



UDK: 34 (05)

ISSN: 1450 - 8176

УНИВЕРЗИТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

ГЛАСНИК ПРАВА

ГОДИНА X | БРОЈ 1 | 2019.

HERALD OF LAW

Year X | No. 1 | 2019.

Крагујевац, 2019.

ГЛАСНИК ПРАВА/HERALD OF LAW
часопис из области права и сродних друштвених наука

Издавач: Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу
Јована Цвијића 1, 34 000 Крагујевац, Република Србија
e-mail: faculty@jura.kg.ac.rs

Главни и одговорни уредник: Проф. др Нина Планојевић
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
e-mail: nplanojevic@jura.kg.ac.rs; тел. +381 34 306 514

Уређивачки одбор:

Проф. др Снежана Соковић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Проф. др Драган Вујисић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Проф. др Срђан Владетић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Проф. др Славко Ђорђевић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Доц. др Вељко Влашковић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Секретар уређивачког одбора: асист. др Александра Павићевић

Контакт адреса уредништва:

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Јована Цвијића 1, 34 000 Крагујевац, Република Србија
e-mail: glasnik@jura.kg.ac.rs; тел. +381 34 306 514; факс +381 34 306 540

Издавачки савет:

dr Günter Pütner, професор emeritus, СР Немачка
dr Hans Ankum, професор emeritus, Холандија
Проф. др Хрвоје Качер, Правни факултет Свеучилишта у Сплиту, Република
Хрватска
dr Christa Jessel-Holst, Макс Планк институт за упоредно и међународно
приватно право у Хамбургу, СР Немачка
Проф. др Станко Бејатовић, професор у пензији Правног факултета Универзитета у
Крагујевцу
Звонко Марковић, председник Адвокатске коморе Крагујевца

Интернет адреса: <http://www.jura.kg.ac.rs/gp>

УДК чланака: Драгана Лекић, Весна Максимовић

Штампа: Графичка радња „Кварк“, Краљево

Тираж: 50 примерака

За претплату и наручивање појединачних примерака контактирати издавача.

Часопис излази у *штампаном облику* од 1992. (са прекидом у излажењу 1998.-2015.), а у *електронском облику* од 2010. Следбеник је часописа «Гласник Правног факултета у Крагујевцу», основаног 1979. Досадашњи главни и одговорни уредници су били: др Миленко Јовановић, др Живомир Ђорђевић, др Тодор Подгорац, др Ненад Ђурђевић, др Емилија Станковић, др Славко Ђорђевић.

© 1992 Гласник права (Glasnik prava/Herald of Law) / Правни факултет у Крагујевцу

ГЛАСНИК ПРАВА

Година X, бр. 1, 2019.

САДРЖАЈ

НАУЧНИ РАДОВИ

1. Сања Голијанин, УСТАВНОСУДСКА КОНТРОЛА УПРАВЕ
ПУТЕМ УСТАВНЕ ЖАЛБЕ СА ОСВРТОМ НА ПРАВНИ СИСТЕМ
БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ 3
2. Слободан Даковић, ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ
У НАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 19
3. Милан Давидовић, ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА НА ПОЈЕДИНАЧНУ
ПРЕДСТАВКУ ЕВРОПСКОМ СУДУ ЗА ЉУДСКА ПРАВА 41
4. Радоје Брковић, МЕЂУНАРОДНИ И ЕВРОПСКИ ПРАВНИ ОКВИРИ
ПОВЕРЉИВОСТИ ПОДАТАКА С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ
НА ПОДАТКЕ О ЗДРАВСТВЕНОМ СТАЊУ ПАЦИЈЕНТА 71

СТРУЧНИ РАДОВИ

1. Ненад Дугалић, ОСНОВНИ МЕХАНИЗМИ НАЦИОНАЛНЕ
ЕКОНОМСКЕ ПОЛИТИКЕ У СЛУЖБИ ПОДСТИЦАЈА
КОНКУРЕНТНОСТИ ИНДУСТРИЈЕ ЗЕМАЉА У РАЗВОЈУ..... 91
2. Саво Ђурђић, ТРОШКОВИ ОДБРАНЕ У КРИВИЧНОМ
ПОСТУПКУ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА – ЗАКОНСКА РЕШЕЊА
И ПРОТИВРЕЧНОСТИ У СУДСКОЈ ПРАКСИ 107
3. Драган Златовић, Анте Галић, КОМПАРАТИВНИ ПРЕГЛЕД
КАЗНЕНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ТВРТКЕ У ПРАВУ
РЕПУБЛИКЕ ХРВАТСКЕ И БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ 123

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 141

HERALD OF LAW

Year X, No. 1, 2019.

CONTENS

SCIENTIFIC PAPERS

1. Sanja Golijanin, CONSTITUTIONAL-JUDICIAL CONTROL OF
ADMINISTRATION THROUGH CONSTITUTIONAL COMPLAINT WITH
REVIEW OF THE JUDICIAL SISTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA 3
2. Slobodan Daković, A GIFT IN PROSPECT OF DEATH
IN THE DRAFT OF THE REPUBLIC OF SERBIA 19
3. Milan Davidović, ABUSES OF THE RIGHT OF AN INDIVIDUAL
APPLICATION BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 41
4. Radoje Brković, INTERNATIONAL AND EUROPEAN
LEGAL FRAMES ON DATA CONFIDENTIALITY
WITH PARTICULAR REFERENCE TO PATIENT HEALTH DATA..... 71

PROFESSIONAL PAPERS

1. Nenad Dugalić, BASIC MECHANISMS OF NATIONAL ECONOMIC
POLICY AS A STIMULUS OF COMPETITIVENESS OF
THE DEVELOPING COUNTRIES INDUSTRIES 91
2. Savo Đurđić, THE COST OF DEFENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS
INVOLVING YOUTH OFFENDERS – LEGAL PROVISIONS
AND CONTRADICTIONS IN CASE LAW107
3. Dragan Zlatović, Ante Galić, COMPARATIVE OVERWIEV
OF CRIMINAL LAW PROTECTION OF A COMPANY NAME IN LAW
OF REPUBLIC OF CROATIA AND BOSNIA AND HERZEGOVINA 123

MANUSCRIPT SUBMISSION 141

НАУЧНИ РАДОВИ

Др Сања Голијанин*

Прегледни научни чланак
УДК: 342.4(497.15)

УСТАВНОСУДСКА КОНТРОЛА УПРАВЕ ПУТЕМ УСТАВНЕ ЖАЛБЕ СА ОСВРТОМ НА ПРАВНИ СИСТЕМ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Рад примљен: 23. 03. 2019.

Рад исправљен: 04. 04. 2019.

Рад прихваћен за објављивање: 04. 04. 2019.

Уставна жалба представља облик уставносудске контроле управе само када предмет уставне жалбе могу бити појединачни правни акти управе, тј. управни акти и материјални акти управе, тј. управне радње. У том контексту, аутор разматра предмет уставне жалбе у појединим правним системима, са посебним освртом на могућност уставносудске контроле управе путем института апелације који постоји у правном систему Босне и Херцеговине. На опредјељеност аутора да размотри ову проблематику, првенствено кроз анализу прихваћених рјешења у праву Босне и Херцеговине и досадашње праксе Уставног суда Босне и Херцеговине, утицала је чињеница да се апелацијом, која заправо има уобичајене карактеристике уставне жалбе, могу оспоравати само судске одлуке. Сходно томе, отвара се питање могућности контроле уставности аката управе путем овог правног средства.

Кључне ријечи: *уставна жалба, управни акти, управне радње, уставна права и слободе, апелација, Уставни суд Босне и Херцеговине*

I УВОД

Управни спор представља најзначајнији и, у пракси, најзаступљенији облик судске контроле управе. Али, поред ове врсте судске контроле управе, у већини правних система постоји и уставносудска контрола управе, односно контрола уставности појединачних правних аката или радњи управе коју врше уставни судови. Правно средство којим се

* Виши асистент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска, Босна и Херцеговина, sanja.golijanin@pravni.ues.rs.ba

остварује контрола уставности, дјелом и управне власти, јесте уставна жалба.¹

Институт уставне жалбе/тужбе уведен је у многе правне системе држава са успостављеним уставним судством. Тако, устави многих земаља предвиђају неки облик уставне жалбе/тужбе путем које се појединац, а у неким случајевима и правно лице, могу обратити уставном суду уколико сматрају да је чињење или пропуст органа власти проузроковало повреду његових права и слобода зајемчених уставом.² Том кругу земаља припада и Босна и Херцеговина у којој је институт апелације начелно формулисан у одредбама Устава БиХ, а Правилима Уставног суда БиХ „сведен“ на правно средство „у границама устаљеног, уобичајеног и мање више општег појма уставне жалбе.“³

Опредјељујући елемент за разматрање уставне жалбе/тужбе/апелације није поступак одлучивања поводом њеног изјављивања, него сâм предмет уставне жалбе, који би се могао означити као - правни акти и/или радње државних органа.⁴ Притом, тежиште је на појединачним правним актима органа управе којима може доћи до повреде уставом загарантованих основних права и слобода, јер уставна жалба представља облик уставносудске контроле управе само када је појединачни акт против кога је поднесена - управни акт, а појединачна радња-управна радња.⁵

Чини се сврсисходним излагање започети одређивањем општег појма уставне жалбе независно од њених особености које се уочавају у појединим правима. Затим, у кратким цртама, сагледати нормирање овог института у Њемачкој, као држави која се сматра родоначелником непосредне заштите уставних права.⁶ Наравно, илустративан примјер јесу

¹ Р. Марковић, *Управно право*, Београд, 2002, 480.

² Као, на примјер, у Аустрији, Њемачкој, Шпанији, Словенији, Хрватској, Србији, Чешкој, Пољској, Мађарској, Словачкој, Руској Федерацији, Турској, Кипру итд. Вид. *Водич за добру праксу у погледу домаћег правног лијека*, усвојен на сједници Комитета министара Савјета Европе дана 18.09.2013. године, 18, фн 192 (34) http://www.mhrr.gov.ba/ured_zastupnika/dokumenti/default.aspx?id=4575&langTag=bs-BA, датум посјете: 17.03.2019.

³ Р. Лукић, *Улога Уставног суда Босне и Херцеговине у заштити уставних права и слобода*, Правни живот бр. 14, 2007, 971.

⁴ У иностраној и српској правној науци, ставови заузети по питању предмета уставне жалбе се разликују. У начелу, они би се могли свести на два приступа. Један, који предмет уставне жалбе своди искључиво на акте, и други, шири приступ, који под тим појмом подразумејева како акте тако и основна права. Вид. В. Ђурић, *Уставна жалба*, Београдски центар за људска права, Београд, 2000, 43 и даље.

⁵ Р. Марковић, *op. cit.*, 485.

⁶ Неки правни писци сматрају да су први облици процесних средстава за заштиту уставних права постојали у Њемачкој, те се она наводи као матична земља непосредне заштите уставних права, а Швајцарска као матична земља судске заштите уставних права. Вид. В. Ђурић, *op. cit.*, 33.

и норме о уставној жалби у Аустрији, као земљи у којој је најстарији уставни суд. Након тога, због одређених специфичности овог правног средства у уставном систему Босне и Херцеговине, пажња је усмјерена на разматрање и анализу релевантних нормативних рјешења и досадашње праксе Уставног суда Босне и Херцеговине у овој области.

II УПРАВНИ АКТИ И УПРАВНЕ РАДЊЕ КАО ПРЕДМЕТ УСТАВНЕ ЖАЛБЕ

У правној теорији и законодавству, присутне су различите дефиниције уставне жалбе. Најчешће се дефинише као правно средство, мада су у употреби и други појмови попут „посебно право“, „ функција уставног судства“ и др.⁷ Илустрације ради, уставна жалба се одређује као уставно-правно средство заштите права и слобода појединаца и група⁸ или, пак, као средство за заштиту основних права пред уставним судом и сл.⁹

У упоредном праву, предмет уставне жалбе могу бити, у најширем смислу, сви правни и материјални акти органа јавне власти – законодавних, извршних, управних, судских органа, као и акти и радње привредних друштава и организација које врше јавна овлашћења, под условом да су испуњене процесне претпоставке за улагање уставне жалбе. Тако је у уставном систему Њемачке, предмет уставне жалбе одређен на општи начин као „мјере јавне власти“ (*Masnahmen der öffentlichen Gewalt*), док је у Аустрији он експлицитнији у смислу навођења одлука управне власти као предмета уставне жалбе.¹⁰ Оно што је битно јесте да се правним и материјалним актима који могу бити предмет уставне жалбе крше уставна права и слободе.

У Њемачкој, уставна жалба (*Verfassungsbeshwerde*) је предвиђена одредбама Основног закона из 1949. године, тј. Устава којим је прописано да свако може подићи уставну жалбу због заштите неког од својих основних права тврдећи да их је повриједила државна власт.¹¹ Представља

⁷ В. Ђурић, *op.cit.*, 23-31.

⁸ Н. Steinberg, *Judical Protection of Human Rights at the National and International Level Report on the Federal Republic of Germany*, *Judical Protection of Human Rights at the National and International Level*, I, Milano 1991, 190.

⁹ F. Ermacora, *Procedures et techniques de protection des droits fondamentaux-Cour Constitutionnelle Autrichienne*, *Revue internationale de droits compare*, N. 2, 1981, 422.

Наведено према: В. Ђурић, *op. cit.*, 24

¹⁰ Слично, В. Ђурић, *op. cit.*, 44 и даље.

¹¹ Правни основ уставне жалбе представља чл. 93, ст. 1, бр. 4 Устава Савезне Републике Њемачке. Текст Устава преведен на босански језик у: Е. Шарчевић, *Уставно уређење Савезне Републике Њемачке – Основе њемачког Државног права (са изворним текстом Устава и пријеводом на босански језик)*, Фондација Heinrich Boll, Регионални уред Сарајево, Амбасада Савезне Републике Њемачке у БиХ, Сарајево 2005. Уставна жалба

правно средство којим се само супсидијарно обезбјеђује последња могућност за специјалну заштиту основних права. Уставом је одређена двострука улога уставне жалбе. С једне стране, служи заштити основних права грађана, односно заштити субјективних правних позиција, а на другој, заштити објективног права.¹²

Уставну жалбу може поднијети свако физичко или правно лице које може да буде носилац основног права. Предмет уставне жалбе могу бити „све мјере јавне власти“. Произилази, да она може бити поднесена против свих аката њемачке државне власти: закона, прописа владе, управних прописа, управних аката, као и свих врста судских одлука.¹³ У праву Њемачке, и пропусти свих органа државне власти се тумаче као „мјере јавне власти“, те сходно томе, могу бити предмет уставне жалбе. Да би уставна жалба била допуштена, подносилац жалбе мора учинити вјероватном повреду неког од основних права, „које му снагом уставног текста припадају“, те мора бити „сам, непосредно и тренутно“ погођен мјером коју оспорава.¹⁴

У складу са одредбама Закона о Савезном уставном суду, судска заштита је дозвољена против повреде основних права, а уставна жалба се може изјавити након исцрпљења редовне судске заштите.¹⁵ То практично значи да у случају када је актом управе повријеђено неко основно или са њим изједначено право, странка може након исцрпљеног правног пута пред управним судовима, поднијети уставну жалбу Савезном уставном суду. Изузеци од супсидијарности уставне жалбе предвиђени су уколико је то од општег значаја или уколико би исцрпљивање правних путева проузроковало тешку и неотклоњиву штету за жалиоца.¹⁶ Уставна жалба се подноси у писменој форми, у одговарајућем року. Ако се подноси против судске одлуке рок износи један мјесец, односно годину дана ако се

је унесена у Устав 1969. године, али је од самог почетка била предвиђена чл. 90-95. Закона о Савезном Уставном суду из 1951. године. Вид. Е. Шарчевић, *op. cit.*, 83.

¹² Е. Шарчевић, *op. cit.*, 83.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Сматра се да је подносилац уставне жалбе „сам“ погођен, када је он директно, а не посредством трећих лица угрожен актом који оспорава, да је „тренутно“ погођен уколико угрожавање његовог основног права већ постоји, дакле, није само очекивано и да је „непосредно“ погођен када за акт који оспорава нису потребни даљи извршни акти. О овоме више, вид. Е. Шарчевић, *op. cit.*, 84.

¹⁵ Вид. Закон о Савезном уставном суду (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*), чл.90, ст. 2 – у даљем тексту, *BverfGG*. Текст закона доступан на званичном сајту Савезног уставног суда Њемачке, на енглеском језику https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/_90.html, датум посјете: 18.03.2019.

¹⁶ *Ibid.*

**Сања Голијанин, Уставносудска контрола управе путем уставне жалбе
са освртом на правни систем Босне и Херцеговине (стр. 3-17)**

подноси против закона или осталих општих правних аката, према томе, и управних прописа.¹⁷

У случају када се управним актом потврђеним у судској одлуци повриједе основна права или права изједначена са основним, тада су управни акт и судска одлука „предмет“ уставне жалбе. Уставност оба акта се мора испитати.¹⁸ Када је пресудом управног суда повријеђено неко од људских права, Уставни суд ће укинути такву пресуду и предмет вратити надлежном суду на поновно разматрање. Ако се пресуда заснива на неком неуставном закону, суд ће пресуду укинути и утврдити неуставност закона на којем она почива. Одлука о неуставности закона је самостална и има општеобавезујуће дејство.¹⁹

У Аустрији, предмет уставне жалбе првобитно су били само управни акти. Временом, кроз праксу Уставног суда Аустрије, предмет уставне жалбе је „проширен“ и на материјалне акте управе (управне радње), што је нормативно потврђено уставном новелом од 1975. године.²⁰ Данас, уставна жалба се може поднијети Уставном суду уколико је актом управе повријеђено неко уставом зајемчено право или је актом донијетим на основу незаконитог или неуставног прописа повријеђено неко лично право.²¹ Притом, под термином „акт управе“ подразумевају се појединачни правни акти управе и материјални акти управе. Предмет уставне жалбе могу бити и судске одлуке, попут одлуке административног трибунала или Суда за азиле. Нечињење државних органа, тиме и органа управе, не може бити предмет уставне жалбе. Одлука Уставног суда Аустрије зависи од тога да ли је уставно право повријеђено појединачним правним актом, управним актом, или, пак материјалним актом управе. У првом случају, судска одлука има касаторно дејство, а у другом само декларативно дејство.²²

Уставна жалба слична приказаном њемачком и аустријском моделу предвиђена је у уставним системима многих земаља централне и источне

¹⁷ Вид. *BverfGG*, чл. 93.

¹⁸ В. Ernst, E. Klein, *Verfaassungsproze&srecht*, Muller, Heidelberg 2001, 216.

У њемачкој доктрини се прави разлика између уставне жалбе поводом пресуде (*Urteilverfassungsbeschwerde*) и уставне жалбе поводом правног става (закона) (*Rechtssatzverfassungsbeschwerde*). Тако и одлука Уставног суда зависи од чињенице да ли је у конкретном случају ријеч о уставној жалби поводом пресуде или поводом правног става. Вид. *BverfGG*, чл. 95.

¹⁹ Вид. *BverfGG*, чл. 95, ст. 2 и ст. 3.

²⁰ В. Ђурић, *op. cit.*, 49.

²¹ Ј. Јеринић, *Судска контрола управе*, Београд, 2012, 217.

²² *Ibid.*

Европе (Пољској, Чешкој, Републици Словачкој, Русији, Словенији, па и Србији).²³

Да би се уставна жалба/тужба сматрала ефикасним правним средством у смислу чл. 13 ЕКЉП, поступак поводом уставне жалбе мора пружити стварну правну заштиту у случају повреде уставних права и слобода одређеним актима власти. Стога, уставни судови у већини држава, у случајевима када утврде постојање повреде уставних права и слобода, имају низ овлашћења. Могу да укину спорну одлуку, мјеру или акт (као, нпр. у Србији, Њемачкој, Аустрији, БиХ), да, уколико је повреда настала због нечињења, нареду релевантном органу предузимање потребних мјера (као, нпр. у Србији, Чешкој, Словачкој, Албанији итд.), да предмет врате надлежном органу на даље поступање (као, нпр. у БиХ, Њемачкој, Чешкој, Словачкој, Србији), да наложе плаћање накнаде (као, нпр. у Аустрији, БиХ

²³ Институт уставне жалбе предвидио је и србијански уставотворац. Према тексту Устава, „*уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.*“ Вид. Устав Републике Србије, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 98/06, чл. 170. Поред наведеног, према одредбама Закона о Уставном суду, уставну жалбу може изјавити свако лице које сматра да му је појединачним актом или радњом државног органа или организације којој је повјерено јавно овлашћење, повријеђено или ускраћено неко људско или мањинско право или слобода гарантована Уставом, и у случају ако је законом искључено право на њихову судску заштиту. Вид. Закон о Уставном суду, *Службени гласник Р. Србије*, бр. 109/07, 99/11, 18/13-Одлука УС, 40/15, 103/15, чл. 82. Произилази, предмет уставне жалбе могу бити само појединачни акти и радње свих државних органа – како законодавне, судске тако и извршне власти, али и такви акти носилаца јавних овлашћења. Дакле, то могу бити управни и други појединачни акти органа управе, али не и општи акти, тј. управни прописи. Материјални акти управе, односно управне радње, такође, могу бити предмет уставне жалбе.

Уставна жалба има супсидијарни карактер, односно може се изјавити у случају повреде уставних права и слобода само под условом да су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту. Уставни суд Републике Србије је заузео став да се доношењем судске одлуке по тужби у управном спору, сматра да је исцрпљено последње правно средство прије изјављивања уставне жалбе. Уколико против правноснажне одлуке Управног суда постоји могућност подношења захтјева за преиспитивање судске одлуке, доношењем одлуке Врховног касационог суда по овом ванредном правном средству сматра се да је исцрпљено последње дјелотворно правно средство прије изјављивања уставне жалбе. Вид. *Ставови Уставног суда у поступку испитивања и одлучивања по уставној жалби (интегрални текст)*, утврђени на сједници од 10. априла 2009. године, <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/sr-Latn-CS/84-100890/stavovi-suda>, датум посјете 19.03.2019. С друге стране, тешко је замислити да против неког појединачног акта којим се рјешава о извјесном праву или обавези у конкретном случају а којим се повређују права или слободе зајемчене уставом није обезбјеђена никаква правна заштита.

итд.) и/или да нареду *restitutio in integrum* (као, нпр. у Републици Словачкој, БиХ).²⁴

III ПРЕДМЕТ АПЕЛАЦИЈЕ У ПРАВУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

У праву Босне и Херцеговине предвиђен је институт сличан уставној жалби. То је апелација пред Уставним судом Босне и Херцеговине која представља правно средство заштите права и слобода гарантованих Уставом БиХ и међународним документима који се непосредно примјењују у Босни и Херцеговини.

Наиме, једна од надлежности Уставног суда БиХ јесте и непосредна заштита људских права и основних слобода гарантованих Уставом. Правни основ за ову надлежност садржан је у одредби чл. VI/36. Устава Босне и Херцеговине, према којој „Уставни суд има и апелациону надлежност над питањима по овом Уставу, која проистичу из пресуде сваког суда у Босни и Херцеговини.“²⁵ Произилази, да се „уставотворац“,²⁶ определио за доста ограничено одређење предмета „уставне жалбе“, односно у овом контексту апелације, у смислу да се она може поднијети само против пресуда било којег суда у Босни и Херцеговини. Ова,

²⁴ Вид. *Водич за добру праксу у погледу домаћег правног лијека*, усвојен на сједници Комитета министара Савјета Европе дана 18.09.2013. године, http://www.mhrr.gov.ba/ured_zastupnika/dokumenti/default.aspx?id=4575&langTag=bs-BA, датум посјете: 17.03.2019.

