља питање усклађености овог Предлога закона са Породичним законом Републике Србије.² Породични закон предвиђа и гарантује право на издржавање малолетном детету,³ али и пунолетном детету које је неспособно за рад, а нема довољно средстава за издржавање, све док такво стање траје,⁴ односно које се редовно школује, а најкасније до навршене 26. године живота.⁵ Имајући у виду да је Породични закон предвидео право на издржавање пунолетног детета које се налази на редовном школовању до навршене 26. године живота, неукључивање пунолетног детета, које испуњава услов редовног школовања, као активно легитимисаног лица за подношење захтева и остваривање права на исплату доприноса за издржавање из средстава Алиментационог фонда, представља вид дискриминације овог круга лица. Подносиоци Предлога закона очигледно не сматрају да је право на достојанствен и живот под истим стандардима као и живот родитеља, право пунолетног детета током редовног школовања. Из текста Предлога закона следи да недавање издржавања може довести до доношења штетних последица по живот искључиво малолетног или болесног детета, док за пунолетно дете које се налази на редовном школовању неоправдано не важи ова претпоставка. Овим решењем се, осим дискриминације, повређује и институт најбољег интереса детета кроз немогућност ефективност остваривања права на издржавање. Занимљиво је ипак да је и упоредно право подељено када је питању право пунолетног детета на коришћење средстава из Алиментационог фонда.

² Породични закон Републике Србије – ПЗ, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

³ ПЗ, чл. 154.

⁴ ПЗ, чл. 155. ст. 1.

⁵ ПЗ, чл. 155. ст. 2.

Коначно, из текста Предлога закона проистиче да држављанство детета није меродавно за остваривање овог права. Једини услов који треба да буде испуњен са стране малолетног детета јесте пребивалиште на територији Републике Србије. То значи да малолетно дете које има одобрен привремени или стални боравак, као и азил, има право да користи права из овог прописа.

III. Основи на којима дете остварује право на привремено издржавање из Алиментационог фонда

Предлог закона предвиђа да ће дете имати право на подношење захтева и утврђивање права на исплату из Алиментационог фонда уколико родитељ који је дужник издржавања: 1. не даје издржавање редовно, или 2. не даје издржавање најмање два месеца узастопно, било у целости или делимично. Под делимичним неиспуњавањем се подразумева давање издржавања, али не у целости у складу са одлуком суда, у ком случају ће дете имати право на исплату разлике из Алиментационог фонда до пуног износа из судске одлуке. Нередовним давањем издржавања ће се пак сматрати када дужник у периоду од 12 месеци који претходе месецу у ком се подноси захтев дугује најмање два месечна износа издржавања. Дакле, било да дужник давања издржавања не даје издржавање два месеца узастопно или да дугује износ који одговара збиру два месечна издржавања у складу са судском одлуком, а која су доспела у последњих 12 месеци, дете ће имати право да прими исплату доприноса из Алиментационог фонда.

Предуслов за успешно утврђивање овог права јесте да је принудно извршење⁶ судске одлуке о издржавању детета остало безуспешно. Дакле, и даље је неопходно прво иницирати принудну наплату кроз извршни поступак, а тек када се у оквиру тог поступка утврди да је извршење немогуће (најчешће из разлога што не постоји имовина на којој би се могла извршити принудна наплата), дете стиче право на реализацију исплате из Алиментационог фонда. Доказивање да на други начин дете није могло да оствари своје право на издржавање се врши давањем изјаве подносиоца захтева да је принудно извршење судске одлуке остало безуспешно.

⁶ У смислу одредби Закона о извршењу и обезбеђењу Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење, 54/2019, 9/2020 – аутентично тумачење и 10/2023 – др. закон.

IV. Критички осврт на Предлог закона у погледу поступка

На поступак се примењују прописи о општем управном поступку.⁷ Према слову Предлога закона, надлежност за утврђивање права на привремено издржавање из Алиментационог фонда је поверена органу старатељства – Центру за социјални рад, а поступак је окарактерисан као хитан. Оправдано се може поставити питање да ли ће домаћи органи старатељства у већим градовима и општинама моћи да испоштују хитност поступка, имајући у виду њихову преоптерећености и без ове нове поверене надлежности. Неминовно је да би усвајање овог прописа донело са собом велики број поступака и поднетих захтева, јер према статистикама и истраживањима, како је наведено, чак сваки други родитељ – дужник давања доприноса за издржавање детета ту своју обавезу не испуњава редовно. Предвиђање поступка као хитног, какав би неизоставно и требало да буде, без унапред припремљеног механизма реализације права, остало би само слово на папиру.

Висина исплате се одређује на основу правноснажне и извршне судске одлуке. У овом погледу се може уочити разлика у односу на нека упоредноправна решења која се не везују за судску одлуку (и уопште њено постојање), већ за конкретне околности (узраст и потребе детета). Овде постоји простор за критично посматрање решења Предлога закона нарочито имајући у виду (не)ефикасност домаћег судства. Уколико је предвиђено везивање висине новчане исплате из Алиментационог фонда за правноснажну и извршну судску одлуку, у пракси можемо да очекујемо да исплате неретко неће бити довољне за месечне потребе детета. Да би се повећао тај износ, дете као поверилац, би морало према овом законском решењу да покрене судски поступак у ком би захтевало измену висине доприноса за издржавање, те би тек по окончању тог поступка могло и ефективно да прима вишу суму из Алиментационог фонда. Имајући у виду чињеницу да судски поступци, иако према законским одредбама означени као хитни, пред судовима у највећим градовима у Србији трају знатно дуже од прописаних рокова, намеће се закључак да је потребно размотрити ефикасније алтернативе. У том контексту, упоредноправна решења која предвиђају одређивање висине исплата из Алиментационог фонда на основу објективно утврђених потреба детета одређеног узраста, а не на основу судске одлуке, представљају практичније и детету наклоњеније решење.

⁷ Закон о општем управном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 18/2016, 95/2018 – аутентично тумачење и 2/2023 – одлука УС.

Овакво нормативно решење омогућава да се стварни циљ увођења Алиментационог фонда – обезбеђивање материјалне сигурности детета – оствари на ефикасан и правовремен начин. На пример, законодавац у Савезној Републици Немачкој је применом овог приступа успоставио систематско утврђивање висине доприноса за издржавање детета, које се преиспитује на сваке две године, уз примену такозване „Диселдорфске табеле“. Овај механизам омогућава прилагођавање висине издржавања узрасту детета и актуелним социоекономским условима, али и могућностима дужника издржавања.

На овај начин, немачки законодавац је успешно решио два суштинска проблема: обезбеђивање конзистентне и правовремене финансијске заштите детета и истовремено растерећење судова од дуготрајних и оптерећујућих поступака, чиме се подиже ефикасност правосудног система. Примењивање сличног модела у Србији представљало би значајан корак ка унапређењу правног оквира и заштите најбољег интереса детета и, према мишљењу аутора, боље решење од оног предвиђеног Предлогом закона.

V. Околности под којим дете не може да остварује право на привремено издржавање из Алиментационог фонда

Предлог закона искључује оне специфичне ситуације када је детету на други погодан начин загарантована и обезбеђења основна животна заштита и материјални приходи. Ова искључења се односе на околност када се дете дуже од 30 дана налази у хранитељској породици, установи социјалне заштите, здравственој или васпитној установи или васпитно-поправном дому или је у малолетничком затвору, као и ако се дете налази дуже од 30 дана у дечијој установи, ученичком дому, верској образовној установи или војној школи са домом за ученике, односно на основној полицијској обуци са смештајем, али под условима да не учествује финансијски у трошковима свог смештаја и исхране.

VI. Право на регрес од дужника издржавања

Исплатом износа привременог издржавања Република Србија би стекла право на регрес од родитеља-дужника издржавања. Износ који према Предлогу закона Република Србија може да потражује јесте исплаћени износ увећан за припадајућу камату. По доношењу Решења о регресу, дужнику би био остављен рок од 8 дана од дана пријема Решења

за добровољно измирење. У случају да дужник добровољно у остављеном року не поступи у складу са коначним Решењем које представља извршну исправу, уследило би покретање принудне наплате. У овом поступку би Републику Србију заступало Јавно правобранилаштво.

VII. Упоредноправни приказ

1. Приказ прописа и праксе у Савезној Републици Немачкој

Правни систем Савезне Републике Немачке уредио је један од најразвијенијих и најпрецизније уређених модела у области издржавања деце, а његова ефикасност се значајно ослања на ефикасан рад Алиментационог фонда и стандардизованих правила за одређивање износа издржавања. Основна законска регулатива у овој области произлази из немачког грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*),⁸ који прописује обавезу родитеља да обезбеде материјалну сигурност својој деци.

Један од кључних елемената у немачкој пракси је примена поменуте Дизелдорфске табеле (*Düsseldorfer Tabelle*),⁹ која представља стандардизовани инструмент за одређивање висине издржавања у складу са узрастом детета и примањима обавезника издржавања. Табела се ажурира на сваке две године, узимајући у обзир економске параметре као што су трошкови живота и просечна примања. На овај начин се обезбеђује прилагођавање стварним потребама детета, али и равномерно оптерећење обавезника.

У случајевима када родитељ обавезан на давање издржавања не испуњава своје обавезе, правни систем пружа подршку путем Закона о обезбеђивању издржавања деце самохраних мајки и очева путем авансних исплата или надокнада за издржавање (*Unterhaltsvorschussgesetz*)¹⁰.

⁸ Немачки грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), 2002.

⁹ Дизелдорфска табела се ажурира и објављује на сваке две године. Последња објављена је из 2023. године и доступна је на сајту Вишег покрајинског суда у Дизелдорфу (приступ дана: 2011.2024. године): https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/infos/Duesseldorfer_Tabelle/Tabelle-2023/Duesseldorfer-Tabelle-2023.pdf. Табела није обавезујућа, већ представља смерницу. Она приказује месечне износе потребне за издржавање. Потребне нису идентичне са износом који се исплаћује; тај износ се утврђује узимајући у обзир напомене које су саставни део табеле. Напомена број два укључује и пунолетну децу.

¹⁰ Закон о авансном издржавању (*Gesetz zur Sicherung des Unterhalts von Kindern alleinstehender Mütter und Väter durch Unterhaltsvorschüsseoder -ausfallleistungen-Unterhaltsvorschussgesetz*), 2007 (*Службени гласник I*, стр. 1446), последњи

Према одредбама овог закона, деца која живе са једним родитељем могу примати новчана средства из Алиментационог фонда, а држава затим има право регреса према обавезнику. Овај механизам обезбеђује континуитет у издржавању и спречава ситуације у којима дете остаје без финансијске подршке. Пракса немачких судова додатно подржава ефикасност система, с обзиром на то да се спорови у вези са издржавањем деце решавају у кратким роковима и уз минималне трошкове за странке. Осим тога, употреба стандардизованих образаца и упутстава за примену *Дизелдорфске табеле* олакшава поступак, смањује потребу за дуготрајним вештачењима и доприноси транспарентности и правичности у доношењу одлука.

Један од родитеља или законски старатељ детета има право да иницира поступак за добијање средстава из Алиментационог фонда подношењем захтева надлежној локалној канцеларији за младе (*Jugendamt*), институцији која управља овим фондом у Савезној Републици Немачкој. У складу са законом, захтев мора бити пропраћен релевантном документацијом, која обухвата доказе о неиспуњавању обавезе издржавања од стране дужног родитеља, као што су извршне судске одлуке или други правно ваљани докази, као и податке о финансијском положају подносиоца захтева.

Поступак разматрања захтева карактерише велика ефикасност, при чему је просечно трајање обраде између две и четири недеље, у зависности од потпуности и тачности достављене документације. По одобрењу захтева, исплате из Фонда се врше на месечном нивоу, а износ се утврђује према узрасту детета и усклађен је са стандардизованим вредностима прописаним у Диселдорфској табели. Истовремено, државни органи надлежни за регрес покрећу поступак наплате од родитеља који је у обавези да даје издржавање. На овај начин се обезбеђује стабилност у издржавању детета, уз преношење терета наплате на државу, чиме се истовремено штите права детета и олакшава његов положај у овим поступцима.

Искуства из Немачке показују да интеграција Алиментационог фонда и стандарда као што је Дизелдорфска табела не само да обезбеђује стабилност и сигурност за дете, већ и значајно растеређује судски систем. Оваква пракса може послужити као пример доброг упоредноправног решења за унапређење правне регулативе по овом питању.

2. Приказ прописа и праксе у Швајцарској Конфедерацији

Правна основа за Алиментациони фонд у Швајцарској Конфедерацији регулисана је низом прописа који обухватају различите аспекте плаћања привременог издржавања за децу.¹¹ Једна од специфичних одлика швајцарског система авансног плаћања издржавања огледа се у његовој оријентацији ка заштити најбољих интереса детета. За разлику од многих других правних система, овај модел не условљава право на авансну исплату алиментације приходима родитеља који подноси захтев. Чак и родитељи са релативно високим примањима могу остварити право на исплату из фонда, јер је дете као поверилац постављено у централни план, али под условом да пружи валидан доказ о немогућности наплате издржавања од дужника. Као доказ може да послужи исправа о неуспелом извршењу или нека друга исправа. На овај начин, акценат се ставља на материјалну сигурност и благостање детета, независно од социоекономског положаја родитеља. Овакав приступ осигурава да дететова права на издржавање не буду угрожена административним или финансијским препрекама.

У случају исплате из Алиментационог фонда, поступак одређивања висине доприноса за издржавање разликује се од судског утврђивања износа. Наиме, износ који се исплаћује из Фонда не зависи директно од прихода родитеља који подноси захтев, већ се утврђује на основу стандардизованих износа који су дефинисани на кантоналном нивоу. Ови износи се прилагођавају економским условима и животним трошковима који су специфични за одређени кантон,¹² чиме се обезбеђује правична и адекватна подршка детету у складу са регионалним економским условима.

Висина авансних исплата из Алиментационог фонда заснована је на утврђеним потребама детета, али она се одређује према кантоналним стандардима који узимају у обзир узраст детета и специфичне трошкове који произилазе из његовог животног стања. Исплата се врши у оквиру месечних аванских уплата, које се касније могу кориговати на

¹¹ Чл. 293 Швајцарског цивилног законика (*ZGB*), Пропис о помоћи у наплати алиментације (*Inkassohilfeverordnung – InkHV*), Закон о општинама (*Gemeindegesezt – GG*), Закон о деци и младима (*Kinder- und Jugendhilfegesetz – KJHG*) и пропис о помоћи у алиментацији (*Verordnung über die Alimentenhilfe – Alim V*)

¹² Пример актуелне табеле за кантон Цирих (приступ дана: 21. 11. 2024. године): <https://www.zh.ch/de/soziales/sozialhilfe/sozialhilfehandbuch/flexdata-definition/11-weitere-leistungen-soziale-sicherheit/11-2-bedarfsleistungen/11-2-01-alimentenbevorschussung.html>

основу стварно утврђеног износа алиментације, који ће бити дефинисан током судског поступка. Овај систем омогућава да дете добије финансијску подршку током трајања судског поступка за утврђење, чиме се осигурава континуирана материјална сигурност детета у периоду који може бити понекад дужи.

3. Приказ прописа и праксе у Краљевини Шведској

Као и Швајцарска, Шведска се одликује специфичним механизмом који омогућава плаћање доприноса за издржавање детета чак и у случајевима када родитељ са којим дете живи има веома високе приходе.¹³ Процес подношења захтева за исплату издржавања из шведског Фонда почиње подношењем захтева од стране родитеља који се налази у ситуацији да други родитељ не извршава своје обавезе. Захтев се подноси надлежној институцији – Централној канцеларији за алиментацију (*Försäkringskassan*), уз доказе о неисплаћивању издржавања, као што су судске одлуке или извршне исправе, као и информације о приходу подносиоца захтева. У овом случају, износ који ће бити исплаћен детету није директно везан за приход родитеља који подноси захтев, већ се утврђује према стандардизованој алиментационој табели.¹⁴ Исплата се одређује као фиксни износ у зависности од узраста детета, а износ може варирати.¹⁵ Шведска има комбинацију два већ анализирана система и тај систем се показао као веома ефикасан и прилагођен интересу детета.

Шведски систем наплате карактерише брза исплата издржавања, која се обично одобрава у року од пар недеља од подношења захтева. Ова брзина омогућава детету да не остане без неопходне финансијске подршке не само у случају недавања издржавања, већ и током трајања судских поступака, односно током чекања на коначну судску одлуку о издржавању. За разлику од многих других земаља, где родитељи често морају да чекају дуго на судске пресуде, па потом тек остварују право на потраживање из алиментационог фонда, ова брзина у Шведској осигурава да дете брзо добије нужну финансијску помоћ.

¹³ Закон о алиментацији (*Lag (1997:238) om underhållsstöd*)

¹⁴ Тако: Johanna Finnström, „Individual realities and legal responsibilities: a study of non-resident parents who dispute child maintenance obligations in Swedish administrative courts, 2014-2019”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2023, 37.

¹⁵ Извор са интернета (приступ дана 21. 11. 2024. године): <https://kliently.se/en/news/alimony-maintenance-support-we-sort-out-what-is-what/>

4. Приказ прописа и праксе у земљама региона (Република Хрватска и Црна Гора)

Примена Закона о привременом издржавању деце из Алиментационог фонда¹⁶ у Црној Гори ступила је на снагу 1. новембра 2022. године. Током 2023. године предато је неколико стотина захтева за коришћење средстава из Алиментационог фонда, при чему је Фонд исплатио преко 64.000 евра.¹⁷ Међутим, крајем исте године, усвојене су измене и допуне овог Закона, што је проузроковало привремену обуставу исплата средстава деци из Алиментационог фонда. Овај пример може да послужи као пример негативне законодавне праксе, која указује на потребу за прецизнијим формулисањем законских одредби у моменту доношења како би се избегле потенцијалне правне неодређености и оперативне потешкоће у примени прописа.

Проблеми су се нарочито испојили у вези са датумом од којег се детету признаје право на исплату из Алиментационог фонда. Првобитна намера законодавца била је да се право признаје од момента подношења захтева. Ипак, центри за социјални рад у Црној Гори примењивали су правило ретроактивног признавања права, што је резултирало потребом за додатним изменама прописа. То је изазвало привремену блокаду у раду Алиментационог фонда. Стога је од изузетне важности да се, приликом доношења сличног закона у Републици Србији, ово питање унапред изричито регулише, како би се избегле могућности за двострана тумачења.

Значајно је истаћи да, у складу са решењима предвиђеним у Предлогу закона Републике Србије, и законодавство Црне Горе признаје право на привремено издржавање из Алиментационог фонда деци страним држављанима са пребивалиштем на њеној територији.

Закон о привременом уздржавању Републике Хрватске¹⁸ је донет још пре десет година. Према овом Закону право на привремено издржавање има малолетно дете за које родитељ који не станује са дететом у целости или делимично не даје допринос за издржавање, ако се утврди да ни бака и дека по том родитељу не могу допринети издржавању унука.

¹⁶ Закон о привременом издржавању дјецe, *Службени лист ЦГ*, бр. 80/2022 и 123/2023.

¹⁷ Подаци о исплати су преузети са интернета (приступ дана 21. 11. 2024. године): <https://www.ekapija.com/news/4824005/u-proceduri-predlog-zakona-o-privremenom-izdrzavanju-dece-iz-alimentacionog-fonda-o>

¹⁸ Закон о привременом уздржавању Републике Хрватске, *Народне новине*, бр. 92/14.

За разлику од идеје нашег законодавца, као и законодавца Црне Горе, пропис у Републици Хрватској ово право гарантује само хрватским држављанима који имају пребивалиште у Републици Хрватској. Право на привремено издржавање признаје се од дана подношења захтева, односно од дана покретања поступка по службеној дужности, чиме се постиже јасно утврђена законска формулација која искључује могућност правне неодређености и спречава појаву ситуација као што је она напред описана која се догодила у Црној Гори.

Захтев за привремено издржавање подноси родитељ код којег дете станује подручном одељењу Хрватског завода за социјални рад према пребивалишту детета, по истеку три месеца од покретања извршног поступка.

Занимљиво је законско решење да се привремено издржавање утврђује у висини од 50% законског минималног износа издржавања¹⁹ уколико висина није утврђена извршном исправом, а у случају да је висина утврђена, она представља горњу границу за висину испате из Алиментационог фонда.

VII. Закључак

Тема алиментационих фондова представља важан аспект породичног права који има значајан утицај на материјалну сигурност деце, посебно у случајевима када један од родитеља не испуњава своје обавезе издржавања. У Републици Србији, као и у многим другим земљама, постоји потреба за ефикаснијим механизмима који би обезбедили редовну и правовремену исплату доприноса за издржавање детета. Актуелно решење у Србији се углавном ослања на парнични и извршни поступак, као и на кривично гоњење, али ови процеси често трају предуго, што може довести до неадекватне заштите права детета.