²⁵ Вид. Устав Босне и Херцеговине, чл. VI/3(б), у даљем тексту-Устав БиХ. Текст Устава БиХ никада није званично преведен са енглеског језика на службене језике Босне и Херцеговине, нити је објављен у службеном гласилу Босне и Херцеговине. У пракси, примјењују се различите неслужбене верзије. У овом тексту, користи се неслужбени превод Устава Босне и Херцеговине који је Канцеларија Високог представника у Босни и Херцеговини доставила Уставном суду БиХ 1997. године, а који је објављен на званичној интернет страници Уставног суда Босне и Херцеговине <http://www.ccbh.ba/osnovni-akti/ustav/?title=preambula>, датум посјете 14.03.2019.

На овом мјесту, чини се значајним истаћи да је, у складу са чл. III Устава БиХ, судска власт у надлежности ентитета те је цитирана уставна одредба својевремено била подвргнута жестоким критикама од стране стручне јавности у Републици Српској. Више о томе, вид. В. Поповић, *Неки аспекти апелационе јурисдикције Уставног суда БиХ у свјетлу подјеле надлежности између институција БиХ и ентитета*, Академија наука и умјетности Републике Српске, Научни скупови књ. III, Бања Лука, 1999, 89-95.

²⁶ Термин „уставотворац“ стављен је под наводнике с обзиром на чињеницу да Устав није донио домаћи политички субјект, већ је настао као дио Дејтонског мировног споразума, односно представља Анекс IV тог споразума, који су, потписивањем одговарајуће декларације, одобриле Република Босна и Херцеговина, Федерација Босне и Херцеговине и Република Српска.

поприлично непрецизна уставна одредба разрађена је Правилима Уставног суда Босне и Херцеговине, чини се, опет на помало недоследан начин.²⁷

Суштина је у слjedeћем. Апелацију могу поднијети сва физичка и правна лица, уколико им је судском пресудом или одлуком било којег суда повријеђено неко уставом гарантовано право.²⁸ Апелација се може изјавити тек након што су исцрпљени сви дјелотворни правни лијекови предвиђени законом (принцип супсидијарности). Могући су и изузеци: уколико је ријеч о неефикасности могућих правних лијекова или уколико нема одлуке надлежног суда (судски поступак није покренут или није донијета одлука), под условом да се апелацијом указује на озбиљна кршења права и основних слобода које штити Устав или међународна документа која се примјењују у Босни и Херцеговини. Рок износи 60 дана од дана када је лице које подноси апелацију примило одлуку о посљедњем дјелотворном правном лијеку које је користило.²⁹ Дакле, на закључак да је апелација заправо уставна жалба наводе материјалне и процесне претпоставке предвиђене за примјену овог правног средства. Апелација пред Уставним судом Босне и Херцеговине представља посљедње дјелотворно правно средство које могу користити грађани Босне и Херцеговине прије обраћања Европском суду за људска права.

Међутим, на неуобичајен начин формулисана одредба Устава БиХ о апелационој надлежности Уставног суда, а потом и Правилима Суда

²⁷ Вид. Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 94/14, чл. 18. Како не постоји уставни основ да се законом регулише поступак и организација Уставног суда БиХ, Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, која, на основу уставног овлашћења доноси сам Уставни суд Босне и Херцеговине, поред Устава БиХ, чине једини правни акт којим се регулишу ова питања.

²⁸ Под термином „уставна права“ подразумевају се не само права и слободе предвиђене одредбама чл. II/3 Устава БиХ (која се практично свде на каталог права из ЕКЉП), него и права и слободе из ЕКЉП, али и права избјеглих и расељених лица из БиХ на слободан повратак својим домовима, на поврат имовине, као и права и слободе из 15 међународних докумената који се наводе у Анексу 1 Устава БиХ (Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида, Женевске конвенције I–IV из 1949. године о заштити жртава рата и њени Протоколи I и II из 1977., Конвенција из 1951. о статусу избјеглица и њен протокол из 1966. године, Конвенција о држављанству удатих жена из 1957., Конвенција о смањивању броја лица без држављанства из 1961, Међународни пакт о грађанским и политичким правима и његови протоколи, Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Конвенција о правима дјетета и низ других).

Посебан статус има Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Права и слободе предвиђене Европском конвенцијом и њеним протоколима директно се примјељују у Босни и Херцеговини и имају приоритет над свим другим законима. Вид. чл. II/2. Устава БиХ.

²⁹ Вид. Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 94/14, чл. 18, ст. 1 и ст. 2.

предвиђене претпоставке за допуштеност апелације отвориле су низ питања теоријске и практичне природе. Намјера нам је да, кроз указивање на неке ставове које је Уставни суд БиХ заузео у својим одлукама, покушамо разјаснити извјесне дилеме у вези са институтом апелације и могућностима остваривања уставносудске контроле управе путем овог правног средства.

У погледу тумачења уставне одредбе, својевремено су вођене расправе шта се подразумева под појмом „*питања која су садржана у Уставу*“. Прецизније, да ли су то само Уставом утврђена права и слобода, односно права и слобода из Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода³⁰ или се под појмом „питање“ подразумева и утврђивање чињеничног основа пресуде, повреде правила поступка и друга питања.³¹ Спорно је било, заправо, питање обима уставносудског испитивања аката судске власти, тј. граница до које Уставни суд БиХ може и треба да иде у испитивању повреда уставних права и слобода. У пракси, Суд је заузео став да се апелациона надлежност ограничава само „на уставна права“ и да Суд није надлежан да преиспитује како су редовни судови утврдили чињенично стање, како су протумачили и примјенили закон у својим одлукама, осим у случају када се одлукама редовних судова крше уставна права.³² Произилази, постојање повреда правила поступка, погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, неправилно тумачење или погрешна примјена закона од стране редовних судова не би били довољни за усвајање апелације, ако то не би значило и повреду уставних права и слобода.

Према томе, Уставни суд ће преиспитати како су нижи судови утврдили чињенично стање,³³ како су протумачили и примјенили одредбе закона у својим одлукама, ако су њима повријеђена уставна права и

³⁰ Ријетке су земље које имају директно инкорпорисану ЕКЉП у свој уставни систем као што је то случај у Босни и Херцеговини. Специфичност у односу на остале државе чланице Савјета Европе огледа се и у томе што се Конвенција непосредно примјењивала и прије него што је Босна и Херцеговина постала пуноправном чланицом Савјета Европе 2002. године.

³¹ О овоме више, вид. М. Арсовић, *Апелациона јурисдикција Уставног суда БиХ, општи поглед*, у: Уставни суд БиХ и друге судске инстанце, Уставни суд Босне и Херцеговине, Сарајево, 2001, 10-21.

³² Вид. Одлука Уставног суда БиХ, бр. У-62/01, *Билтен Уставног суда Босне и Херцеговине* 2002. година, бр. 8/2003, 65-73.

³³ Улога Уставног суда БиХ у преиспитивању чињеничног стања је захтјевнија у односу на исту активност уставних судова других земаља, с обзиром на то да у Босни и Херцеговини не постоји врховна инстанца на државном нивоу која би уједначавала праксу редовних судова.

слободе.³⁴ У оквиру апелационе надлежности Уставни суд се бави искључиво питањем евентуалне повреде права зајемчених Уставом и права из Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред редовним судовима.

Битно је нагласити да се апелација може поднијети и када нема одлуке надлежног суда, уколико апелација указује на озбиљне повреде права и основних слобода гарантованих Уставом или међународним документима која се примјењују у Босни и Херцеговини.³⁵ На овај начин се пред Уставним судом може поставити питање дужине трајања судских поступака, па тако и управног спора, и поступка пред другим органима из чл. 6, ст.1. Европске конвенције о људским правима. У случају повреде права на суђење у разумном року Уставни суд је, у својој досадашњој пракси, заузео став да „(...)уколико суд не донесе одлуку у меритуму у року од пет година, а да не изнесе било какво оправдање, долази до кршења апелантовог права на одређивање његових/њених права путем суда у разумном року (члан 6. став 1. Европске конвенције у вези са чланом 11/2. Устава)...“³⁶

Произилази, апелација представља правно средство заштите основних права и слобода појединаца и правних лица зајемчених Уставом БиХ и међународним документима које се непосредно примјењују у Босни и Херцеговини, када су те слободе и права повријеђени пресудама, односно одлукама редовних судова којима је окончан управни, грађански или кривични спор.³⁷

Према томе, апелацијом се могу оспоравати само појединачни правни акти носилаца судске власти. Све пресуде, односно одлуке редовних судова подложне су преиспитивању од стране Уставног суда БиХ ако су

³⁴ Вид. на примјер, Одлука Уставног суда БиХ у предмету бр. АП 1154/14 од 11. јануара 2017. године, *Билтен Уставног суда Босне и Херцеговине*, 2017. година, бр. 28/ 2018, 311-329; Одлука Уставног суда БиХ у предмету бр. АП 1099/13 од 12. јануара 2016. године, *Билтен Уставног суда Босне и Херцеговине*, 2016. година, бр. 27/2017, 311-329; Одлука Уставног суда БиХ, бр. У- 29/02 од 27. априла 2003. године, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 31/03.

³⁵ Вид. Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, чл. 18, ст. 2.

³⁶ Вид. Одлуку Уставног суда БиХ, бр. У- 23/00 од 2. фебруара 2001. године, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 10/01.

³⁷ Иако је одредбом Устава предвиђено да то може бити само пресуда било ког суда у Босни и Херцеговини, Уставни суд је у својим одлукама заузео став да термин „пресуда“ из чл. VI/36 Устава БиХ треба широко тумачити, у смислу да се под њим подразумјевају све врсте одлука судова, независно од њиховог назива. Илустрације ради, наводећи такво образложење Уставни суд БиХ је укинуо рјешење Врховног суда Републике Српске. Вид. Одлука Уставног суда БиХ, бр. У- 15/00 од 15. децембра 2000. године, *Билтен Уставног суда Босне и Херцеговине*, 2000. година II дио, бр. 6/ 2002, 103-110.

њима повријеђена уставна људска права и слободе. Тако и судско рјешење којим надлежни суд замјењује један управни акт.³⁸ Апелација није допуштена против појединачних правних аката других државних органа, органа законодавне, извршне и управне власти. Такође, не може се изјавити ни против појединачних аката организација које имају јавна овлашћења. То произилази, како из уставне одредбе о апелационој надлежности Уставног суда БиХ, одредаба Правила Уставног суда, тако и из досадашње праксе самог Суда.³⁹ Међутим, појединачни правни акти органа управе, тј. управни акти могу посредно бити предмет апелације.⁴⁰ „Тужба у управном спору против коначних рјешења органа управе сматра се ефективним правним лијеком и исти се мора исцрпити прије подношења апелације“.⁴¹ Сходно томе, контрола уставности управних аката могућа је „преко“ контроле, апелацијом оспорене, судске одлуке донесене у управном спору. У пракси, Уставни суд одлучује о повредама уставних права и слобода учињених појединачним актима органа управе, разматрајући одлуке редовних судова који су у управним споровима испитивали законитост тих аката. Када оцијени да је дошло до повреде уставних права и слобода одлуком суда, Уставни суд укида, не само управно-судске одлуке (пресуде и рјешења), него често и акте државне, односно републичке/кантоналне управе.⁴² На тај начин су заправо управни акти посредно подвргнути оцјени уставности у спору покренутом путем апелације.

Такође, уколико је материјалним актом, односно управном радњом дошло до кршења уставних права и слобода грађана, па они против таквих аката искористе све могуће дјелотворне правне лијекове, може се изјавити апелација којом ће се у том случају непосредно оспоравати одређени акт

³⁸ C. Steiner, N. Ademović, C. Grewe, J. Marko, J. McBride, M. Lauth, *Ustav Bosne i Hercegovine – Komentar*, Sarajevo, 2010, 685.

³⁹ Вид. Одлуку Уставног суда БиХ бр. У- 3/96 од 16. октобра 1997. године, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 5/98.

⁴⁰ У предмету бр. У-3/96 Суд је заузео став да „... може да дјелује по основу апелационе надлежности у смислу члана VI/3(б) Устава Босне и Херцеговине тек након што би спорно питање било оспорено у другом поступку, те да су у том поступку искориштени сви редовни и ванредни правни лијекови...“ *Билтен Уставног суда Босне и Херцеговине*, 1997. година, бр. 1/1999, 136.

⁴¹ Одлука Уставног суда БиХ у предмету бр. АП 565/04 од 09. децембра 2004. године, став 7, необјављено.

⁴² Тако је Уставни суд БиХ у предмету бр. У-7/00 од 19. августа 2000. године, укинуо пресуду Врховног суда Републике Српске, али и рјешење Министарства за избјеглице и расељена лица РС и Комисије за смјештај избјеглица и управљање напуштеном имовином Бања Лука у предмету поврата стана у посјед због повреде апеланткињих права из чл. 6 и чл. 8 ЕКЉП. Вид. *Билтен Уставног суда Босне и Херцеговине*, 2000. година II дио, бр. 6/ 2002, 257-264.

судског органа.⁴³ Уколико, пак, не постоје ефикасни правни лијекови који су доступни грађанима, Уставни суд „није спријечен да разматра апелацију“. Тако је у малобројним, али специфичним предметима који су се односили на присилно задржавање апеланата у казнено-поправним заводима на издржавању мјере безбједности обавезног психијатријског лијечења и чувања у здравственој установи, Уставни суд БиХ заузео став да се апелација може поднијети и против материјалних радњи органа јавне власти из разлога што нису постојали дјелотворни правни лијекови који су доступни апелантима, а које би требало да искористе.⁴⁴

Интересантним се чини нагласити да у Републици Српској, физичко лице чија су права или основне слободе гарантоване Уставом Републике Српске повријеђена коначним појединачним актом управе или радњом службеног лица у органу управе има могућност подношења захтјева за заштиту тих права и основних слобода окружном суду, у складу са одредбама Закона о управним споровима, под условом да није обезбјеђена друга правна заштита.⁴⁵ Наведени облик судске заштите уставних права предвиђен је на свим нивоима власти у Босни и Херцеговини и заправо се своди само на акте који су обухваћени негативном енумерацијом код одређивања предмета управног спора.⁴⁶ Тако, практично постоји могућност двоструке судске заштите права и слобода гарантованих уставним прописима у Босни и Херцеговини. Најпре, у посебном управно-судском поступку пред надлежним судом према одредбама Закона о управним споровима, а потом, уколико грађани заштиту не остваре или она не буде дјелотворна, у уставно-судском поступку пред Уставним судом Босне и Херцеговине.

⁴³ Вид. А. Јашарбеговић, *Управни акт као предмет уставне жалбе-осврт на рјешења у босанскохерцеговачком праву*, Ревизија за право и економију, бр. 2/2017, 27-41.

⁴⁴ Вид. Одлука Уставног суда БиХ у предмету бр. АП 672/07 од 17 децембра 2009. године, *Билтен Уставног суда Босне и Херцеговине*, 2009. година, бр. 20/2009, 783-796; Одлука Уставног суда БиХ у предмету бр. АП 2271/05 од 21. децембра 2006. године, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 49/06; А. Јашарбеговић, *op. cit.*, 40.

⁴⁵ Вид. Закон о управним споровима Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 109/05 и 63/11, чл. 53-64.

⁴⁶ Вид. Закон о управним споровима Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 09/05, чл. 60-72; Закон о управним споровима Брчко дистрикта Босне и Херцеговине, *Службени гласник Брчко дистрикта БиХ*, бр. 4/00 и 1/01, чл. 38-48; Закон о управним споровима Босне и Херцеговине, *Службени гласник БиХ*, бр. 19/02, 88/07, 83/08, 74/10, чл. 67-75.

У Републици Српској одлучивање о захтјеву за заштиту уставних слобода и права грађана у надлежности је окружних судова, у Федерацији БиХ кантоналних судова (ЗУС ФБиХ, чл. 61, ст. 1), у Брчко Дистрикту БиХ основног суда (ЗУС БДБиХ чл. 39, ст. 1), а према ЗУС-у БиХ, о тим захтјевима одлучује Вијеће Управног одјељења Суда БиХ (ЗУС БиХ чл. 68, ст. 1).

Када усваја или одбија апелацију, Уставни суд доноси одлуку о допустивости и меритуму. Апелацију ће усвојити када, у складу са својим надлежностима, утврди повреду Устава.⁴⁷ У том случају, Уставни суд може, зависно од природе Уставом утврђених права и слобода, поступити двојако. Правило је да размотри чињенична и правна питања, укине оспорену судску одлуку и предмет врати суду, односно органу који је донио ту одлуку, на поновни поступак. Изузетак је предвиђен „у случају када последице кршења уставних права могу да се отклоне на други начин.“⁴⁸ Суд чија је одлука укинута, дужан је донијети нову одлуку при чему је обавезан да поштује правно схватање Уставног суда БиХ о повреди уставних права и основних слобода подносиоца апелације. У противном, Уставни суд може дјеловати као суд пуне јурисдикције, тј. сам одлучити о меритуму предмета уколико постоји одлука органа која не крши уставна права, тако што ће такву одлуку оставити на правној снази.⁴⁹ На захтјев апеланта Суд може изузетно одредити накнаду за претрпљену нематеријалну штету. Али, за разлику од поступка пред редовним судовима, Уставни суд одређује накнаду нематеријалне штете као сатисфакцију у посебним случајевима кршења загарантованих људских права и основних слобода. Уколико је апелација усвојена због недonoшења судске одлуке у разумном року, Суд може наложити хитно окончање поступка.⁵⁰

Уставни суд БиХ годишње прими око 6.000 апелација, што представља, ако узмемо у обзир број становника у Босни и Херцеговини, изузетно велики број.⁵¹ Сматра се да су узроци тако великог обраћања појединаца и правних лица Уставном суду вишеструки. Као један од узрока, а чини се, пак, најзначајнијим наводи се тај што редовни судови,

⁴⁷ Вид. Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 94/14, чл. 59, ст. 1 и ст. 2.

⁴⁸ Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, чл. 62, ст. 1.

⁴⁹ Вид. Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, чл. 62, ст. 4-5. О овоме, више вид. М. Тадић, *Уставносудска заштита људских права и темељних слобода у Босни и Херцеговини*, у: *Зборник радова Уставно судска заштита људских права и основних слобода* (ур. М. Муратовић), Савјет Европе 2016, 21-27.

⁵⁰ Вид. Правила Уставног суда Босне и Херцеговине, чл. 62, ст. 7.

⁵¹ М. Тадић, *op. cit.*, 23.

Илустрације ради, Уставни суд БиХ је током 2015. године запримио 5756 апелација, док је у Хрватској, земљи са приближним бројем становника као Босна и Херцеговина, у истом периоду Уставном суду Републике Хрватске поднесено 4 595 уставних тужби. Вид. Средњорочни план рада Уставног суда Босне и Херцеговине за период 2017-2019. године <http://www.ustavisud.ba/admin/public/down/Srednjoroci%20plan%20rada%20USBiH%202017%202019.bs.pdf>; Преглед примљених предмета Уставног суда Републике Хрватске у раздобљу од 1990. до 31.12. 2018. године, <https://www.usud.hr/hr/statistika>, датум посјете: 05.04. 2019.

приликом доношења својих одлука, не воде довољно рачуна о примјени европских стандарда током суђења, односно немају непосредну примјену ЕКЉП, иако она и њени протоколи у Босни и Херцеговини имају снагу уставних одредаба. Такође, ријетко користе своје уставно овлашћење да од Уставног суда БиХ затраже одлуку да ли је закон, који треба да примјене на конкретан случај, у сагласности са Уставом БиХ, Европском конвенцијом и њеним протоколима или са законима Босне и Херцеговине.⁵²

IV ЗАКЉУЧАК

У односу на многе државе у којима предмет уставне жалбе могу бити сви правни акти и/или материјалне радње органа јавне власти, у праву Босне и Херцеговине путем апелације, која има опште карактеристике уставне жалбе, могу бити оспорени само појединачни правни акти органа судске власти. Апелација није допуштена против појединачних аката или радњи других државних органа, па према томе, ни органа управе.

Ипак, од стране Уставног суда контрола уставности управних аката могућа је на посредан начин: посредством испитивања чињеничних и правних питања, апелацијом оспорене, правоснажне управно-судске одлуке којом је оцјењена законитост коначног управног акта. Предмет апелације може бити и судско рјешење којим надлежни суд замјењује неки управни акт, под условом да је тим актом дошло до повреде уставних права и слобода. По правилу, у поступку покренутом подношењем апелације, када утврди да је дошло до повреде уставних права и слобода одлуком суда којом је дефинитивно окончан управни спор, Уставни суд БиХ укида, не само управно-судске одлуке (пресуде и рјешења), него неријетко и појединачне правне акте државне и републичке/ кантоналне управе.

Такође, уколико је материјалним актом, односно управном радњом дошло до кршења уставних права и слобода грађана, па они против таквих аката искористе све могуће дјелотворне правне лијекове, може се изјавити апелација којом ће се у том случају непосредно оспоравати одређени акт државног органа. Уколико у конкретном случају не постоје ефикасни правни лијекови доступни грађанима, апелацијом се могу непосредно оспоравати управне радње.

⁵² М. Тадић, *op. cit.*, 23-24.

Sanja Golijanin, LLD*

CONSTITUTIONAL-JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATION THROUGH CONSTITUTIONAL COMPLAINT WITH REVIEW OF THE JUDICIAL SYSTEM OF BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

In comparison to many other countries in which all legal documents and/or substantive actions of administrative bodies can be the subject of constitutional complaint, in the law of Bosnia and Herzegovina, only individual legal documents of judicial authority may be the subject of dispute through appeal which embodies general characteristic of the constitutional complaint. Appeal is not permitted against individual documents or actions of other state organs, thus administrative bodies as well.

However, control of constitutionality of administrative documents by the Constitutional court is possible indirectly: through appellate questioning of substantive and legal issues of the legally binding administrative-judicial decision which determined legality of final administrative decision. Decision rendered by the court replacing certain administrative decision may also be the subject of appeal, provided that such administrative decision has breached constitutional rights and freedoms. As a rule, should the Constitutional court of BiH, within its procedure initiated with submission of appeal, decide that there has been a breach of constitutional rights and freedoms in the judicial decision which ended the respective administrative dispute, not only administrative-judicial decisions (judgements and decisions) are revoked, but often are individual legal documents of the state and republic/cantonal administrative bodies revoked as well.

Likewise, should the substantive document, i.e. administrative action, constitute the breach of constitutional rights and freedoms of citizens and such citizens use all available effective legal remedies against such document or decision, appeal may be submitted directly disputing certain document or actions of state body. Should, in specific case, there be no effective legal remedies available to citizens, appeal may be used to directly dispute administrative actions.

Key words: *constitutional complaint, administrative document, administrative actions, constitutional rights and freedoms, appeal, Constitutional court of Bosnia and Herzegovina.*

* Senior Assistant, Faculty of law, University of Istočno Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina.

Слободан Даковић, МА*

Прегледни научни чланак
УДК: 347.67:347.44(497.11)

ПОКЛОН ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ У НАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Рад примљен: 20. 02. 2019.

Рад исправљен: 15. 09. 2019.

Рад прихваћен за објављивање: 16. 09. 2019.

У Нацрту Грађанског законика Републике Србије је предложено правно уређење поклона за случај смрти, међу одељком који се односи на поклон (дар). Сложености овог института се испољава у недоумици, да ли га карактерише искључиво уговорноправна природа, или садржи и карактеристике наследноправне природе. Ако је једна од његових карактеристика право поклонодаваца да једностраном изјавом воље раскине уговор о поклону за случај смрти, као што оставилац може у завештању опозвати раније учињени легат, онда је поклона за случај смрти несумњиво правни посао који садржи и наследноправне елементе. Друга дилема тиче се у односу на која лица би поклонодавац имао право да раскине уговор о поклону за случај смрти, да ли то право има у односу на поклонопримца, или евентуално само у односу на наследнике поклонопримца, у случају када је надживео поклонопримца.

Аутор ће анализом предложеног решења за поклон за случај смрти из Нацрта Грађанског законика Републике Србије дати своје виђење на питања и недоумице које се тичу појма, правне природе и осталих карактеристика овог института.

Кључне речи: поклон за случај смрти, Нацрт Грађанског законика Републике Србије, поклонодавац, поклонопримац.

I УВОД

Поклон за случај смрти је сложен правни институт са богатом правноисторијском традицијом. Своје корене вуче још из Римског права, где је имао различиту правну природу. У првобитним изворима римског права сматран је институтом са уговорном природом, да би са Јустинијановим законодавством почео све више попримати наследноправне карактеристике,

* Корисник почетне обуке Правосудне академије, dakovic91@gmail.com

па га већина тадашњих римских правних писаца почиње сматрати правним послом налик на легат.

Питање уређења овог правног института је актуелизовано у домаћој правној теорији са објављивањем Преднацрта Грађанског законика Републике Србије 2009. године, у чијим одредбама је место нашао и поклон за случај смрти, у склопу главе која регулише поклон.

Двојака правна природа поклона за случај смрти испољила се и током његове вишевековне присутности у различитим европским правним системима, где је такође изражена дилема у погледу природе овог института, односно да ли је по својој правној природи ближи редовном уговору о поклону са модификованим дејством или легату као наследноправном институту. Овим се отвара питање оправданости његовог постојања у ситуацији када већ имамо облигационе уговора који производе правно дејство после смрти једне уговорне стране, као и институт легата чија је сврха сингуларна сукцесија у случају смрти једног лица.

Уколико се узме да су у његовим обележјима подједнако заступљени и наследноправни и уговорни елементи који творе једна хибридни правни институт, његова сложеност и интересантност нарочито долазе до изражаја. Ово поготово, имајући у виду да је легат личан и једнострано опозив правни посао којим се располаже имовином за случај смрти, док је опште правило да су двострани правни послови, па тако и поклон, једнострано нераскидиви и неопозиви, осим у случају када то закон изричито предвиђа. Према општим правилима, уговор о поклону се може раскинути споразумно, или пак једнострано од стране поклонодавца из разлога незахвалности поклонопримца и осиромашења поклонодавца. Овим би се, ако се код поклона за случај смрти унесе једнострана раскидивост по слободној вољи поклонодавца као битна карактеристика, увео изузетак од општег правила које прожима целокупно облигационо право, па тако и правила која се односе на поклон, да је као уговор који настаје сагласношћу двају воља у начелу једнострано нераскидив, осим ако постоје узроци које закон предвиђа.

Предмет овог рада биће сагледавање предложеног решења предметног института у Нацрту Грађанског законика Републике Србије (ГЗРС), који је објављен 29. маја 2015. године, као верзија која је припремљена за јавну расправу и садржи алтернативне предлоге за поједине институте. Коришћењем нормативно-догматског и аксиолошког метода, биће одређен његовог појма, правна природа и остале значајне карактеристике.

Ова тема је нова и актуелна, с обзиром да није детаљније обрађивана у нашој домаћој правној теорији. Са израдом првог Преднацрта ГЗРС 2009. године, одмах се испољила поменута сложеност и недоумице око поклона за случај смрти. Правни писци који су се бавили овом темом су одредбе које регулишу овај уговор протумачили као прихватање идеје да је он једнострано опозив, односно раскидив по вољи поклонодавца, без потребе испуњавања додатних услова, а самим тим по правној природи близак легату. Међутим,

објавом Нацрта ГЗРС из 2015. године са алтернативним предлозима, по нашем мишљењу дошла је до изражаја права намера Комисије за израду ГЗРС, да се ипак ради о модификацији уговора о поклону са одложним дејством, с тим што, видећемо касније, ни уговорна природа овог института није до краја чиста.

II ПРАВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ПОКЛОНА ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ У НАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

А. Појам

После Српског Грађанског законика из 1844. године, који је поклон за случај смрти у складу са правноисторијским наслеђем из Јустинијанове кодификације сматрао легатом, а потом, после другог светског рата и вишедеценијског правног вакуума, где га је правна теорија сматрала модалитетом уговора о поклону међу живима, а судска пракса била у раскораку са теоријом допуштајући да буде закључен и у облику уговора и у облику легата, у Нацрту Грађанског законика Републике Србије у глави XXI која се односи на поклон (дар) предложено је регулисање овог правног института.

Чланом 818 ст. 1 Нацрта ГЗРС поклон за случај смрти је дефинисан као: „Уговор о поклону у коме је предвиђено да ће се извршити после смрти поклонодавца”, уз додатак: „Мора бити састављен у форми јавне исправе уз оверу потписа од стране надлежног органа“. Оваква дефиниција наводи на закључак да се ради о уговору о поклону са посебном погодбом да ће предаја предмета бити извршена након смрти поклонодавца, у складу са општеприхваћеним ставом већине правних писаца.¹ У ставу два истог члана је прописано: „Поклонодавац може да раскине по својој вољи уговор о поклону за случај смрти поклонодавца, а располагање предметом таквог уговора, било правним послом међу живима, било правни послом за случај смрти, сматра се раскидањем уговора у погледу предмета обухваћених располагањем“.²

Горе наведени предлог које се појавио у Преднацрту ГЗРС из 2009. године³ није садржао алтернативни предлог ставу 2. који се накнадно појавио у Нацрту ГЗРС из 2015. године. Овако конципирана одредба, иако језички наизглед слична, представља одступање од решења из Скице професора

¹ М. Ђурђевић, *Уговор о поклону за случај смрти*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1/2011, 251.

² Члан 818 став 2 Нацрт ГЗРС

³ Члан 680 Преднацрта ГЗРС, друга књига Облигациони односи, Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, Београд, 2009. године.

Константиновића и става још неких аутора,⁴ с обзиром да је реченици: „Поклонодавац може раскинути по својој вољи уговор о поклону за случај смрти“ придодата реч: „Поклонопримца“⁵ (тако да садашња верзија у Нацрту гласи: „Поклонодавац може раскинути по својој вољи уговор о поклону за случај смрти поклонопримца“). Правни писци који су проучавали новоформиран концепт поклона за случај смрти⁶ закључили су да се и поред овакве формулације („За случај смрти поклонопримца“), ради о једнострано опозивом правном послу, без обзира да ли је поклонодавац надживео поклонопримца, те да поклонодавац има могућност да увек, посредном или непосредном изјавом раскине поклон за случај смрти, без обзира на разлике у односу на Скицу.

Међутим, Нацрт ГЗРС који је објављен 29. маја 2015. године са алтернативним решењима, за разлику од Преднацрта из 2009. године, садржи и алтернативни предлог за став 2 члана 818, у коме је предвиђено: „Поклонодавац може да опозове по својој вољи уговор о поклону за случај смрти поклонопримца у писменој форми и ако ту изјаву достави наследницима поклонопримца“. По нашем мишљењу, алтернативно решење суштински је исто као и првобитно, разлика је једино у погледу форме у којој мора бити испољена изјава воље усмерена на раскид поклона за случај смрти од стране поклонодавца према наследницима поклонопримца. Наиме, оба решења дозвољавају да се поклон за случај смрти раскине једино у односу на поклонопримчеве наследнике. С разликом, што код првог предлога, није потребно да наследници поклонопримца буду изричито обавештени о раскиду уговора о поклону за случај смрти, док код алтернативног предлога они морају бити обавештени о раскиду. Још један разлог који говори у прилог оваквој концепцији поклона за случај смрти јесте да се у Комисији за израду грађанског законика, као њен председник, налази истакнути професор

⁴ М. Вуковић, *Обвезно право* књига II, Загреб, 1964, 257: „Даровање за случај смрти може имати облик уговора или легата. Ако се хоће да ово даровање има облик легата, морају се испунити све формалности које прописује Закон о наслеђивању. Само се по себи разуме да овакво даровање може увек опозвати. Даровање за случај смрти може имати и облик уговора. у том случају стављају се на тај уговор посебни захтеви и по њима се даровање за случај смрти разликује од осталих врста даровања.

⁵ Упоредити са „даривалац може раскинути уговор по својој вољи, а располагање стварима које су предмет таквог уговора било правним послом међу живима, било правним послом за случај смрти, сматра се раскидањем уговора у погледу ствари обухваћених располагањем“, код: М. Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима*, Правни факултет у Београду, 1969, 157.

⁶ М. Ђурђевић, *Уговор о поклону за случај смрти*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1/2011, Д. Пантић, *Donatio mortis causa-римско право и српско право*, докторска дисертација, Крагујевац, 2014.

Облигационог права академик проф. др Слободан Перовић,⁷ који је у својој књизи јасно стао на становиште да је поклон за случај смрти уговор у коме је само предаја предмета одложена до смрти поклонодаваца, а да једнострана опозивост више одговара правилима тестаментa и легата.⁸

Оваквом формулацијом Комисија за израду ГЗРС недвосмислено је одредила да уговор о поклону за случај смрти није једнострано раскидив правни посао све док је поклонопримац у животу. По нашем схватању, ситуација се мења у случају кад поклонодавац надживи поклонопримца, па нераскидивост не важи у односу на поклонопримчеве наследнике, већ поклонодавац добија правну моћ да својом вољом одреди даљу судбину поклона. Сублимирајући напред наведено, може се рећи да је поклон за случај смрти двостран и добротин правни посао, који се закључује између поклонодаваца и поклонопримца под одложним роком, који ће произвести пуно правно дејство кад се испуни услов да поклонопримац надживи поклонодаваца, чиме стиче право да захтева предају предмета поклона у својину. При чему, ако поклонодавац надживи поклонопримца, уговор и даље остаје на снази између њега као уговорне стране и наследника, односно универзалних правоследбеника поклонопримца,⁹ али са битно другачијим правним дејством, будући да се трансформише у једнострано раскидив правни посао и поприма карактеристике легата, онако како је то у својој Скици одредио професор Константиновић.

Ако буде прихваћен први предложени начин раскидања уговора, поклонодавац ће у односу на поклонопримчеве правне следбенике бити овлашћен да раскине уговор по својој вољи, изричитом изјавом воље, или било којим правним послом за живота или смрти располагањем предметом уговора, при чему није дужан да испоштује било какву формалност везано за сам чин раскида, нити да формално или неформално обавести поклонопримчеве следбенике о раскиду уговора. Док, уколико буде прихваћен други начин раскидања уговора о поклону за случај смрти, поклонодавац ће имати формалноправну обавезу да путем писане изјаве воље уз достављање наследницима поклонопримца, обавести исте да раскида закључени уговор између њега и њиховог правног претходника, чиме престаје дејство уговора у односу на њих.

Разлог за овакво предложено решења, вероватно је била намера Комисије да поклон за случај смрти не добије карактер „лабавог“ правног посла који

⁷ Влада је именовала Комисију у саставу: академик проф. др Слободан Перовић (председник), проф. др Миодраг В. Орловић, проф. др Мирко Васиљевић, проф. др Оливер Антић, проф. др Предраг Шулејић, проф. др Марина Јањић Комар, проф. др Олга Цвејић Јанчић, Снежана Андрејевић, проф. др Драгор Хибер, Војислав Недић, Ђурђе Нинковић, Драгољуб Ђорђевић, Војкан Симић и Ратомир Слијепчевић (секретар).

⁸ С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1990, 608.

⁹ Члан 289 став 2 Нацрта ГЗРС.

искључиво зависи од воље поклонодаваца, да се може раскинути уговор и мимо остварења услова прописаних законом за раскидање редовног уговора о поклону. Међутим, ако поклонодавац надживи поклонопримца, у односу на поклонопримчеве наследнике, овај уговор постаје једнострано раскидив. Сматрамо, кад се већ законодавац није одлучио да уговор буде апсолутно раскидив по слободној вољи поклонодаваца, оправданим да бар има право да га раскине у односу на поклонопримчеве наследнике. Из разлога што се ради о уговору који спада у категорију *intuitu personae*, намера дарежљивости је код поклону за случај смрти слабије изражена него код редовног поклону, с обзиром на чињеницу коју су истицали и римски правници, да поклонодавац има жељу да ствар користи за живота, а да тек после његове смрти припадне поклонопримцу. Да је намера дарежљивости код поклонодаваца већа, учинио би поклон још за живота и тиме увећао имовину поклонопримца, па посредно и његових правних следбеника.

Б. Правна природа

Још од римског права била је спорна правна природа поклону за случај смрти. Постојала је дилема да ли се ради о врсти уговора о поклону, на који се онда имају применити правила уговорног права, или се ипак ради о легату, на који се имају применити правила наследног права.¹⁰

Према решењу из Нацрта ГЗРС, поклон за случај смрти је конципиран у начелу као уговор, који се закључује сагласношћу воља између поклонодаваца и поклонопримца, с тим што предмет уговора прелази у својину поклонопримца тек након смрти поклонодаваца. Следствено правилу из другог става члана 818 Нацрта ГЗРС, овај уговор је једнострано неопозив за живота уговорних страна, осим у законом предвиђеним случајевима за обичан поклон.¹¹ Да би произвео пуно правно дејство као и сваки уговор потребно је и да поклонопримац надживи поклонодаваца. Да тај материјални услов постоји, иако то није изричито прописано, произилази из алтернативно предвиђеног решења из члана 818 став 2, према коме поклонодавац може једнострано опозвати по својој вољи уговор о поклону, уз испуњење три кумулативно предвиђена услова: 1) да је поклонодавац надживео поклонопримца, 2) да је своју вољу о опозивању уговора изразио у писменој форми, 3) да је такву изјаву доставио наследницима поклонопримца. Све ово указује да се на поклон за случај смрти, у ситуацији кад је поклонопримац надживео поклонодаваца, примењују општа правила уговорног права, те да се може сматрати модалитетом уговора о поклону, од кога се разликује само по томе што је извршење обавезе поклонодаваца на предају ствари и пренос права

¹⁰ Д. Пантић, *Donatio mortis causa-римско право и српско право*, докторска дисертација, Крагујевац, 2014, 355.

¹¹ Ова правила су садржана од члана 809 до члана 817 Нацрта ГЗРС

својине одложено после смрти поклонодавца.¹² Његово дејство се међутим, значајно мења ако не буде испуњен тај услов и постаје флексибилнији и једнострано раскидив правни посао у односу на поклонопримчеве наследнике, а што није својствено правној природи уговора, већ правној природи легата.

Према мишљењу професора Марка Ђурђевића, решење из Нацрта ГЗРС има делимичне сличности са *donatio post mortem* (посмртни поклон), као уговором на основу кога се правни однос између поклонодавца и поклонопримца заснива од момента закључења. Поклонопримац има према поклонодавцу потраживање на предају предмета поклона, с тим што су предаја ствари и пренос својине одложени до смрти поклонодавца. Код овог уговора, стицање својине поклонопримца не зависи од тога да ли ће надживети поклонодавца, ако умре раније, његови наследници имају право да траже предају и пренос својине.¹³ Видимо да постоји разлика која се огледа у томе што код посмртног поклона, поклонодавац, када надживи поклонопримца, нема право да једнострано опозове уговор у односу на наследнике поклонопримца, за разлику од поклона за случај смрти предвиђеног у Нацрту ГЗРС, где ту могућност има на располагању.

Мишљења смо да је према најновијим решењима у нашем будућем закону поклон за случај смрти *sui generis* уговор специфичне правне природе, који обухвата елементе обичног уговора о поклону, *donatio post mortem* (посмртни поклон) и легата, с тим што ове последње карактеристике поприма условно, ако би поклонодавац надживео поклонопримца.

Обележја обичног поклона присутна су приликом закључења уговора, по питању пословне способности уговорних страна, опште неопозивости и нераскидивости уговора осим у случајевима изричито предвиђених у закону (због незахвалности поклонопримца и осиромашења поклонодавца), предмета поклона и форме уговора. Елементи *donatio post mortem* (посмртни поклон) испољавају се у чињеници да је предаја предмета поклона одложена до смрти поклонодавца, уколико поклонопримац умре пре поклонодавца, његови наследници имаће право на потраживање предмета поклона након смрти поклонодавца. Али за разлику од *donatio post mortem* (посмртни поклон) који је једнострано нераскидив и у односу на наследнике поклонопримца, поклонопримчевим наследницима код нашег поклона за случај смрти, остаје само нада да поклонодавац за живота неће користи своје законом признато право да у односу на њих раскине уговор о поклону за случај смрти, тако да обележја посмртног поклона нису доследно спроведена до краја. У случају када поклонодавац надживи поклонопримца уговор о поклону за случај смрти се трансформише и поприма карактеристике легата као што је то било предвиђено у Скици проф. Константиновића.

¹² М. Ђурђевић, *op. cit.*, 251.

¹³ М. Ђурђевић, *op. cit.*, 241.

Поклонодавац тада, као и оставилац према легатару, стиче право по сили закона да једнострано раскине уговор у односу на поклонопримчеве наследнике, а то може учинити непосредном изјавом воље или посредно тако што ће предметом поклона по слободној вољи располагати правним послом за живота или правним послом за случај смрти. Све ово наводи на закључак да наследници поклонопримца не ступају у потпуни уговорни положај и капацитет свог правног претходника, тј. поклонопримца.

В. Битни елементи

Битан елемент уговора о поклону за случај смрти, поред предмета поклона и намере дарежљивости, који су такође битни елементи и обичног поклона, је и посебна погодба да ће се поклон извршити после смрти поклонодавца.

Што се тиче намере да се поклон учини, Врховни касациони суд РС у својој одлуци је навео: „Воља и намера поклонодавца да закључи уговор о поклону као мотив (побуда) доброчиног давања има и значај основа за закључење тог уговора без накнаде. Та воља мора бити стварно постојећа и слободно изражена, што овде није био случај. Непостојећи или недозвољени основ и побуда код бестеретног уговора узрокују његову непуноважност. Такав недостатак битних елемената уговора без накнаде представља законске разлоге за његову ништавост у смислу члана 103. ЗОО.”¹⁴ Сматрамо да ова намера код поклона за случај смрти треба да постоји на страни поклонодавца не само у тренутку закључења уговора, већ све до његове смрти, а да ако у међувремену ова намера изостане, треба дозволити поклонодавцу да једнострано раскине уговор, без негативних правних последица по њега због таквог акта, а које последице би уговорни режим овог института свакако произвео. Због тога је према нашем мишљењу, за поклон за случај смрти погодније решење које је предвидео проф. Константиновић у својој Скици, које поклонодавцу даје слободу да у свако време овај уговор непосредно или посредно раскине.

Предмет поклона за случај смрти може бити покретна и непокретна ствар, тражбено право. Будућа ствар - имовина може бити предмет овог уговора, с тим да ће уговор производити дејство ако поклонодавац стекне ту имовину.¹⁵ У начелу, то би могла да буде и туђа ствар, али поклонопримац не био одмах по уручењу постајао власник ствари већ једино ако је савестан, уз испуњење осталих услова који се траже за стицање својине одржајем или грађењем на туђем земљишту, док стицање својине од невласника овде не

¹⁴ ВКС Рев-213/2017 од 25.10.2017. године, доступно на <https://www.vk.sud.rs/sr/>

¹⁵ И. Зиндовић, *Облигационо право - посебни део*, Београд, 2010, 74.

може да се примени због услова да се покретна ствар стекне уз накнаду.¹⁶ Рад као физичка или интелектуална делатност усмерена на повећање имовине поклонопримца, не би могао да буде предмет поклона за случај смрти због његове специфичности, јер се обавеза одлаже после смрти поклонодаваца, а следствено томе поклонодавац сам не може бити извршилац обећаног рад, а нема право да обећа радњу трећег лица.¹⁷ Повремена давања би могла бити предмет овог уговора, с обзиром да је Нацртом ГЗРС прописано: „Уговор о поклону којим се поклонодавац обавезао на повремена давања престаје смрћу поклонопримца“, а у „случају смрти поклонодаваца обавезе из уговора о поклону повремених давања прелазе на његове наследнике, изузев ако из уговора произилази нешто друго“, па је овај правни однос остварив између поклонопримца и поклонодавчевих наследника.

Г. Правне особине

Поклон за случај смрти за сада је неименован уговор, с обзиром да није регулисан позитивноправним прописима, али очекују се промене у том правцу, из разлога што га предвиђа Нацрт ГЗРС. Овај уговор је двостран - закључује се између две стране сагласношћу воља, једнострано обавезујући јер производи обавезе само за једну уговорну страну - поклонодаваца, поклонопримац из уговора само стиче право да захтева предају предмета поклона након смрти поклонодаваца. Ради се комутативном уговору, јер у време његовог закључења, странама је познато ко је поверилац, а ко дужник и шта је предмет обавезе поклонодаваца. Ако је предмет уговора о поклону за случај смрти будућа ствар, чија се вредност не зна у време закључења уговора (нпр. новац или друга заменљива ствар која се затекне код поклонодаваца у тренутку његове смрти), уговор је алеаторан. Пошто поклонопримац није дужан да за примљени поклон ништа узврати поклонодавцу ради се о добротворном правном послу. Спада у категорију *intuitu personae* уговора, што значи да се закључује с обзиром на личност уговорних страна, али као и обичан поклон, може бити и без обзира на лична својства, нпр. у општекорисне сврхе, добротворне сврхе итд. Поклонодавац је при закључењу овог уговора мотивисан одређеним животним везама и односима блискости и поверења са поклонопримцем, што указује и чињеница да је *animus donandi* битан састојак уговора, јер је воља за поклањањем усмерена према одређеном лицу. Ово наводи на закључак да је уговор о поклону за случај смрти каузалан уговор, с тим што у поље каузе као код свих добротворних послова

¹⁶ Више о предмету поклона у књизи Д. Лазаревића, *Уговор о поклону*, Београд, 2010, 108-125.

¹⁷ Члан 294 Нацрта ГЗРС: „Обећање учињено другом да ће трећи нешто учинити или пропустити, трећег не обавезује, а обећалац одговара за штету коју би други претрпео због тога што трећи неће да се обавезе или да изврши или пропусти одређену радњу“.

¹⁸ Члан 802 став 2 Нацрта ГЗРС

улази и побуда. Побуда или мотив је унутрашњи разлог за предузимање неке радње, у грађанском праву он покреће уговорну страну да закључи правни посао, односно јавља се као психолошки фактор.¹⁹ За закључење овог уговора потребна је писмена форма уз оверу потписа од стране надлежног органа, али ако је предмет непокретност, сходно императивним прописима уговор ће морати бити потврђен (солемнизован) од стране јавног бележника.