У упоредном праву, као што показују примери из Немачке, Шведске и Швајцарске, земље са развијеним системима алиментационих фондова примењују различите приступе који могу бити ефикасни у заштити и реализацији права детета.

Иако Србија не поседује још увек институт алиментационог фонда, примена сличних модела могла би допринети унапређењу правне заштите детета у домаћем правном систему. Увођење Алиментационог фонда који би обезбедио исплату бар минималног износа издржавања

¹⁹ У складу са Одлуком о минималним новчаним износима потребним за месечно издржавање дјетета, *Народне новине*, бр. 48/2023.

детета чији родитељ не даје издржавање, могло би значајно смањити дуготрајност поступака и осигурати непосредну подршку детету. Такође, као што показује пракса у другим европским земљама, важно је да се алиментациони фондови и начин њиховог рада редовно ревидирају и прилагођавају тренутним економским условима, како би били правични и ефикасни.

Усвајање Предлога закона са изменама или без њих би свакако представљало важан корак и значајан напредак ка обезбеђивању материјалне сигурности детета, као и ефикасности судских поступака које се односе на породично-правна питања.

Valentina Stanković, LL.M
attorney at law in Belgrade

INTRODUCTION OF AN ALIMONY FUND INTO THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA AND ANALYSIS OF INTERNATIONAL PRACTICE

Summary:

The issue of child support collection in the Republic of Serbia represents a significant challenge, as statistics indicate that nearly every second parent fails to fulfill his/her obligation to provide child support. This situation leads to severe financial and social problems for children, placing them in unequal living and development conditions. To enhance the financial security of children through the regular receipt of child support, a legislative proposal was introduced before the National Assembly of the Republic of Serbia in summer of 2024 – a draft law aimed at establishing an Alimony Fund within the Serbian legal system. This Fund would provide temporary child support in cases where the obligated parent fails to meet his/her payment obligations. The goal is to ensure basic financial support for children and prevent the adverse consequences of non-payment of child support. Alimony funds are already successfully operational in countries such as Sweden, Germany, and Switzerland, as well as in some regional countries like Croatia and Montenegro. The draft law outlines the conditions, procedures, and competencies for exercising the right to temporary child support from the Alimony Fund, with the aim of significantly improving the current situation in practice.

Keywords: child support, alimony, children's rights, alimony fund

Датум пријема рада: 14. новембар 2024.

Датум прихватања рада: 12. децембар 2024.

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

УДК 342.738

343.14

Тамара Миловановић*

мастер правник**

ЗАКОНИТО ПРЕСРЕТАЊЕ КОМУНИКАЦИЈЕ

Сажетак:

У раду се анализира проблематика законитог пресретања електронске комуникације која се врши употребом савремене информационе технологије. Први део рада се базира на правним и техничким питањима и проблемима у вези са прикупљањем и снимањем података комуникације која се остварује у реалном времену, а који могу бити потенцијални доказ у кривичном поступку. У другом делу рада се анализира легислативни оквир у Републици Србији и његова адекватност да одговори на те проблеме у условима *сајбер* простора у ком се комуникација одвија. Испитује се начин на који се спроводи електронски надзор и праћење комуникације и с тим у вези приказује пракса Европског суда за људска права у контексту заштите права приватности у дигитално доба. Циљ је да се укаже на изазове које поставља еволутивни развој информационих технологија у прикупљању доказа, те да се покаже како то утиче на досегнути ниво људских права, закључујући да су право и правни механизми у великом раскораку са тим променама, при чему остају без одговора на кључна питања.

Кључне речи: електронска комуникација, електронско праћење и надзор, законито пресретање комуникације, право приватности

I. Увод

Карактеристике криминалитета представљају неопходне индикаторе за планирање и организацију рада надлежних органа, а прибављање довољно доказа у оквиру нормативних правила правосудног система је често изузетно сложен задатак. Истраживање полази од основних

* Докторанд кривичног права на Правном факултету Универзитета у Београду.

** Електронска адреса аутора: tamaraa.milovanovic@gmail.com

појмова специфичности сајбер простора, информационих технологија и савремене електронске комуникације чији подаци могу бити потенцијални доказ у кривичном поступку. Међутим, у њиховом прикупљању надлежни органи се сусрећу са правним и техничким изазовима који су предмет анализе овог рада. Обрађена су поједина правна и техничка питања у вези са прикупљањем података комуникације која се остварује у реалном времену, са посебним акцентом на пресретање, односно снимање садржаја комуникације. Такође, пажња се поклања нормативном тумачењу легислативног оквира Републике Србије, уз кратак приказ праксе домаћих судова и Европског суда за људска права (ЕСЉП), а помињу се и поједина упоредноправна решења на тему тајног надзора комуникације. Узети су у обзир минимални услови и гаранције које је потребно испунити како би се обезбедила адекватна заштита прокламованих људских права и слобода у складу са начелом владавине права и спречило арбитрерно поступање надлежних државних органа приликом предузимања радњи и мера, са нарочитом пажњом на заштиту права приватности у вези са кривичним поступком. Анализом научне и стручне литературе, позитивноправних решења и њихове примене у пракси уочене су специфичности и проблематика предмета истраживања. Коришћењем нормативног, упоредноправног метода и методом анализа случаја идентификују се недостаци регулаторног оквира и указује на немогућност да одговори на практичне изазове у савременом дигиталном окружењу, што доводи до неделотворности у законитом прикупљању доказног материјала. Научна оправданост избора теме заснива се на чињеници да је право у великом раскораку са технолошким развојем које је данас дошао до незамисливих размера, што практично доводи до проблема успостављања равнотеже интереса кривичног поступка и загарантованих људских права и слобода појединаца, при чему на многа питања изостаје адекватан одговор како на нормативном тако и на организационом нивоу.

II. Електронска комуникација као дигитални доказ

Технолошки и економски развој довео је до формирања тзв. дигиталног друштва. Савремене информационе технологије¹ створиле су јединствен, умрежен сајбер простор (састављен од Интернета, телеко-

¹ Термин информационе технологије представља интеграцију: рачунарских технологија (складиштење и обрада података и презентовање информација) и комуникационих технологија (пренос података и информација).

муникационих мрежа и рачунарских система),² из којег је проистекао *сајбер криминал*³ са својим специфичним карактеристикама. Његова динамична и транснационална природа представља основни изазов у супротстављању овом облику криминала, што отвара питање надлежности за прописивање кривичних дела и за предузимање радњи откривања и доказивања (кривичних дела обухваћених појмом *сајбер криминала*, али и свих других кривичних дела за које је потребно прикупити трагове и доказе у електронском облику).⁴

Електронска комуникација⁵ обухвата све врсте комуникација, односно пренос података (знакови, сигнали, звук, слике итд.) заснован на *ИП* протоколу, посредством рачунара, рачунарских мрежа или уређаја

² *Сајбер* простор као шири појам одређује број корисника услуга, количина рачунарских података и Интернет као јавно доступна глобална мрежа сачињена од рачунарских мрежа. *Вебсајт* (*Website*) је место у рачунарској мрежи састављено односно *хостовано* на најмање један *веб сервер* (*Web Server*) – рачунар у ком се складишти и обрађује садржај. *Вебсајт* чини више *веб* страница којима се приступа преко *URL* адресе на Интернету. Интернет има свој видљив – површински део и невидљив део – *Диввеб* (*Deep Web*, тзв. дубоку, скривену мрежу). Више о томе: М. Еган, *What is the Dark Web? What's the Deep Web? How to Access the Dark Web?* <https://www.techadvisor.com/article/727316/what-is-the-dark-web-whats-on-it-how-to-access-it.html>asp., 14. август 2023.

³ *Сајбер криминал* обухвата инкриминисана понашања код којих се рачунарски систем или мрежа појављује као средство извршења или као објект напада кривичног дела, уколико се дело на други начин, или према другом објекту не би могло извршити или би имало битно другачије особине. М. Писарић, *Електронски доказ у кривичном процесу*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2019, 11.

⁴ *Ibid.*, 14. Правила релевантна у Републици Србији садржана су у следећим прописима: Закон о потврђивању Конвенције о високотехнолошком криминалу – Будимпештанска конвенција, *Службени гласник РС*, бр. 19/2009, Кривични законик Србије, Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС, Закон о организацији и надлежности за борбу против високотехнолошког криминала *Службени гласник РС*, бр. 61/2005, 104/2009, 10/2023 и 10/2023 – др. закон.

⁵ Електронске комуникације настале су интеграцијом телекомуникационих и информационо комуникационих технологија. Види: Т. Цветковић. и В. Тинтор, *Регулатива електронских комуникација*, Висока школа електротехнике и рачунарства струковних студија, Београд, 2019.; О значењу појмова: електронска комуникациона мрежа, јавна електронска комуникациона мрежа, електронска комуникациона опрема и услуга, делатност електронске комуникације, види чл. 4 Закона о електронским комуникацијама – ЗЕК, *Службени гласник РС*, бр. 44/2010, 60/2013 – одлука УС, 62/2014, 95/2018 – др. закон и 35/2023 – др. закон.

за аутоматску обраду, складиштење и пренос података.⁶ Начин на који се одвија у модерном комуникационом окружењу изискује прибављање доказа у дигиталном формату, које карактеришу одређене специфичности. Наиме, коришћењем рачунарских система и мрежа корисник информационе технологије о свакој предузетој активности оставља за собом дигиталне трагове, односно рачунарске податке, који се складиште, обрађују или преносе у рачунарима, рачунарским мрежама или уређајима за аутоматску обраду података, а чији значај може бити велики у откривању и доказивању кривичних дела.⁷ Да би се одређена кривично правна ствар у кривичном поступку решила и одговарајућим процесним радњама спровело доказивање⁸ релевантних чињеница, неопходно је да прикупљање и извођење таквих доказа буде у складу са правилима и начелима кривичне процедуре.

Рачунарски подаци могу бити само траг активности корисника или аутоматских процеса у рачунару или уређају и сами по себи нису довољни да буду доказ одређене чињенице⁹, те је с тога неопходно њихово законито, стручно и правилно прикупљање, обрада и анализа, у складу са правилима дигиталне форензике¹⁰, а у оквиру кривичне процедуре, како би добили своју доказну вредност у кривичном поступку.

⁶ Једни од појавних облика електронске комуникације у савременом технолошком окружењу су употреба мобилних телефона и мобилних мрежа – пружалаца услуга мобилне телефоније, веб сајтова (друштвених мрежа), веб мејл платформи, мреже за размену садржаја (P2P), платформи за онлајн складиштење података (апликације засноване на рачунарству у „облаку“), видео игрица итд. М. Писарић, 2019, 86.

⁷ Трагови о активностима корисника могу се пронаћи у рачунарима, мобилним телефонима, интернет страницама, друштвеним мрежама, апликацијама и подацима који су похрањени или се преносе преко сервера лоцираним на територијама више држава. М. Писарић, 2019, 73.

⁸ Доказивање као поступна делатност странака и суда се може неформално поделити на два дела, први део који се односи на прикупљање и проверавање чињеница које могу послужити као доказ у поступку и други део који се односи на предлагање доказа, одлучивање о извођењу доказа, извођење доказа као и оцена и образлагање доказа.

⁹ Више о томе: М. Писарић „Електронски записи као докази у кривичном поступку”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, 2019, Вол. 43, бр. 2, 519–536.

¹⁰ Више о томе: М. Писарић, *Посебности доказивања дела високотехнолошког криминала*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд 2016, 290–378.

ку.¹¹ Као резултат правилне анализе, рачунарски податак може бити оперативно сазнање које може усмерити даљи ток поступања надлежних органа, а уколико испуњава услове законитости – да је прикупљен и обрађен у складу за кривичним законодавством, аутентичности – да су електронски записи представљени као доказ суду у тренутку кад су били прикупљени, те да нису претрпели измене или губитке (што се утврђује алатима, техникама и методама дигиталне форензике) и релевантности – да су подобни за утврђивање одређене чињенице, везано за околности конкретног случаја, може се користити као (дигитални) доказ пред судом у поступку. Тако подобан или одређен рачунарски податак који служи као доказ чињенице која се утврђује у кривичном поступку представља исправу према чл. 2 ст. 2 тач. 26 ЗКП.¹²

1. Овлашћења, ограничења и проблеми надлежних органа у прикупљању електронске комуникације

Због специфичне природе информационих технологија, надлежни органи се сусрећу са одређеним изазовима. Приликом идентификације учиниоца кривичног дела извесну проблематику може да ствара повезивање дигиталног трага виртуелног учиниоца са идентитетом стварног учиниоца, док код проналажења и обезбеђивања трагова и предмета који могу послужити као доказ, изазове прави разноликост извора.¹³ Тако према Будимпештанској конвенцији рачунарски подаци (потенцијални дигитални докази) могу бити *ускладишћени*¹⁴ у рачунарима, рачунар-

¹¹ Дигитални трагови имају своје специфичности које их разликују од трагова у физичком свету: могу бити непотпуни, услед брзог протока рачунарских података непостојани, сами по себи нису подобни да буду доказ о идентитету лица које је предузело одређене радње, склони су изменама, лако могу бити уништени, прикривени, премештени, умножавани без ограничења те невидљиви за нестручна лица. Њихова количина је неупоредиво већа од трагова у физичком свету, док значење и вредност може да објасни само лице са стручним знањем. М. Писарић, 2019, 73–76.

¹² Имајући у виду карактеристике рачунарских података, доказивање дигиталним доказом се врши увидом у садржај исправе на други начин. чл. 138 ст. 1 ЗКП. Више о томе: М. Писарић „Прикупљање електронских доказа из мобилног телефона у пракси Врховног касационог суда Републике Србије”, *Криминалистичка теорија и пракса*, Вол.7, бр. 2/2020, Загреб, 39–40. Види: М. Писарић, 2019, 77–79.

¹³ Види: М. Писарић, *op. cit.*, 80–89.

¹⁴ Будимпештанска конвенција предвиђа начине за прибављање похрањених рачунарских података о саобраћају већ остварене комуникације. Наиме, у другом одељку прописана је обавеза сваке стране уговорнице да усвоји законодавне и друге

ским мрежама, уређајима за обраду, пренос и складиштење података, а могу се и *преносити преко мреже у реалном времену* (док сигнал пролази кроз рачунарску мрежу од извора до одредишта комуникације). Код прикупљања података у реалном времену разликује се:

а) Електронско праћење и надзор

Реч је о прикупљању података о спољним деловима комуникације, што подразумева податке о комуникационом саобраћају¹⁵ и податке о

мере потребне да се према чл. 16 омогући надлежним органима да нареду или обезбеде хитну заштиту тачно одређених рачунарских података о саобраћају остварене комуникације, која је похрањена у рачунарским системима, нарочито у случају опасности од губитка или измене истих (очување целовитости), а све у циљу добијања дозволе за разоткривање садржаја остварене комуникације. Чл. 17 додатно учвршћује потребу за хитном заштитом без обзира да ли је у преносу поруке учествовао један или више давалаца услуга, као и делимично откривање података о саобраћају остварене комуникације за потребе утврђивања идентитета пружалаца услуга и путање остварене комуникације. Ово се у смислу одредаба ЗКП-а може постићи доказним радњама – привременог одузимања предмета и претресањем рачунара или уређаја. У трећем одељку чл. 18 предвиђа издавање наредбе о предаји рачунарских података који се налазе у поседу или под контролом а) лица – рачунарски подаци који су похрањени у рачунарским системима и уређајима, б) даваоца услуге електронске комуникације – подаци о кориснику услуге (што може укључити и податке о идентификацији лица које је користило утврђену ИП адресу у време извршења кривичног дела), осим података о саобраћају или садржају који се преноси. У четвртог одељку чл. 19 се односи на обавезу прописивања овлашћења надлежним органима (да врше, прошире, одузму, нареду лицу да пружи потребна обавештења) за претресање и одузимање рачунара и уређаја, који садрже потенцијалне доказе, ради проналаска похрањених података у њиховој меморији, али не и података о саобраћају или садржају комуникације која се врши посредством информационах технологија. При чему је важно направити разлику у обезбеђивању одређеног рачунарског податка од обезбеђивања уређаја који је извор дигиталног доказа.

¹⁵ Пети одељак Будимпештанске конвенције у чл. 20 предвиђа обавезу држава уговорница да усвоје законодавне и друге мере којима овлашћују надлежне органе да на својој територији, применом техничких средстава а) самостално прикупљају или снимају податке о саобраћају тачно одређене, или са њом повезане комуникације, која се одвија преко рачунарских система и мрежа у реалном времену, б) да обавезу пружаоце услуга да им то омогуће, или помогну, као и да ту чињеницу чувају као тајну. Реч је о електронском праћењу спољних елемената комуникације (порекло, одредиште, путања, време, датум, величина, трајање комуникације и врста услуге, прво поглавље, чл. 1 тач. г) Будимпештанске Конвенције).

корисницима информационах технологија.¹⁶ Електронска комуникација се најчешће остварује употребом мобилних уређаја, где су тзв. паметни мобилни телефони новије генерације заправо мали рачунари.

Електронско праћење служи да се утврди физичка локација корисника и може се остварити употребом ГПС-а, који паметни мобилни телефони имају уграђено као опцију, те када је она укључена *хардвер* прима сигнале са сателита који круже око земље и израчунава локацију телефона. Уколико је опција искључена или је уређај не поседује, позиција телефона се утврђује преко ћелијске локације у мобилној мрежи.¹⁷

Електронски надзор представља прикупљање података о саобраћају комуникације, при чему се разликују историјски подаци о оствареним комуникацијама, који су ускладиштени у системима компанија оператора и подаци који се генеришу у реалном времену (налазе се у ћелијским локацијама). Мобилни оператори ради наплате својих услуга чувају одређени период податке о ћелијској локацији с којом се телефон повезује, али нема комерцијалног оправдања за снимање података у реалном времену.¹⁸

Прикупљање података о *ИП* адреси је од значаја за комуникације које се остварују преко рачунарских мрежа; међутим то није једноставан задатак. Сваком рачунару у рачунарској мрежи се додељује одређена *ИП* адреса, путем које се повезује на Интернет. *ИП* адресе нису јединствене, већ динамичке те се уређају сваки пут када се повеже на мрежу додељује различита.¹⁹ Идентификација корисника или потенцијално осумњиченог је отежана, обзиром да се *ИП* адреса додељује уређају, а не кориснику, може бити лажно приказана (што је карактеристично за *Даркнејт*), комплексно је утврдити ком је ентитету

¹⁶ Више о томе: М. Писарић, 2019, 178–195.

¹⁷ Мобилни телефони шаљу и примају сигнале преко мобилне мреже, која је подељена у секторе (базне станице), који покривају одређено географско подручје – ћелије. Место где се три ћелије укрштају се назива ћелијска локација или торањ. Телефон се повезује са најближом ћелијском локацијом са најјачим сигналом, која региструје податак о почетку, завршетку, трајању разговора, да ли је успостављена веза, преко које ћелијске локације је примљен позив, датум и време.

¹⁸ Како након наплате услуга подаци не би били избрисани, државе прописују обавезу оператора о задржавању података о саобраћају комуникација.

¹⁹ Број корисника је знатно већи од броја *ИП* адреса који се додељује пружаоцима услуга за приступ Интернету. Статичка – стално позната *ИП* адреса се изузетно додељује одређеним корисницима односно уређајима. Адресе додељује *Internet Assigned Numbers Authority – IANA* преко регионалних оператора.

додељена (оператеру, компанији или појединцу); потребно је проучити регистар пријављивања на мрежу да би се дошло до корисника, где постојање необезбеђених мрежа или оних које гарантују анонимност отежава процес, а потом од оператера прибавити податке о кориснику налога. Подаци могу бити у привременој меморији мрежних уређаја кратак период, или привремено у мрежним кабловима.²⁰

Данас живимо у систему масовног надзора и праћења свих активности како у онлајн тако и у офлајн окружењу.²¹ Приватне компаније, мотивисане финансијским интересима, преко комплексних алгоритама прикупљају и обрађују велику количину података о својим корисницима, који при међусобном размењивању добијају додатну вредност – тзв. метаподаци. Они се могу користити за предвиђање понашања и доношења одлука у складу са очекиваним понашањем, те самим тим могу бити од значаја надлежним органима, који их од компанија могу прибавити куповином, добровољном предајом, по налогу јавног тужиоца односно наредби суда или пресретањем, уз строго поштовање права на приватност и заштиту података о личности. Међутим, неоправдано је њихово неограничено прикупљање, без постојања основа сумње да је лице извршило кривично дело. Ово је нарочито проблематично код предиктивног надзора активности лица које служи уочавању понашања учинилаца и предвиђању будућих радњи.²² С тога начин прибављања података и процедура за њихову примену морају бити јасно и транспарентно прописане законом и одобрене од стране независног органа.

б) Пресретање комуникације

Пресретање представља електронски надзор унутрашњих делова комуникације. Реч је о прикупљању података у времену у ком се кон-

²⁰ М. Писарић 2019, 177–185.

²¹ Незамисливо велики број активности појединаца се прати на разне начине, путем камера на улицама, система за препознавање лица и отисака прстију, употреба дрона итд. У савременом сајбер простору појединци свесно и вољно или несвесно своје податке деле са другима. Наиме, региструје се и прати свака послата порука, упућен позив, посећен сајт, отворена страница, пуштен видео, сваки „кликнут” линк. „Колачићи” који „искачу” на веб страницама прате активности на посећеној страници, о чему се води регистар активности посетиоца. Такође прате се и подаци које корисник попуњава у формуларима. Апликације у мобилним телефонима и уређајима у циљу унапређења перформанси прикупљају и обрађују различите податке. Постоје и могућности праћења мобилних телефона путем ГПС-а, компаса, камера, итд.

²² Дигитализовано индуктивно профилисање. М. Писарић, 2019, 189–195.

кретна комуникација остварује, искључиво за потребе кривичног поступка за одређена кривична дела. (Овде се не ради о ускладиштеним подацима о већ оствареној комуникацији, као ни о задржавању неодређених података, нити се може односити на будућа неодређена кривична дела).

Електронска комуникација која се одвија употребом Интернета подразумева слање „пакета података” (позиви, поруке, е-пошта, број кредитне картице) који пролазе кроз непознате *сервере*, *рушере* и уређаје без икакве контроле. Као механизам заштите користи се шифровање (*encryption*)²³ које подразумева процес претварања података (порука или информација) у безбедне нечитљиве облике, на начин који спречава неовлашћен приступ. Дешифровање (*decryption*) је процес преокретања, када дођу до примаоца коме су намењени, шифровани подаци се враћају у првобитно читљиво стање.²⁴ У савременом друштву шифровање је постало саставна карактеристика свакодневне комуникације, а јака енкрипција императив за заштиту приватности и пословања. Међутим, криминалци такође злоупотребљавају шифровање као део свог начина

²³ Шифровање вуче корене од древних Египћана и хијероглифа. У средњем веку се развија модерна и научна енкрипција са арапском математиком, о чему је писао арапски филозоф Ал Кинди. Види: С. Машкур „Знаете ли вы, что Аль-Кинди писал труды о дешифровке сообщений?” <https://islamofera.ru/znaete-li-vy-cto-al-kindi-pisal-trudy-o-deshifrovke-soobshhenij/> asp., 27. јануар 2023. Данас шифровање постаје главно средство за заштиту бројних *онлајн* технологија, укључујући електронске комуникационе услуге, *онлајн* просторе за складиштење, поштанске сандучиће итд.

²⁴ Дакле разликују се: 1) обичан текст који представља садржај комуникације, 2) шифровани подаци, 3) алгоритам за шифровање – рачунарски механизам који ради на подацима за шифровање, 4) кључ за шифровање (дугачак низ бројева) који ради заједно са алгоритмом за дешифровање података. Само страна која држи кључ може добити приступ оригиналним подацима. У вези са врстама шифровања, разликује се: 1) симетрично шифровање – пошљалац и прималац користе исти кључ, јавно доступан који не захтева мере безбедности, 2) асиметрично шифровање – користе се два кључа, јавни и приватни (на чему је базирана и *E2E* енкрипција), и 3) криптографске *хеши* функције. Производи и услуге могу користити шифровање за податке у транзиту или за податке у мировању. Више о томе као и о процесу шифровања: Europol, Eurojust, 2019 "First Report of the Observatory Function on Encryption", 10-32, <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/eurojust-2019-01-joint-ep-ej-report-observatory-function-on-encryption-en.pdf> asp. 24 фебруар 2023. Као стандарди за шифровање користе се за веб *ССЛ* (*Secure Socket Layer* – *SSL*) или његова најновија ажурирана верзија *ТСЛ* (*Transport Layer Security* – *TSL*). При уношењу података (обично је реч о личним подацима) програмски код <http://> има додатни знак који указује на сигурност <https://>.

рада. Овде почиње изазов за спровођење закона од стране државних органа. У даљем току рада анализираће се техничке могућности и проблеми са којима се сусрећу надлежни органи приликом пресретања те приступа садржају комуникације. Сходно имплементацији Будимпештанске конвенције, држава се обавезала да за тешка кривична дела²⁵ у складу са одредбама националног законодавства, овласти надлежне органе да на својој територији, применом техничких средстава, самостално прикупљају и снимају у реалном времену садржај тачно одређене комуникације, која се остварује употребом рачунарских система и мрежа, или да на исто обавезу пружаоце услуга у оквиру њихових постојећих техничких могућности, односно да упуте на помоћ и сарадњу.

Употребом информационих технологија електронске комуникације се могу одвијати коришћењем:

1) телефона и телефонске мреже (фиксне која сигнале преноси преко жице и оптичких каблова²⁶ и мобилне која их преносе кроз ваздух²⁷).

У дигиталној телефонији,²⁸ сигнал се од извора комуникације повезује преко радио таласа са базном станицом која је оптичким кабловима повезана са централом оператера. У централи се налази *хардвер* са *софтвером* који може да прикупља податке о комуникационом саобраћају (ради тарифирања услуга), али и да снима садржај комуникације, са могућношћу даљег преусмеравања служби за спровођење закона, која поседује одговарајућу опрему за аквизицију, а све у складу са *ЕТСИ* (*European Telecommunications Standards Institute – ETSI*). Надлежни органи могу да обавезу пружаоце услуга електронских комуникација да спроведу или да им омогуће пресретање употребом своје технологије²⁹ или путем директног пресретања, употребом технологије која користи безбедносне недостатке у мобилним телефо-

²⁵ Одређивање и трајање радњи из чл. 20 и чл. 21 Будимпештанске конвенције ограничено је начелом сразмерности на најтежа кривична дела.

²⁶ За пресретање је потребно физички приступити мрежној инфраструктури преко које се преноси разговор и поставити специфичан уређај. М. Писарић 2019, 215.

²⁷ За пресретање је довољно присуство на одређеној удаљености од места на ком се налази један од учесника у разговору и одговарајућа бежична мрежа. *Ibidem*.

²⁸ Аналогна телефонија је у данашње време превазиђен модел. Раније се надзор и снимање комуникације одвијао тако што је у аналогној телефонској централи сваки телефонски прикључак имао свој разделник, а паралелно са њим још један за потребе прислушкивања, који је „качен” жицама на оптичке каблове.

²⁹ Чл. 20 и чл. 21 Будимпештанске конвенције.

нима. У том случају се разликује пасивно пресретање (пресрећу се сигнали који се размењују између мобилног телефона и бежичне телефонске мреже док се преносе кроз ваздух, што не омета пренос сигнала,³⁰ па се потом шифроване комуникације дешифрују, а недостатак је непостојање или слаба енкрипција) и активно пресретање које се одвија употребом пресретача *ИМСИ* (*International Mobile Subscriber Identity – IMSI*) броја, односно симулатора ћелијске локације,³¹ који функционише уколико не постоји механизам у мобилном телефону за аутентификацију базне станице (када телефон не може да разликује сигнал базне станице од сигнала симулатора). Међутим, у пракси препреку прави могућност аутентификације базних станица коју имају паметни мобилни телефони као опцију.³²

2) рачунарских система (рачунара, паметних мобилних телефона, таблета и сл.) који имају инсталиране апликације за комуникацију (*WhatsApp, Viber, Skype, Messenger, онлајан* игрице итд.) засноване на *ВОИП* (*Voice over IP – VOIP*) технологији.

Наиме, појединац истовремено може да користи неколико начина приступа услугама комуникације и да буде у односу са више давалаца услуга, од којих неки могу бити и ван граница државе, што изазива извесне тешкоће приликом одређивања меродавног закона. Као технички проблем јавља се то што се комуникација која се преноси преко Интернет протокола дели на више „пакета”, при чему путања сигнала који путује од извора до одредишта комуникације није унапред одређена, нити јединствена. Ту се поставља питање на ком месту поставити уређаје за пресретање. Код обавезивања давалаца услуга за приступ Интернету се може јавити проблем да надлежни орган не може да утврди које ће *ИП* адресе учесници користити у комуникацији (а и могуће је да се *ИП* адресе мењају током комуникације) притом они немају везе са *ВОИП* позивом. Код обавезивања даваоца *ВОИП* услуга је проблем што се преко њихове мреже не преноси разговор, већ само сигнал и то што се може налазити у иностранству. Проблем у пракси представља и (не) могућност пресретања комуникације која се одвија преко уређаја који

³⁰ Нпр. преусмеравање позива на телефон пресретача.

³¹ Користи се антена да ухвати све позиве и поруке који се шаљу преко радио таласа.

³² Користи се у случајевима идентификације непознатог телефона који користи осумњичени, лоцирања уређаја који оператери не могу да препознају, када треба блокирати одређене уређаје или позвати одређене бројеве у ситуацијама са високим степеном безбедносног ризика. М. Писарић 2019, 216–217.

имају енкрипцију као фабричку поставку³³ и употребљавају ВОИП технологију.

Надаље, извесну проблематику праве платформе за комуникацију инсталиране у мобилним телефонима и рачунарима, које представљају део свакодневног дигиталног живота. Учесници у комуникацији употребом уређаја директно шаљу сигнале једни према другима (*peer-to-peer*) и успостављају путању за разговор. Поруке послате преко алата који подразумева „*end-to-end*” енкрипцију (*E2EE*)³⁴ шифрују се пре него што напусте уређај пошиљаоца са јединственим кључем на оба краја размене. Наиме, чак и ако се пресретну током преноса, поруке су нечитљиве и једини уређаји који могу да их дешифрују, те остваре увид у садржај, су они који припадају пошиљаоцу и примаоцу.³⁵ *E2EE* чува податке шифроване, без икакве могућности дешифровања чак и на серверу или било где друго, те стога обавезивање пружаоца услуга електронске комуникације на сарадњу овде нема практични допринос.³⁶ Дакле, са теоријског становишта, увид у садржај комуникације могу да остваре само њени учесници са својих уређаја.³⁷

У скоројјој пракси актуелан и комплексан проблем направиле су криптоване комуникационе платформе које су корисницима омогућавале поверљиву комуникацију,³⁸ која се одвијала преко апликација

³³ Компаније које производе информационе технологије укључују енкрипцију као фабричку поставку у паметне телефоне који користе њихов оперативни систем (*Apple – IOS, Google – Android*). Развијање рачунарства „у облаку” такође може да угрози пресретање у великој мери. Више о томе: М. Писарић, „Енкрипција мобилних телефона као препрека у откривању и доказивању кривичних дела – осврт на упоредна решења”, *Анали Правног факултета у Новом Саду*, 2021, бр. 2, 415–422.

³⁴ Реч је о крајњем сигурносном механизму базираном на асиметричном шифровању, који штити осетљиве и приватне податке на мрежи (телефонски позиви, број кредитне картице током трансакције итд.).

³⁵ Овај систем користе апликације за комуникацију попут: *WhatsApp, Facebook, Messenger, Signal* и др.

³⁶ Пружаоци услуге могу пресрести податке на својим серверима и предати их органима за спровођење закона, али су исти у нечитљивом облику.

³⁷ Међутим, наводи се да платформа *WhatsApp* има могућност да пресретне и чита поруке својих корисника тако што с времена на време прави нове енкрипције, односно мења безбедносно програмске кључеве (*encryption keys*) о којима не обавештава своје кориснике, чиме омогућава „улаз на задња врата” при читању садржаја комуникације. Према: Noizz.rs, „Poruke na WhatsApp-u nisu tajne i Fejsbuk može da ih čita”, <https://noizz.rs/nauka/poruke-na-watsapp-u-nisu-tajne-i-fejsbuk-moze-da-ih-cita/yfsf6ppasp>, 21. јун 2023.

³⁸ Корисници су употребљавали модификоване мобилне телефоне са онемо-

за размену порука заснованих на посебном начину асиметричног шифровања који је моментално криптовао поруке на уређају корисника, те их слао преко централних сервера лоцираних у иностранству.³⁹

Услед техничких, јављају се и правне тешкоће. За обавезивање пружалаца услуга на помоћ неопходно је да постоји нормативни оквир, односно образложена наредба државног органа (више о томе у даљем тексту) у којој су прецизно одређени оператери на које се обавеза односи,⁴⁰ као и обим овлашћења надлежних органа за пресретање. Међутим, надлежан орган пресретање комуникације не може извршити, јер се она остварује преко иностраног оператора, за ког није меродавна наредба органа националног законодавства. Обавезивање оператора може бити проблематично, јер даваоци услуга за приступ Интернету не могу да виде комуникацију која је енкриптована, док код пружалаца *ВОИП* услуга недостаје одговарајућа технологија која би омогућила извршење наредбе. Надаље, тешко је предвидети које ће се информације очекивано прикупити, што повећава вероватноћу налаза за које није постојало овлашћење у наредби. Недовољно образложена наредба не испуњава потребан захтев одређености, што директно утиче на повреду права приватности.

Сходно претходном објашњењу, долази се до закључка да је на садашњем нивоу технолошког развоја пресретање електронских комуникација које се одвијају употребом *ВОИП* технологије технички неоствариво.⁴¹ Надлежни органи могу имати одговарајуће овлашћење за остваривање приступа садржају комуникације, али им недостају техничке могућности да, без поседовања кључа за дешифрирање, остваре приступ и прикупе податке у читљивом облику. Наведено може да доводе

гућеном камером, микрофоном и *ГПС-ом*, у којима су биле инсталиране апликације (*EncroChat*, *Sky Ecc*, *Anom*). Једне од карактеристика биле су самоуништење порука након истека рока који је дефинисао корисник или могућност уношења лозинке за узбуну која је моментално брисала целокупан садржај, а начин шифровања (*Ecc* и *E2EE*) онемогућавао је увид у садржај комуникације у читљивом облику приликом пресретања. Процесно посматрано, упитно је да ли је садржај комуникације могао бити откривен доказним радњама многих законодавстава.

³⁹ Више о томе: V. Вајовић „ENCROCHAT i SKY ECC komunikacija kao dokaz u krivičnom postupku”, *Časopis za krivične nauke CRIMEN*, (XIII) 2/2022, Beograd, 154–179.

⁴⁰ Потребно је прецизно навести да ли се обавеза односи на пружаоца услуга електронских комуникација или удаљених рачунарских услуга или услуга за приступ интернету или *ВОИП* услуга.

⁴¹ М. Писарић, 2019, 219–221.

у питање доказни кредибилитет података које државни органи прикупљају позивајући се на националне оквири, јер сам изостанак техничких могућности да пресретање буде реализовано упућује на масовни надзор и неарбитрарно поступање. Поставља се питање да ли би на наднационалном нивоу било изводљиво увести централни регистар ИП адреса пружалаца услуга као потенцијално решење.⁴² Занимљиво може бити и разматрање правне регулације *keylogger-a*.⁴³

Прикупљање података мора бити у складу са националним прописима којима је обезбеђена имплементација процесних одредаба Будимпештанске конвенције. Свеобухватно и неселективно праћење и надзор електронске комуникације и појединца у *сајбер* простору нису оправдани, већ је неопходно предвидети одређена процедурална ограничења и гаранције.

III. Законодавни оквир у Републици Србији

Имајући у виду све претходно наведено, поставља се питање да ли је нормативни оквир у Републици Србији адекватан и довољан за откривање и доказивање кривичних дела и учинилаца у специфичностима *сајбер* простора. У истом циљу неопходно је успоставити равнотежу између интереса кривичног поступка и права и слобода осумњичених лица, уз очување претпоставке невиности, те се с тога строго мора водити рачуна о прецизирању мера и радњи које предузимају органи државне принуде, као и о правном основу и начину њихове примене.

Имплементацијом чл. 15 Будимпештанске конвенције држава је преузела обавезу да, приликом нормирања овлашћења (услова и ограничења) надлежних органа за предузимање радњи електронског надзора и праћења, као и начин њихове примене, заштити загарантована фундаментална људска права и слободе грађана, а строго водећи рачуна о начелу сразмерности, одређености и нужности, уз контролу судских органа (сходно одговарајућим међународним инструментима), како не би били угрожени *право на приватност* (с њим у вези и *права*

⁴² Пример: када један *сервер* контактира више корисника, проверити одмах ИП адресу где је лоциран уређај корисника.

⁴³ Реч је о *софтверу* или *хардверу* који има способност да бележи све што се откуца на тастатури, те да тај податак чува у датотеци најчешће у криптованом облику. Постављају се питања: Да ли би било изводљиво направити централни систем? Шта би се десило када би апликације које користе вештачку интелигенцију скенирале податке у транзиту?

на њравну личност и слободан развој личности), њраво на заштитиу по-
датака о личности у онлајн окружењу, њраво на ѡшшовање ѡриватној
животиа и слободу изражавања.⁴⁴

Поред Устава и ратификованих међународних инструмената, правни оквир у Републици Србији који се односи на прикупљање по-
датака електронске комуникације која се остварује у реалном времену
(предвиђање мера, основ за њихово предузимање и списак овлашћених
органа који их спроводе), као *leges speciales*, обухвата следеће правне
изворе: ЗЕК,⁴⁵ ЗКП, Закон о ВБА и ВОА,⁴⁶ Закон о БИА⁴⁷ и Закон о
полицији.⁴⁸ За потребе рада анализа овог оквира ће се ограничити на
одредбе ЗКП које се односе на пресретање електронске комуникације
и приступ подацима који су у вези са њом, у контексту потребе ре-
форме, у циљу усаглашавања са основним захтевима приватности и
тајности комуникације; делимично ће се дотаћи неких упоредно-прав-
них решења, као и Европске конвенције за заштиту људских права и
основних слобода (у даљем тексту ЕКЉП),⁴⁹ са освртом на праксу Ев-
ропског суда за људска права (у даљем тексту ЕСЉП) у смислу
испитивања нарушавања права приватности при примени тих мера.

1. Посебна доказна радња – тајни надзор комуникације

У случајевима када класичне доказне радње нису могле да осигурају
успех у решавању одређене кривично-правне ствари развила се потреба
за нормирањем и применом посебних доказних радњи на међународном⁵⁰

⁴⁴ Declaration of the Committee of Ministers on Human Rights and the Rule of Law in the Information Society, https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Public_participation_internet_governance/Declaration-Information-Society/011_DeclarationFinal%20text_en.asp. 20. август 2023.

⁴⁵ Види: чл. 126, чл. 127, чл. 128, чл. 129, ЗЕК.

⁴⁶ Види: чл. 5, чл. 11, чл. 12. тач. 5, чл. 12. тач. 5 до 8, чл. 13а, чл. 14, чл. 15, чл. 18, чл. 19 ст. 2, Закона о војнобезбедносној и војнообавештајној агенцији, *Службени гласник РС*, бр. 88/2009, 55/2012 – одлука УС и 17/202.

⁴⁷ Види: чл. 9, чл. 14, чл. 15, чл. 15а, Закон о безбедносно информативној агенцији, *Службени гласник РС*, бр. 42/2002, 111/2009, 65/2014 – одлука УС, 66/2014 и 36/2018.

⁴⁸ Закон о полицији, *Службени гласник РС*, бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018.

⁴⁹ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010. и 10/2015.

⁵⁰ Најзначајнији међународни акти у којима се доказне радње помињу под различитим називима су: Бечка конвенција против незаконитог промета опојних

и националном плану. Њихова заједничка карактеристика је да представљају одређени правно дозвољени начин „потајног прикупљања података” који могу имати доказни значај.⁵¹ Као најадекватнија и у пракси најпримењенија истиче се мера тајног надзора комуникације.⁵² Оне своју сврху и правно утемељење налазе у еволуцији појавних облика криминалитета, из којих је, као одговор, проистекла потреба за коришћењем савремених техничких средстава и информационих система, уз услове поштовања начела законитости и адекватног система контроле, као важног сегмента за осигурање права на правично суђење из члана 6 ЕКЉП. Иако се њиховом употребом задире у прокламована људска права и слободе грађана, поготово нарушавање права на поштовање приватног и породичног живота из члана 8 ЕКЉП, она је нужна и оправдана уколико се спроводи легално. Да би се обезбедило поштовање владавине права те онемогућила злоупотреба и прекорачење законских овлашћења надлежних органа, неопходно је самоограничење државне власти прописивањем строгих услова и начина одступања од основних људских права и слобода појединаца.