Д. Форма

У Нацрту ГЗРС код регулисања питања форме за редовне уговоре о поклону, направљена је разлика између непокретних и покретних ствари. За покретне ствари потребно је закључење уговора о поклону у писменој форми, с тим што је дозвољена и реална форма, па ако је ствар предата поклонопримцу, уговор ће бити пуноважан иако није закључен у писменој форми.²⁰ За поклон за случај смрти предвиђена је нешто другачија форма, па је за овај уговор потребна писмена форма, уз оверу потписа од стране надлежног органа.²¹ Али овом нормом не могу се дерогирати императивни прописи који се односе на промет непокретности.

Имајући у виду Закон о промету непокретности из 2014. године, произилази да ако је предмет поклона за случај смрти непокретност, уговор мора бити закључен у облику јавнобележнички (потврђене) солемнизоване исправе, тако да ће за солемнизацију бити надлежан искључиво јавни бележник на чијем подручју се налази непокретност.²² Странке могу саме да сачине уговор или уз стручну помоћ адвоката, али за пуноважност уговора биће им неопходна солемнизација од стране јавног бележника.

За поклон за случај смрти који има за предмет покретну ствар није у одредбама Нацрта ГЗРС регулисано који ће орган бити надлежан за оверу потписа на уговору. Сходно савременим тенденцијама у нашем правном систему, логично би било да када је предмет уговора о поклону за случај смрти покретна ствар, да буде надлежан јавни бележник, који ће оверити потписе уговорних страна у складу са Законом о оверавању потписа, рукописа, и преписа,²³ с обзиром да је искључиво надлежан за оверу, осим ако посебним законом није предвиђено другачије. Треба напоменути да

¹⁹ Д. Лазаревић, *Уговор о поклону*, Београд, 2010, 33.

²⁰ Члан 799 Нацрта ГЗРС

²¹ Члан 818 став 1 Нацрта ГЗРС

²² Члан 2 став 1 Закона о промету непокретности (Сл. гласник бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015): „Промет непокретности, у смислу овог закона, јесте пренос права својине на непокретности правним послом, уз накнаду или без ње“.

Члан 4 став 1 Закона о промету непокретности „Уговор о промету непокретности закључује се у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе“.

²³ Службени гласник Републике Србије број 93/2014, 22/2015, 87/2018

приликом овере потписа странака које су поднеле исправу на оверу, јавни бележник није одговоран, нити улази у садржину исправе, али је дужан да реагује и одбије да овери исправу ако уочи недостатке и неправилности које се тичу његове надлежности, дозвољености правног посла, законом прописане форме, својстава подносилаца исправе итд.²⁴

Занимљиво да је Закон о јавном бележничком у првобитној верзији,²⁵ до усвајања предлога за измене и допуне овог закона, садржао одредбу према којој се обећање поклона и уговори о поклону за случај смрти морају закључити у облику јавнобележничког записа.²⁶ Такав концепт форме овог уговора не би правио разлику у зависности да ли је предмет покретна или непокретна ствар, већ би се уговор закључивао једнообразно и по строжијој форми. Форма јавнобележничког записа за правне послове за које је прописана представља услов њихове пуноважности, ако нису сачињени по овој форми неће производити правно дејство.²⁷ Приликом састављања јавнобележничког записа јавни бележник је присутан од почетка до краја сачињавања овог записа, стара се да он садржи све законом прописане елементе, детаљне податке о странкама, потребну документацију, поуке и упозорења које се тичу предметног правног посла, потписа странака, других учесника (законских заступника, тумача, пуномоћника), на крају и потпис, печат и штамбиљ јавног бележника. Видећемо у будућности да ли ће евентуално доћи до промена везаних за форму поклона за случај смрти, након ступања на снагу Грађанског законика.

Ђ. Опозив и раскид поклона за случај смрти

Редован уговор о поклону, иако једнострано обавезујући, производи правна дејства као и сваки други уговор, тако да се у начелу не може једнострано раскинути. Овде ћемо поћи од општих правила везаних за редован поклон, где је могућ једнострано раскид уговора опозивом и раскидом учињеним од стране поклонодавца ако су испуњени услови предвиђени законом.²⁸ Професор Михајло Вуковић за опозивање даровања наводи да је опозив као општа могућност предвиђен код понуде, међутим у неким таксативно набројаним случајевима предвиђено је једнострано опозивање код даровања. Даровање потиче из провобитних заједница, где је владао морални принцип узајамног помагања, према томе и само даривање у себи носи алтруистички карактер. Касније је под утицајем

²⁴ Члан 11, 12, 13 Закона о оверавању потписа, рукописа и преписа (Сл. гласник РС бр. 93/2014, 22/2015, 87/2018)

²⁵ Службени гласник Републике Србије број 31/2011

²⁶ Члан 82 став 1 тачка 8 Закона о јавном бележничком (Сл. гласник РС бр. 31/2011)

²⁷ Члан 82 став 4 Закона о јавном бележничком

²⁸ И. Зиндовић, *op. cit.*, 79.

промета, који је обележен егоистички, ослабио алтруизам даровања, па је даровање испало у појединим порецима као уговор који се може само у одређеним случајевима опозвати.²⁹

У Нацрту ГЗРС одредбе које се односе на поклон омогућавају поклонодавцу да може раскинути и опозвати учињен поклон због незахвалности поклонопримца³⁰ и у случај осиромашења, односно према језику закона, немања довољно средстава за живот и издржавање других лица.³¹

Што се тиче појмова ”опозив” и ”раскид” поклона, из законског текста Нацрта ГЗРС произилази да се појам ”раскид” користи за случај када је уговор о поклону закључен а још увек није извршен. Док се појам ”опозив” поклона користи када је уговор о поклону већ извршен, односно кад је предмет поклона прешао из својине поклонодавца у својину поклонопримца. Ово термилошко разграничење није доследно спроведено код поклона за случај смрти код алтернативног предлога, с обзиром да је прописано: „Поклонодавац може да опозове по својој вољи уговор о поклону за случај смрти поклонопримца у писменој форми и ако ту изјаву достави наследницима поклонопримца“. Имајући у виду да се поклон за случај смрти извршава тек након смрти поклонодавца, по законској терминологији прикладнији је термин раскид уговора о поклону за случај смрти. Међутим, са аспекта правне теорије уочљиво је да се више користио термин - једнострано опозив поклона за случај смрти. Из овог разлога, за потребе овог рада користићемо оба термина као синонине, уз напомену да је термин раскид правилнији.

1. Раскид поклона због незахвалности

Поклон за случај смрти, ако бисмо применили општа правила која важе за обичан поклон, поклонодавац би могао да раскине, односно опозове учињени, због велике или грубе незахвалности поклонопримаца према поклонодавцу или њему блиским лицима. Очигледно је да се део наведене одредбе „опозове учињени поклон“ не може применити на поклон за случај смрти, због његове карактеристике да се извршава тек након смрти поклонодавца.

У члану 809 став 2 Нацрта ГЗРС су ближе одређени појмови велике или грубе незахвалности, па се тако сматра да она нарочито постоји када је поклонопримац учинио према поклонодавцу или неком њему блиском лицу кривично дело или се према њему теже огрешио неизвршењем законом утврђене обавезе или моралне дужности или им је намерно проузруковао имовинску или неимовинску штету. Врховни суд РС у својој

²⁹ М. Вуковић, *Обвезно право*, књига II, Загреб, 1964, 256.

³⁰ Члан 809 Нацрта ГЗРС

³¹ Члан 813 Нацрта ГЗРС

одлуци је навео: „Велика или груба незахвалност, коју материјално право предвиђа као услов за опозив поклона, је правни стандард о чијем постојању суд закључује на основу свих околности конкретног случаја, ценећи га вредносним мерилима заснованим на правилима морала и добрим обичајима, као и схватањима одређене средине“.³² Цене се следеће околности: владање поклонопримца и његов утицај на касније односе са поклонодавцем, раније држање оба уговарача и њихово уобичајено опхођење, да ли се ради о усамљеном случају или хроничном поремећају, да ли је присутна жеља да се однос поправи, да ли је поклонодавац испровоцирао поклонопримца.³³ Судска пракса је и раније познавала опозивање поклона у случај грубе незахвалности испољење радњом нечињења, као повреде моралне дужности према поклонодавцу. Из тих разлога Врховни суд РС у једној својој одлуци је констатовао: „Поклонодавац, стар и болестан, није могао да набави потребне лекове у земљи због несташице. Његов син, поклонопримац, је живео у иностранству и с обзиром на своје имовно стање лако је могао да набави лек. Међу чињеницама утврђеним у спору није постојала ниједна која би се подвела под правила о опозиву због неблагодарности“, што су у својим одлукама истицали нижестепени судови. Истина, поклонопримац није повредио оца, није нарушио његову слободу и имање и због тога првостепени и другостепени суд нису дозволили опозив. Међутим, Врховни суд је донео супротну одлуку – „Лишавање болесног и старог оца лекова у стању несташице изазване ембаргом је тешко огрешење према животу и телу поклонодавца“.³⁴

Слично као и што оставилац може наследнику опростити недостојност, ту могућност има и поклонодавац, па кад опрости поклонопримцу незахвалност, после тога нема право да тражи раскид уговора.³⁵ У Нацрту ГЗРС је прописано и да поклонодавчеви наследници имају право на раскид и опозив поклона из овог разлога.³⁶

2. Раскид поклона због осиромашења

Други законски разлог због кога поклонодавац може раскинути уговор о поклону, јесте осиромашење. По законској терминологији, због немања довољно средстава за живот или за издржавање лица која је по закону дужан да издржава, поклонодавац може раскинути уговор, а ако је уговор

³² Одлука Врховног суда РС Рев-508/06 од 04.06.2007. године, извор: <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev-50806>

³³ М. Ђурђевић, *Уговор о поклону*, Београд, 2012, 244.

³⁴ Врховни суд Србије, Рев. 4637/95 од 24. 10. 1994. године, извор: Драгољуб Лазаревић, *Уговор о поклону*, 345.

³⁵ Члан 809 став 3 Нацрта ГЗРС

³⁶ Члан 809 став 4 Нацрта ГЗРС

извршио може поклон да опозове и да захтева да му поклонопримац врати оно што се од примљеног поклона још налази у његовој имовини.³⁷ Као и у првом случају, јасно је да други део одредбе („А ако је уговор извршио може поклон да опозове и да захтева да му поклонопримац врати оно што се од примљеног поклона још налази у његовој имовини“) није применљив на поклон за случај смрти, с обзиром да се извршава тек након смрти поклонодаваца. Код поклона за случај смрти, поклонодавац би могао да раскине уговор ако му је предмет поклона неопходан да њиме располаже или га утроши у сврху свог или издржавања лица која је по закону дужан да издржава. Према судској пракси: „Осиромашење поклонодаваца се утврђује упоређивањем материјалних прилика у којим се поклонодавац налазио у тренутку закључења уговора и материјалних прилика у којим се налази у моменту подношења тужбе за опозив поклона“.³⁸

У члану 813 став 2 Нацрта ГЗРС дата је могућност поклонопримцу да одржи уговор на снази ако је већ дошло до осиромашења поклонодаваца, тако што ће се обавезати да ће поклонодавцу исплаћивати довољна средства за живот, односно издржавање. Овде видимо да, ако је у питању поклон за случај смрти, практично имамо ситуацију где се он трансформише у уговор о доживотној ренти са модалитетом да се предмет уговора преноси на даваоца ренте после смрти примаоца ренте.³⁹ С обзиром да ће поклонопримац исплаћивати ренту поклонодавцу до смрти, а заузврат ће после његове смрти стећи право да захтева извршење уговора и пренос својине на предмету поклона; с тим што ће његово потраживање бити облигационоправног карактера, док код уговора о доживотној ренти потраживање даваоца ренте има стварноправни карактер - ствари које су предмет уговора издвајају се из заоставштине и по сили закона прелазе у његову својину.

Поклонодавац не може да раскине уговор и да захтева опозив поклона ако је намерно или грубом непажњом довео себе у оскудицу или ако је од извршења уговора о поклону протекло десет година.⁴⁰ У том погледу и судска пракса је јасна: „Чињеница да је пензија тужиоца предмет извршења, због чега тужилац прима умањени износ пензије, не представља осиромашење тужиоца у законском смислу, јер је тужилац својим законским кажњивим поступцима сам себе довео у ту ситуацију, те се таква врста осиромашења не може тумачити на штету тужених“.⁴¹

³⁷ Члан 813 став 1 Нацрта ГЗРС

³⁸ Пресуда Апелационог суд у Новом Саду, Гж-1879/15 од 12.11.2015. године, извор <http://bilden.osns.rs/presuda/sentenca?url=opoziv-ugovora-o-poklonu-1>

³⁹ Одредбе која се односе на уговор о доживотној ренти су садржане у члановима од 1505 до 1517 Нацрта ГЗРС

⁴⁰ Члан 813 став 3 Нацрта ГЗРС

⁴¹ Пресуда Апелационог суд у Новом Саду, Гж-1879/15 од 12.11.2015. године, извор <http://bilden.osns.rs/presuda/sentenca?url=opoziv-ugovora-o-poklonu-1>

3. Посебан разлог за раскид поклона за случај смрти

Предложеним решењима из Нацрта ГЗРС нису уважени ставови професора Михаила Константиновића из Скице за законик о облигацијама и уговорима, којима је предвиђено да дародавац може по својој вољи да раскине уговор о дару, а располагање стварима које су предмет таквог уговора, било правним послом међу живима, било правним послом за случај смрти такође се сматрало раскидом уговора.⁴² Тако да решење из Нацрта ГЗРС не познаје апсолутну опозивост, односно боље речено раскидивост као карактеристику поклона за случај смрти.

У Нацрту ГЗРС је у начелу прихваћен став који је заступала послератна правна теорија да, зарад начела правне сигурности, поклонодавац може овај уговор раскинути из законом одређених разлога, а не по својој слободној вољи,⁴³ тако да је поклон за случај смрти једнострано нераскидив за живота поклонопримца. Као што смо већ истакли, једино у ситуацији када поклонодавац надживи поклонопримца имаће право да непосредно раскине уговор у односу на наследнике поклонопримца, или посредно тако што ће предметом поклона располагати како правним послом међу живима, тако и правним послом за случај смрти. Ако буде прихваћено алтернативно решење мораће да поклонопримчевим наследницима достави изјаву у писменој форми којом раскида уговор.⁴⁴ Ово би фактички био трећи разлог који стоји поклонодавцу на располагању код уговора о поклону за случај смрти, поред она два предвиђена за редован уговор о поклону, с тим што је могућност његове примене условљена смрћу поклонопримца.

Сматрамо да је овакво решење Комисије за будући законик погрешно, да је поклону за случај смрти много више одговора концепт апсолутне опозивости или законски речено раскидивости, како је то за овај институт замислио професор Константиновић у својој Скици, с обзиром да једна од главних разлика између обичног поклона и поклона за случај смрти, јесте слабије изражена намера дарежљивости поклонодавца према поклонопримцу код уговора о поклону за случај смрти. Наиме, како су истицали и римски правници, он и даље за живота жели да се користи са ствари коју је условно поклонио, па да тек након његове смрти иста пређе у својину поклонопримца. Због одлике бестеретности овог правног посла не треба га подводити под стеге уговорног режима, што је и разлог зашто је овај институт у прошлости имао, а и данас у неким савременим правним системима има наследноправни карактер. Такође, намера дарежљивости

⁴² М. Константиновић, *Облигације и уговори*, Скица за Законик о облигацијама и уговорима, Београд, 1969, 157.

⁴³ С. Перовић, *op. cit.*, 608.

⁴⁴ Члан 818 став 2 Нацрта ГЗРС

као битан елемент овог уговора, може нестати у времену од његовог закључења до момента смрти поклонодаваца. Стога би, према нашем мишљењу, уважавањем историјске традиције и сврхе овог института, поклонодавцу требало дати могућност да уговор раскине и за свог живота, располагањем правним послом за живота или смрти.

Е. Права и обавезе уговорних страна

На основу редовног уговора о поклону, обавезе преузима само једна страна - поклонодавац, а поклонопримац стиче само права. Обавезе поклонодаваца су истовремено и права поклонопримца. За поклонодаваца из уговора настају следеће обавезе: чување поклоњене ствари до рока предаје и предаја ствари или уступање одређеног права.⁴⁵ Ово важи за редован уговор о поклону, док због природе уговора о поклону за случај смрти на страни поклонодаваца би постојала само обавеза чувања ствари до своје смрти. При том, поклонодавац је дужан да ствар чува са пажњом доброг домаћина, тј. доброг привредника. Он би сносио трошкове одржавања ствари, а плодови од закључења уговора до момента смрти припадали би њему.⁴⁶ Обавеза предаје ствари и уступања права након смрти поклонодаваца теретила би његове законске и завештајне наследнике, док на страни поклонопримца као повериоца из уговора стоји овлашћење да од њих као дужника захтева да испуне дуг према њему. Они би били одговорни и за неиспуњење своје обавезе, као и задоцњење са испуњењем, само ако је оно намерно или потиче из њихове крајње непажње.⁴⁷

Према претежно уговорном режиму поклона за случај смрти који је прихваћен у Нацрту ГЗРС, а на који се примењују општа правила за поклон, поклонодавац одговара за штету која је настала због правних и материјалних недостатака ствари, ако је за исте знао или морао знати.⁴⁸ Поклонодавац би до предаје ствари одговарао за штету поклонопримцу и у случају оштећења или пропасти ствари ако су исте настале због његове кривице у вези са чувањем ствари.⁴⁹ Ово је по нашем мишљењу још један разлог зашто би апсолутни једностранни раскид поклона за случај смрти било адекватније решење за овај правни институт. Није оправдано да услед временске дистанце која може протећи између закључења уговора и момента смрти, поклонодавац стално буде „на опрезу“ у погледу предмета поклона, да касније он сам или његови наследници не би сносили штетне

⁴⁵ И. Бабић, *Књига 4 – Облигационо право, Уговори грађанског права*, 108.

⁴⁶ И. Зиндовић, *op. cit.*, 76.

⁴⁷ Члан 807 став 1 Нацрта ГЗРС

⁴⁸ Члан 808 став 2 Нацрта ГЗРС

⁴⁹ И. Зиндовић, *op. cit.*, 78.

последнице његовог евентуално нехатног поступања са предметима поклона и непоштовањем општих уговорних правила.

III КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ПРЕДЛОГ РЕГУЛАТИВЕ ПОКЛОНА ЗА СЛУЧАЈ СМРТИ У НАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Мишљења смо да је оправдано правно уредити овај институт, када већ постоје примери да је закључиван у пракси. Данас када су друштвени и робноновчани односи достигли врхунац, и када је правно уређен велики број различитих уговора, не видимо разлог због којег се не би предвидео и модел поклон за случај смрти у циљу помоћи и упутства странкама да лакше регулишу свој однос настао из потребе чињења поклона.

Сматрамо да решење из Нацрта ГЗРС које се односи на став 2 члана 818 пре свега није језички добро сковано, с обзиром да је у формулацију нашег истакнутог правника Михаила Константиновића уметнута једна реч и тиме промењен смисао и суштина уговора о поклону за случај смрти: „Поклонодавац може да раскине по својој вољи уговор о поклону за случај смрти (уметнута реч „поклонопримца“) поклонопримца, а располагање предметом таквог уговора, било правним послом међу живима, било правним послом за случај смрти, сматра се раскидањем уговора у погледу поклоњених предмета обухваћених располагањем“. Уз алтернативни предлога за став 2.: „Поклонодавац може да опозове по својој вољи уговор о поклону за случај смрти поклонопримца у писменој форми и ако ту изјаву достави наследницима поклонопримца“. Ако Комисија остане при овом решењу сматрамо да је боље да буду усвојен алтернативни предлог, с обзиром да не оставља сумњу о правној природи поклона за случај смрти. Тада би недвосмислено уговор био једнострано нераскидив у односу на поклонопримца, док у случај када поклонодавац надживи поклонопримца постаје једнострано раскидив у односу на поклонопримчеве наследнике, уз обавезу да акт раскидања искаже у писаној форми и достави га поклонопримчевим наследницима. У регулисању ове проблематике уочили смо термилошку недоследност Комисије, будући да је кроз одредбе које регулишу поклон у Нацрту ГЗРС јасно одређено да се термин – раскид користи када је уговор о поклону закључен, а још увек није реализован, док се термин – опозив користи када је уговор о поклону извршен и предмет поклона прешао у својину поклонопримца; па би за поклон за случај смрти било правилније да се у алтернативном предлогу реч „опозове“ замени са „раскине“.

Ако би било прихваћено решење из става 2 чл. 818 Нацрта ГЗРС сматрамо да оно може произвести различита тумачења у пракси због своје језичке непрецизности. Можемо замислити ситуацију да поклонодавац закључи уговор о поклону за случај смрти са поклонопримцем код јавног

бележника. Потом се погорша однос између ове две уговорне стране, и поклонодавац као лаик читањем лоше формулисаног првог дела одредбе, а под утиском другог дела одредбе да може раскинути уговор по слободној вољи или располагањем предметом поклона за живота или правним послом за случај смрти, ово и учини не обазирјући се на поклонопримца. Овакво понашање у пракси могло би да буде извор многих спорова.

Сматрамо да одредба из става 1 чл. 818 Нацрта ГЗРС може да остане у предвиђеном облику: „Уговор о поклону у коме је предвиђено да ће се извршити после смрти поклонодавца, мора да буде састављен у писменој форми уз оверу потписа од стране надлежног органа“. Док би у ставу 2 истог члана требало ограничити дејство уговора о поклону за случај смрти искључиво на поклонопримца и поклонодавца, прописивањем услова да поклонопримац мора надживети поклонодавца. Треба дозволити апсолутно право поклонодавцу да може раскинути уговор непосредном изјавом воље, или посредно, располагањем предметом уговора по својој вољи како правним послом међу живима, тако и правним послом за случај смрти. Ово из разлога што је ово уговор са одложним дејством, временски период између закључења и извршења овог уговора може бити дуг, евентуално вишедеценијски, током кога је могуће нарушавање међуљудских односа између уговорних странака, па нема потребе да се још више компликује однос између њих, чињењем овог уговора нераскидивим. Поготово што је код поклона за случај смрти, као и код сваког другог поклона намера дарежљивости битан елемент уговора, па ако она изостане у међувремену нема потреба да уговор и даље егзистира у правном саобраћају. Флексибилнији изглед ових норми и могућност поклонодавца да једнострано раскине овај уговор по својој вољи, више одговара природи овог института, насупрот чврстом уговорном режиму, која више одговара тржишним условима, где владају принципи размене еквивалентних престација, док је поклон ипак правни посао који у себи носи алтруистички карактер.

Предлог је да став 2 члана 818 Нацрта ГЗРС треба да гласи: „Поклонопримац мора надживети поклонодавца, а поклонодавац може по својој вољи раскинути уговор, располагање стварима које су предмет таквог уговора, било правним послом међу живима, било правним послом за случај смрти, сматра се раскидањем уговора у погледу ствари обухваћених располагањем“.