У складу са међународно прихваћеним стандардима, које је ЕСЉП поставио у својим одлукама,⁵³ потребно је да ограничење људских права и слобода испуњава услове предвидивости у закону (начело законитости), да је усмерено на заштиту основних вредности једног друштва (начело легитимности),⁵⁴ да је мера ограничења неопходна и најмање

дрога и психотропних супстанци из 1988. год, у чл. 11; Конвенција УН против транснационалног организованог криминала из 2000. године, у чл. 20; Конвенција УН против корупције из 2003. године, у чл. 50; Варшавска конвенција Савета Европе из 2005. године, у чл. 7.

⁵¹ М. Шкулић, „Посебне доказне радње и сузбијање тероризма”, *Ревизија за криминологију и кривично право* (ур. З. Стојановић), I–2016, Београд, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, 11.

⁵² Уведена као одговор међународне заједнице на екстензивно ширење организованог криминала и терористичке нападе (када су у Њујорку срушене зграде Светског трговинског центра и оштећена зграда Пентагона) после 2001. године. У то време на нивоу Европе долази до усвајања Будимпештанске конвенције.

⁵³ Више о томе: *Примена специјалих истражних средстава*, Савет Европе, Београд, 2013, 82–89.

⁵⁴ Приликом тумачења формулације „неопходна у демократском друштву” као критеријум се узима демократска и цивилизацијска тековина модерног света, а израз у „складу са законом” подразумева начело предвидивости и транспарентности, односно предвидивост у закону који је јасан и свима доступан. Види: *Lambert v. France*, ECHR, App. no. 88/1997/872/1084, 24 August 1998, para 23.

рестриктивна (начело нужности), пропорционална циљу који се жели постићи, односно да служи откривању тешких кривичних дела (начело сразмерности) као и да се спроводи ограничено на основу одлуке надлежног органа.⁵⁵

Позитивноправна решења у Републици Србији, преваходно у члану 20 Устава, дозвољавају одступања од људских и мањинских права уз нарочиту обавезу судских органа да воде рачуна о суштини права које се ограничава, важности сврхе ограничења, природи и обиму ограничења, односу ограничења са сврхом ограничења, те да ли се иста сврха може постићи мањим ограничењем.⁵⁶ Поменуто начело супсидијарности констатовано је и законском формулацијом у члану 161 став 3 ЗКП, који предвиђа да се посебне доказне радње формално одређују искључиво у *ultima ratio* смислу.⁵⁷

Од Уставом прокламоване заштите неповредивости тајности писама и других средстава општења у члану 41, дозвољена су одступања на одређено време и на основу одлуке суда, уколико је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите националне безбедности, на начин предвиђен законом. ЕКЉП у члану 8 ограничења поставља нешто шире од Устава, наводећи и економску добробит земље, заштиту здравља или морала те заштиту права и слобода других.

Као механизам заштите од арбитражног поступања носилаца органа државне принуде морају бити испуњене процесне претпоставке. Када је реч о пресретању електронске комуникације меродавне су одредбе ЗКП које регулишу тајни надзор комуникације (чланови 166–170). С тим у вези се може тумачити члан 161 ЗКП који прописује опште материјалне услове за одређивање посебних доказних радњи.⁵⁸ Наиме, примена радње је омогућена само уколико је иста индивидуализована, што значи да је могуће пресретати комуникацију тачно одређеног лица за које постоје основи сумње да је извршило неко од таксативно набројаних кривичних дела из члана 162 ЗКП. Из анализе пресуда суда највише инстанце изводи се закључак да на законитост и прихватљивост прикупљеног материјала, применом мере тајног надзора комуникације, не утиче промена правне квалификације кривичног дела у току кривичног поступка, тако што се окривљеном стави на терет дело које није

⁵⁵ *Ibidem.* пара 22, пара 23.

⁵⁶ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

⁵⁷ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022., 251.

⁵⁸ Посебне доказне радње регулисане су чл. 161–187 ЗКП.

обухваћено одредбом члана 162, као ни чињеница да је окривљени ослобођен оптужбе да је учинио кривично дело.⁵⁹

Наведена мера се примењује онда када се на други начин докази за кривично гоњење не могу прикупити или би то било знатно отежано. Тумачењем се може извести закључак да одређивање посебне доказне радње нема оправдање када јавни тужилац има довољно других доказа за покретање истраге, по основу неусклађености са чланом 41 Устава који одступања од људских права предвиђа уколико је то неопходно за вођење кривичног поступка. Наиме, ЗКП разликује моменат почетка кривичног гоњења који је уопштено одређен чланом 5 став 2 и почетка кривичног поступка по члану 7, те је с тим у вези нелогично да се материјални услов за предузимање посебне доказне радње везује за немогућност прикупљања доказа за кривично гоњење.⁶⁰

Следећа законска претпоставка огледа се у пружању могућности истражним органима да открију и онемогуће осумњичене у извршењу тешких кривичних дела из члан 161 став 2, а што се према околностима конкретног случаја не би могло открити, спречити ни доказати, или би то било знатно отежано или опасно. Проактивна истрага из потребе да се одређено кривично дело спречи обухвата и прибављање доказа о ранијим кривичним делима односно прикупљање потребних криминално-обавештајних података. Дакле, истражује се криминална мрежа укључујући целокупан деликтни ланац, од ране фазе самог припремања кривичног дела на националном подручју, као и на територији других држава.⁶¹ Може се приметити да су услови за одобравање и спровођење мере широко постављени имајући на уму да је питању најнижи степен уверења као чињенични основ, те да је реч о кривичним делима различитог објекта заштите,⁶² за које су прописане

⁵⁹ Б. Станковић, *Незаконити докази у кривичном поступку*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Београду, Београд 2022, 287; из пресуде ВКС Кзз 1306/2017. од 19. 12. 2017. године и пресуде ВКС Кзз ОК 12/2014 од 13. 06. 2014. године.

⁶⁰ М. Писарић 2019, 245.

⁶¹ Т. Бугарски, *Доказне радње у кривичном поступку*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2014.; К. Живановић, „Посебна доказна радња тајног надзора комуникације”, *Журнал за криминалистичку и право*, Вол. 23, бр. 3/2018, 291.

⁶² Поред таксативно набројаних кривичних дела, реч је и о делима за које је посебним законом предвиђено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности из чл. 161 ст. 1 Акцент се ставља на дела из ст. 3, међу којима су поједина, дакле не сва, кривична дела против безбедности рачунарских података, која спадају у надлежност Тужилаштва за високотехнолошки криминал (а које није јавно тужи-

кривичне санкције од новчане казне до различитог трајања казне затвора.⁶³

За одређивање мере тајног надзора комуникације, поред материјалних предвиђен је и формални услов у виду *образложене наредбе*, коју на образложени предлог јавног тужиоца, који руководи предистражним поступком, доноси судија за претходни поступак, као старалац заштите људских права и слобода у овој фази поступка.⁶⁴

Увидом у упоредно-правна решења, утврђује се да ЗКП Републике Хрватске предвиђа могућност да јавни тужилац донесе налог, који важи 24 сата, у случају да постоји опасност од одлагања, ако из оправданих разлога верује да неће моћи на време да прибави налог од истражног судије. Налог се доставља истражном судији, у року од 8 сати, који решењем одлучује о његовој законитости; у случају да не одобри, о њему одлучује веће у року од 12 сати, које може да потврди налог јавног тужиоца или да донесе одлуку о неодобравању и обустави радње.⁶⁵ Било би оправдано за изузетно хитне случаје овакву могућност предвидети и у домаћем ЗКП на описан начин.

Суд може одредити надзор и снимање комуникације која се обавља путем телефона или других техничких средстава, или надзор електронске или друге адресе осумњиченог и заплону писама и других поштиљки. Дакле надзор се може односити само на један, а може и на оба ова сегмента. У ЗКП није обрађено да ли заплена писама и других поштиљки обухвата и заплону порука електронске комуникације. Тумачењем члана 168 став 2 који предвиђа обавезу поштанских, телеграфских и других предузећа, друштва и лица регистрованих за преношење информација да државном органу омогуће извршење наредбе се може приметити да њиме нису обухваћени пружаоци услуга електронске комуникације, па се може закључити да су законске одредбе непрецизне и застареле, те неприлагођене условима у којима је дигитална комуникација део свакодневице, имајући на уму доступност информација из разних извора. У пракси је најчешћи начин прибављања комуникације путем пресретања, што тумачењем поменутих одредаба ЗКП доводи до

лаштво посебне надлежности). Остале посебне доказне радње се не могу применити на кривична дела из те групе.

⁶³ ЗКП БиХ у чл. 117 ст 1 тач. е) који прописује истражне радње, поред таксативно наведених кривичних дела предвиђа и кривична дела за које се може изрећи казна затвора од 5 година или тежа казна.

⁶⁴ К. Живановић, 292.

⁶⁵ Закон o kaznenom postupku RH, *Narodne novine*, br. 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 – Odluka i Rješenje USRH, 143/12, 56/13, 145/13 i 152/14).

нарушавања права приватности и тајности комуникације, с обзиром на то да надзор подразумева праћење понашања, активности и навика неког лица у циљу сазнавања података о њему, али не и заплону. Зато би било оправдано процесно одредити могућност заплоне порука електронске комуникације обавезивањем и пружалаца услуга на сарадњу.

ЗКП не наводи елементе које мора да садржи образложење јавног тужиоца, као носиоца иницијативе за предузимање ове специјалне доказне технике,⁶⁶ док се то наводи у случају образложења наредбе судије за претходни поступак члана 167 став 2.⁶⁷ При испитивању да ли навођење расположивих податка о лицу према коме је радња предузета, адресе и телефонског броја осумњиченог утичу на повреду члана 8 ЕКЉП, изводи се закључак да, како право приватности није апсолутно право, те су дозвољена одступања у легалним условима,⁶⁸ употреба података о личности (који су доступни само органу поступка) у процесне циљеве не представља злоупотребу, самим тим што је додатно обезбеђена обавезом тајности података из члана 165.

Имајући у виду да ЕКЉП не прописује мере чијом се применом може задирати у приватност појединца, као ни акте на основу којих се оне могу спровести, одговор на питање да ли је домаће законско решење у погледу елемената наредбе за одређивање ове посебне доказне радње у складу са ЕКЉП може се наћи у ставовима и одлукама ЕСЉП. Наиме, Суд сматра да није довољно у образложењу навести да се циљ није могао постићи другим, мање наметљивим средствима, или да би то било изузетно тешко, не задирући притом у прописане елементе наредбе, што указује на то да одредбе ЗКП заправо јесу у складу са ЕКЉП, али да се само образложење мора поткрепити разлозима примене ове посебне доказне радње. Може се рећи да образложење представља вид гаранције од злоупотребе електронског надзора и формални начин поштовања начела сразмерности и супсидијарности.

⁶⁶ ЗКП БиХ у чл. 118 предвиђа елементе које треба да садржи образложење јавног тужиоца, *Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, Službene novine Federacije BiH*, br. 35/2003, 56/2003 -ispravka, 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013, 59/2014 i 74/2020.

⁶⁷ Може се закључити да је такође реч о подацима о осумњиченом лицу, кривичном делу и мери која се предузима. К. Живановић, 297; види чл. 167 ЗКП.

⁶⁸ Чл. 42 Устава РС јемчи заштиту података о личности. Одступања су дозвољена за потребе вођења кривичног поступка или заштите безбедности РС, на начин уређен законом. Свако лице има право да буде обавештено о прикупљеним подацима о својој личности и судску заштиту у случају њихове злоупотребе.

Као механизам контроле предвиђена је обавеза органа који спроводе радњу, у виду достављања извештаја и материјала судији за претходни поступак и јавном тужиоцу на његов захтев. Наведено решење се примењује када у извршењу учествују органи Министарства унутрашњих послова РС, док се поред њих у члану 168 став 1 као органи који оперативно спроводе ову истражну технику наводе и службе безбедности, чији су начин поступања,⁶⁹ одобрења и контроле регулисани посебним законима (Закон о БИА и Закон о ВБА и ВОА).⁷⁰ С тим у вези би било оправдано и формално раздвојити органе за предузимање радње, те, сходно члану 41 Устава, за потребе кривичног поступка у ЗКП овластити само полицију, а поступање служби безбедности за потребе заштите националне безбедности (чији су циљеви понекада у супротности са начелом законитости и кривичног гоњења) препустити поменутиим законима као *leges speciales*, и материјал који прикупе изузети из могућности коришћења као доказа у кривичном поступку.⁷¹ Како применом ове мере, прикупљени материјал може имати доказну снагу у поступку, значајно је напоменути да било која незаконитост приликом његовог

⁶⁹ У сваком конкретном случају орган који спроводи ову посебну доказну радњу бира начин и врсту оперативно техничких мера које ће предузети, у складу са својим овлашћењима – из пресуде ВКС Кзз 715/2020 од 22. 09. 2020. године.

⁷⁰ С тим у вези предмет оцене Уставног суда су биле одредбе Закона о ВБА и ВОА, а по иницијативи Заштитника грађана и Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности. Оспорен је чл. 13 ст. 1 у вези са чл. 12 ст. 1 тач. 6 Закона, према којима се, на основу налога директора ВБА или лица које он овласти, прикупљају подаци о телекомуникационом саобраћају као и локацији лица између којих се комуникација врши. Такође, оспорена је одредба чл. 16 ст. 2 која прописује да ВБА има право да од телекомуникационих оператора тражи и добије информације о корисницима њихових услуга, самостално, без одлуке суда.

⁷¹ Имајући у виду да су службе безбедности, у складу са безбедносним циљевима, овлашћене на прикупљање и обраду података масовним надзором и праћењем свих активности и комуникација корисника електронских услуга, неоправдано је такав материјал користити пред судом. Циљани надзор у кривичном поступку подразумева да радње које се заснивају на употреби напредних техника и метода праћења и надзора треба да буду прописане и примењене на начин којим се постиже равнотежа између интереса кривичног поступка и поштовања људских права. У вези са тим, различита документа Венецијанске комисије Савете Европе наглашавају потребу за законском и институционалном поделом јавних органа за спровођење закона и тајних обавештајних служби, које би, према међународним стандардима, требало да буду искључене од учешћа у кривичној истрази и поседовања полицијских овлашћења. Како се наводи, овај аспект је од изузетног значаја за земље југоисточне Европе, као одраз њиховог нивоа демократије – *Special Investigative Means in South-Eastern Europe*, Project PACO SIMS, Council of Europe 2003, 13–14 и 34.

прикупљања или коришћења, има за последицу да се на прикупљеним подацима не може заснивати судска одлука, те да се са њима поступа у складу са члан 84 став 3, односно да се сматрају незаконитим доказом.

Трајање тајног надзора је одређено фактичким роком као *ultima ratio* (чим престану разлози за спровођење) и формалним роковима, при чему најдуже може трајати 6 месеци, односно 12 месеци у случају кривичних дела за које поступа јавно тужилаштво посебне надлежности (што Тужилаштво за високотехнолошки криминал није, те је максималан рок за спровођење надзора за кривична дела *сајбер* криминала 6 месеци). Продужење мере се спроводи на 3 месеца, а материјал који је прибављен након 3 месеца без наредбе суда о продужењу мере се не може користити као доказ.⁷² Међутим у судској пракси су примећена супротна решења, која директно утичу на повреду права из члана 6 и члана 8 ЕКЉП.⁷³

Суд највише инстанце је тако утврдио да у састав тајности средстава комуницирања спадају садржај комуникације, али и њена формална обележја (извор, одредиште, почетак, трајање, завршетак, врсте комуникација, идентификација базне станице и лица са којима се комуницирало), па је за прибављање ових података неопходна наредба суда која ће одредити временско ограничење радње.⁷⁴ Испитујући законитост наредбе у једном случају исти суд је става да је одређивање ове процесне радње законито и када је у наредби означен само *ИМЕИ* број мобилног телефона, без означања телефонског броја,⁷⁵ као и да се надзор може вршити и над бројем телефона страног оператера, страног држављанина, уз услов да се налази на територији РС,⁷⁶ као и да је тајни надзор комуникације окривљених дозвољен и ван територије РС,⁷⁷ те да пресуда може бити заснована на транскриптима телефонских раз-

⁷² Б. Станковић, 288.

⁷³ У једном случају суд је наредбу о продужењу радње којом су прикупљени подаци из снимљених разговора, донео на незаконит начин 6 дана након истека рока од 3 месеца, а ВКС је закључио да нема повреда одредаба из чл. 438 ст. 2 тач. 2 ЗКП – из пресуде ВКС Кзз 415/2020 од 03. 06. 2020. године.

⁷⁴ Одговори кривичног одељења ВКС на спорна питања нижестепених судова са седнице одржане 31. 03. 2014. године.

⁷⁵ Сентенца из пресуде ВКС Кзз 1306/17 од 19. 12. 2017. године, Седница ВКС од 10. 09. 2018. године.

⁷⁶ Пресуда ВКС Кзз ОК 9/2014 од 19. 5. 2014. године.

⁷⁷ Види: пресуда ВКС Кзз ОК 20/2018 од 25. 09. 2018. године. Наведени став би можда требало допунити по питању пресретања међународних телекомуникационих веза на легалан начин.

говора између окривљених и када су изведени на претресу пред друго-степенним судом.⁷⁸

Значајне су и одредбе за поступање јавног тужиоца у случају да се са прибављеним материјалом предузимањем посебне доказне радње упозна, а не покрене кривични поступак, у ком случају судија за претходни поступак доноси решење о уништењу прикупљеног материјала. О доношењу тог решења он може (али и не мора) обавестити лице према коме је спроведена мера тајног надзора комуникације ако је утврђена његова истоветност и ако то не би угрозило могућност вођења кривичног поступка. Материјал се уништава под његовим надзором и о томе се саставља записник. Упитно је колико се често у пракси ова могућност примењује. Надаље, одобрено је коришћење посебних доказних радњи и на друго лице које првобитном одлуком суда није било обухваћено одобреном мером, те се прикупљен материјал може користити у поступку, уз услов да се односи на кривична дела из члана 162 ЗКП. Може се закључити да су поменуте одредбе исувише широко постављене, што практично доводи до ситуација да велики број лица који је подвргнут мерама, против којих никада неће бити покренут кривични поступак, заправо може да никада и не сазна да су била предмет мера,⁷⁹ нити да буде у прилици да тражи податак шта се догодило са прикупљеним материјалом,⁸⁰ што указује на недостатак ефективне контроле и у појединим случајевима доводи у питање право на делотворно правно средство из члана 36 став 2 Устава РС и члана 13 ЕКЉП.⁸¹

Како надзор комуникације нужно обухвата и саговорника који не мора бити из криминалног миљеа, јако је битно да се приликом одређивања објекта над којим се мера врши води рачуна о праву приватности трећих лица. Дозвољено је вршити надзор само над „претпостављеним” контакт особама,⁸² те добијене податке користити искључиво у процесне циљеве. Могућност проширења мере на телефонски број или адресу који нису означени у иницијалној наредби, а за које

⁷⁸ Пресуда ВКС Кзз 824/2019 од 07. 07. 2020. године.

⁷⁹ Види: *Roman Zakharov v. Russia*, ЕCHR, App. no. 47143/06, 04 December 2015.

⁸⁰ Више о томе Д. Игњатовић „Мере пресретања комуникације и задржавања података из перспективе Стразбура и прописа и праксе у Републици Србији”, текст у серији: *Посебне мере тајног прикупљања података: између закона и судске праксе* (ур. Предраг Петровић), Београдски центар за безбедносну политику, Београд 2015, 17.

⁸¹ V. Bajović, 173.

⁸² *Klass and Others v. Germany*, ЕCHR, App. no. 5029/71, 6. September 1978.; PACO SIMS, 15–16.

се дошло до сазнања да их осумњичени користи⁸³ не обухвата и могућност проширења на лица према којима се радња одређује,⁸⁴ односно на број или адресу које у име или за рачун осумњиченог користи треће лице.

Као *lex specialis* ЗЕК у члану 126 регулише реализацију законитог пресретања комуникације; наиме, откривање садржаја комуникације је допуштено уколико је мера временски ограничена, на основу одлуке суда, те да је неопходна ради вођења кривичног поступка. Сходно томе, у члану 128 предвиђена је обавеза оператера о задржавању података годину дана.

Примећује се да и ЗКП и ЗЕК пропуштају да наведу администратора за уређење система пресретања и преусмеравања комуникације. С тим у вези се поставља питање ко врши администрацију система за пресретање у случају када се комуникација одвија преко домаћег оператера. Када сигнал од извора комуникације преко базне станице стигне до централе пружаоца услуга, у којој се налази *софтвер* који прикупља податке о кориснику и снима комуникацију, нејасно је ко и на основу ког правног основа има приступ *софтверу*, те одатле преусмерава комуникацију на органе за спровођење закона који поседују потребну опрему за пријем сигнала. Дакле, након достављања образложене наредбе судије за претходни поступак Министарству унутрашњих послова, нејасно је које лице фактички извршава налог те одређује чију комуникацију треба пратити и коме је преусмерити. Остаје отворено питање да ли је за то задужен неко запослен код пружалаца услуга или пак државни орган полиције или службе безбедности. Узимајући у обзир да је реч о подацима којима се директно задире у право приватности, а с њим у вези и друга гарантована људска права, оправдано би било да се уз образложену наредбу издаје и налог који би решио ово техничко питање, на начин да у централи оператера постоји одељење у коме је запослено лице од поверења, те да уз обавезу чувања тајне, сигнал проследи на радну станицу полиције, а све у складу са *ETSI* стандардима. Неоправдано би било да још неки орган који не учествује у кривичном поступку има приступ *софтверу* с обзиром на поверљивост података.⁸⁵

⁸³ Види чл. 167 ст. 3 ЗКП.

⁸⁴ Оправдано би било предвидети могућност проширења мере и на лице за које се сумња да у име осумњиченог или од њега прима или прослеђује поруке, или да осумњичени користи његов телефон или адресу, или да крије осумњиченог односно средства, предмете или трагове кривичног дела, или да му помаже на други начин. М. Писарић, 247.

⁸⁵ Због технолошког развоја, надзор који има капацитет врло широког досега је у директној супротности са чл. 8 и чл. 10 ЕКЉП. Од кључног је значаја да домаћи закон садржи јаке мере заштите у погледу складиштења, испитивања, употребе,

На основу свега наведеног, изводи се закључак да су основни недостаци правних извора који уређују област пресретања електронске комуникације недовољно прецизно и широко постављени услови за одобравање и спровођење мера, те да је постојећи регулаторни оквир у Републици Србији неадекватан да одговори на изазове савремених појавних облика криминалитета. Услед свакодневне употребе Интернета појединцу је омогућено да изврши штетне радње са територије једне земље, које могу произвести извесне последице на територији друге земље, границе територијалне надлежности могу бити препрека у прикупљању доказа, а мера тајног надзора комуникације непродуктивна у многим случајевима попут оних када се комуникација не одвија преко домаћих оператера, нити *интернет-провајдера*, као и непоседовања кода за дешифровање комуникације и многи други, при чему многа питања остају отворена.

При постављеном питању на који начин друга законодавства решавају ове проблеме, може се рећи да тајно приступање шифрованој електронској комуникацији и њено декодирање представља горући проблем. Свега неколико европских земаља има регулативу о доказним радњама која се своди на тајно постављање посебних *софтвера* у уређаје, физички – уколико надлежни органи имају приступ уређају, или на даљину – убацивањем вируса (тројанца) који омогућава приступ садржају и снимање комуникације,⁸⁶ попут француског ЗКП,⁸⁷ док је према домаћем кривичном законодавству прављење и уношење рачунарских вируса прописано као кривично дело против безбедности рачунарских података из члана 300 КЗ. Добро решење предвиђа фински Закон о мерама процесне принуде, који уређује пресретање комуникација осумњиченог која се преноси преко рачунарске мреже, у циљу сазнавања

даљег преноса и уништавања тако прибављеног материјала – „Најновија дешавања у судској пракси Европског суда за људска права у области слободе изражавања”, билтен бр. 3, Савет Европе, октобар 2021, 17; основни критеријуми за примену мере тајног надзора из пресуда ЕСЉП – *Weber and Saravia v. Germany*, ECHR, App. no. 54934/00, 10 January 2000; *Big Brother Watch and others v The United Kingdom*, ECHR, App. Nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, 25 May 2021.

⁸⁶ V. Bajović, 158–159.

⁸⁷ Чл. 706-102-1 регулише снимање рачунарских података – постављање техничког уређаја који евидентира, чува и преноси податке из рачунарског система, које може одредити истражни судија, по налогу јавног тужиоца за потребе националне одбране или организованог криминала – *Code de procedure penale*, 1958, modifie par Loi n.219–222 du 23 mars. 2019, <https://codes.droit.org/PDF/Code%20de%20proc%20p%20C3%A9nale.pdf>, asp., 28. август 2023.

садржаја или података о саобраћају комуникације. Пресретање може бити усмерено ка одређеној адреси у рачунарској мрежи или ка терминалном уређају за који се претпоставља да користи осумњичени. Уколико је комуникација шифрована, полиција је овлашћена да од пружаца услуга тражи копирање из информационих система што представља прикупљање порука на други начин у односу на пресретање комуникације.⁸⁸

IV. Право на приватност у дигитално доба и тајни надзор комуникације у пракси ЕСЉП

Технолошка достигнућа и свакодневна употреба Интернета довеле су до промене животних навика и пресељења на дигиталне комуникационе канале и платформе. У вези са тим, Генерална скупштина УН је у Резолуцији о праву на приватност у дигитално доба навела да се сва људска права која су зајемчена *офлајн* морају штити и *онлајн*. Право на приватност је фундаментално људско право, признато и заштићено свим релевантним међународним инструментима.⁸⁹ Електронска комуникација у дигиталном добу у коме живимо обухвата и пренос података ван националног нивоа, па је екстериторијална примена међународних инструмената за заштиту људских права била предмет разматрања Међународног суда правде, Одбора за људска права УН и ЕСЉП. Модерна технологија омогућава праћење и надзор без обзира на локацију појединца, што доводи у питање територијалну надлежност за предузимање радњи, као и изостанак физичке ефективне контроле.⁹⁰ Како се право на приватност заправо дефинише путем забране његовог кршења, механизми за заштиту људских права тражили су његов садржај управо кроз испитивања начина и механизма за кршење. ЕСЉП је тако утврдио да се садржај права на приватност односи и на комуникацију

⁸⁸ Десето поглавље, трећи и четврти одељак, Pakkokeinolaki (Kumottu Säädoksen teksti 806/2011) https://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2011/en20110806_20131146.pdf, *asp.*, 28. август 2023.

⁸⁹ Универзална декларација о људским правима у чл. 12; Међународни пакт о грађанским и политичким правима у чл. 17; Америчка конвенција о правима човека у чл. 11; Лига арапских држава, Арапска повеља о људским правима у чл. 21.

⁹⁰ Међународне организације попут УН, Савета Европе као и Европски парламент, стоје при становишту да електронски надзор стране комуникације повлачи примену инструмената за заштиту људских права. У одређеном броју предмета пред ЕСЉП државе нису истицале приговор ненадлежности Суда у предметима са екстериторијалним елементом, прећутно прихватајући примену ЕКЉП.

е-поштом, видео позивима и интернет *чешом*,⁹¹ у одређеним случајевима и на метаподатке⁹² односно податке о комуникацији.

ЕКЉП признаје државним органима одступања од права приватности за потребе заштите општих интереса уколико су она законита и неарбитрарна. Електронска комуникација која се одвија употребом информационих технологија прави трагове и доказе у дигиталном облику, што наводи државне органе да услед наведених проблема често прекораче границу надлежности и неовлашћено задиру у слободу уживања загарантованих људских права, позивајући се на легитиман циљ.⁹³ Према пресуди ЕСЉП (*Klass and Others v Germany*) која је поставила темеље за праксу, у случајевима који се односе на тајни надзор комуникације, државе су слободне да одређују претпоставке за примену мера, али је самосталност ограничена конвенцијским начелима која појединцима гарантују адекватну и ефикасну заштиту против самовоље и злоупотребе.

При анализи да ли је дошло до повреде права из члана 8 ЕКЉП испитује да ли наведене околности спадају у његов обухват; при потврдном одговору испитује да ли је дошло до мешања јавне власти, те ако јесте, да ли је у складу са законом, да ли служи остварењу легитимног циља, те да ли је то нужно у демократском друштву. Ограничење у складу са законом значи да закон мора бити јасан и прецизан, у погледу лица која могу бити стављена под надзор као и дужине надзора,⁹⁴ свима доступан,⁹⁵ на начин да свако заинтересовано лице може видети ко је

⁹¹ *Kennedy v The United Kingdom*, ECHR, App. no. 26839/05, 18 May 2010.

⁹² ЕСЉП је става да у одређеним случајевима прикупљање метаподатака само за себе не представља кршење права на приватност, с обзиром да то није исто што и пресретање садржаја података, али да даље дељење и прослеђивање тих података може представљати повреду чл. 8 ЕКЉП. Види: Z. Salaj „Međunarodno pravne implikacije masovnog nadzora elektroničkih komunikacija u kontekstu ljudskih prava, sa posebnim osvrtom na sigurno-obaveštajni sustav u Republici Hrvatskoj”, *Zagrebačka pravna revija*, god. 6, br. 1, 2017, 21; ECHR, App. no. 54934/00, 10 January 2000. para 79.

⁹³ С тим у вези су афере са неовлашћеним глобалним масовним надзором грађана, које је разоткрио Edward Joseph Snowden, бивши припадник америчке Централне обавештајне агенције и бивши саветник Агенције за државну безбедност САД.

⁹⁴ *Weber and Saravia v. Germany*, para 98; *Klass and Other v. Germany*, ECHR, App. no. 5029/71, 8 September 1978, para 52.

⁹⁵ *Liberty and Others v. the United Kingdom*, ECHR, App. no. 58243/00, 1 July 2008 para 60–61.

овлашћен и у ком поступку⁹⁶ за предузимање надзора и под којим околностима.⁹⁷ Држава треба да се суздржи од употребе нових технологија за потребе кривичног поступка ако њима обезвређује уживање права на приватност (негативна обавеза државе). Неопходна су јасна и прецизна правила за надзор и снимање комуникације која се врши употребом техничких средстава, имајући у виду да технике за примену ових мера постају све напредније и тиме све више интрузивне, јер право на приватност подразумева заштиту интегритета личности и могућност да одбије да се у потпуности учини транспарентним у савременом друштву.⁹⁸ Као минималне критеријуме у контексту циљаног надзора комуникације ЕСЉП (почевши са пресудом *Weber i Saravia v. Germany*) истиче да домаћи закон који одређује тајни надзор комуникације мора навести категорију лица за које постоји могућност надзора, природу кривичних дела за која се може донети наредба о одређивању надзора, ограничење трајања надзора, поступак при испитивању, коришћењу и похрањивању добијених података, мере опреза које треба предузети приликом преношења података другим странама, као и околности у којима се подаци могу или морају обрисати или уништити.⁹⁹ Међутим дешава се да државе често прекораче овлашћења, те да се, како је познато у глобалној јавности,¹⁰⁰ користе масовним надзором својих (али и страних грађана), где појединац не може са сигурношћу знати да ли је управо он мета таквог надзора. С тим у вези, у скоријој пракси ЕСЉП је проширио критеријуме на захтеве за контролом примене тајног надзора од стране независног тела, обавештавањем лица која су била под надзором, постојањем ефективног правног средства којим се може оспоравати надзор. Захтев да лице буде обавештено о надзору је повезано са ефикасним правним средством из члана 13 ЕКЉП који омогућава сваком појединцу који сумња да је његова комуникација била предмет надзора, у циљу испитивања законитости и усаглашености са конвен-

⁹⁶ *Klass and Other v. Germany*, para 51; *Weber and Saravia v. Germany*, para 115.

⁹⁷ *Klass and Other v. Germany*, para 43, 46, 96; *Weber and Saravia v. Germany*, para 85.

⁹⁸ М. Писарић, *Посебности доказивања дела високотехнолошкој криминала*, 2016, 395.

⁹⁹ Види: *Примена специјалних истражних средстава*, Савет Европе, Београд, 2013; Z. Salaj, 24.

¹⁰⁰ ЕСЉП је у скоријој пракси разматрао представке поднете након открића Edward Snowden-а које се тичу обима и величине електронског масовног надзора којим руководе обавештајне службе САД и УК, укључујући масовно пресретање комуникација коришћењем одређених програма.

цијом.¹⁰¹ Оквири за масовни надзор могу бити утемељени на националном законодавству,¹⁰² али се често не слажу са међународним инструментима; с друге стране, кршење домаћег права истовремено повлачи повреду међународног права.¹⁰³ ЕСЉП у начелу допушта масовно пресретање комуникације ради прикупљања обавештајних података од стране обавештајних служби у циљу заштите националне сигурности, те с тим у вези јасно прави разлику у односу на циљани надзор који се користи за потребе кривичног поступка.¹⁰⁴ Дакле, неселективно и свеобухватно снимање комуникације корисника комуникационих мрежа и платформи се не може користити као доказ у кривичном поступку, те је неопходно да основ и начин прибављања података буде у складу са законом. С тим у вези, изузетан значај има захтев одређености образложења наредбе за предузимање мере. ЕСЉП је у испитивању недостатака таквог акта¹⁰⁵ установио да он треба да садржи чињенице које ће потврдити постојање основа сумње, поготово релевантна сазнања која су основ предузимања мера тајног надзора, као и да ли испуњава услове легитимности, нужности, сразмерности. Другачије речено, мера треба да буде ограничена на оно што је нужно неопходно да би се остварио тражени циљ. Свако ограничење права из члана 8 ЕКЉП мора бити примењено на недискриминаторан начин.

Из анализе праксе може се закључити да је ЕСЉП знатно проширио опсег члана 8, те да се прилагођава и прати изазове времена која се мењају, како би се конвенцијске одредбе прилагодили технолошком развоју. У пракси Суда се у будућности очекују одлуке о комплексним питањима која су поставиле криптоване комуникације у вези са њиховим надзором и снимањем за потребе кривичног поступка.

V. Закључак

Електронска комуникација у савремено доба информационих технологија је ново изазовно подручје које захтева правно регулисање,

¹⁰¹ V. Bajović, 173.

¹⁰² *Big Brother Watch and others v The United Kingdom*, ECHR, App. Nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15; „Најновија дешавања у судској пракси Европског суда за људска права у области слободе изражавања”, *Билџен* бр. 3, Савет Европе, октобар 2021.

¹⁰³ Z. Salaj, 34.

¹⁰⁴ *Big Brother Watch and others v The United Kingdom*, para. 332; више о томе: V. Bajović, 170.

¹⁰⁵ Види К. Живановић, 301–305.

имајући у виду природу и начин преношења података и информација у условима дигиталног окружења. Надлежни органи наилазе на изазове у вези са технолошким развојем или са политикама и пословним моделима које су технолошке компаније увеле. Криминална употреба мобилних уређаја за шифровану комуникацију је честа препрека у истрагама за различите области криминала. Такви уређаји обезбеђују припадницима криминалног миљеа начин комуникације који им омогућава да заобиђу средства за примену закона. Приступ шифровању од стране технолошких компанија, укључујући компаније друштвених медија и комуникационих платформи, такође је створио и наставља да представља изазове за кривичне истраге; нарочито када компаније користе *E2E* енкрипцију, осигуравајући да нико осим учесника у комуникацији нема приступ подацима и самим тим не помажу органима за спровођење закона да законито приступе потенцијалним доказима.

Друштвено-технолошки развој довео је до великих претњи по уживање права на приватност. Могућност слободне и приватне комуникације је основно људско право у сваком слободном и отвореном друштву. С тога је од изузетне важности прописима постићи равнотежу између интереса кривичног поступка и поштовања прокламованих људских права, односно овлашћења органа за надзор комуникације и прикупљање података и обима заштите права приватности појединца. Радње које се базирају на употреби напредних техника и метода надзора и снимања комуникације треба да буду прописане и примењене у складу са међународно признатим стандардима законитости, легитимности, нужности и сразмерности, уз адекватан систем судске контроле. Као полазну основу у поступању надлежних органа у савременом дигиталном окружењу неопходно је консултовати Будимпештанску конвенцију о високотехнолошком криминалу.

У кривичном законодавству Републике Србије препознаје се више нелогичности и неадекватности постојећих решења у вези са тајним надзором електронске комуникације која се одвија употребом савремених информационих технологија. Правна регулатива прикупљања таквих података има две основне сфере које се односе на техничка и на правна питања законитог пресретања. Као основни недостаци истичу се недовољно прецизни и широко постављени услови за одобравање и спровођење мера, уз уочавање да постоји могућност да лица која су била под мерама никада и не сазнају ту чињеницу ако се против њих не покрене кривични поступак. С тим у вези је постављено питање како заштити права трећих лица од уплитања у њихову приватност. Имајући на уму и то да законски није регулисано ко тачно има приступ *софтверу*

са подацима приликом пресретања и преусмеравања домаће комуникације, сматрамо да би та тема требало да буде предмет будућих законских измена. Мишљења смо и да службе безбедности не треба да учествују у спровођењу тајног надзора комуникације с обзиром на то да им се циљеви разликују од циљева кривичног поступка. Примећено је да су поједине одредбе, попут заплене писама и других пошиљки, неприлагођене данашњем развоју технологије, имајући у виду свакодневне облике комуникација употребом информационих технологија и доступност информација из разних извора. Електронска комуникација у дигиталном добу у ком живимо је глобалног карактера и обухвата пренос података и ван националног нивоа што може бити препрека у прикупљању доказа, а мера тајног надзора комуникације је непродуктивна у многим случајевима попут оних када се комуникација одвија преко страних оператера или *интернет-провајдера*, непоседовање кључа за дешифровање комуникације итд., при чему многа питања остају отворена, узимајући у обзир и одговорност надлежних органа за спровођење мере, односно изостанак физички ефективне контроле.

Примена међународних инструмената за заштиту људских права је у том смислу од изузетног значаја, па се консултовањем праксе ЕСЉП може уочити да надлежни органи често прекораче границу и неовлашћено задиру у прокламована људска права, позивајући се на легитиман циљ. Практично се дешава то да се, од свих прописаних услова за предузимање мера тајног електронског надзора и праћења комуникације, услед техничких импликација, државни органи често зауставе само на услову „прописаности у закону”. Како рачунарске технологије својим развојем повећавају потенцијал за надзор и праћење појединца, што доприноси великој количини података из разних извора, неопходно је да предузета радња која је довела до доказних информација има правни основ предузимања, те да надлежни орган у сваком тренутку поступа у оквиру датих овлашћења. Неселективно и свеобухватно праћење и надзор у *сајбер* простору није оправдано у друштву организованом на владавини права; стога је неопходно предвидети процедурална ограничења и гаранције.

Дакле, недоречена законска регулатива може довести до учесталих злоупотреба овлашћења, а како би се то спречило неопходно је размотрити потребе реформе законодавства које ће бити прилагођене садашњем развоју технологије. У том смислу указује се на потребу увођења дигиталног доказа и посебних овлашћења надлежним органима у виду процесних механизма за улажење у траг, легалан приступ подацима комуникације и њено обезбеђивање као дигиталног доказа, у

условима у којима се савремена електронска комуникација одвија, уз адекватан систем судске контроле. Зато је неопходна едукација носиоца процесних активности о основним карактеристикама функционисања рачунарских технологија и подизање свести о проблему, како би могли да одговоре на изазове савремених појавних облика криминалитета услед злоупотребе електронске комуникације. При отвореном питању да ли дати предност начелу ефикасности у кривичном поступку или људским правима, указује се на потребу за постизањем међународног консензуса који регулише електронски надзор и снимање комуникације као и прибављање (дигиталних) доказа.

Tamara Milovanović

University of Belgrade, Faculty of Law, PhD Candidate in Criminal Law

LEGAL INTERCEPTION OF COMMUNICATION

Summary:

The paper analyzes the issue of the legal interception of electronic communication conducted using modern information technology. The first part of the paper focuses on legal and technical issues related to the collection and recording of communication data that occur in real-time and may serve as potential evidence in criminal proceedings. The second part examines the legislative framework in the Republic of Serbia and its adequacy in addressing these issues in the context of cyberspace, where communication takes place. The article explores how electronic surveillance and communication monitoring are implemented, as well as the European Court of Human Rights practice concerning the protection of privacy rights in the digital age. The goal is to highlight the challenges posed by the evolutionary development of information technology in evidence collection and to demonstrate how this affects the current state of human rights. The author concludes that law and legal mechanisms are significantly lagging behind these changes, remaining unable to answer key questions.

Keywords: electronic communication, electronic surveillance and monitoring, legal interception of communication, right to privacy

КОМЕНТАРИ, РАСПРАВЕ, ИСТРАЖИВАЊА

Датум пријема рада: 25. октобар 2024.

Датум прихватања рада: 14. новембар 2024.

ТИП РАДА: СТРУЧНИ ОСВРТ

УДК 347.454:69(497.11)

Др Мирослав Пауновић

адвокат у Београду*

О ОДГОВОРНОСТИ НАРУЧИЛАЦА У ПОСЛОВИМА ИЗГРАДЊЕ**

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 катастрофалних несрећа и несагледивих штетних последица на пројектима од јавног интереса.

Кључне речи: грађење, изградња, уговор о грађењу, наручилац, стручни надзор, надзорни орган, *FIDIC* услови уговора о грађењу, Инжењер

* Електронска адреса аутора: paunovic.law@eunet.rs.