Мишљења смо да природи поклона за случај смрти више одговара овакав концепт који га приближава легату, као једнострано опозивом правном послу. То се најбоље види ако замислимо случај да нпр. поклонодавац закључи уговор поклону за случај смрти са лицем А, а предмет тог поклона су нпр. албуми са сличицама Светског првенства у фудбалу. Након неког периода после тога, поклонодавац добије унука и завештањем унуку остави у виду легата албуме са сличицама Светског првенства у фудбалу. Ако узмемо да је прихваћено решење које сада постоји у нашем Нацрту ГЗРС са уговорним

режимом овог института, након смрти поклонодавца албуми са сличицама Светског првенства у фудбалу припашће лицу А, јер ће се појавити као поверилац из уговорног односа са поклонодавцем, а повериоци имају предност у односу на наследнике и легатаре. Међутим, ако буде прихваћено решење које ми предлажемо, албуми ће припасти унуку, с обзиром да је завештање касније сачињено у односу на уговор о поклону за случај смрти, а предмет располагања је исти, па се уговор сматра раскинутим ако завештање буде правно ваљано и лице А нема права захтевати предмете уговора. Видимо да је према нашем решењу, на прави начин дошла до изражаја воља поклонодавца.

Да би једнострана раскидивост као елемент уговора о поклону још више дошла до изражаја било би неопходно да се дода и трећи став по аналогiji са обичним поклоном код одрицања од права на опозив и раскид.⁵⁰ Трећи став би гласио: „Одрицање унапред од права да се уговор раскине нема правне важности“. Ово би омогућило поклонодавцу да ако после закључења уговора о поклону за случај смрти, дође до нарушавања његовог односа са поклонопримцем и одсуства намере дарежљивости, својом вољом изађе из уговорног односа, без штетних правних последица због таквог чина, које би трпео ако се у уговору одрекао права да раскине уговор без оправданог разлога.

IV ЗАКЉУЧАК

Нацртом Грађанског законика Републике Србије је усвојен у начелу уговорноправни режим овог института, с тим што и он није до краја доследно спроведен. Наиме, ако поклонодавац надживи поклонопримца, поклон за случај смрти поприма карактеристике легата, и поклонодавац може да користи своје законом установљено овлашћење да једнострано раскине уговор у односу на наследнике поклонопримца.

Што се тиче правне способности уговорних страна, битних елемената, правних особина, форме уговора о поклону за случај смрти, углавном су применљива решења која Нацрт ГЗРС предвиђа за обичан поклон. Разлике у односу на обичан поклон су: битна карактеристика поклона за случај смрти, уз намеру дарежљивости и предмет поклона, јесте и одложно дејство уговора, односно да се предмет предаје поклонопримцу након смрти поклонодавца. Поред два законом прописана услова за раскид редовног поклона, код уговора о поклону за случај смрти предвиђен је и трећи, који се условно може користити једино у односу на поклонопримчеве наследнике, у случају да поклонодавац надживи поклонопримца.

Што се нашег Нацрта ГЗРС тиче, може се рећи да је дошло до делимичног удаљавања од природе легата на рачун фаворизовања уговорноправне природе.

⁵⁰ Члан 814 Нацрта ГЗРС.

Кажемо делимичног, из разлога што се једнострана опозивост уговора о поклону за случај смрти може појавити условно, ако поклонодавац надживи поклонопримца; при чему он може, али и не мора да користи ово право, па ће уговор произвести дејство и према поклонопримчевим наследницима, ако поклонодавац не жели да га раскине.

Наш предлог је да поклон за случај смрти буде конципиран као мешовит правни посао између уговора и легата, који је условљен тиме да поклонопримац надживи поклонодавца и као једнострано опозив правни посао за живота поклонодавца. Сматрамо да се при нормирању овог уговора морају уважити следеће три чињенице. Прва, да је намера дарежљивости код поклонодавца приликом закључења овог правног посла мања него код редовног поклона, с обзиром да поклонодавац жели да ствар задржи до своје смрти, а има жељу да ствар припадне поклонопримцу пре него његовим наследницима. Друга, да између закључења уговора и смрти поклонодавца, може протећи краћи или дужи временски период, а односи пријатељства, захвалности, љубави као побуде које су утицале на поклонодавца да учини поклон су временски посматрано променљиве категорије. Трећа, да сваком поклону, а поготово поклону за случај смрти, више одговара флексибилнија регулатива, јер његову природу неизбежно обележава алтруизам, за разлику од осталих уговора којима је принцип еквивалентности престација претежније обележје. Предност и разлика овог правног посла у односу на легат је што се поклонопримац после смрти поклонодавца јавља као поверилац у односу на имовину која је била предмет уговора, и тиме има првенство захвата у заоставштину поклонодавца у односу на законске и тестаменталне наследнике, као и легатаре.

Slobodan Daković, MA*

A GIFT IN PROSPECT OF DEATH IN THE DRAFT OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In the draft of the Republic of Serbia Civil Code the legislator regulates the matter of a gift in prospect of death in the section entitled Gift. The complexity of this institute is reflected in the dilemma - is it exclusively characterized by its contractual nature, or it contains the elements of inheritance law as well. If

* The participant in the basic training of the Judicial Academy.

one of its characteristics is that the gift donor has the right to unilaterally terminate the gift agreement at any time, as much as a testator may withdraw his legacy from the will, than a gift in prospect of death undoubtedly represents a legal action which contains the elements of inheritance law. The other dilemma refers to the subjects whom a gift donor may terminate the rights from the gift agreement made in prospect of death – is it just the donee who the donor may deprive of the gift or his heirs as well in case the donor survives the donee.

Having analyzed the proposed provisions regulating the issue of the gift in the prospect of death in the draft of the Republic of Serbia Civil Code, the author presents his views on issues and dilemma related to this concept, as well as to its characteristics and legal nature.

Key words: *the gift in the prospect of death, the draft of the Republic of Serbia Civil Code, gift donor, donee.*

Милан Давидовић*

Прегледни научни чланак
УДК: 341.645(4)
341.231.14(4)

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА НА ПОЈЕДИНАЧНУ ПРЕДСТАВКУ ЕВРОПСКОМ СУДУ ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Рад примљен: 21. 02. 2019.
Рад прихваћен за објављивање: 04. 04. 2019.

Аутор се у раду бави злоупотребом процесног права на појединачну представку Европском суду за људска права. Анализом одлука Суда аутор долази до дефиниције процесне злоупотребе пред Европским судом за људска права. У раду су детаљно студирани критеријуми Суда који конституишу злоупотребу у конкретним случајевима.

Кључне речи: *Европски суд за људска права, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, злоупотреба права на представку, процесна злоупотреба.*

I УВОД

А. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода - материјалноправни аспект

У Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода¹ (Рим, 4. новембар 1950.) у првом делу (Део I) прописана су људска права и основне слободе. Прописана је обавеза поштовања људских права. Наиме, државе Високе стране уговорнице јемче свакоме у својој надлежности права и слободе одређене у Делу I Конвенције.² У наредним одредбама Конвенције и њених протокола прописана су права и забране. Тако, Конвенција и протоколи гарантују: право на живот; право на правично суђење у грађанским и кривичним поступцима; право на слободу и безбедност личности; право на слободу изражавања; право на слободу мисли, савести и вероисповести; право на слободу удруживања; право на слободу окупљања; право на ефикасан (делотворан) правни лек;

* Судија Вишег суда у Краљеву, milan.davidovic@kv.vi.sud.rs

¹ „Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори“, број 9/2003.

² Члан 1 Конвенције.

право на мирно уживање имовине; право на слободне изборе. С друге стране, Конвенција и протоколи уз њу забрањују: мучење и нечовечно или понижавајуће поступање и кажњавање; ропство или ропски положај и принудни рад; дискриминацију у уживању права и слобода гарантованих Конвенцијом; протеривање сопствених држављана од стране државе или спречавање њиховог уласка у земљу; колективно протеривање странаца.

Конвенција познаје концепт злоупотребе права. Члан 17. Конвенције носи наслов „Забрана злоупотребе права“, текст члана гласи: „Ништа у овој Конвенцији не може се тумачити тако да подразумева право било које државе, групе или лица да се упусте у неку делатност или изврше неки чин који је усмерен на поништавање било ког од наведених права и слобода или на њихово ограничавање у већој мери од оне која је предвиђена Конвенцијом“. У члану 18. Конвенције, под насловом „Границе коришћења ограничења права“ прописано је: „Ограничења наведених права и слобода која су дозвољена овом Конвенцијом неће се примењивати ни у које друге сврхе сем оних због којих су прописана“.

Б. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода - процесноправни аспект

Само прописивање, даривање права није довољно. Мора да постоји гаранција да ће она бити и поштована. Део II Конвенције односи се на конституисање и рад Европског суда за људска права. У члану 19. Конвенције прописано је: „Да би се обезбедило поштовање обавеза из Конвенције и протокола уз њу које су прихватиле Високе стране уговорнице, установљава се Европски суд за људска права, у даљем тексту „Суд“. Суд ће радити као стални орган“.

Седиште суда је у Стразбуру у Француској. Поступак пред Европским судом за људска права покреће се појединачним (индивидуалним) или међудржавним представкама.³ Појединачном представком ЕСЉП-у може

³ У Србији се за иницијални акт подносиоца Европском суду за људска права користи термин „представка“. Термин је употребљен како у службеним преводима основних норматива (Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, протоколи уз њу, Пословник Европског суда за људска права), тако и у службеним преводима одлука Суда објављених у „Службеном гласнику Републике Србије“. Најзад, термин „представка“ је одомаћен и у текстовима српских аутора који се односе на научну обраду рада и одлука Суда. Исти термин употребљава се у правној терминологији Црне Горе.

У хрватској правној терминологији за означавање истог користи се термин „захтјев“. За исту ствар у правној терминологији Босне и Херцеговине употребљава се израз „апликација“, а може се срести и израз „апелација“.

Сматрамо да термин „представка“, као ознака за иницијални акт подносиоца у поступку пред Европским судом за људска права, није најсрећнији са аспекта српског језика. Етимолошки, преставка се може означити као предмет, средство којим

да се обрати било које лице или група лица која сматрају да им је нека од држава које су прихватиле Конвенцију ускратила неко од права која су гарантована Конвенцијом. Своје приговоре према некој од држава подносиоци упућују ЕСЉП-у у облику писмене представке, чиме започиње поступак пред Судом. Осим Конвенцијом, поступак пред Судом уређен је и Пословником Суда, којег је донео сам Суд, на основу Конвенције и протокола донетих уз њу. Услови прихватљивости,⁴ да Суд узме предмет у рад су следећи: треба да је повређено људско право или основна слобода заштићена Конвенцијом или протоколима уз њу; повреда је учињена одлуком јавне власти; исцрпљена су сва правна средства која пружа државни поредак државе чланице (у противном представка ће бити одбачена⁵); ако против правноснажне пресуде постоји домаћи правни лек, подносилац представке може доћи пред ЕСЉП тек по исцрпљивању домаћих правних средстава; заштиту је изузетно могуће добити и ако није у потпуности исцрпљен домаћи правни пут, ако постоји повреда права на правично (поштено) суђење, нпр., ако суд није одлучио у разумном року; потребно је да се лице које захтева отклањање повреде обратило ЕСЉП

подносилац представља, презентира, описује другоме предмет, лице, однос између лица или догађаја.

Исправнији израз, по нашем мишљењу, јесте „захтев“, јер иницијални акт подносиоца јесте захтев, тражење (вршење субјективног процесног права тражења) од Суда да утврди постојање фактичког и правног стања повреде, кршења од стране државе неког права или слободе подносиоца прописане Конвенцијом.

⁴ У принципу, услови прихватљивости испитују се само у односу на појединачне представке.

Представке које подносе државе ради заштите људских права, баш због овог свог великог значаја, не подлежу оцени прихватљивости од стране Комитета, као што је то случај с представкама које подносе појединци (члан 28. Конвенције). Државне представке, као ознака колективних гаранција људских права и њиховог објективног карактера, аутоматски се региструју и разматрају пред одговарајућим већем. У том случају веће које је конституисано у ту сврху именује два известиоца из реда својих чланова и расправља о прихватљивости одређене државне представке (члан 35. Пословника Суда). Разлика између међудржавних представки у односу на појединачне је у томе што се држава против државе може да се жали на законодавне мере или неку праксу апстрактно, не доказујући њихов штетни ефект по саму државу подносиоца представке. Појединац, пак, мора да докаже да га одређена мера директно и лично погађа, тј. онемогућава у коришћењу права и слобода из Конвенције. Друга специфичност међудржавне представке је што се она доставља на одговор туженој страни пре доношења одлуке о прихватљивости, док код појединачних представки то није случај. Вид.: D. Šago, *Uvjeti dopuštenosti pokretanja postupka pred Europskim sudom za ljudska prava u Strasbourgu*, Zb. Pravnog fakulteta Sveučilišta Rijeka (1991) v. 37, br. 1 (2016), 589-621.

⁵ Члан 35. став 1. Конвенције.

унутар предвиђеног преклузивног рока од четири⁶ месеца од коначне домаће одлуке.⁷ Држава је дужна: а) да заустави повреду Конвенције *in concreto*; б) да поправи последице повреде (најчешће новчаном накнадом, обновом поступка); в) да спречи понављање сличних повреда, ако треба и изменом законодавства. ЕСЉП може да досуди правичну накнаду, али за то морају да буду испуњене одређене претпоставке: а) потребно је да утврди повреду неког од права заштићених Конвенцијом; б) мора да постоји оштећени; в) да унутрашње право државе омогућава само делимичну накнаду за последице повреде Конвенције утврђене пресудом; г) правична накнада мора бити нужна.⁸

Суд не поступа по појединачној представи која је: а) анонимна, или б) у суштини истоветна с представком коју је Суд већ разматрао, или која је већ поднета некој другој међународној инстанци ради испитивања, односно решавања, а не садржи нове релевантне чињенице.⁹ Суд у свакој фази поступка може да прогласи неприхватљивом и одбаци, односно избрише са листе предмета сваку појединачну представку за коју утврди да је неспојива с одредбама Конвенције или протокола уз њу, да је очигледно неоснована, или да представља злоупотребу права на представку.¹⁰

Конвенција, дакле, у процесним одредбама садржи принцип забране злоупотребе процесних права.

II КОНЦЕПТ ПРОЦЕСНЕ ЗЛОУПОТРЕБЕ У ПОСТУПКУ ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ ЗА ЉУДСКА ПРАВА

A. Појам злоупотребе права на појединачну представку Европском суду за људска права

У одредби члана 35. став 3. Конвенције говори се о *злоупотреби права на појединачну представку* Европском суду за људска права. Језичким тумачењем ове одредбе могло би се закључити да је овде реч о злоупотреби субјективног процесног права подносиоца на подношење иницијалног акта. Међутим, није тако. Пракса Европског суда за људска

⁶ Овај рок је раније био шест месеци од дана доношења правноснажне одлуке којом је повређено право подносиоца. Измена рока на четири месеца извршена је доношењем протокола број 15 којим се мења Конвенција за заштиту људских права и основних слобода. У „Службеном гласнику Републике Србије – Међународни уговори“ број 10/2015 објављен је Закон о потврђивању Протокола број 15 којим се мења Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, а примењује се од 19. маја 2015. године.

⁷ Члан 35. став 1. Конвенције.

⁸ Члан 41. Конвенције.

⁹ Члан 35. став 2. Конвенције.

¹⁰ Члан 35. став 3. и 4. Конвенције.

права показује да се под формулацијом „злоупотреба права на представку” мисли, уствари, на злоупотребу субјективних процесних права подносиоца представке (странке која је носилац активне легитимације пред Судом) у току целог поступка пред Судом, у било којој фази поступка. Дакле, под овим појмом треба разумети злоупотребу сваке процесне радње вршења субјективног процесног права подносиоца представке, како иницијалним актом, тако и другим радњама вршења субјективних процесних права (све писане и усмене изјаве подносиоца у току поступка које се односе на његов захтев).

Подносилац представке је у потпуности одговоран за понашање свог адвоката или било којег другог лица које га заступа пред Судом. Било који пропуст од стране заступника у начелу се може приписати самом подносиоцу представке, те може узроковати одбацивање представке због злоупотребе права (*Beauri против Грузије* (претходни приговори), ставови 22.-25.; *Migliore и други против Италије* (одлука)).¹¹ Штавише, до злоупотребе процесних права од стране правног заступника подносиоца представке може доћи и у случајевима када подносиоца представке нема, фактички и не постоји, већ се пуномоћник појављује пред Судом у име непостојећих или преминулих лица.¹²

Европски суд за људска права је у бројним одлукама које се односе на злоупотребу права на представку више пута поновио шта сматра злоупотребом процесног права. Концепт „злоупотребе“, у смислу члана 35. став 3. Конвенције, се „... мора разумети у његовом уобичајеном значењу у складу са општом правном теоријом – наиме, *штетне примене једног права у друге сврхе, а не у сврхе за које је осмишљено*. Сходно томе, *свако понашање подносиоца представке које је очигледно супротно сврси права на појединачну представку како је предвиђено Конвенцијом и које спречава прописно функционисање Суда или прописно вођење поступка пред њим представља злоупотребу права на представку* (курзив М.Д.)“.¹³

¹¹ Део образложења Одлуке Суда: „У предметном случају, упркос неколико покушаја Суда да ступи у контакт са њим, адвокат подносиоца није показао разумну марљивост у заштити и остваривању подносиоцевих интереса по правилима контрадикторног система. Суд сматра, да се у овим околностима не може више сматрати да подносилац жели да настави поступак, у смислу члана 37 § 1 (а) Конвенције“ (Одлука Европског суда за људска права у предмету Марковић против Србије, представка бр. 49335/07 од 14. јануара 2014. године. Превод одлуке није објављен у „Службеном гласнику Републике Србије“).

¹² Одлука Европског суда за људска права у предмету Михаило Петровић против Србије, представка бр. 56551/11 од 18. октобра 2011. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 89/2011 од 25. новембра 2011. године.

¹³ Одлука Европског суда за људска права у предмету Михаило Петровић против Србије, *Ibid*.

У својим бројним одлукама Суд је, такође, навео да је злоупотреба права на појединачну представку изузетна ствар, изузетна појава. Одбацивање представке на основу злоупотребе права представља изузетну, ванредну меру Суда.

Тако, Суд је у Пресуди навео: „Суд подсећа да се, иако је употреба увредљивог језика у поступцима пред Судом без сумње неприкладна, представка може одбацити због злоупотребе само у *изузетним околностима* (курзив М.Д.) (видети, нпр. *Akdivar и други против Турске*, пресуда од 16. септембра 1996. године, *Извештаји о пресудама и одлукама 1996-IV*, стр. 1206, ставови 53-54; *Varbanov против Бугарске*, бр. 31365/96, став 36, ECHR 2000-H; *Asenov и други против Бугарске*, одлука Комисије од 27. јуна 1996. године, Одлуке и извештаји (ДР) 86-Б, стр. 54)“.¹⁴

Зато се евентуално постојање злоупотребе права на претставку мора утврдити у посебним околностима сваког *конкретног предмета (in concreto)*.

Део образложења Одлуке Суда: „Суд примећује да се представка може једино одбацити због злоупотребе у смислу члана 35. став 3. Конвенције у *изванредним околностима* (курзив М.Д.), као што су, на пример, када је представка намерно заснована на чињеничном стању у коме се изостављају или изврћу догађаји од централног значаја (види, на пример, *Akdivar и други против Турске*, 16. септембар 1996. године, ст. 53-54, *Извештаји о пресудама и одлукама 1996-IV*; *Varbanov против Бугарске*, број 31365/96, став 36., ECHR 2000-X; i *Assenov и други против Бугарске*, одлука Комисије од 27. јуна 1996. године, Одлуке и извештаји (DR) 86-В, стр. 54).

Иако пропуст подносиоца представке да достави сва документа која би Влада, или чак Суд, сматрала релевантним за коначно разматрање једног предмета, не би требало представљати *per se* злоупотребу права на представку, у *посебним околностима конкретног предмета* (курзив М.Д.), Суд мора да оцени важност чињеница које подносилац представке није изнео“.¹⁵

До утврђивања да је конкретно процесно поступање активно легитимисане стране злоупотреба процесног права, односно, злоупотреба права на представку, долази најчешће по приговору супротне стране. Дакле, ако тужена држава сматра да је подносилац злоупотребио право на представку, она о томе мора да обавести Суд и да му скрене пажњу на

¹⁴ Пресуда Европског суда за људска права у предмету Фелбаб против Србије, представка бр. 14011/07 од 14. априла 2009. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 35/2009 од 12. маја 2009. године, став 56.

¹⁵ Одлука Европског суда за људска права у предмету Миладин Милошевић против Србије, представка бр. 20037/07 од 5. јула 2010. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 58/2011 од 5. августа 2011. године, ставови 39 и 40.

релевантне информације које поседује, како би Суд могао да изведе одговарајуће закључке.

Али, пре свега, дужност је Суда, а не тужене државе, да надзире поштовање процесних обавеза које су подносиоцу представке наметнуте Конвенцијом и Пословником Суда.

Део образложења Одлуке Суда: „Суд најпре подсећа да га одсуство Владиног иницијалног приговора у вези са злоупотребом права на представку не спречава да то испитује *proprio motu*. На крају крајева, Суд, а не тужена Влада је тај који прати поштовање процесних обавеза из Конвенције и Правилника од стране подносиоца. Суд, према томе, има и право и обавезу да надзире то поштовање узимајући у обзир све релевантне информације, било да су оне обезбеђене од стране самих странака или су на други начин јавно доступне“.¹⁶

Дакле, *процесна злоупотреба у поступку пред Европским судом за људска права је процесна радња активно легитимисане стране која је заснована на нормама правних аката којима су прописана процесна права те стране, али у конкретном случају није вршење права због постојања околности које је чине очигледно супротног сврси права на појединачну представку, и тиме шkodљивом функционисању Суда, поступку пред њим или другоме, која се санкционише од стране Суда непружањем заштите, односно проглашењем неприхватљивом и одбацивањем представке.*

Б. Критеријуми за утврђивање (видови) злоупотребе права на представку Европском суду за људска права

Злоупотреба права, па и процесна злоупотреба, не постоји *in abstracto*, већ само у конкретном испољавању, у својим критеријумима, видовима.

Процесна злоупотреба је процесна радња вршења субјективног процесног права предузета на основу норме објективног права којом је право дато титулару, али није вршење права због постојања околности које је чине шkodљивом другим учесницима у поступку или самом поступку.

Дакле, који су критеријуми за утврђивање процесне злоупотребе у поступку пред Европским судом за људска права?

Радње злоупотребе права на појединачну представку пред Европским судом за људска права могу да се класификују у неколико типичних облика (видова). Европски Суд за људска права¹⁷ издваја следеће облике

¹⁶ Одлука Европског суда за људска права у предмету Зарубица и др. против Србије, представка бр. 35044/07 од 18. јуна 2015. године. Превод одлуке није објављен у „Службеном гласнику Републике Србије“).

¹⁷ Savet Европе / Европски суд за људска права: *Практични водич кроз услове прихватљивости*, 2011, 32, електронски извор, доступно на: http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SRP.pdf, приступ 1.12.2015.

злоупотребе права на представку у поступку пред тим Судом; то су: 1) довођење Суда у заблуду; 2) увредљиве формулације; 3) кршење начела поверљивости поступка пријатељског поравнања; 4) представка је очигледно злонамерна или је лишена било какве реалне сврхе; 5) остали случајеви злоупотребе права на представку.