Аутор је главни и одговорни уредник *Бранича*.

** Прилог је, измењен и прилагођен ситуацији, чланак из *Бранича* бр. 3–4/2019, 182–202.

I. Уводне напомене

На пословима изградње у Србији у јавном сектору постало је уобичајено огромно кашњење извршилаца, појава озбиљних недостатака на радовима и опреми, те енормно повећање цена по разним основима. Најгоре је то што, услед многобројних пропуста у уговарању, те у процесу пројектовања и изградње, долази до велике штете и повреда, па и до смрти лица. Ови невероватни пропусти су последица нетранспарентног и незаконитог поступка доделе послова, где се документација о избору извршилаца те уговорна документација, као и документација везана за извршење послова, проглашава пословном тајном. Овим се избегавају друштвени контролни механизми, а понашање актера није доступно суду јавности; све то доводи у питање мотиве за поступање наручилаца и изазива оправдану сумњу да се у таквом понашању крију и узроци пропуста који изазивају штету па и несреће које прате инвестиционе подухвате у јавном сектору.

Проблематика има више слојева и није лако проникнути у све сегменте односа у којима до пропуста долази; посебно измичу провери оне негативне стране грађевинских подухвата за које се у јавности сматра да долазе од системске корупције, пре свега у поступку уговарања послова у јавном сектору, те у праћењу њиховог извршења.

На сва спорна питања из области реализације послова грађења могуће је потражити одговоре и са становишта права, на основу анализе законодавног оквира и решења у уговорној и судској пракси..

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 периоду, те да ли законодавни оквир омогућава да се развију многе негативне појаве у овој области.

Ово важи, пре свега, за положај и одговорност наручилаца, посебно у јавним сектору, за јасно дефинисање сврхе и оквира инвестиционих подухвата, те за ефикасност и сигурност у њиховој реализацији. Наручиоци су, показује се у пракси, склони да се заклањају иза извршилаца послова које ангажују, а занемарују да су они заправо одговорни и за њихов правилан избор, те за контролу њиховог рада, као и за њихове промашаје. Ово важи и за одговорност наручилаца за избор и рад надзора над изградњом објеката; надзор би требало да буде постављен тако да се његовим функцијама штите јавни интереси за чије задовољење су одговорни сви актери из јавног сектора који се укључују у послове изградње.

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 наручилаца из јавног сектора са другим учесницима посла грађења, где се, такође, региструју проблеми. Чланак не обухвата ни преглед и критичку анализу правног оквира за доделу послова у области изградње у јавном сектору, који је тако сачињен да омогућава злоупотребе, фаворизовање приватног на рачун јавног интереса, поступање актера које одудара од начела добре пословне праксе, као и избор извршилаца у поступку и по критеријумима који не обезбеђују добру подлогу за пројектовање и грађење, те заштиту јавног интереса у најширем смислу речи.

II. Учесници у послу грађења

1. Стране у послу грађења

а) Стране у уговору о грађењу као именованом уговору

У уобичајеној структури посла грађења уговорне стране су наручилац и извођач; ово је исказано у Закону о облигационим односима који одређује следеће:

Уговор о грађењу је уговор о делу којим се извођач обавезује да према одређеном пројекту сагради у уговореном року одређену грађевину на одређеном земљишту, или да на таквом земљишту, односно на већ постојећем објекту изврши какве друге грађевинске радове, а наручилац се обавезује да му за то исплати 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

¹ Закон о облигационим односима – ЗОО (Службени листи СФРЈ, бр. 29/78, 45/89 – одлука УС, 57/89, Службени листи СРЈ, бр. 31/93, Службени листи СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља), чл. 630 ст. 1 (глава XIII, одељак 1, наднаслов члана „Појам”) (*иодвлачење догађаја*).

² Закон о планирању и изградњи – ЗОПИ, Службени гласник 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, 37/2019 – др. закон; 9/220, 52/2021 и 62/2023, чл. 2 ст. 1 тач. 29.

б) Наручилац као уговорна страна у послу грађења

Наручилац је лице које, према дефиницији датој у ЗОО, обезбеђује пројекат те га предаје извођачу и уговара 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. 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 произилазе 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, исходовање 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.

³ ЗОПИ, чл. 2 ст. 1 тач. 28 („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.

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 одредаби.

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

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

⁶ ЗОПИ у чл. 150 ст. 1 (наднаслов „Извођење радова”) одређује: „Грађење објекта, односно извођење радова може да врши правно лице или предузетник (у даљем тексту: извођач радова) у складу са законом”, а потом се набрајају услови које мора да има извођач за извођење радова: да има запослене лиценциране извођаче радова са стручним резултатима, да има одговарајуће стручне резултате, да поседује решење о испуњености услова за грађење одређених врста објеката, т да је уписан у одговарајући регистар. Објашњење услова и поступак за проверу испуњености услова разрађују се у ставовима 2 до 9 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”, „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 наднасловом „Појмови” 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 (наднаслов „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 несметано 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.).

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 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 „пре-

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 „*скупи пројеката који се израђују ради: утврђивања концепта објекта, разраде услова, начина изградње објекта и за пошребе одржавања објекта*” – чл. 2 ст. 1 тач. 81. 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 и 2 прописује да техничку документацију за изградњу објекта може да израђује 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 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 инвеститорских радова ... и на основу тог уговора стииче одређена права и обавезе које су овим законом прописане за*

мости” 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 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.

Док у дефинисању односа наручиоца са извођачима радова и пројектантима у пословној и уговорној пракси углавном нема много недоумица, код тумачења обавеза надзорног органа у односима са наручиоцем, као и према другим учесницима у послу, долази до несналажења и озбиљних пропуста.

а) Појам и послови стручног надзора

ЗОПИ прописује да је наручилац обавезан да обезбеди стручни надзор у току грађења објекта за који је издата грађевинска дозвола.¹³

Под стручним надзором подразумевају се 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; – 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

*инвестициона у складу са њим уговором ...” (непошребно изостављено, подвлачење до-
гдашњо) – чл. 2 ст. 1 тач. 88. 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
објекта).*

¹² У чл. 136 ст. 1 тач. 1 ЗОПИ стоји да грађевинска дозвола садржи и податке о инвеститору односно инвеститору и финансијеру.

¹³ ЗОПИ, чл. 153 ст.1.

извођење радова; и – решавање других питања која се појаве у току извођења радова.¹⁴

Из формулације коју користи ЗОПИ када налаже наручиоцу да организује надзор може се закључити да вршење стручног 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.

Задаци надзорног органа наводе се и у Правилнику о садржини и начину вођења стручног надзора.¹⁵ 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.¹⁶ 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 несметано кретање особама са инвалидитетом, деци и старим особама); – контролу и оверу количина изведених радова односно степена изведености 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.¹⁷ Правилник о садржини и начину вођења

¹⁴ ЗОПИ, чл. 153 ст. 2.

¹⁵ Правилник о садржини и начину вођења стручног надзора, *Службени гласник РС*, бр. 22/15, 24/2107.

¹⁶ Правилник о садржини и начину вођења стручног надзора, чл. 2.

¹⁷ Правилник о садржини и начину вођења стручног надзора, чл. 3.

стручног надзора о пословима надзорног органа говори и када одређује начин на који надзор мора да реагује када уочи одређене недостатке у току извођења радова.¹⁸ 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 провера да ли радови одступају од „утврђене вредности објекта”.

Одмах је уочљиво да, и према Правилнику о садржини и начину вођења стручног надзора, 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.

У погледу трајања обавезе ангажовања стручног надзора Правилник о садржини и начину вођења стручног надзора предвиђа да он мора трајати од почетка градње и траје до завршетка радова и издавања употребне дозволе,¹⁹ а у погледу места наводи да надзор врши на градилишту као и „*на друћим местима где се изводе дрући радови за пошребе грађења објекта*”.²⁰

Прописано је да сва запажања у току вршења надзора надзорни орган уписује у грађевински дневник,²¹ односно да мора писмено да

¹⁸ У чл. 7 ст. 2 Правилника о садржини и начину вођења стручног надзора одређује се да надзорни орган, када уочи одређене неправилности, примедбе „*без одлагања уноси у праћећу 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.

¹⁹ Правилник о садржини и начину вођења стручног надзора, чл. 4 ст. 2.

²⁰ Правилник о садржини и начину вођења стручног надзора, чл. 6 ст. 1.

²¹ Правилник о садржини и начину вођења стручног надзора, чл. 6 ст. 2. Посебним прописом – Правилником о садржини и начину вођења књиге инспекције,

констатује одређене околности и податке који су битни за праћење грађења објекта.²²

Посебне узансе о грађењу садрже детаљне одредбе које се директно тичу надзора,²³ 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 њиховој уредној извођења”,²⁴ те се прецизира и да надзор не врши наручилац сам, већ да за тај посао ангажује посебан стручни надзор.²⁵

ПУ одређују такође да је наручилац дужан да о обиму овлашћења стручног надзора обавести извођача.²⁶ 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.

грађевинског дневника и грађевинске књиге, *Службени ласник РС*, бр. 96/2023 – прописано је која се документација води на градилишту, те који су задаци наручиоца односно финансијера, одговорног извођача и надзорног органа у вођењу градилишне документације.

²² Правилник о садржини и начину вођења стручног надзора, чл. 8.

²³ Посебне узансе о грађењу – ПУ, *Службени листи 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 листи 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.

²⁴ 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 њиховој уредној извођења, нарочито у погледу врста, количина и квалитета радова, материјала и опреме и предвиђених рокова”.

²⁵ У ПУ се прецизира да стручни надзор врши лице које наручилац одреди (чл. 99 ст. 3).

²⁶ ПУ, чл. 100 (такође у оквиру дела „Право вршења 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).²⁷ 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.²⁸

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 о садржини и начину вођења стручног надзора);²⁹ Закон ово чини посредно, упућујући на услове које морају да испуњавају одговорни пројектант и одговорни извођач радова.³⁰ Но, док ЗОПИ одређује да се пословима пројектовања односно пословима изградње могу бавити 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),³¹ 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 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.

²⁷ ЗОПИ, чл. 153 ст. 1: „*Инвеститор обезбеђује стручни надзор у току тражења објекта, односно извођења радова за које је издао тражевинска дозвола*” (подвлачење *година*).

²⁸ Правилник о садржини и начину вођења стручног надзора, чл. 4 ст. 1.

²⁹ Правилник о садржини и начину вођења стручног надзора 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 прописа, означава као „надзорни орган”.

³⁰ 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 одговорној пројекцији или одговорној извођача радова*”.

³¹ ЗОПИ, чл. 126, 126а, 128, 150.

Правилником о садржини и начину вођења стручног надзора 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.³²

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.³³

Извођач је, према ПУ, дужан да наручиоцу омогући вршење стручног надзора,³⁴ а Узансе прецизирају да наручилац има право приступа на градилиште, у радионице, погоне и места за ускладиштење материјала.³⁵

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.³⁶ С друге стране, ПУ прописују да је извођач дужан да поступа по захтевима наручиоца „у вези са вршењем надзора”.³⁷ У пракси је општеприхваћено да

³² Правилник о садржини и начину вођења стручног надзора, 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).

³³ ЗОО, чл. 632 (са наднасловом „Надзор над радовима и контрола количине и контроле материјала”).

³⁴ ПУ, чл. 100.

³⁵ ПУ, чл. 99 ст. 2.

³⁶ ПУ, чл. 101 ст. 1 и 2 (са наднасловом „Саопштавање и уписивање примедба”) гласи: „Примедбе у поједу 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”.

³⁷ ПУ у чл. 102 (са наднасловом „Поступање по захтевима наручиоца”) одређује: „Извођач је дужан да поступи по свим основаним захтевима наручиоца поднетим у вези с вршењем надзора”.

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, како је наведено, 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 опшћих услова уговора

У пракси се, у последњих више од двадесет 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 најчешће долази на 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 опшћих услова уговора у Србију понекад је резултат некритичног прихватања иностраних решења, те пропуста да се сагледају домаћаји 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.

б) *FIDIC-ови ојшћи услови уговора о грађењу*

Најчешће се у Србији, када се посеже за страним решењима, на пословима изградње користе општи услови уговора *FIDIC*.³⁸ *FIDIC* је понудио пракси више врста општих услова и модела уговора о изградњи, за различите ситуације и односе између учесника послова изградње.³⁹ 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.⁴⁰

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.

³⁸ *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.

³⁹ *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.

⁴⁰ *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.

Општи услови *FIDIC* користе неке правне институте који се не могу лако разумети и тумачити у праву Србије.⁴¹ 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.⁴² Општи услови уговора су обимни, материја се уређује тако да се настоји да се многа питања обраде до детаља, што 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.

б) *Одредбе о надзору*

Највећи 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”).⁴³ 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.

⁴¹ Пример су одредбе о тзв. „унапред процењеној штети” (*liquidated damages* или, у каснијим верзијама услова, *delay damages*), којима се обезбеђује извршење радова у уговореном року (функција коју у српском праву има уговорна казна).

⁴² Тако се виша сила и измењене околности обрађују у најмање 23 одредбе, које су „разасуте” по целом тексту.

⁴³ 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).

Инжењера именује наручилац, али Инжењер има, према *FIDIC*-овим условима, неуобичајену позицију; Инжењер, наиме, не врши само 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). 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 прелиминарно решавање спорова предвиђеним општим условима – Одбору за решавање спорова и арбитражи (*Dispute Adjudication Board*). Ова тзв. „квази-арбитражна” улога Инжењера објашњава се наводном обавезом Инжењера да поштује правила струке, да поступа 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.

Послови у погледу рада извођача, који су Инжењеру поверени општим условима *FIDIC*, у одређеним деловима могу се сматрати уобичајеним 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.). Међутим, нека овлашћења Инжењера су сасвим неуобичајена у ранијој домаћој пословној и уговорној пракси. Тако је Инжењер овлашћен и да се, у одређеној мери, меша у пословне одлуке извођача (одобрава избор подизвођача и проверава плаћања које им извођач врши, одобрава именоване руководиоца радова и др.).

Неуобичајено је и то што 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 у надлежности инспекцијских и других државних органа.

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 услова уговора у којима се разрађује улога Инжењера у пословном подухвату изградње.

в) Однос одредби ојшћих 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 двоностраног 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

У погледу правне регулативе која уређује организовање и спровођење надзора над изградњом објеката у Србији најпре се може 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. Ово компромитује питање одговорности наручилаца из јавног сектора за

исход послова изградње (у погледу испуњења сврхе подухвата, техничке подобности и сигурности за употребу, те финансијских ефеката предузетих мера).

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. Овај начелан став мора се кориговати односно допунити за послове на којима су наручиоци из јавног сектора; тада јавни интерес захтева да сваки такав наручилац обезбеди уговором одговарајуће понашање свих извршилаца са којима ступа у уговорне односе, што претпоставља да је и та контрола стављена у обавезу ангажованог надзора који је дужан да контролише не само поступање по административним обавезама извршилаца, већ и испуњење свих осталих сегмената њихових уговора (у шта држава прописима нема интерес да се меша код наручилаца из приватног сектора).

У овом погледу, уговорна пракса, увођењем страних решења, доводи до још већих неспоразума у погледу вршења надзора, поред тога што једна од страна проблема лежи и у недореченим, па и контроверзним, законским решењима која се тичу надзора над грађењем објеката.

Зато увек треба инсистирати на томе да је, у таквој законској и уговорној ситуацији, наручилац тај који мора да води рачуна о сврсисходном уређивању 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. Овакви наручиоци посебно морају да обезбеде да се у изградњи и коришћењу изграђених објеката спречи штета трећим лицима и да се заштите, по највишим стандардима, витални интереси грађана. 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 улози надзора према домаћим прописима.

Дакле, и то се увек мора имати на уму код оцене одговорности учесника грађевинских подухвата, наручиоци, а посебно они у јавном сектору, одговорни су, у сваком погледу, за пропусте који произађу из неодговарајућег уређивања односа са учесницима грађевинског подухвата. Ово важи и за припрему основа за уговарање послова надзора, за избор организације која врши надзор, за само уговарање надзора (дефинисање његових задатака), те за праћење рада надзорног органа; 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. Надзор на пословима које организују ентитети из јавног сектора обезбеђује и уредно испуњење уговорних обавеза извођача и осталих извршилаца на подухвату. Пропусти у овом аспекту комплексних односа на изградњи објеката имају, и скорашњи догађаји то показују на драстичан начин, далекосежне рђаве последице по друштво у целини.

Miroslav Paunović, PhD
attorney at law in Belgrade

LIABILITY OF THE EMPLOYERS IN THE CONSTRUCTION PROJECTS

Summary:

The paper examines the legal aspects of control function during the execution of the construction projects in Serbia. It comments on certain inconsistencies in the legal regulations regarding supervision and highlights the contractual practices related to the relationship between the employer and the contractor in terms of supervision. The inadequacies in the contractual solutions framing the role and authority of the controller during the realization of construction contracts are also analyzed; in that regard, 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 deficiencies in the organization of supervisory activities and omissions in this domain, which can lead to catastrophic accidents and far-reaching detrimental consequences in projects of public interest.

Keywords: construction, construction contract, client, professional supervision, supervisory authority, FIDIC construction contract conditions, Engineer

Датум пријема рада: 25. септембар 2024.
Датум прихватања рада: 4. новембар 2024.
ТИП РАДА: ПРИКАЗ
УДК 347.91/.95(497.11)(094.5.072)(049.32)

Др Арсен Јаневски

редовни професор у трајном звању
Правни факултет „Јустинијан Први”,
Универзитет „Св. Кирил и Методиј” – Скопље

„КОМЕНТАР ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ”

**Приказ Коментара проф. др Гордане Станковић,
ЈП „Службени гласник”**

I

У издању ЈП „Службени гласник” септембра 2024. године изашао је из штампе у едицији Правне библиотеке „КОМЕНТАР ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ” аутора проф. др Гордане Станковић, дугогодишњег редовног професора на Правном факултету Универзитета у Нишу, еминентног професора из домена цивилне процедуре, веома добро познатог научној и стручној јавности не само у Републици Србији као аутора многих уџбеника, монографија, коментара закона, лексикона, расправа, научних и стручних радова из области Грађанског процесног права, Арбитражног права и Стечајног права. Објављивањем *Коментара Закона о парничном поступку*, аутор је, уз објављене коментаре Закона о ванпарничном поступку и Закона о извршењу и обезбеђењу, као њихов

коаутор и редактор, заокружио научни опус у домену грађанског процесног права

Коменџар Закона о парничном поступку односи се на тумачење одредби Закона о парничном поступку – ЗПП (*Службени гласник РС*, бр. 72/11) који је сада на снази у Републици Србији (према стању законодавства од 1. септембра 2024. године), а који је ступио је на снагу 1. фебруара 2012 године и у међувремену измењен и допуњен неколико пута.

У *Коменџару*, у „Уводним напоменама” уз ЗПП, аутор се критички осврнуо на доношење Закона и на његове измене и допуне да би могли да се виде правнополитички разлози због којих се законодавац одлучио за доношење ЗПП (2011), на рад и ток припреме радне верзије и обим предложених текстуалних промена изворног законског текста. Уводне напомене су за читаоца од посебног значаја јер омогућавају разумевање конкретних законских решења и извршених измена и допуна законског текста и указују на историјат цивилне процедуре. У Уводним напоменама *Коменџара*, аутор је указао на директне нормативне промене у изворном законском тексту ЗПП које су вршене током примене ЗПП (2011) из правнополитичких разлога, као и на индиректне промене које су последица низа различитих законодавних захвата до којих је долазило у периоду важења ЗПП (2011). Аутор посебно указује, иако су поједини закони у односу на ЗПП (2011) касније донети, да ЗПП (2011) није термилошки усклађен с тим законима. Аутор у Уводним напоменама објашњава и да су и у појединим материјалноправним законима којим су уређени одређени правни односи, садржане фрагментарне процесне одредбе од значаја за парнични поступак као што су на пример Закон о трговини (2010), Закон о заштити узбуњивача (2014), Закон о оглашавању (2016) или Закон о јавном информисању и медијима (2023). Такође, аутор наговештава да због амандманских измена Устава Републике Србије из 2022, које су вршене у погледу правосуђа, и због термилошког усаглашавања са важећим законима, предстоје неопходне измене и допуне ЗПП (2011), али и промене које имају за циљ даљу информатизацију поступка.

На основу веома јасног и сажетог излагања аутора у Уводним напоменама *Коменџара* могу да се виде и разумеју правнополитички и правнотехнички разлози због којих се законодавац одлучио на доношење ЗПП (2011), разлоге његових измена и допуна, али и оно што се хтело а није остварено у важећем законском тексту.