У наставку излагања задржаћемо изложену класификацију критеријума (видова) процесних злоупотреба, при том ћемо покушати да их подведемо под *опште критеријуме* злоупотребе права.¹⁸

1. Злоупотреба права на представку информацијама које доводе Суд у заблуду

Задатак Суда је утврђивање истине у свакој конкретној ствари која је изнета представком пред њега. Ниједан Суд не трпи неистину. У том циљу подносилац представке је дужан да обавештава Суд о свим околностима релевантним за представку и одлуку по њој.¹⁹

Подносилац врши злоупотребу права на представку *онда када је она свесно заснована на неистинитим чињеницама у циљу обмане Суда, довођења Суда у заблуду.*

Из образложења бројних одлука Суда у којима је утврђено постојање овог облика злоупотребе може се утврдити да злоупотреба права на представку довођењем Суда у заблуду постоји у следећим случајевима:

1. представка је свесно базирана на нетачним чињеницама и лажним изјавама; овде спадају случајеви: а) подношење представке под лажним идентитетом²⁰ (види *Drijfhout против Холандије* (одлука), ставови 27-29),

¹⁸ „Плуралитет видова злоупотребе права (недопуштеног вршења права), који је у стању да документује историјскоправна и упоредноправна анализа, сачињен је, колико видим, бар од осам различитих видова злоупотребе права, што значи да постоји осам различитих конституенса, критеријума недопуштеног вршења права. Према томе, бар осам разлога наводи правне поретке да забрањују вршење права. Занемарујући за сада њихове историјскоправне и упоредноправне различитости у појединостима, ти видови злоупотребе права јесу: шиканозно вршење права; бескорисно вршење права; несразмерно вршење права; противциљно вршење права; непримерено вршење права; противречно вршење права; неморално вршење права; неправично вршење права”. Вид.: В. В. Водинелић, *Такозвана злоупотреба права*, Београд, 1997, 4.

¹⁹ Правило 47. став 6. Пословника Суда.

²⁰ Део образложења Одлуке Суда: „Ако се вратимо на предметне представке, Суд констатује да је: (а) 3. марта 2010. године Председник Другог одељења одлучио да подносиоцу представке, адвокату, забрани да заступа клијенте пред Судом, и у то време и убудуће; (б) разлог за то је, *inter alia*, то што је подносилац представке у конкретном случају, поступајући као правни заступник у стотинама других предмета, поднео представке у име преминулих лица, са овлашћењем које је потписао у њихове име после њихове смрти у најмање једном случају...“. Вид.: Одлука Европског суда за људска права у предмету Михаило Петровић против Србије, представка бр. 56551/11 од

Милан Давидовић, Злоупотреба права на појединачну представку
Европском суду за људска права (стр. 41-69)

б) фалсификовање докумената који су послати Суду (види, нпр., *Bagheri и Maliki против Холандије* (одлука), број 30164/06, 15. мај 2007. године, и *Poznanski и други против Немачке* (одлука), број 25101/05, 3. јул 2007. године);

2. важне информације и документи су у представци намерно изостављени, без обзира да ли су они познати од самог почетка²¹ (види *Kerechashvili против Грузије* (одлука), број 5667/02, 2. мај 2006. године), или су у току поступка настали нови значајни догађаји (види *F. против Шпаније* (одлука), број 13524/88, 12. април 1991. године; *Predescu против Румуније*, број 21447/03, ставови 25-27, 2. децембар 2008. године; и *Tatalović и Đekić против Србије*, број 15433/07, 29. мај 2012. године);²²

18. октобра 2011. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 89/2011 од 25. новембра 2011. године.

²¹ Део образложења Одлуке Суда: „Суд према томе констатује да је подносилац представке, чак и да није доставио лажне информације, покушао да лажно представи свој предмет као једноставан, очигледан случај неизвршења правоснажне пресуде. Зато он у чињеничном стању није навео ниједну сметњу за своје враћање на посао, а посебно не своју кривичну осуду због злоупотребе службеног положаја на који је тражио да буде враћен, што је, током целог периода наведеног неизвршења, сметња за његово запослење или запослење сваког другог лица у Министарству“. Вид.: Одлука Европског суда за људска права у предмету Миладин Милошевић против Србије, представка бр. 20037/07 од 5. јула 2010. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 58/2011 од 5. августа 2011. године, став 42.

²² „Суд подсећа да према Правилу 47. став 6. Пословника Суда подносиоци представке обавештавају Суд о свим околностима релевантним за представку. Он даље подсећа да се представка може одбацити због злоупотреба права према члану 35. став 3. Конвенције, између осталих разлога, ако је свесно заснована на неистинитим чињеницама (видети *Verbanov против Бугарске*, број 31365/96, став 36., ЕCHR 2000-х; *Řehák против Републике Чешке* (одлука), број 67208/01, 18. мај 2004. године; *Popov против Молдавије* (број 1), број 74153/01, став 48., 18. јануар 2005. године; и *Kérétchachvili против Грузије* (одлука), број 5667/02, 2. мај 2006. године). Непотпуне и према томе информације које завањавају могу такође представљати злоупотребу права на представку, посебно ако се информације односе на саму суштину предмета и ако нема довољног објашњења за пропуст да се такве информације саопште (видети *Hüttner против Немачке* (одлука), број 23130/04, 9. јун 2006. године; *Poznanski и други против Немачке* (одлука), број 25101/05, 3. јул 2007. године; и *Predescu против Румуније*, број 21447/03, ст. 25 - 26, 2. децембар 2008. године).

Далеко од тога да се од подносиоца представке очекује да у својој представци изнесе све могуће информације о предмету. Његова је дужност, међутим, да представи бар оне суштинске чињенице које има на располагању и за које мора да зна да су од значаја за Суд да би могао да правилно процени случај (курзив М.Д.). Међутим, сваки такав пропуст не мора значити да је дошло до злоупотребе права на представку (видети, на пример, *Al-Nashif против Бугарске*, број 50963/99, ст. 88 - 89, 20. јун 2002. године).

Ако се вратимо на предметни случај, Суд примећује да су се у представци која је поднета 4. априла 2007. године подносиоци представке жалили на повреду права на

3. осим очигледно свесних и намерних довођења Суда у заблуду, злоупотребу права на представку могу представљати и непотпуне, па самим тим погрешне информације које завањавају, обмањују, посебно ако се предметна информација тиче саме суштине случаја, а није дато довољно (разумно) објашњење због чега није саопштена Суду²³⁻²⁴ (види

приступ суду зато што је Врховни суд одбацио њихову жалбу на ревизију на основу тога што нису определили вредност предмета спора. Суд је 23. новембра 2010. године проследио Туженој влади представку подносилаца у вези са приступом суду.

Суд је сазнао за понављање поступка пред Врховним судом тек из запажања Владе. Супротно тврдњама подносилаца представке, Суд сматра да се ова информација односи на саму суштину њихове притужбе. Посебно, као последица њиховог захтева за понављање поступка, Врховни суд се бавио основаношћу њихове ревизије, мада ју је одбио као очигледно неосновану, чиме им је омогућио приступ суду приликом утврђивања њихових грађанских права и обавеза. Према томе, *с обзиром на важност пропуста подносилаца представке за правилно решавање овог предмета, Суд сматра да је такво понашање било супротно сврси права на представку, како је предвиђено чланом 34. Конвенције.*

Произлази да овај део представке мора бити одбачен због злоупотребе права на представку сходно члану 35. ст. 3. и 4. Конвенције (курзив М.Д.)“. Одлука Европског суда за људска права у предмету Таталовић и Ђекић против Србије, представка бр. 15433/07 од 29. маја 2012. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 65/2012 од 6. јула 2012. године.

²³ Део образложења Одлуке Суда: „Суд допушта да је релевантна одлука донета пошто је представка поднета Суду, и да подносилац представке није могао очигледно наслутити да ће Уставни суд преиспитати своју ранију одлуку у вези са релевантним правом и праксом у том тренутку... Подносилац представке је, међутим, примио релевантну одлуку 14. новембра 2011. године. Суд истиче да према Правилу 47 став 6. Пословника Суда „подносиоци представки обавештавају Суд о... свим околностима релевантним за представку“. Од подносилаца представки се свакако не очекује да у својим представкама износе све могуће информације о случају. Њихова је дужност, међутим, да представе бар суштинске чињенице, које имају на располагању, а које су очито важне како би Суд могао да предмет правилно оцени. У конкретном предмету, подносилац представке, упркос томе што га је заступао пуномоћник у поступку пред Судом, не само да је пропустио да обавести Суд о предметној одлуци, већ није доставио ни благовремено објашњење зашто је пропустио да то учини“. Вид.: Одлука Европског суда за људска права у предмету Коматиновић против Србије, представка бр. 75381/10 од 29. јануара 2013. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 19/2013 од 27. фебруара 2013. године.

²⁴ Део образложења Одлуке Суда: „Суд примећује да су се подносиоци притуживали јер правноснажне пресуде донете у њихову корист против предузећа у друштвеној својини нису извршене. Међутим, они су повукли њихове захтеве за извршењем ових пресуда између 5.4.2005. године и 9.8.2013. године, што је довело до коначног окончања извршног поступка. Потпуно ћутање подносилаца о окончању извршног поступка за време док су подржавали своје тврдње да пресуде нису извршене услед реструктурирања дужника, не може се тумачити, по мишљењу Суда, као ништа друго него као пропуст да се изнесу информације у вези са самом суштином представки.

Милан Давидовић, Злоупотреба права на појединачну представку
Европском суду за људска права (стр. 41-69)

Hüttner против Немачке (одлука), број 23130/04, 9. јун 2006. године; *Poznanski и други*, цитиран у горњем тексту; и *Predescu*, цитиран у горњем тексту, ставови 25-26).²⁵

Прва два основа су апсолутног карактера, наиме, представке које садрже свесно нетачне чињенице и/или свесно лажне изјаве, такође представке у којима су важне информације и документи намерно изостављени свакако ће бити одбачене као злоупотреба права на представку Суду.²⁶

Овај вид злоупотребе права на представку се манифестује у довођењу Суда у заблуду *свесним* предочавањем нетачних чињеница, свесним давањем лажних изјава, односно намерним изостављањем из представке важних информација и докумената. Психички однос подносиоца представке карактерише се свешћу према процесној радњи и процесној последици злоупотребе. Понашање подносиоца представке у оваквим случајевима злоупотребе може да се испољи кроз чињење (свесно уношење у представку нетачне чињенице и/или лажне изјаве), и као

Имајући у виду важност пропуста подносилаца да открију ову информацију за правилну одлуку у предметним случајевима, Суд налази да је овакво понашање било у супротности са сврхом права на појединачну представку, како је предвиђено чланом 34. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Имајући у виду горе изнете наводе, има разлога да се представке одбаце због злоупотребе права на представку, сагласно члану 35. ст. 3. и 4. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода“. Вид.: Одлука Европског суда за људска права у предмету Станковић и други против Србије, представка бр. 80131/12 од 3. фебруара 2015. године.

²⁵ Одлука Европског суда за људска права у предмету Коматиновић против Србије, представка бр. 75381/10 од 29. јануара 2013. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 19/2013 од 27. фебруара 2013. године.

²⁶ Део образложења Одлуке Суда: „Суд примећује да је у предметном случају подносилац своју представку поднео 14.9.2010. године жалећи се да пресуда Општинског суда од 25.11.1999. године није извршена. Суд примећује да је 14.6.2002. године подносилац потписао споразум пребивши, између осталог, своје потраживање из пресуде са потраживањем свог дужника према трећем лицу. Подносилац није поднео никакав доказ да је споразум о намирењу био поништен или мењан на било који начин. Стога, подносиочево потраживање из пресуде је извршено. Међутим, подносиочево потпуно ћутање о споразуму о намирењу и његова тврдња да пресуда није извршена, по мишљењу Суда, не може се тумачити на други начин већ као пропуст да се открију информације у вези са самом суштином представке. Имајући у виду важност пропуста подносиоца да открије ову информацију за правилно доношење одлуке у предметном случају, Суд налази да је такво понашање било супротно сврси права на индивидуалну представку, као што је предвиђено чланом 34. Конвенције. У погледу горе изнетог, одговарајуће је да се представка одбаци у целости због злоупотребе права на представку, сходно члану 35. став 3. и 4. Конвенције“. Вид.: Одлука Европског суда за људска права у предмету Д. Маринковић против Србије, представка бр. 57771/10 од 10. јуна 2014. године.

нечињење (намерно, свесно пропуштање да се у представку унесу важне информације и документи).

Намеран покушај да се Суд обмане мора увек бити утврђен са довољном извесношћу, пошто сама сумња неће бити довољна да се представка прогласи недопуштеном због злоупотребе права на представку (види *Melnik против Украјине*, број 72286/01, ставови 58-60, 28. март 2006. године, и *Nold против Немачке*, број 27250/02, став 87., 29. јун 2006. године).²⁷

Свесно заснивање представке на нетачним чињеницама и лажним изјавама, такође, свесно изостављање важних информација и документа у представи су процесне радње предузете у намери шкођења другоме (*animus nocendi*), односно чињења штете другом учеснику у поступку и/или Суду, односно поступку. Зато сматрамо да је са аспекта критеријума злоупотребе у изложеним случајевима реч о злоупотреби шиканозним вршењем субјективног процесног права на представку (право се врши свесним изношењем неистинитог чињеничног стања у намери шкођења, односно чињења штете другом учеснику у поступку или Суду, односно поступку).

Међутим, трећи основ је релативног карактера и може, а не мора довести до одбацивања представке на основу злоупотребе права на њу. Ова врста злоупотребе права на представку довођењем Суда у заблуду може бити извршена и омашком (ненамерно), када подносилац представке на самом почетку не обавести Суд о неком чиниоцу који је од суштинског значаја за испитивање предмета (*Al-Nashif против Бугарске*, став 89; *Kerechashvili против Грузије* (одлука)). Неће се квалификовати као злоупотреба права на подношење представке свако понашање подносиоца којом је покушао да Суду ускрати сазнања о било којим чињеницама, већ само о оним за које оцени да су имале пресудан утицај на доношење правилне одлуке Суда. Дакле, Суд неће одбацити представку на основу злоупотребе права довођењем Суда у заблуду непотпуним информацијама уколико утврди, стане на становиште а) да информација коју је подносилац покушао да ускрати Суду није била значајна информација која се односи на саму суштину његовог предмета;^{28 29} б) да подносилац

²⁷ Одлука Европског суда за људска права у предмету Коматиновић против Србије, представка бр. 75381/10 од 29. јануара 2013. године, објављена у „Службеном гласнику РС“ бр. 19/2013 од 27. фебруара 2013. године.

²⁸ Део образложења Пресуде Суда: „Влада је даље тврдила да је подносилац представке злоупотребио право на представку тиме што Суду није доставио све чињенице релевантне за његову притужбу. Посебно, подносилац представке пропустио је да обавести Суд да је могао да предложи нови попис дужникове имовине.

Ако се вратимо на предметни случај, Суд примећује да се од подносиоца представке није тражило да захтева нови попис имовине у извршном поступку... Сходно томе, његов пропуст да то учини није био значајна информација која се односила на саму

Милан Давидовић, Злоупотреба права на појединачну представку
Европском суду за људска права (стр. 41-69)

представке није покушао да намерно доведе Суд у заблуду својим поднесцима са непотпуним информацијама.^{30 31}

суштину његовог предмета. У тим околностима, Суд сматра да нема основа да закључи да је подносилац представке злоупотребио право на појединачну представку“. Вид.: Пресуда Европског суда за људска права у предмету Драги Петровић против Србије, представка бр. 80152/12 од 20. октобра 2015. године, ставови 18 и 21.

²⁹ Део образложења Пресуде Суда: „Суд подсећа да се представка може одбацити као неприхватљива према члану 35. став 3. Конвенције ако се свесно заснива на нетачним изјавама (видети *Varbanov против Бугарске*, број 31365/96, став 36., ЕCHR 2000-X, или *Rehak против Републике Чешке*, (одлука), број 67208/01, 18. мај 2004. године). Са друге стране, ако неки подносилац представке пропусти да достави сва документа која би Влада, или чак и Суд, сматрала релевантним за коначно разматрање неког предмета, то не би требало *per se* да представља злоупотребу права на представку (видети Милошевић против Србије (одлука), став 40., број 20037/07, 5. јул 2011. године). Суд даље примећује да пропуст на који се Влада позвала изгледа да није од било какве важности за утврђивање околности предметног случаја. Према томе, ова тврдња се мора одбацити“. Вид.: Пресуда Европског суда за људска права у предмету Адамовић против Србије, представка бр. 41703/06 од 2. октобра 2012. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 100/2012 од 19. октобра 2012. године, став 35.

³⁰ Део образложења Пресуде Суда: „У вези са другом примедбом, иако је подносилац представке заиста могао бити одређенији у представи око исхода извршног поступка, јер се ради о информацији која му је била позната од почетка (видети *Kerechashvili против Грузије* (одлука), број 5667/02, 2. мај 2006. године, и супротно од *Al-Nashif против Бугарске*, број 50963/99, став 89, 20. јун 2002. године; видети такође, уопштено, *Miroslubovs и други против Латвије*, број 798/05, ставови 62. и 65, 15. септембар 2009. године), Суд констатује да је подносилац представке доставио Суду, заједно са образцем представке, примере свих пресуда у релевантним парничним поступцима. У тим околностима, прихватајући важност те информације, Суд сматра да подносилац представке није покушао да намерно доведе Суд у заблуду својим поднесцима (видети став 59. у горњем тексту; видети такође *Hüttner против Немачке* (одлука), број 23130/04, 9. јун 2006. године, и *Predescu*, број 21447/03, ставови 25–26, 2. децембар 2008. године).

Произлази да се приговори Владе у вези са надлежношћу *ratione personae* и злоупотребом права на представку морају одбити“. Вид.: Пресуда Европског суда за људска права у предмету Крстић против Србије, представка бр. 45394/06, од 10. децембра 2013. године, ставови 61 и 62.

³¹ Део образложења Пресуде Суда: „У овом предмету Суд не сматра да је подносиатељица достављањем свих релевантних докумената који се односе на буку и друге облике узнемиравања који су наводно долазили из простора трговачког друштва у стан подносиатељице, као и докумената који се односе на покушаје да се спријечи свако даљње такво узнемиравање, злоупотребила своје право на појединачни захтев. Суд такођер не сматра да је подносиатељица намјерно ускратила обавијест везано уз трговину, будући да је та информација произлазила из докумената доступних Суду и у сваком случају она није од средишње важности за њезине приговоре, који се претежито односе на узнемиравање из бара. Поред тога, не може се сматрати да је подносиатељица аргументирајући свој случај на било који начин злоупотребила своја права. Документи

Са аспекта критеријума злоупотребе, овде је реч о злоупотреби *неразумним вршењем субјективног процесног права на представку* (право се врши изношењем непотпуних, дакле погрешних информација о суштини ствари, које заваљају, обмањују, при том не постоји разумно објашњење због чега је тако поступљено, и то шкоди Суду, односно поступку).

Шкођење (односно штета) као последица злоупотребе јесте пре свега шкођење поступку. Шкођење је како оно које је актуелно, тако и оно које је могуће, вероватно. Суд је то рекао на следећи начин: „У време када је Суд позван да се бави огромним бројем случајева који покрећу посебно озбиљна питања људских права, он не може да приушти себи да улаже напор на питања које је очигледно решила сама Тужена држава, и која, према томе, нису у складу са његовом правом мисијом, а то је да обезбеди поштовање озбиљних обавеза према Конвенцији које су државе уговорнице преузеле. Суд налази да пропуст подносиоца представке да га обавести о чињеници од пресудне важности за одлучивање о његовом случају представља злоупотребу права на представку“.^{32 33}

Међутим, у случајевима процесне злоупотребе шиканозним вршењем субјективног процесног права на представку постоји, као последица злоупотребе, и потенцијална материјална штета за тужену државу која се огледа у новчаној вредности евентуално досуђеној и исплаћеној на име правичне накнаде и трошкова поступка.

које је подносиатељица доставила и сви њезини наводи с тим у вези су дио спора између странака везано уз наводну повреду права подносиатељице из чланка 8. Конвенције. Као такви, на њих се странке могу очитовати и Суд их може прихватити или одбацити, али се сами по себи не могу сматрати злоупорабом права на појединачни захтјев.

Стога се приговор Владе мора одбити“.

Вид.: Пресуда Еуропског суда за људска права у предмету Удовичић против Хрватске, захтјев бр. 27310/09, од 24. травња 2014. године, ставови 125 и 126. Електронски извор, доступно на

<https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/Presude%20i%20odluke/UDOVIC%20C4%8CI%20C4%86,%20prijevod%20presude.pdf>, приступ 25.12.2015.

³² Одлука Еуропског суда за људска права у предмету Коматиновић против Србије, представка бр. 75381/10 од 29. јануара 2013. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 19/2013 од 27. фебруара 2013. године.

³³ Такође, види део образложења Одлуке Суда: „У време када је Суд позван да се бави многим предметима који постављају озбиљна питања људских права, он не може дозволити трошење својих напора на ствари које су очигледно изван његове стварне мисије, а то је да осигура поштовање узвишених обавеза у вези са Конвенцијом које су Државе уговорнице преузеле“. Вид.: Одлука Еуропског суда за људска права у предмету Михаило Петровић против Србије, представка бр. 56551/11 од 18. октобра 2011. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 89/2011 од 25. новембра 2011. године.

Чак и када је пресуда Суда о основаности представке већ постала правноснажна, а накнадно се утврди да подносилац представке скривао чињеницу која би била релевантна за испитивање представке, Суд може да преиспита своју пресуду путем поступка ревизије (прописаног правилом 80. Пословника Суда) и одбаци представку због злоупотребе права на представку (*Gardean i S.C. Grup 95 SA protiv Rumunije* (ревизија), ставови 12.-22.). Ревизија пресуде могућа је само ако тужена Влада разумно није могла да има сазнања о спорној чињеници у време испитивања предмета од стране Суда, те ако Влада поднесе захтев за ревизију у року од шест месеци од дана стицања сазнања о тој чињеници, у складу с правилом 80. став 1. (*Grossi i drugi protiv Italije* (ревизија), ставови 17.-24.).

2. Злоупотреба права на представку коришћењем увредљивих формулација

Постоји злоупотреба права на подношење представке *уколико подносилац у својој преписци са Судом користи посебно љутит, увредљив, претећи или провокативни језик* – било да је реч о формулацијама које се односе на тужену државу, њеног заступника, власти тужене државе, сам Суд, његове судије, његов Секретаријат или његово особље (*Řehák против Чешке Републике* (одлука); *Duringer и Grunge против Француске* (одлука); *Stamoulakatos против Уједињеног Краљевства* (одлука)).

Са аспекта критеријума злоупотребе, овде се ради о *злоупотреби неморалним вршењем субјективног процесног права на представку* које, при том, шкоди другоме. Шкођење, као последица злоупотребе, се подразумева, јер Суд не штити захтев који је заснован на увредама, провокацијама, претњама Суду, другој страни или трећим лицима. Такво вршење процесног права шкоди, пре свега, поступку (Суду), али и другим учесницима у поступку.

Ово је врло релативан критеријум. Није довољно да формулације коришћене у представи буду само оштре, полемичке или саркастичне; оне морају да преврше „границе нормалне, пристојне и законите критике“ да би биле сматране злоупотребом (*Di Salvo против Италије* (одлука), *Arpinis против Латвије* (одлука); за супротан пример, види *Aleksanyan против Русије*, ставови 116-118).³⁴ Дакле, да би их Суд квалификовао као

³⁴ Део образложења Пресуде Суда: „Влада је истакла да је адвокат подносиоца представке дао увредљиве и неодговарајуће коментаре у својим запажањима који представљају злоупотребу права на представку, у смислу значења члана 35. став 3. Конвенције. Он је посебно описао Владине поднеске у вези са чињеницама и/или правне аргументе као „примитивне“, „подмукле“ и „лукаве“, и додао да их је могао припремити само „неко ко је видео Правни факултет са улице“. Влада је, стога, позвала Суд да представку прогласи недопуштеном или, алтернативно, да лиши адвоката подносиоца представке права да га „даље“ заступа.

злоупотребу права на представку, увредљиве формулације и изјаве у представи, односно поднесцима којима се подносилац обраћао Суду морају да буду „увредљиве“ или по квалитету, или по квантитету који достизањем „критичне масе“ прераста у квалитет. У својим бројним одлукама Суд је, неприхватајући запажања Владе да се у увредљивим изјавама подносиоца и/или његовог пуномоћника стичу основи за одбачај представке на основу злоупотребе права, навео да примедбе подносиоца представке, иако неприкладне и стога за жаљење, нису достигле *минимални праг увредљивости и учесталости* који би их чинио злоупотребом права на представку.

Део образложења Пресуде Суда: „У коментарима на запажања и потраживања подносиоца представке за правично задовољење, Влада је оспорила допуштеноост представке на основу тога што је подносилац представке злоупотребио право на представку. Влада је тврдила да је подносилац представке користио увредљив језик којим је вређао власти Тужене државе, посебно Заступника. Влада се посебно позвала на подносиоцев опис запажања Владе за која је навео да су „перфидна“ и „немарно бизарна“. Суд сматра да примедбе подносиоца представке, иако

Суд подсећа да се, иако је употреба увредљивог језика у поступцима пред Судом без сумње неприкладна, представка се може одбацили због злоупотребе само у изузетним околностима (видети, нпр. *Akdivar и други против Турске*, пресуда од 16. септембра 1996. године, *Извештаји о пресудама и одлукама* 1996-IV, стр. 1206, ставови 53-54; *Varbanov против Бугарске*, бр. 31365/96, став 36, ECHR 2000-II; *Asefov и други против Бугарске*, одлука Комисије од 27. јуна 1996. године, Одлуке и извештаји (ДР) 86-Б, стр. 54). Тачно је, такође, да се у одређеним изузетним случајевима упорна употреба увредљивог или провокативног језика од стране подносиоца представке против Тужене владе може сматрати злоупотребом права на представку (видети, најновије, *Düringer и Grunze против Француске* (одлука), број 61164/00 и 18589/02, ECHR 2003-II, као и *Stamoulakatos против Уједињеног Краљевства*, бр. 27567/95, одлука Комисије од 9. априла 1997. године; *L. R. против Аустрије*, цитирана у претходном тексту; *X против Немачке*, бр. 2724/66, одлука Комисије од 10. фебруара 1967. године; *X и Y. против Немачке*, бр. 2625/65, одлука Комисије од 30. септембра 1968. године, Извештаји 28, стр. 26-42). У предметном случају, међутим, Суд сматра да, иако су изјаве адвоката подносиоца представке неприкладне, претерано емотивне и јасно за жаљење, оне се не сведе на такве околности које би оправдале одлуку о проглашењу представке недопуштеном због злоупотребе права на представку (видети, уз одговарајуће измене, *Chernitsyn против Русије* (одлука), број 5964/02, 8. јул 2004. године) или, заправо, да се представник подносиоца представке лиши права да представља свог клијента у предметном случају, посебно с обзиром на чињеницу да су спорне изјаве дате у завршним запажањима подносиоца представке.

Произилази да се прелиминарна примедба Владе мора одбити“.

Вид.: Пресуда Европског суда за људска права у предмету Фелбаб против Србије, представка бр. 14011/07 од 14. априла 2009. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 35/2009 од 12. маја 2009. године, ставови 55-57.

Милан Давидовић, Злоупотреба права на појединачну представку
Европском суду за људска права (стр. 41-69)

неприкладне и, стога за жаљење, нису достигле минималан праг увредљивости и учесталости који би их чинио злоупотребом права на представку (видети *Омеровић против Хрватске* (број 2), број 22980/09, став 33, 5. децембар 2013. године). Ова примедба Владе се, према томе, мора такође одбацити“.³⁵

Суд овај критеријум, очигледно, цени објективно, дакле са општег аспекта увредљивости, тако да емоционална испољавања подносиоца представке, код којих нема намере вређања, или је она у другом плану, занемарљива, неће бити квалификована као злоупотреба права на представку.³⁶

³⁵ Пресуда Европског суда за људска права у предмету Мећава против Србије, представка бр. 47922/08 од 20. маја 2014. године, ставови 21-23.

³⁶ Део образложења Пресуде Суда: „Влада је оспорила допуштеност овог приговора на темељу злоупотребе права на подношење захтјева од стране подносиоца. Влада је навела да су подносиоци употребили крајње увредљив језик у њиховом захтјеву, којим се омаловажава част и углед Републике Хрватске и њених грађана те премашују границе нормалне, цивилизоване и легитимне критике.

Напосе, Влада се позива на тврдње подносиоца да „такав случај не може настати чак ни у најпримитивнијим државним заједницама у Африци“ те да Република Хрватска „има два правна поретка, јавни и тајни (први не функционира због тога што потоњи дјелује, и то савршено, у свим дијеловима јавности и правног поретка тужене државе“.

Влада је такођер приговорила оптужбама подносиоца да је Република Хрватска одговорна за „планирани организовани злочин истребљења [њихове] цијелокупне обитељи“ те за „национални шовинизам, етничко чишћење кроз најперфидније облике поступања суда и других државних тијела... док пред првоступањским судом... чекају истовремени [поступци] против починиоца неколико истодобно почињених казних дјела, а којега тужена држава штити и не допушта казнени поступак против њега, тако да се не открију трагови злочина тужене државе као судионика у свим тим казним дјелима...“.

Подносиоци захтјева се у вези с тиме нису читовали.

Суд понавља да се захтјев може одбити на темељу злоупотребе ако се свјесно темељи на неистинама (види предмет *Akdivar и други против Турске*, 16. рујна 1996, ставци 53-54, Извјешћа о пресудама и одлукама 1996-IV; *I.S. против Бугарске* (одл.), бр. 32438/96, 6. травња 2000.; и *Varbanov против Бугарске*, бр. 31365/96, § 36., ECHR 2000-X). Поред тога, упорно кориштење увредљивог или провокативног језика од стране подносиоца може се сматрати злоупотребом права подношења захтјева у смислу чланка 35. ставка 3. Конвенције (види предмет *Manoussos против Чешке Републике и Немачке* (одл.), бр. 46468/99, 9. септембра 2002.; *Düringer и други против Француске* (одл.), бр. 61164/00 и 18589/02; и *Stamoulakatos против Уједињеног Краљевства*, бр. 27567/95, одлука Комисије од 9. травња 1997.).

У погледу овог предмета, Суд примјећује да изјаве које су навели подносиоци, а Влада их је цитирала, одражавају њихов емоционални став наспрам понашања власти у њиховом предмету (курзив М.Д.). Те су изјаве вриједносне просудбе, и као такве не могу бити сматране „неистинитима“ (види предмет *Aleksanyan protiv Rusije*, бр. 46468/06, § 118.,

Ако током поступка подносилац представке престане да прибегава увредљивим примедбама, пошто га је Суд на то претходно и званично упозорио, ако изричито повуче такве примедбе или ако понуди извињење, та представка неће бити одбачена као представка којом је злоупотребљено право (*Chernitsyn против Русије*, ставови 25-28).

3. Злоупотреба права на представку кршењем начела поверљивости поступка пријатељског поравнања

Ако Суд прогласи представку прихватљивом, он а. наставља испитивање предмета заједно с представницима странака и, ако је то потребно, предузима истрагу, за чије ће му ефикасно спровођење државе у питању пружити све потребне олакшице; б. ставља се на располагање странама у спору како би се постигло пријатељско поравнање засновано на поштовању људских права установљених Конвенцијом и протоколима уз њу.³⁷ Поступак који се води на основу става 1.б. поверљиве је природе.³⁸

Може се сматрати злоупотребом права на подношење представке *ако је подносилац представке намерно прекршио обавезу поверљивости преговора за постизање пријатељског поравнања*, која је странкама наметнута чланом 38. став 2. Конвенције и правилем 62. став 2. Пословника Суда. Последица ове процесне злоупотребе је одбацивање представке (*Miroļubovs и други против Летоније*, став 66; *Hadrabová и други против Чешке Републике* (одлука); *Попов против Молдавије*, став 48).

Са аспекта критеријума злоупотребе, овде се ради о *злоупотреби противциљним вршењем субјективног процесног права на представку* које, при том, шкоди другоме. Процесно право на пријатељско поравнање, које је условљено поверљивошћу, врши се презентовањем јавности (најчешће у циљу рекламерства, стицања публицитета, омаловажавања тужене државе). Суд не штити такво вршење права, већ га третира као злоупотребу.

Тако, у образложењу своје Одлуке Суд је рекао: „15. Локалне дневне новине „Глас јавности“ објавиле су 6. априла 2009. године чланак под насловом: „Скадар на Бојани“. У том чланку новинар је дао кратак резиме чињеница предмета и открио тачан износ који је предложио Секретаријат Суда ради обезбеђења пријатељског поравнања. Посебно је наведено да је други

22. просинца 2008.). Мора се признати да су неке од тврдњи подносиоца биле провокативне и неприкладне те су стога за жаљење, но укупно узевши, Суд сматра да не прелазе праг увредљивости и учесталости који би их учинио злоупотребом захтјева.

Вид.: Пресуда Еуропског суда за људска права у предмету *Омеровић против Хрватске*, захтјев бр. 22980/09, од 5. просинца 2013. године, ставови 28-33. Електронски извор, доступно на [https://sljeme.usud.hr/usud/prakES.nsf/94b579567876f9fcc1256965002d1bf4/d4ae1591d3af5940c1257ad40041903c/\\$FILE/OMEROVI%20C4%86%20\(2\).%20presuda.pdf](https://sljeme.usud.hr/usud/prakES.nsf/94b579567876f9fcc1256965002d1bf4/d4ae1591d3af5940c1257ad40041903c/$FILE/OMEROVI%20C4%86%20(2).%20presuda.pdf), приступ 26.12.2015.

³⁷ Члан 38. став 1. Конвенције.

³⁸ Члан 38. став 2. Конвенције.

подносилац представке изјавио да „је Суд у Стразбуру казнио Србију са 4.900 евра, али да овај износ није исплаћен [другом подносиоцу представке]“.

16. Дневне новине „Блиц“ су 1. јула 2009. године објавиле чланак под насловом „Чекају на стан већ 17 година“, у коме је новинар описао свој разговор са другим подносиоцем представке који је поново дао резиме чињеница предмета и навео да је „2007. године покренуо парницу код Суда у Стразбуру, који је казнио државу Србију са 4.900 евра због претеране дужине предмета Ђорђевић“.

17. Друге дневне новине „Таблод“ објавиле су 1. априла 2010. године чланак под насловом: „Квадратура до Стразбура“. У овом чланку новинар је дао резиме чињеница домаћег поступка подносилаца представке и навео, између осталог: „Славољуб Царић, заступник Србије пред Судом у Стразбуру, у поднеску од 6. октобра 2008. године признао је да су [подносиоци представке] претрпели штету због неактивности српског правосуђа, и понудио накнаду у износу од 4.900 евра. Овај новац ће бити исплаћен из буџета пореских обвезника, наиме, заједнички од стране свих српских грађана“....

20. Влада је 6. јула 2009. године обавестила Суд да је други подносилац представке за две локалне новине открио детаље процеса пријатељског поравнања у току (види ставове 15 и 16. у горњем тексту). Она је даље констатовала принцип поверљивости преговора о пријатељском поравнању, чија би повреда могла, у одређеним околностима, оправдати закључак да је представка недопуштена на основу злоупотребе права на представку....

22. Подносиоци представке су 31. децембра 2010. године признали да су прекршили правила поверљивости, али су тврдили да су то учинили ненамерно и незнајући. Они су такође изнели да је заступник „хипокрит, непрофесионалан и да је поступао у лошој намери“, и да „је злоупотребио свој положај представника“ и чије би поднеске „требало узимати са додатном пажњом“....

27. Суд подсећа да су, према члану 39. став 2. (члан 38. став 2. пре 1. јуна 2010. године) Конвенције, преговори о пријатељском поравнању поверљиви. Правило 62 став 2. Пословника Суда прописује да се у парници не може позивати нити ослањати ни на једно писано или усмено саопштење нити на понуду или уступак у оквиру пријатељског поравнања. Ово правило је апсолутно и не дозвољава појединачну оцену колико се детаља може открити (види *Леснина Велетрговина д.о.о. против Бивше Југословенске Републике Македоније* (одлука), број 37619/04, 2. март 2010. године). Штавише, не може се искључити да би повреда принципа поверљивости могла, у одређеним околностима, оправдати закључак да је представка недопуштена на основу злоупотребе права на представку (види, између осталог, *Hadrabová против Чешке Републике* (одлука), број 42165/02, 25. септембар 2007. године; *Попов против Молдавије*, (број 1), број 74153/01, став 48., 18. јануар 2005. године; и *Бењоцки и други против Србије* (одлука), бр. 5958/07, 6561/07, 8093/07 и 9162/07, 15. децембар 2009. године).

28. Ако се вратимо на предметни случај, Суд примећује да су о предлозима Секретаријата за пријатељско поравнање подносиоци представке говорили у јавности и штампи открили износе о којима је реч и иницијативе које су предузете. Даље се примећује да је из обавештења приложеног заједно са дописом Суда од 3. септембра 2008. године јасно да је природа свих преговора о пријатељским поравнањима строго поверљива. Подносиоци представке су, према томе, морали да поштују овај захтев. У сваком случају, они нису пружили никакво убедљиво оправдавање што то нису учинили. С обзиром на горе наведено, Суд сматра да такво понашање представља повреду правила поверљивости, што се такође може сматрати злоупотребом права на представку како је предвиђено чланом 34. Конвенције.

29. У светлу горе наведених запажања, Суд налази да је прикладно да представку одбаци, само на основу овога, у целини, у складу са чланом 35. став 3. и 4. Конвенције.³⁹

Да би се одредило да ли је подносилац представке прекршио обавезу поверљивости, морају се дефинисати границе те обавезе. Она се увек мора тумачити у светлости своје *опште сврхе*, односно омогућавања што лакшег постизања пријатељског поравнања кроз пружање заштите странкама и Суду од могућег притиска. Не постоји апсолутна и безусловна забрана показивања писмена која се односе на пријатељско поравнање било којем трећем лицу или разговора о њима. Ако би се прихватило тако широко и ригорозно тумачење, постојала би опасност угрожавања заштите законитих интереса подносиоца представке, нпр., он не би могао да затражи стручни савет у случају када има овлашћење за заступање или сам себе заступа пред Судом. Сем тога, било би исувише тешко, ако не и сасвим немогуће, да Суд контролише стриктно поштовање једне такве забране.

Оно што Конвенција (члан 38. став 2.) и Пословник Суда (правило 62. став 2.) забрањују странкама јесте објављивање информација о којима је реч, нпр., преко медија, или у преписци у коју би могао да има увид велики број људи, или на неки други начин (*Miroļubovs и други против Летоније*, став 68). С тих разлога, злоупотребу права на представку у овом контексту може представљати онај вид понашања код кога постоји одређени степен тежине и озбиљности.⁴⁰

³⁹ Одлука Европског суда за људска права у предмету Бауцал-Ђорђевић и Ђорђевић против Србије, представка бр. 38540/07 од 2. јула 2013. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 64/2013 од 24. јула 2013. године.

⁴⁰ За конкретне примере примене овог начела види, када је реч о случају у коме је представка одбачена, *Hadravová и други против Чешке Републике* (одлука), где су подносиоци представке у својој преписци са министарством правде сопствене земље од речи до речи цитирали предлоге за пријатељско поравнање које је формулисао Секретаријат Суда, што је довело до тога да њихова представка буде одбачена као злоупотреба права на представку. За пример случаја у коме је установљено да је представка прихватљива, види *Miroļubovs и други против Летоније*, где није са сигурношћу утврђено да су сва тројица подносилаца представке била одговорна за

Треба нагласити да се овде не ради о случајевим одбијања подносиоца представке да започне или наставе преговоре о условима постизања пријатељског поравнања,⁴¹ такође о случајевима одбијања подносиоца представке да потпише постигнуто пријатељско поравнање. При том нема значаја да ли је подносилац одбио да закључи пријатељско поравнање са властима тужене државе у поступку на националном нивоу, или са властима тужене државе на нивоу поступка пред Европским судом за људска права. Суд је у више својих одлука подвукао да треба правити разлику између, с једне стране, предлога изјављеног у току поверљивог поступка постизања пријатељског поравнања,⁴² и, са друге стране, једностране понуде коју су поднеле власти тужене државе у току отвореног и расправног поступка пред Судом. У првом случају, свака изјава и предлог су строго поверљиви, у другом – не постоји обавеза поверљивости.⁴³

Да би било оцењено као злоупотреба представке, обелодањивање поверљивих информација мора бити намерно. Непосредна одговорност подносиоца представке за то обелодањивање увек мора бити установљен са довољним степеном извесности; није довољна само сумња (*ibid.*, st. 66 *in fine*).⁴⁴

обелодањивање поверљивих података, што је за последицу имало то да Суд одбаца претходни приговор Владе.

⁴¹ Члан 39. Конвенције.

⁴² Члан 38. став 2. Конвенције, члан 62. став 2. Пословника Суда.

⁴³ Е. В. Рябцева, *Злоупотребление правом на подачу жалобы в Европейский суд по правам человека*, *Международный научно-практический юридический журнал „Евразийская адвокатура“* № 1 (2) 2013.

⁴⁴ Део образложења Одлуке Суда: „Зрењанинске новине“, локалне дневне новине, су 26. јуна 2008. године објавиле један чланак под насловом: „Суђења дужа од деценије?“. У овом чланку новинар је описао разговор са г. Д. Радином, заступником подносилаца представки. Посебно је наглашено да је г. Радин изјавио да је Суду доставио око четрдесет предмета у вези са прекомерном дужином парница у Србији, као и због непостојања делотворног домаћег правног лека у вези са тим. Он је даље открио, *inter alia*, имена подносилаца представки у предметне четири представке, изнео кратак приказ чињеничног стања у односним предметима, и саопштио прецизне износе које је предложио Секретаријат Суда ради закључења пријатељског поравнања.

„Дневник“, регионалне дневне новине, је исти чланак објавио на својој Интернет страници 13. јула 2008. године. Наведене новине су 14. јула 2008. године објавиле овај чланак у штампаној верзији под насловом: „Држава плаћа, без права на жалбу“. ...

Дописом од 18. јула 2008. године, Влада је доставила копију чланка објављеног у „Зрењанинским новинама“ од 26. јуна 2008. године (види под Д. Остале релевантне чињенице у горњем тексту). Она је даље приметила да је г. Радин тиме озбиљно прекршио правила поверљивости и „злоупотребрио“ поступак пред Судом „како би промовисао самог себе“. У закључку, Влада је позвала Суд да предметне представке „скине са своје листе предмета“ или да заступника подносилаца представки „искључи“ из „свих даљих поступака“. ...

4. Злоупотреба права на представку, јер је представка очигледно злонамерна или је лишена било какве реалне сврхе

Подносилац представке злоупотребљава право на представку ако Суду непрестано подноси злонамерне и очигледно неосноване представке које су сличне некој представи коју је исти подносилац уложио раније и која је већ проглашена неприхватљивом (М. против Уједињеног Краљевства (одлука); *Philis* против Грчке (одлука)).⁴⁵

У овом основу постоји неколико критеријума процесне злоупотребе.

а. Злоупотреба права на представку, јер је очигледно злонамерна

Са аспекта критеријума злоупотребе, овде је реч о злоупотреби *шиканозним вршењем субјективног процесног права на представку* искључиво или претежно у намери шкођења другоме (*animus nocendi*). Суд не штити захтев који је „злонамеран“, који је изнет пред њега са намером да се вршењем права на представку нанесе штета („зло“) другоме.

Такве су представке, нпр., у којима се захтев подносиоца односи на безначајно малу вредност, те је очигледно да је поднет у намери шикане Суда или тужене државе.

У *Воск против Немачке* (одлука) подносилац представке се жалио због дужине парничног поступка који је повео ради накнаде трошкова неког дијететског препарата који му је преписао лекар, за износ од 7,99 евра. Суд је приметио да је већ затрпан изузетно великим бројем представки по којима је поступак у току и које отварају озбиљна питања из области људских права, нагласивши да постоји несразмера између тривијалности наведених чињеница

Ако се вратимо на предметне представке и с обзиром на горе наведено, Суд примећује: (а) подносиоци представке су у јавности расправљали о предлозима Секретаријата за пријатељско поравнање, а њихов заступник је касније штампи открио детаље истих; (б) у информацији на српском, која је приложена заједно са дописом Суда од 5. јуна 2008. године, јасно је наведено да је природа свих пријатељских поравнања строго поверљива; (в) подносиоци представке су стога, а тиме и њихов заступник, требали да се придржавају овог захтева; и (г) они су коначно пропустили да проследи убедљиво оправдање зашто то нису учинили. Према томе, такво понашање представља кршење правила поверљивости, што се, такође, мора сматрати злоупотребом права на представку. У тим околностима, прикладно је да се прекине примена члана 29. став 3. Конвенције и одбаци, само по овом основу, све четири представке, у целини, у складу са чланом 35. ст. 3. и 4. Конвенције“.

Вид.: Одлука Европског суда за људска права у предмету Бењоцки и други против Србије, представке бр. 5958/07, 6561/07, 8093/07 и 9162/07 од 15. децембра 2009. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 4/2010 од 29. јануара 2010. године.

⁴⁵ Савет Европе / Европски суд за људска права: *Практични водич кроз услове прихватљивости*, 2011., 34, електронски извор, доступно на: http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SRP.pdf, приступ 1.12.2015.

и употребе система заштите по Конвенцији, с обзиром на безначајност износа о коме је реч (укључујући ту и поређење између тог износа и плате подносиоца представке) као и на чињеницу да се поступак о коме је реч не односи ни на какав фармацеутски производ у смислу лека, већ на дијететски препарат. Суд је такође указао на то да поступци као што је тај поступак само доприносе томе да домаћи судови буду претрпани предметима, што само доприноси једном од узрока прекомерне дужине поступка.

Из ових разлога, представка је одбачена као злоупотреба права на представку.^{46 47}

Након што је 1.6.2010. ступио на снагу протокол број 14 овакве представке се решавају на основу члана 35 став 3 (б) Конвенције (непостојање значајне штете за подносиоца представке).⁴⁸

Када је реч о шиканозним представкама свакако треба цитирати образложење Одлуке Суда у предмету Михаило Петровић против Србије.