II

Аутор је, по природи ствари, у *Коментџару* следио систематику Закона и излагао и коментарисао све одредбе у важећем законском тексту. На крају *Коментџара*, као посебан прилог следи литература, стварни регистар и попис релевантних законских текстова и подзаконских аката.

У коментарисању првог дела законског текста који се односи на Опште одредбе (одредбе чланова 1–190), аутор *Коментџара* наглашава да се Опште одредбе ЗПП (2011) примењују и на општи парнични поступак и на посебне парничне поступке без обзира на то да ли су они уређени ЗПП (2011) или другим законом. Аутор наводи да се приликом нормирања појединих посебних парничних поступака законодавац користи посебном нормативном техником тако што регулише одступања од опште парничне процедуре у поједином посебном парничном поступку и предвиђа супсидијарну примену општих правила парничног поступка која је карактеристична за однос општег парничног поступка и посебних парничних поступака, за разлику од ситуације кад се општа правила парничног поступка сходно примењују у другим гранама грађанског судског поступка или у управној процедури, када се општа правила парничног поступка модификују у складу с природом правне ствари и принципима конкретног поступка за пружање правне заштите. Аутор, исто тако, посебно указује на разлику између супсидијарне и сходне примене процесних правила будући да се у законском тексту у појединим одредбама не прави разлика између ових начина примене правних норми.

У првом делу *Коментџара* који се односи на опште законске одредбе, аутор, пратећи законску систематику, детаљно коментарише и анализира одредбе које се односе на основна начела парничног поступка и на тзв. статику парничног процесног права и даје исцрпни коментар на 570 страна за сваку одредбу Општег дела закона. Осим теоретских излагања, анализе и коментара одредби закона, аутор наводи и одговарајућу судску праксу која је настала након доношења закона (2011), што је од посебног значаја јер се навођењем судских одлука указује на њихов допринос развоју правних правила, правне мисли и правне културе.

Најобимнији део *Коментџара* представља излагање које се односи на други део закона у коме је регулисан ток поступка (одредбе чланова 191–435). Осим неопходних теоријских излагања која су у функцији анализе и објашњења одредаба закона којима је регулисана тзв. процесна динамика, дата је опсежна анализа и коментар свих законских

одредаба које се односе на страначке и судске парничне радње уз навођење одговарајуће актуелне судске праксе у погледу коментарисаних процесних института која је настала током примене закона и која је у овом делу *Коменшара* и најобимнија.

У *Коменшару* трећег дела ЗПП (2011), који се односи на посебне парничне поступке (одредбе чланова 436–505) аутор анализира и коментарише, користећи релевантну актуелну судску праксу, одредбе посебних парничних поступака ЗПП (2011) и указује на законске празнине, проблеме који се јављају у практичној примени и на недостатке у нормативном регулисању појединих института.

У прелазним и завршним одредбама (одредбе чланова 506–508), на три стране текста, аутор је коментарисао законске одредбе којима је предвиђено како ће суд поступити у парницама које су у току у време ступања на снагу новог закона, када је престао да важи ЗПП (2004), које одредбе других закона престају да важе и када је ступио на снагу и почео да се примењује ЗПП (2011).

На крају *Коменшара*, наведена је домаћа литература која се односи на систематско излагање парничног процесног права која је од значаја за институте парничног процесног права. Литература обухвата публиковане књиге (уџбенике, монографије, коментаре и збирке судских одлука) објављене после 2004. године. *Коменшар* садржи и регистар појмова на 26 страна који омогућава лако сналажење и коришћење законског текста и попис релевантних законских текстова и подзаконских аката.

Оно што треба посебно нагласити приликом приказивања садржине овог рада су теоријска излагања садржана у *Коменшару* која су веома значајна и неопходна за тумачење института и установа парничног поступка и њихове правнополитичке и правотехничке функције и за разумевање и правилну примену одредаба ЗПП (2011).

Имајући у виду обим *Коменшара*, немогуће је да се у овом приказу осврнемо на сва теоријска излагања, исцрпну анализу процесних института и тумачења законског текста. Само илустрације ради, наводимо значај теоријских излагања у делу *Коменшара* који се односи на одредбе Закона којима су уређена начела парничног поступка. У *Коменшару*, професорка Станковић је на преко 50 страна текста анализирала законске одредбе које се односе на основна начела парничног процесног права, јер је теоријско излагање и детаљна анализа одредаба којима су уређена начела парничног поступка неопходно потребно да би се схватила суштина законског текста и он правилно био интерпретиран приликом одлучивања и доношења судских одлука. Основна начела пар-

ничног процесног права, као основна правила кроз која се изражавају одређени правнополитички и правнотехнички циљеви који се остварују у поступку и која служе као путоказ приликом уређивања поступка за пружање правне заштите, имају посебну функцију јер она треба да буду разрађена кроз законске одредбе и да омогуће да поступак у пракси обезбеди закониту, правилну, једнаку, правовремену, сигурну и економичну правну заштиту. Аутор је посебно истакао да начела процесног права, као општа правна правила, изражавају битна обележја парничног поступка, одређују карактер основних процесних института парничног процесног права и представљају смернице којима се руководе законодавац, приликом нормативног уређења цивилне процедуре, и суд, који тумачи и примењује правила парничног поступка. Начела поступка изражавају основне стандарде за законито, правилно и правично поступање и правично суђење, којима се остварује заштита грађанских субјективних права у свим стадијумима поступка у складу с гарантијама предвиђеним међународним и националним правним актима и односе се и на основне радне методе које се користе у поступку пружања правне заштите.

Начела преко којих се остварују и штите слобода и права грађана у парничном поступку и значај основних начела парничног процесног права су путоказ за интерпретацију правних правила, нарочито ако у тексту правног правила нема директног одговора на постављени проблем, или кад сама граматичка или логичка интерпретација нису довољне за проналажење решења која ће бити у складу с општим духом одређеног правног поретка, односно када законодавац није унапред предвидео све случајеве и одредио кључ за решавање због објективне немогућности. Због тога, теоријска излагања професорке Станковић о начелима и о другим одредбама Закона којима су уређени парнични институти и установе имају изузетан значај и од велике су користи за сваког који примењује ЗПП.

Теоријска разматрања и анализа законских одредаба у *Коменшару* су веома садржајна, детаљна, исцрпна и јасно изложена. Систематски су анализиране законске одредбе и указано на њихову међусобну везу и функционисање. Правник практичар који тражи решење за конкретни случај или конкретну процесну ситуацију која се јавила може да консултује *Коменшар* као дело које му пружа одговор и омогућава да ваљано и коректно употреби инструменте процесне технике.

У *Коменшару* је наведен велики број судских одлука које су настале у периоду важења ЗПП (2011), а које су публиковане у серијским публикацијама „Збирка сентенци из грађанског и грађанског процесног

права”, (Правна библиотека, едиција Примена прописа – судска пракса „ЈП Службени гласник”), у редакцији проф. Станковић. Наведена судска пракса у *Коментџару* има велики значај и она му даје посебну вредност.

Треба посебно напоменути да аутор у *Коментџару* указује на терминолошку неусклађеност, на неразумевања и неразликовања појмова парничног процесног права, на законске празнине, на одредбе које нису стручно и правнотехнички редиговане, на непрецизне и неадекватне формулације, на погрешно употребљене прилоге, на језичке грешке и велики броја редакцијских грешака чиме се потврђује констатација аутора наведена у „Уводним напоменама” у *Коментџару* да редактори који су припремали радну верзију законског текста, због убрзаног темпа рада и кратких рокова, нису стигли да ураде неопходну дефинитивну терминолошку и језичку редакцију. Аутор наговештава да због амандманских измена Устава Републике Србије из 2022. године, које су вршене у погледу правосуђа, и због терминолошког усаглашавања са важећим законима предстоје измене и допуне ЗПП (2011).

Аутор се у *Коментџару*, поред анализе и коментара одредби ЗПП (2011), осврнуо и на поједине одредбе материјалноправних закона који су донети након ступање на снагу ЗПП (2011), а садрже фрагментарне процесне одредбе значајне за парнични поступак, где је дошло до изражаја изузетно познавање аутора не само процесног права, него и материјалног права.

III

Објављивање *Коментџара Закона о парничном процесу* представља велики издавачки подухват по своме обиму и изузетно достигнуће по својој вредности.

Битна одлика *Коментџара* је обухватност приступа и детаљна обрада законске материје. То се може видети и по обиму књиге – *Коментџар* има 1.540 страна штампаног текста и 1.139 фуснота. Сматрамо да *Коментџар* представља изузетан допринос правној пракси у погледу разрешење проблема и дилема који се јављају у примени закона у раду судова приликом поступања у парничном и другим судским поступцима у којима ЗПП представља супсидијарни правни извор. Посебна његова вредност је систематично и логично представљање института парничног поступка као и анализа позитивноправних решења која је илустрована са одговарајућом, актуелном и богатом судском праксом. Читаоцима је предочена слика законских решења у пракси. Приказ ак-

туелне судске праксе пружа преглед о томе који су се проблеми јављали у судској пракси приликом практичне примене закона, како су поједини институти интерпретирани у судској пракси, као и у којој су мери у пракси остварени постулати квалитетне правне заштите.

Објављивање овог *Коменшара* има велики значај јер се њиме попуњава и обогаћује литература ове врсте из области грађанског процесног права. Посебно је значајно што се *Коменшар* појавио после вишегодишње примене закона што је омогућило аутору да сагледа проблеме који су настајали у његовој практичној примени.

Намена *Коменшара*, као што и сам аутор у предговору наводи, определила је његову садржину и начин обраде законског текста. Предмет *Коменшара* су све законске одредбе и консолидована судска пракса. Аутор исцрпно анализира одредбе Закона са становишта правне науке и прикупљену судску праксу. Судска пракса презентирана у овој књизи изложена је навођењем сентенци судских одлука које су најзначајније за примену закона и у суштинској функцији *Коменшара*, имајући у виду да ће *Коменшар* у првом реду служити правницима практичарима који у својој свакодневној делатности примењују правила парничног поступка. На појединим местима садржан је и критички осврт на судску праксу. Бројна питања парничног процесног права проучена су и разматрана тако да читалац може да стекне потпуни преглед и да добије одговор.

У *Коменшару* су садржана тумачења института парничног поступка и њихове правнополитичке и правнотехничке функције преко важећих законских решења процесног права. Објашњења законских одредби допуњена су теоријским тумачењем установа и института грађанског процесног права, правнополитичким оценама и историјским освртом. Анализе правних института парничног поступка у *Коменшару*, па чак и оне које су добрим делом теоријске природе, у функцији су решавања дилема које се јављају у примени законских норми. Теоријска разматрања сведена су на оно што је неопходно за разумевање законског текста и судских одлука. Управо зато *Коменшар* има посебну вредност јер даје смернице и одговор на питања на која се наилази у поступку, у потрази смисла и циља законских решења. Такође, нарочито посебна вредност *Коменшара* је та што је он синтеза догматике позитивног процесног права и опште теорије грађанског парничног процесног права.

Аутор овог *Коменшара* преузео је на себе велику стручну одговорност и то како због обима и сложености материје парничног поступка, тако и због повезаности ове материје са великим бројем других закон-

ских прописа материјалног и процесног права, о чему сведочи анализа тих прописа у Коментару и наведени попис релевантних законских текстова и подзаконских аката, као и наведена судска пракса.

Коментар ЗПП (2011) професорке др Гордане Станковић резултат је њеног вишегодишњег уложеног великог труда и изванредно високог правничког знања. Аутор је у писању *Коментара* користио научни инструментаријум и на веома разумљив начин изложио сложену процесну материју, што није ни мало једноставно. Излагање процесне материје у *Коментару* је веома прегледно, писано јасним језиком, разумљивим стилем, а употребљена стручна терминологија је филигрански прецизна.

IV

Имајући у виду садржину *Коментара* и начин обраде законског текста, поткрепљену сентенцама судских одлука, неопходним теоријским тумачењем института грађанског процесног права и њихове правнополитичке и правнотехничке функције, као и то да је *Коментар*, као што и сам аутор наводи у предговору, написан, пре свега, за правнике – практичаре који у свакодневној делатности примењују правила парничног поступка, *Коментар* ће бити од изузетно велике користи и препоручујемо га судијама, адвокатима, правобраниоцима, јавним тужиоцима, правницима у службама правне помоћи јединица локалне самоуправе, правницима у центрима за социјални рад, правницима у привреди, као и јавним бележницима и јавним извршитељима, којима може да буде водич у примени и тумачењу парничних процесних норми.

Коментар може бити од користи и дипломираним правницима који се припремају за полагање правосудног, адвокатског, јавнобележничког или јавноизвршитељског испита. Иако по својој форми и методолошкој структури *Коментар* није уџбеник ни приручник, он може бити од користи и полазницима почетне обуке Правосудне академије, оним правницима који се баве едукативним радом, студентима основних и мастер студија у процесу стицања основних или продубљених знања, а студентима докторских студија може бити полазна основа за опсежно проучавање парничне материје.

С обзиром на то да је у Коментару указано на законске празнине, на термилошке стручне грешке, на језичке и редакцијске грешке у законском тексту, он је и од изузетне користи и за унапређење законодавног рада.

Arsen Janevski, PhD

Full Professor in Permanent Position

Faculty of Law „Justinijan Prvi”, University “Sv. Kiril i Metodij”, Skopje

REVIEW OF “COMMENTARY OF LAW ON CIVIL PROCEDURE” BY
GORDANA STANKOVIĆ, PHD

Датум пријема рада: 28. октобар 2024.

Датум прихватања рада: 15. новембар 2024.

ТИП РАДА: ПРИКАЗ

УДК 343.232(497.11)(094.5.072)(049.32)

343.3/.7(497.11)(094.5.072)(049.32)

Др Младен Јеличић

судија Прекршајног суда у Шапцу*

научни сарадник

„КОМЕНТАР ЗАКОНА О ПРЕКРШАЈИМА”

– Приказ Коментара проф. др Бранислава Ристивојевића и др Ивана Милића, ЈП „Службени гласник”

Правник практичар, када се сретне са коментаром било ког закона, од њега има неколико очекивања, пре свега да разјасни одређене нејасноће и норме чија примена у пракси изазива дилеме, а чега има у сваком пропису. У погледу прекршаја, као казних деликата, нејасноће у прописима су више него очигледне.

Област прекршајног права у Републици Србији представља изузетно широку, правно разуђену материју најразличитијих правних норми којима се уређују друштвени односи. Прекршајно-правни односи настају из свакодневног понашања правних субјеката, њиховог међусобног односа, али и односа према императивним нормама. Ширина прекршајне материје лако је уочљива када се има у виду да судије прекршајних судова поступају по предметима из области корупције, царина, буџетског система, девизног пословања, пореза, приступа информацијама од јавног значаја, заштите тржишта и потрошача, заштите од пожара, радиодифузије и оглашавања, промета експлозивних материја, радних односа, војске, спорта, безбедности саобраћаја, јавног реда и мира, спречавања насиља у породици и насиља на спортским приредбама итд. Поступати по великом броју различитих правних прописа у пракси није једноставно, а с обзиром на то да се, сходно одред-

* Електронска адреса аутора: mladen.jelicic.kaishin@gmail.com

бама Закона о прекршајима,¹ прекршаји могу прописивати законом или уредбом, односно одлуком скупштине аутономне покрајине, скупштине општине, скупштине града и скупштине града Београда. Велики број субјеката појављује као творац прекршајно-правних норми, што доводи до тога да техника и квалитет прописивања нису увек одговарајући, што представља додатни проблем у пракси.

Прекршајно законодавство може се посматрати из више аспеката. Материјално прекршајно право садржи општи део, где се изучавају општи институти, и посебни део, који обухвата конкретне прекршаје прописане у великом броју нормативних аката. Предмет процесног прекршајног права је изучавање прекршајног поступка. Трећи битан сегмент прекршајног права је прекршајно извршно право, које прописује правила за извршење прекршајних санкција. Напослетку, као посебну целину прекршајног права, треба издвојити малолетничко прекршајно право. Основ за овакво резонување су чињенице да Закон о прекршајима у материјалним одредбама општег дела предвиђа посебне одредбе које се односе на малолетнике (чланови 71–83), док је посебна врста прекршајног поступка поступак према малолетницима (члан 291–300).

Зато, правник практичар држећи у рукама коментар Закона о прекршајима, на његовим страницама тражи решења за проблеме са којима се свакодневно суочава – појашњење општих института прекршајног права, одредаба процесног карактера, могућа тумачења правила извршног прекршајног поступка или одредаба које се односе на поступак према малолетницима. Правнику практичару је потребан одређени степен теоријског објашњења института које треба да примени. Њега интересују и ставови аутора о правним институтима, посебно када се указује на одређене аномалије и нуде могућа решења спорних питања. При томе, степен теоријске расправе у једном коментару не треба да буде преопширан. Зато су аутори на испиту – пронаћи праву меру није увек лако. Посебно из разлога што коментар у рукама неће држати само правници практичари, већ и правни теоретичари и сви други који се интересују за конкретну правну област.

Међутим, све наведено није довољно да би један коментар закона био користан за практичаре. Битан услов за практичну употребљивост коментара јесте релевантна судска пракса. Иако судска пракса у нашем правном систему није извор права, незаобилазни је део у примени права и своје место мора да нађе у сваком озбиљном коментару закона.

¹ Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – одлука УС, 91/2019 – др. закон и 112/2022 – одлука УС.

Правника практичара интересује како су судови поступали у конкретним случајевима и каква су образложења тих одлука.

Задовољство ми је да констатујем да „Коментар Закона о прекршајима” аутора проф. др Бранислава Ристивојевића и др Ивана Милића, у издању „Службеног гласника” (2023) испуњава све наведене услове и да представља озбиљан допринос на пољу прекршајног права. Аутори су изабрали релевантне методе објашњавања института прекршајног права. Стил писања је јасан, прецизан и фокусиран на суштину анализираних института. При томе, теоријска објашњења поткрепљена су богатом судском праксом. Уочљив је труд аутора да се изабере релевантна судска пракса која обухвата не само одлуке прекршајних судова и Прекршајног апелационог суда, већ и одлуке Врховног касационог суда (сада Врховног суда). Поред наведеног, аутори су понудили своје виђење решења спорних питања, али су указали и на бројне аномалије појединих института, пажљиво анализирајући и ставове судске праксе. Указано је и на примере погрешног стварања правних норми, неутемељеног у одредбама Закона о прекршајима, од стране твораца тих норми. На тај начин, аутори су свима који примењују прекршајно право у пракси понудили драгоцену штиво. У њему се могу наћи одговори на многа спорна питања које прате текст Закона о прекршајима као и драгоцену судску праксу. С друге стране, није занемарљив научни допринос аутора материји прекршајног права, јер су објашњења правних института у Коментару теоријски одлично поткрепљена.

Уложени труд аутора се одразио у Коментару Закона о прекршајима, који у свом обиму и квалитету написаног текста свакако завређује пажњу правника практичара и научне јавности. Зато могу рећи да су аутори Коментара успешно испунили задатак којег су се прихватили, а осврт на Коментар Закона о прекршајима, аутора проф. др Бранислава Ристивојевића и др Ивана Милића завршићу речима које и аутори цитирају на почетку Коментара: „Нека буде борба неиресџана”.

Mladen Jeličić, PhD

Judge of Administrative Court in Šabac

– REVIEW OF „COMMENTARY OF LAW OF ADMINISTRATIVE OFFENCES” BY PROFESSOR BRANISLAV RISTIVOJEVIĆ, PHD, AND IVAN MILIĆ, PHD, PE „SLUŽBENI GLASNIK“

Датум пријема рада: 2. децембар 2024.

Датум прихватања рада: 12. децембар 2024.

ТИП РАДА: ПРИКАЗ

УДК 349.7(042.4)(049.32)

Тихомир Хрњак

адвокат у Београду*

Др Мирослав Пауновић

адвокат у Београду**

НУКЛЕАРНО ПРАВО И ПРАВНИ ОКВИРИ КОРИШЋЕЊА НУКЛЕАРНЕ ЕНЕРГИЈЕ

– Приказ курса Међународне агенције за атомску енергију на
Правном факултету Универзитета у Београду у октобру и
новембру 2024.

На Правном факултету Универзитета у Београду је, почев од 25. октобра 2024. године, одржан је двонедељни међународни курс о нуклеарном праву (*Interregional Training Course on Nuclear Law*). Курс је организовала Међународна агенција за атомску енергију УН (*International Atomic Energy Agency – IAEA*),¹ уз подршку Правног факултета и Директората за радијациону и нуклеарну сигурност и безбедност Србије („Србатом”).² На семинару је учествовало 40 акредитованих правника IAEA из 39 земаља и 10 експерата Института за нуклеарно право IAEA из Беча.

На уводном скупу на Правном факултету говорили су академик професор др Драган Симеуновић, судија Уставног суда професор Прав-

* Електронска адреса аутора: hrnjak.t@gmail.com

Члан Српског нуклеарног друштва

** Електронска адреса аутора: paunovic.law@eunet.rs

¹ Детаљи о Међународној агенцији за нуклеарну енергију доступни су на: www.iaea.org.

² Детаљи о Директорату за радијациону и нуклеарну сигурност и безбедност Србије на: www.srbatom.gov.rs

ног факултета др Милан Шкулић, професор Правног факултета др Мирјана Дреновшек-Ивановић, професор Правног факултета др Марко Јовановић, као и Јасмина Миловановић и Владимир Јањић, стручњаци Директората за радијациону и нуклеарну сигурност и безбедност Србије, те Тихомир Хрњак, адвокат у Београду.

У уводним излагањима објашњен је појам нуклеарног права које је скуп правних норми из више области и грана права које уређује цивилну употребу нуклеарне фузије у области производње енергије у мирнодопским оквирима. Подвучено је да је циљ нуклеарног права стварање правног оквира за спровођење активности у вези са нуклеарном енергијом и јонизујућем зрачењем тако да се на одговарајући начин заштите појединци, имовина и околина.

Нуклеарно право покрива више области на које се мора обратити посебна пажња када се установљава адекватан национални правни оквир у овој материји. То су сигурност, безбедност, заштита и одговорност за штету.³ На курсу је појашњено да се елеменат сигурност (*safety*) односи на заштиту људи и околине од радијационих ризика и на сигурност објеката и активности које доводе до ризика. Елеменат безбедности (*security*) обухвата превенцију и откривање недозвољених аката који се тичу нуклеарног и другог радиоактивног материјала или објеката везаних за тај материјал, као и предузимање мера заштите. Трећи елеменат садржаја правног оквира су гаранције (*safeguards*) које значе обезбеђење да се подухвати држава у вези са нуклеарним материјалом предузимају искључиво у мирољубиве сврхе. Нуклеарно право такође покрива и одговорност (*liability*) која се односи на установљавање механизма за надокнаду штете настале услед нуклеарних инцидената.

На семинару су представљени и инструменти међународног права који су усвојени у оквиру Међународне агенције за атомску енергију. Обухватају међународно признате принципе и захтеве за сигурно и безбедно, те мирољубиво коришћење нуклеане технологије. Неки од ових докумената су правно обавезујући (конвенције), а други немају такав карактер (кодекси поступања, сигурносни стандарди и водичи за обезбеђење сигурности и безбедности и др.).

³ По почетним словима енглеких темина за појмове – *safety* (сигурност), *security* (безбедност) и *safeguard* (гаранције) овај се садржај нуклеарног права сликовито означава као „три еС +”, знак „плус” се додаје јер се овим основним елементима правног режима додају још неки важни садржаји (као што је питање одговорности за нуклеарну штету).

Релевантни обавезујући инструменти у области сигурности (од којих су неки обавезујући и за Србију) су Конвенција о раном обавештавању о нуклеарним несрећама из 1986. године (*Convention on Early Notification of Nuclear Accident*) која има 134 чланица,⁴ Конвенција о помоћи у случају нуклеарних несрећа или радиолошке опасности из 1986. године (*Convention on Assistance in the Case of Nuclear Accident or Radiological Emergency*),⁵ Конвенција о нуклеарној сигурности из 1994. године (*Convention on Nuclear Safety*) којој је приступило 96 држава,⁶ Заједничка конвенција о сигурности збрињавања потрошеног горива и о сигурности у збрињавању радиоактивног отпада из 1993. године (*Joint Convention on the Safety of Spent Fuel Management and on the Safety of Radioactive Waste Management*) коју је прихватило 94 држава.

У области безбедности обавезујућа је Конвенција о физичкој заштити нуклеарног материјала са Амандманом из 1987, са амандманима из 2005. и 2016. године (*Convention on the Physical Protection of Nuclear Material*).⁷

У оквиру Међународне агенције за атомску енергију су, у погледу гаранција, закључени свеобухватни споразуми о гаранцијама (*Comprehensive Safeguards Agreements*).

Област одговорности уређена је Бечком конвенцијом о грађанској одговорности за нуклеарне штете (*Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage*),⁸ са Протоколом којим је Бечка конвенција допуњена (*Protocol to Amend Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage*), Заједничким протоколом о примени Бечке конвенције о грађанској одговорности за нуклеарну штету (*Joint Protocol Relating to Application of the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage*). Материја одговорности је уређена и Конвенцијом о додатној накнади за нуклеарну штету (*Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage*).

Од необавезујућих докумената донетих под окриљем Међународне агенције за атомску енергију значајан је Кодекс понашања у вези са

⁴ Уредба о ратификацији Конвенције о раном обавештавању о нуклеарним несрећама, *Службени лист СФРЈ – Међународни ујевори*, бр. 15/89.

⁵ Закон о ратификацији Конвенције о помоћи у случају нуклеарних несрећа или радиолошке опасности, *Службени лист СФРЈ – Међународни ујевори*, бр. 4/91.

⁶ Закон о ратификацији Конвенције о нуклеарној сигурности, *Службени лист РС – Међународни ујевори*, бр. 10/2017.

⁷ Закон о ратификацији Конвенције о физичкој заштити нуклеарног материјала, *Службени лист СФРЈ – Међународни ујевори*, бр. 9/85.

⁸ Закон о ратификацији Бечке конвенције о грађанској одговорности за нуклеарне штете, *Службени лист СФРЈ – Међународни ујевори*, бр. 5/77.

сигурношћу и безбедношћу радиоактивних извора из 2001, а допуњен 2003. године (*Code of Conduct on the Safety and Security of Radioactive Sources*).

На курсу су презентирани и анализирани и други међународни акти донети у оквиру Уједињених нација и других међународних организација који се непосредно и посредно односе и на област нуклеарне сигурости и безбедности. Област одговорности уређена је Конвенцијом о одговорности према трећим лицима на пољу нуклеарне енергије (Парска конвенција) из 1960. године донетом под окриљем Организација за економску сарадњу и развој – *UNCTAD*, а допуњеном Протоколом из 1997. године (*Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy*), са Протоколом којим је Бечка конвенција допуњена (*Protocol to Amend Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage*), Заједничким протоколом о примени Бечке конвенције о грађанској одговорности за нуклеарну штету (*Joint Protocol Relating to Application of the Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage*). Материја одговорности је уређена и Конвенцијом о додатној накнади за нуклеарну штету (*Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage*).

Међународни правни режим о одговорности за нуклеарну штету, који је установљен наведеним конвенцијама, садржи више начела, међу којима су и:

– ексклузивна одговорност оператора нуклеарне инсталације, што значи да ниједно друго лице не може да буде одговорно за нуклеарну штету („правно каналисање одговорности” – *legal channelling of liability*);

– објективна одговорност оператора (оператор је одговоран без обзира да ли постоји његова кривица);

– минимални износ накнаде (држава може да ограничи одговорност оператора, али не испод износа који је одређен међународним уговором који се примењује);

– оператор мора да се осигура од одговорности за штету трећим лицима;

– искључива надлежност судова једне државе, и то уобичајено оне у којој се нуклеарни инцидент догодио, тако да оштећени не морају да подносе тужбе за надокнаду штете судовима више држава.

На семинару је приказан и програм правне помоћи коју Међународна агенција за атомску енергију пружа државама у формирању националног законодавног оквира у области коришћења нуклеарне енергије и заштите од негативних појава у тој области. Мере помоћи укључују обуку кадрова, подршку у сагледавању и разумевању питања која треба

да буду уређена (*awareness*), размену искустава и помоћ у изради прописа и др.

Скуп у Београду показао је да нуклеарно право постаје све више у жижи интересовања правничке јавности у свету, па и у Србији.

Tihomir Hrnjak

attorney at law in Belgrade

Miroslav Paunović, PhD

attorney at law in Belgrade

NUCLEAR LAW AND LEGAL FRAMEWORK FOR USE OF NUCLEAR ENERGY

– Review of Conference at Faculty of Law of University of Belgrade organized by International Atomic Energy Agency in October and November 2024

Датум пријема рада: 15. октобар 2024.

Датум прихватања рада: 30. октобар 2024.

ТИП РАДА: ИНФОРМАТИВНИ ПРИЛОГ

УДК 343.36(049.32)

Владимир П. Миљевић

адвокат из Београда*

ПОТРЕБА ОШТРИХ МЕРА ПРОТИВУ НАДРИПИСАРСТВА

**Представљање чланка из „Бранича” број 12/34 Петра Ласића,
старешине среског суда у Владимирцима (репринт)**

У последње време на „Вајбер” групама све чешће се размењују искуства и сазнања у вези са надриписарством које причињава штету све већем броју адвоката, посебно млађим колегама.

Иако члан 342 Кривичног законика Републике Србије предвиђа кривично дело надриписарства ако се неко неовлашћено и уз накнаду бави пружањем правне помоћи, утисак је да држава није заинтересована да сузбија ову појаву. Разлози су јасни – адвокати својим деловањем могу повремено да угрозе неке интересе државе који се не поклапају са интересима грађана. Зато је и тако пасиван њен однос према надриписарству, а све су чешћи примери да се нашој професији и на друге начине отежава положај.

И сам законодавац је допринео бујању надриписарства, јер је према члану 85 став 6 Закона о парничном поступку обавезно заступање од стране адвоката предвиђено само у поступцима по ванредним правним лековима.

Чланак о овој теми написао је у „Браничу”, давне 1934. године, Петар Ласић, старешина среског суда у Владимирцима. Ово већ само по себи указује на револт који су у нека давна времена исказивале и судије када је реч о надриписарству, јер се тада водило рачуна и о интересима грађана и о ефикасном функционисању правосуђа. Кључно размишљање аутора се односи на питање примања награде. Тако он

* Електронска адреса аутора: advokatmiljevicvladimir@gmail.com

истиче: „Ако неко из дана у дан иише, држим да није иошредно итражиши нарочише доказе да он шо ради за наирагу, а не из досаде или некої ал-ируизма”.

Времена су се променила и начини на које су надриписари долазили до посла пре скоро једног века се разликују од данашњих. Ипак, суштина је остала иста: неморалност и штетност једне нездраве појаве у друштву.

Текст чланка из 1934. године преузет је са „сајта” Универзитетске библиотеке „Светозар Марковић”, Београд, (<http://ubsm.bg.ac.rs/latinica/zbirka/novina/branic-1887-1941>), где су сабрана издања часописа „Бранич” од 1887. до 1941. године.

Vladimir P. Miljević

attorney at law in Belgrade

THE NEED OF GENERAL MEASURES AGAINST UNLICENSED PRACTICE OF LAW

Presentation of article from „Branic” no. 12 from 1934 (reprint)

Петар Ласић, старешина ср. суда. — Владимирци.

ПОТРЕБА ОШТРИХ МЕРА ПРОТИВУ НАДРИПИСАРСТВА

Циљ је законодавства да јавни и приватни живот регулише нормама јавног и приватног права на начин, како то захтевају у првом реду општи, а у другом интереси појединаца. Суштина тога рада је да те интересе доведе у склад. Неколико хиљада параграфа сачињавају ту зграду правних прописа, у границама којим се мора кретати живот грађана.

Закони су добри, али живот није перфектан, него се развија. Тај развој и све што он са собом доноси није у стању да уочи ни најпажљивије око законодаваца, па се сваким даном указује потреба за новим нормама које би регулисале нове животне појаве.

Овим чланком ја бих хтео да скренем пажњу правника и одлучујућих фактора на једну мучну појаву која је узела великог маха у срезу посаво-тамнавском. У коликој је мери она узела маха у другим крајевима није ми потпуно познато. То је надриписарство-пискарање.

У § 120 зак. о адвокатима предвиђена је казнена санкција за оне „који уз награду заступају странке пред судовима и другим државним и самоуправним властима или јавно-правним телима; или који у виду заната састављају за друга лица исправе о правним радњама или исправе које иначе имају да служе пред судовима, осим општинских судова, а на то законом нису овлашћени и т. д.“

Пре свега сматрам да овоме пропису није било место у закону којим је регулисан положај једног сталежа. Сматрам да је рад пискарача начелно много штетнији по интересе целине, него по адвокатски ред. Стога је тај пропис требало уврстити у кривични законик.

У мојој богатој судској пракси свуда сам наилазио на трагове надриписарства. Било да је посредни нека комшијска зајевница; било да је у питању састав уговора; било да се ради о издавању пуномоћства — свуда и на сваком месту осећа се присуство пискарача. Наравно увек и неизбежно на штету странака и правилан ток послова у суду. Странке, поуздавајући се у пискарача повере му да преда пошти писмено о правном послу које им је он саставио. Он стрпа паре у џеп, а писмено отпреми суду без таксе.... Надриписари састављају већ и поднеске у грађанским споровима. Како су неуки, њихови саставци су пуни недостатака. Суд даје странци нови рок ради исправке грешака. Пискарач не зна како треба то учинити и пада у нове грешке. Како се на основу § 184-II гр. п. п. дани већ рок не може проду-

жавати, суд узима да нови акт парничне странке није на време поднесен и странка трпи последице. Ово је редован случај код приговора против платних налога.

* * *

Гро надрипискарача сачињавају бив. државни и приватни чиновници, који су овај положај махом изгубили због прљавих дела. За њима долазе активне и бивше деловође и сеоске ћате. По селима се нађе и пропалих студената.

Надриписарима иде на руку различито тумачење § 120 зак. о адвокатима. Према једном мишљењу није меродавно ако неко „у виду заната саставља за друга лица исправе о правним радњама“ и т. д., него то мора бити увек *за награду*. Држим да овако тумачење није у складу ни са текстом, ни са интенцијама законодавца. Ако неко из дана у дан пише, држим да није потребно тражити нарочите доказе да он то ради за награду, а не из досаде или неког алтруизма. Сам овај факт, дакле, био би довољан да се на пискарача примени санкција из § 120 зак. о адвокатима. Друкчије тумачење држим да није у духу закона. Законодавац је у првом делу овога зак. прописа истакао, кад је потребно доказивати да је рађено уз награду. У другом делу награда се не помиње као једини критериум да се на учиниоца може применити санкција из овога зак. члана. Различито тумачење § 120 зак. о адвокатима такође је сметња за енергично сузбијање пискарача.

Али у § 120 зак. о адвокатима постоји и једна, по мом мишљењу, недоследност. § 120 даје могућности пискарачима да израђују разне саставе за општинске судове.

Ако је законодавац ишао за тим да онемогући рад пискарача, онда је речима „осим општинских судова“ ипак допустио рад пискарача. Пискарачи су, по моме мишљењу, једна нездрава и штетна социјална појава, па је треба по сваку цену онемогућити. Ако је законодавац стајао на гледишту, да је надриписарство штетно и да га треба онемогућити, — онда је требало у томе остати до краја доследан. Стога би било за препоруку да се и речи „осим општинских судова“ избаце из цитираног зак. прописа.

Пискарачи су у многоме криви за преоптерећеност судова. Недавно сам био у мостарском среском суду. Интересовао сам се за рад суда, па и за број кривичних предмета. Био сам изненађен, кад сам видео да је срески суд у Мостару имао у 1933 год. свега око 650 кривичних ствари. Срез мостарски има преко 82.000 становника, а сам град који даје много кривичних ствари, преко 20.000 становника. Срез посаво-тамнавски нема ни 40.000 становника, а у 1933 год. имао је 1.749 кривичних ствари, за које је надлежан срески суд. Према томе криминалитет у Посаво-Тамнави био

би релативно преко шест пута већи од криминалитета у срезу мостарском. Од куда ова огромна несразмера?

Ја верујем да народ у Посаво-Тамнави није ништа више склон чињењу казних дела од народа у макоме другом крају наше државе. Ја сам уверен да узрок овако великом броју кривичних ствари лежи у великој мери у бујном надриписарству које цвета у том крају. Пискарачи за сваку свађицу и зађевицу, нахуцкају завађене да се туже и процеси се ређају. И у чисто грађанским стварима пискарачи туже кривичном тужбом. Пискарач у парницама за сметање поседа налази „самовлашће“. Разумљиво је што код тих „самовлашћа“ 80% окривљених бива ослобођено. По мом дубоком уверењу, број кривичних предмета, за које су надлежни срески судови, без штетног рада пискарача, не би изнео ни 30—50. Можда ни толико.

Ако би се правио рачун, колико грађана Посаво-Тамнаве дође непосредно у једној години суду, дошло би се до једне поразне статистике. По моме мишљењу тамо непосредно дође суду најмање 10.000 лица годишње. Далеко би ме одвело, кад бих хтео да израчунам, колика је материјална штета по целу народну привреду од тога одвајања људи од њихових редовних пословања. О моралној штети нећу ни да говорим.

Из моје праксе констатовали смо да надриписарство ипак у већој мери погађа наш сеоски свет, него адвокатски staleж. Исто тако дошли смо до уверења да надриписарство из користољубља врло често доводи своју жртву у заблуду, да је способно да напише овај или онај саставак за суд, и ако је потпуно свесно да за то нема потребне спреме — услед чега странка трпи редовно, а често пута и огромну штету.

Тачно је да се надриписарство може прогонити једино за дело из § 120 зак. о адвокатима. Али у раду пискарача скоро се увек налази често критериум кривичног дела преваре. Како то пискарач чини из дана у дан, он врши превару у виду заната, предвиђену и кажњиву по § 337 крив. закона.

Признајемо да би било преоштро рад пискарача подвести под прописе § 334 каз. зак., а још теже под прописе § 337 к. з., али је исто тако истина, да се законска санкција против пискарача мора поопштити. Примера ради наводимо да је за увреду из § 247 III к. з. запређена казна затвора до годину дана, док је за пискарача предвиђена казна затвора до два месеца и новчано 1.500 дин. Несразмера ових двеју зак. санкција пада у очи још више, кад се уоче штетне последице једног и другог дела.

Да ли ће надлежни прихватити наше мишљење и поопштити казнене санкције против надриписарства не зависи

Број 12

„Б Р А Н И Ч“

Страна 729

од нас, али ми смо учинили своју дужност, изневши пред јавност једну врло штетну појаву која хара по Посаво-Тамнави.

Наш *caeterum censeo* је да се варању неуког света од стране пискарача мора енергично стати на пут.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Уређивачки одобр часописа „Бранич” моли своје сараднике да текстове за објављивање достављају уважавајући следеће напомене:

I. Текстови не би требало да буду дужи од 16 страница. Страница треба да има 28 редова са око 66 словних знакова у реду, односно укупно око 29.500 знакова, фонт *Times New Roman* 12 pt.

1. 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*).

2. 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 20 редова.

3. **Наслов рада** пише се на средини, великим словима (фонт 14). **Наслови унутар рада** треба да имају следећи формат:

- *Први ниво наслова* – на средини; нумерација: римски број (на пример, I, II, III, итд.); прво слово велико, а остала мала.
- *Други ниво наслова* – на средини; нумерација: арапски број са тачком (на пример: 1, 2, 3. итд.); прво слово велико, а остала мала.
- *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.
- *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 ...

а) Основни појмови ...

1) Терминологија ...

4. Име, презиме, академска титула и занимање аутора наводе се у левом углу прве странице изнад наслова; у пропратној фусноти, која се означава звездицом, наводи се организација у којој је аутор запослен и звање аутора. У пропратној фусноти треба написати и *e-mail* адресу аутора.
5. Рад се предаје у електронском облику. Уз рад треба доставити електронску адресу.
6. Уређивачки одбор задржава право да рад прилагоди јединственим стандардима уређивања и правописним правилима српског језика (односно страног језика на ком је сачињен сажетак рада).
7. Објављени и необјављени радови се не враћају.

II. Правила цитирања:

1) **Књиге** се цитирају на следећи начин: име и презиме аутора, наслов дела наведен курзивом, евентуално редни број издања, место издања, година издања, број стране (без додатака попут стр., ст. и сл.); уколико се наводи име издавача, пише се пре места издања.

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 „уредник”, „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 листи 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 поновољеног цитирања извора са Интернета наводи се прво слово имена аутора са тачком и презиме аутороа односно назив организација која је припремила текст, назив текста и број стране.

5) Уколико се цитира податак са исте стране из истог дела као и у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница *Ibidem*, курзивом, с тачком на крају (или реч *Исџо*).

Пример: Ibid. (или: Исџо.)

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али су различите стране, користи се латинична скраћеница *Ibid.* (или реч *Исџо*), наводи се број стране и ставља тачка на крају.

Пример: Ibid., 21. (или: Исџо, 21.)

6) Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после које следи тачка. Уколико се цитира текст са више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву наведену страну наводи се „и даље” с тачком на крају.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
347.9

БРАНИЧ : часопис за правну теорију и праксу Адвокатске
коморе Србије = Branič : 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