„Суд подсећа да члан 34. Конвенције захтева да би појединачни подносилац представке требало да тврди да је стварно оштећен повредом коју наводи. Тај члан за појединце не установљава неку врсту *actio popularis* за тумачење Конвенције; он појединцима не дозвољава да се жале на право или на неку одређену одлуку *in abstracto* само зато што они сматрају да је супротна Конвенцији. У принципу, он није ни довољан подносиоцу представке да тврди да се самим постојањем неког закона повређују његова права према Конвенцији; неопходно је да тај закон буде примењен на његову штету (*Klass* и други подносиоци представке против Немачке, пресуда од 6. септембра 1978. године, став 33., серија А број 28). Суд је прихватио да подносилац представке може бити потенцијална жртва. Међутим, да би могао да тврди да је жртва у таквој ситуацији, подносилац представке мора да пружи разуман и убедљив доказ вероватноће да ће доћи до повреде која погађа њега лично; сама сумња

⁴⁶ Вид.: *Bock v. Germany*, no. 22051/07, ECtHR (Fifth Section), Decision of 19.01.2010., elektronski izvor, dostupno na <http://freecases.eu/Doc/CourtAct/4548597>, приступ 15.11.2017.

⁴⁷ Савет Европе / Европски суд за људска права, *Практични водич кроз услове прихватљивости*, 2011, 34, електронски извор, доступно на http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SRP.pdf, приступ 1.12.2015.

⁴⁸ Што, приметићемо, није исти критеријум, конституенс злоупотребе.

Наиме, у *Bock v. Germany* ради се о шикани, „парничењу“, поступку који је покренут пред Судом само у намери икођења (*animus nocendi*), малтретирања другог (Суда, тужене државе).

„Непостојање значајне штете за подносиоца представке“, односно непостојање правног интереса, као неопходног елемента субјективног права, па и субјективног процесног права, јесте посебан, самосталан вид злоупотребе права (злоупотреба безинтересним вршењем права), који је објективно конципиран (небитно је да ли код титулара права постоји *animus nocendi*; злоупотребу конституише чињеница да субјективном праву титулара недостаје интерес који се штити тим правом).

или нагађање нису довољни (видети генерално *Senator Lines GMBH* против Аустрије, Белгије, Данске, Финске, Француске, Немачке, Грчке, Ирске, Италије, Луксембурга, Холандије, Португала, Шпаније, Шведске и Уједињеног Краљевства (одлука), број 56672/00, 10. март 2004. године, са даљим позивањима, посебно на горе наведену пресуду *Klass* и други подносиоци представке).

У вези са концептом „злоупотребе“, у смислу члана 35. став 3. Конвенције, он се мора разумети у његовом уобичајеном значењу у складу са општом правном теоријом – наиме, штетне примене једног права у друге сврхе, а не у сврхе за које је осмишљено. Сходно томе, свако понашање подносиоца представке које је очигледно супротно сврси права на појединачну представку како је предвиђено Конвенцијом и које спречава прописно функционисање Суда или прописно вођење поступка пред њим представља злоупотребу права на представку (видети *Miroļubovs* и други подносиоци представке против Латвије, број 798/05, ст. 62 и 65., 15. септембар 2009. године). Суд даље подсећа да та злоупотреба може представљати циљ који се жели постићи представком (курзив М.Д.) (видети, иако у веома различитом чињеничном контексту, *Koch* против Немачке, број 1270/61, одлука Комисије од 8. марта 1962. године, Годишњак 5, стр. 134-136), и констатује да „узнемиравајуће манифестације неодговорности и лакомислен однос према Суду“, који представљају непоштовање, могу такође довести до одбацивања представке у смислу злоупотребе (курзив М.Д.) (видети *Радничка партија Грузије против Грузије* (одлука), број 9103/04, 22. мај 2007. године). Најзад, Суд не може имати задатак, као тело основано према Конвенцији да обезбеђује поштовање обавеза које су Високе стране уговорнице преузеле у вези са Конвенцијом, да се бави понављањем неоснованих и свадљивих притужби, чиме се ствара непотребан посао који је несагласан са његовим стварним функцијама (видети, *mutatis mutandis*, у вези са претходном Комисијом, *М против Уједињеног Краљевства*, број 13284/87, одлука Комисије од 15. октобра 1987. године, Одлуке и извештаји (ДР) 54, стр. 214).

Ако се вратимо на предметне представке, Суд констатује да је: (а) 3. марта 2010. године Председник Другог одељења одлучио да подносиоцу представке, адвокату, забрани да заступа клијенте пред Судом, и у то време и у будуће; (б) разлог за то је, *inter alia*, то што је подносилац представке у конкретном случају, поступајући као правни заступник у стотинама других предмета, поднео представке у име преминулих лица, са овлашћењем које је потписао у њихове име после њихове смрти у најмање једном случају; (в) упркос томе што је обавештен о горе наведеној забрани, подносилац представке у предметном случају наставио је да поступа у име подносилаца представке, некада као њихов заступник, а некада само припремајући поднеске за Суд, али сваки пут тражећи накнаду хонорара, иако му је било добро познато да Суд неће разматрати такве захтеве; (г) 9. децембра 2010. године Секретаријат Суда упутио допис Адвокатској комори Београда, обавестивши је о понашању

подносиоца представке; (д) у допису од 18. јануара 2011. године, председник наведене коморе, *inter alia*, уочио да је подносилац представке вероватно прекршио важеће професионалне моралне стандарде, због чега ће бити обавештена дисциплинска тела удружења; (ђ) подносилац представке од тада наставио да Суду доставља стотине нових представки, сваки пут наводећи себе као подносиоца представке, али позивајући се у чињеничном стању / жалећи се на догађаје и поступке који се јасно односе на друга лица; и (г) у очигледном покушају да одржи сличност свог сопственог „статуса жртве“, подносилац представке додао још једну притужбу у вези са губитком личне зараде, иако нејасно и без икаквог образложења.

С обзиром на горе наведено и сасвим супротно чињеници да су притужбе подносиоца представке због других лица очигледно несагласне са Конвенцијом, као и са протоколима уз њу, *ratione personae*, *остаје чињеница да је његово понашање почев од 3. марта 2010. године имало првенствено за циљ осујећење одлуке Суда да му се ограничи заступање клијената пред Судом, што по себи представља непоштовање Суда и мора се, као такво, сматрати дрском злоупотребом права на појединачну представку* (курзив М.Д.). У време када је Суд позван да се бави многим предметима који постављају озбиљна питања људских права, он не може дозволити трошење својих напора на ствари које су очигледно изван његове стварне мисије, а то је да осигура поштовање узвишених обавеза у вези са Конвенцијом које су Државе уговорнице преузеле.

У тим околностима, прикладно је да се предметне представке у конкретном предмету одбаце у целини, у складу са чланом 35. став 3 (а) и 4. Конвенције⁴⁹.

Само на први поглед би се могло рећи да се овде ради о злоупотреби права на представку осујећењем, непоштовањем већ донетих одлука Суда. Уствари, ради се о шиканозном вршењу процесног права са намером наношења штете туженој држави (злоупотребом поступка, односно, целог поступка пред Судом фабриковањем случајева, представки у име непостојећих подносилаца, са циљем да се од тужене државе наплати новац евентуално досуђен на име правичне накнаде и судских трошкова).

6. Злоупотреба права на представку, јер је лишена било какве реалне сврхе

Суд ће утврдити да постоји злоупотреба права на представку *ако утврди да подносилац нема правни интерес да поднесе или остане при поднетој представи (захтеву)*. Овај основ је апсолутан. Разлози подносиоца треба да буду без интереса и по објективним и по субјективним мерилима (што је и логично, због афекцијалних вредности).

⁴⁹ Одлука Европског суда за људска права у предмету Михаило Петровић против Србије, представка бр. 56551/11 од 18. октобра 2011. године, објављена у „Службеном гласнику Републике Србије“ бр. 89/2011 од 25. новембра 2011. године.

Део образложења Одлуке Суда: „Предметни случај тиче се наведеног пропуста предузећа у друштвеној својини да плати подносиоци 65 евра на име дуга по основу плате и 815 евра на име трошкова парничног и извршног поступка. Суд не може а да не уочи несразмеру између малог износа главног дуга и високих трошкова насталих услед широког коришћења судског поступка.

Ценећи субјективни значај поступка за подносиоци, Суд примећује да је она стварно одбила извршење пресуде донете у њену корист, пропуштајући да преузме дужникову заплећену имовину, чија је вредност процењена на 845 евра. Дакле, упркос подносиоциним супротним тврдњама, њено понашање показује *очигледно одсуство интереса за исход поступка* (курзив М.Д.). Суд, стога, закључује да подносиоци објективно није претрпела било какву знатну штету као резултат наводне повреде Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода“.⁵⁰

в. Злоупотреба права на представку, јер је представка слична представци коју је подносилац уложио раније и која је већ проглашена неприхватљивом

Европски суд за људска права неће разматрати, већ ће утврдити да је реч о злоупотреби права, представку која је већ била предмет разматрања тог Суда, или предмет разматрања друге међународне инстанце, нарочито Комитета за људска права организације Уједињених нација.

Поновљена представка значи да је подносилац већ предао ту представку против исте државе, из истих разлога који су већ били предмет разматрања, како по питању прихватљивости, тако и у суштини (повреда принципа *res iudicata*).⁵¹

На исти начин ће се поступити и са представком која је већ поднета некој другој међународнојinstancи ради испитивања, односно решавања, а не садржи нове релевантне чињенице (повреда принципа *ne bis in idem*).

5. Остали случајеви злоупотребе права на представку

Критеријуми које смо изложили представљају најчешће на основу којих Суд у конкретном случају утврђује да постоји злоупотреба права на представку.

Полазећи од дате дефиниције злоупотребе права на представку, која је, опет, концепт осмишљен од самог Суда изражен у његовим бројним

⁵⁰ Одлука Европског суда за људска права у предмету Спасић против Србије, представка бр. 21477/13 од 3. фебруара 2015. године. Превод одлуке није објављен у „Службеном гласнику Републике Србије“.

⁵¹ Е. В. Рябцева, *Злоупотребление правом на подачу жалобы в Европейский суд по правам человека*, *Международный научно-практический юридический журнал „Евразийская адвокатура“* № 1 (2) 2013.

одлукама, дакле – да је злоупотреба права на представку штетно вршење субјективног процесног права од стране подносиоца у друге сврхе, а не у сврхе за које је осмишљено, које је очигледно супротно сврси права на представку како је предвиђено Конвенцијом и које спречава прописно функционисање Суда или прописно вођење поступка пред њим – могу се сагледати и друга процесна понашања подносиоца која, у суштини, представљају злоупотребу права на представку Европском Суду за људска права.

Понекад се пресуде и одлуке Суда, као и предмети који су пред њим још у разматрању, користе у сврхе политичких говора у државама уговорницама. Представка која је инспирисана жељом за стицање публицитета или пропаганде није само из тог разлога злоупотреба права на представку (*McFeeley и други против Уједињеног Краљевства* (одлука), као и *Khadzhaliyev и други против Русије*, ставови 66-67). Међутим, може се говорити о злоупотреби ако подносилац представке, мотивисан политичким интересима, даје штампи или телевизији интервјуе у којима испољава неодговоран и фриволни став према поступцима који се воде пред Судом (*Georgian Labour Party против Грузије*).⁵²

Овај критеријум може се подвести под *злоупотребу противциљним вршењем процесног права*, али и под *злоупотребу шиканозним вршењем права на представку* (уколико се може квалификовати под вршење права са намером шкођења, наношења штете туженој држави омаловажавањем).

III ЗАКЉУЧЦИ

Поступак пред Европским судом за људска права је специфичан, особен. Ова особеност произилази из чињеница да је овај Суд једини и јединствен, те да сам креира поступак по коме учесници у поступку поступају пред њим.

Европска конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, у свом процесном делу, познаје појам процесне злоупотребе. Институт је одређен кроз прописивање санкције, наиме, у члану 35. став 3. и 4. Конвенције прописано је да Суд у свакој фази поступка може да прогласи неприхватљивом и одбаци, односно избрише са листе предмета сваку појединачну представку за коју утврди да је неспојива с одредбама Конвенције или протокола уз њу, да је очигледно неоснована, или да представља злоупотребу права на представку.

Појам процесне злоупотребе изграђен је кроз праксу Суда.

Процесна злоупотреба у поступку пред Европским судом за људска права је процесна радња активно легитимисане стране која је заснована на нормама

⁵² Савет Европе / Европски суд за људска права, *Практични водич кроз услове прихватљивости*, 2011., 34-35, електронски извор, доступно на http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SRP.pdf, приступ 1.12.2015.

правних аката којима су прописана процесна права те стране, али у конкретном случају није вршење права због постојања околности које је чине очигледно супротном сврси права на појединачну представку, и тиме штетним функционисању Суда, поступку пред њим или другоме, која се санкционише од стране Суда непружањем заштите, односно проглашењем неприхватљивом и одбацивањем представке.

Околности конкретног случаја (критеријуми) који конституишу, одређују процесну злоупотребу у поступку пред Европским судом за људска права су:

- противциљно вршење процесног права (злоупотреба права на представку кршењем начела поверљивости поступка пријатељског поравнања; злоупотреба права представком која се користи у политичке сврхе, или је инспирирана жељом за стицање публицитета или пропаганде);

- неразумно вршење процесног права (злоупотреба права на представку изношењем непотпуних, погрешних информација о суштини ствари, које заваљају, обмањују, а при том не постоји разумно објашњење због чега је тако поступљено);

- неморално вршење процесног права (злоупотреба права на представку коришћењем увредљивих формулација);

- шиканозно вршење процесног права (злоупотреба права на представку информацијама које свесно доводе Суд у заблуду у намери шкођења Суду, другој страни; злонамерне представке, које су поднете Суду у намери шкођења другоме, Суду, другој страни, што је очигледно из околности да се захтев подносиоца односи на безначајно малу вредност; фиктивне представке које се односе на непостојећа лица и непостојеће повреде права, чији је једини циљ наношење штете туженој држави наплатом правичне накнаде и трошкова поступка које би Суд евентуално досудио);

- безинтересно вршење процесног права (подносилац нема правни интерес да поднесе или остане при поднетој представи);

- кршење принципа *res iudicata*, односно принципа *ne bis in idem* (представка подносиоца је већ била предмет разматрања Суда, или је предмет разматрања друге међународне инстанце).

Овакво вршење субјективног процесног права на представку Европским судом за људска права није вршење права, већ процесна злоупотреба, јер је супротном сврси права на појединачну представку како је предвиђено Конвенцијом.

Последица утврђивања од стране Суда да је подносилац представке извршио радњу злоупотребе права на представку јесте проглашавање представке неприхватљивом, односно недопуштеном и њено одбацивање, односно, брисање са листе појединачних представки.

Milan Davidović*

ABUSES OF THE RIGHT OF AN INDIVIDUAL APPLICATION BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

In this paper the author deals with the abuses of the proceeding rights to an individual application before European Court of Human Rights. Analysing the Court decisions, the author becomes to a definition of the proceeding abuses in the European Court of Human Rights. In this paper the author detailed studied the criteria of the Court which are constitutive for the abuses in the cases.

Key words: *European Court of Human Rights, Convention, abuses of the rights of application, abuses the proceeding.*

* Judge of the Higher Court Kraljevo.

Др Радоје Брковић*

*Прегледни научни чланак
УДК: 614.253.8:341.2*

МЕЂУНАРОДНИ И ЕВРОПСКИ ПРАВНИ ОКВИРИ ПОВЕРЉИВОСТИ ПОДАТАКА С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПОДАТКЕ О ЗДРАВСТВЕНОМ СТАЊУ ПАЦИЈЕНТА¹

Рад примљен: 20. 08. 2019.

Рад исправљен: 16. 09. 2019.

Рад прихваћен за објављивање: 16. 09. 2019.

Право на заштиту приватности пацијената је доста комплексно, јер се односи на поверљивост и приватност чињеница о здравственом стању пацијената, медицинском положају, поступку лечења, перспективама излечења, породичним приликама и сл. У данашњим условима информационо-комуникационих технологија врло је важно утврдити под којим условима могу, а под којим морају, подаци о здравственом стању, пре свега запослених осигураника као пацијената, бити доступни, у најширем смислу, јавности (другим здравственим радницима, члановима уже породице, надлежним јавним телима, судовима и сл.). Важно је утврдити границе заштите осетљивих података о здравственом стању пацијената. Потребно је обезбедити правне гаранције о заштити података пацијената, а у вези са обрадом података о његовом здравственом стању и слободним протоком таквих података. Ради реализације заштите права приватности пацијената, одговорни су законодавна тела, судови, медицинска етика и субјекти информатичких делатности. У раду ћемо навести најважније међународне и европске стандарде, који се односе на горе наведена питања.

Кључне речи: *пацијент, здравствена заштита, међународни акти, европски стандарди.*

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, rbrkovic@jura.kg.ac.rs

¹ Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу “21. век – век услуга и Услужног права”, бр. 179012, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

I УВОДНО ИЗЛАГАЊЕ

У судској пракси евидентни су бројни примери злоупотреба и повреда права на приватност и поверљивост медицинских података пацијената које се врше од стране здравствених радника и здравствених сарадника који су професионално ангажовани у здравственим установама и приватној пракси.

Право пацијената на приватност и поверљивост медицинских података представља једно од основних људских права гарантованих међународним и националним правним стандардима. Иначе, *privatus* је латинска реч која значи приватан, лични, а “приватност” је лична, интимна породична сфера живота.²

Полазећи од традиционалне поделе људских права³, право на приватност спада у лична права,⁴ које је настало крајем 19. века у америчкој правној доктрини. Овим правом штити се приватна сфера човека (просторна, душевна, информациона⁵, комуникацијска,⁶ и физичка приватност) од самовољних активности јавне власти, правних лица (компанија, предузетника, послодаваца) и појединаца.

Право пацијената на приватност и поверљивост података о његовом здравственом стању у тесној је вези са правом на информацију, правом да се одбије информација и правом пацијената на право података. Нарочито је важно да лични подаци пацијента морају бити правно заштићени када се врши њихова обрада. Дужности здравственог радника су да штити живот, здравље, приватност и достојанство пацијента.

Здравствене услуге, које се пружају у превентивне, дијагностичке, терапијске и рехабилитационе сврхе, морају бити правно регулисане, без елемената самовоље. Однос између пацијента и лекара мора се заснивати на поверењу при чему пацијент очекује од лекара да ће при лечењу употребити сву своју пажњу и све своје знање које поседује.⁷

Посебно је важно да се нарочита пажња посвети заштити “сензитивних података” посебних категорија пацијената, као што су нпр. лица са менталним сметњама, деца, труднице, породиље, запослени - при

² И. Клајн, М. Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, Нови Сад, 2016.

³ Р. Марковић, *Уставно право*, Правни факултет, Београд, 2014, 467.

⁴ Према Уставу Србије из 2006. год. реч је о заштити података о личности-члан 42. Ради се о комплексном праву које је регулисано и чл. 23, чл. 25, чл. 40 - чл. 41.

⁵ Онај део човекове приватности који се односи на прикупљање, управљање и коришћење личних података.

⁶ Најчешће су присутни следећи методи – када се нпр. ради о овлашћењу послодавца да контролише рад запослених (службени рачунар, телефон, интернет, електронска картица за присутност на послу.).

⁷ Ј. Радишић, *Медицинско право*, Номос, Београд, 73.

оцени радне способности, посебно ако се ради о осетљивим подацима који се презентују инвалидским комисијама и сл.).

За однос лекара и пацијента и за поштовање права приватности нарочито је значајна професионална тајна.⁸ Наиме, медицински посленици, од настанка Хипократове заклетве па до данашњег дана, дужни су да чувају податке који се односе на пацијента јер “од чувања медицинске тајне, зависи, често, лична срећа онога кога се тајна тиче, његово напредовање на послу и укључивању у друштвену средину.”⁹ Уопштено посматрано, тајна представља и сазнање одређених чињеница до којих се дошло обављањем професионалног позива или на неки други поверљив начин, а које не могу бити пуштене у јавност, а да се не нанесе штета интересу појединца или заједнице¹⁰.

У времену глобализације и експанзије информационо-комуникационих технологија, заштита права пацијената представља једно од најважнијих правних питања, као и питање заштите личних података и података о њиховом здравственом стању.

Здравствена установа и лекар имају обавезу да чувају личне и медицинске податке својих пацијената¹¹ и могу их ставити на располагање некој трећој страни само под условом да постоји пуноважни¹² пристанак пацијента, осим у одређеним изузетним ситуацијама када је то неопходно, а под условима који су законом прецизно наведени.¹³

⁸ „Лекар мора држати у потпуној тајности све оно што му болесник повери и оно што је у стању да сазна на основу болесниковог поверења“. Више у Ј. Марић, *Медицинска етика*, Београд, 1995, 98.

⁹ Ј. Радишић, *Медицинско право*, Номос, Београд, 156.

¹⁰ Љ. Јовановић, *Лекарска тајна*, Институт за упоредно право, Београд, 1959, 11.

¹¹ Лекар је дужан да информације о пацијенту до којих дође у току лечења и увидом у медицинску документацију чува трајно, па и након пацијентове смрти. Више у: Х. Мујовић – Зорнић, *Пацијентова права, универзалност и европски концепт*, Зборник радова, “Актуелности грађанског и трговачког законодавства и праксе”, Мостар, 2005, 253-271.

¹² Под одређеним условима постоји и прећутна сагласност пацијента да лекар који га лечи може одређене податке о његовом здравственом стању саопштити пред судом, ако је сведок пацијента у одређеном предмету, тада се сматра да лекар нема обавезу да чува лекарску тајну.

¹³ Ова законска могућност мора се тумачити рестриктивно. Обавеза откривања тајне постоји ако се ради о заразној болести пацијента (другом брачном партнеру треба открити да његов партнер има нпр. сиду). Такође, ако треба да се заштити важније добро пацијента, онда лекар може открити тајну. Осим тога, ако лекар мора да заштити своје интересе (нпр. ако је тужен од стране пацијента лекар да би заштитио себе мора изнети тајне податке о пацијенту, односно не постоји одавање тајне ако постоји оправдан захтев од органа управе, суда и сл).

Развијене државе, пре свега државе англосаксонског правног система,¹⁴ као и скандинавске земље Европе, су типични представници посебне законодавне регулативе о правима пацијената.

II АКТИ ОРГАНИЗАЦИЈЕ УЈЕДИЊЕНИХ НАЦИЈА

Сви међународни акти, без обзира да ли су универзалног или регионалног порекла, садрже норме којима се гарантује приватност лица. Када се ради о универзалним међународним актима од значаја су Општа декларација Уједињених нација о правима човека из 1948. године и Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године. Према члану 12. Опште декларације “нико се не сме изложити произвољном мешању у приватни живот, породицу, стан или преписку, нити нападима на част и углед. Свако има право на заштиту закона против оваквог мешања или напада”. На скоро исти начин, право на приватност нормирано је горе наведеним Пактом¹⁵. Наиме, чланом 17. предвиђено је да “нико не може бити изложен произвољном или незаконитом мешању у приватни живот, породицу... нити противзаконитим нападима на част и углед. Свако има право на законску заштиту од таквог мешања или напада”.

III НЕКОМУНИТАРНИ ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ

На регионалном, европском нивоу, постоји читав низ инструмената који детаљно, за разлику од горе наведених универзалних међународних стандарда, регулишу различите аспекте права приватности и поверљивости.

У времену персонализоване медицине, ери дигиталне економије и убрзаног развоја информационих и комуникационих технологија, настају нови изазови како да се заштите лични подаци, при чему и подаци о здравственом стању запослених као пацијената¹⁶, представљају рањиве и

¹⁴ Амерички теоретичар Салов је представио свој концепт права – приватности. По њему „право на приватност, чине право појединца да га други људи оставе на миру, право на тајност, право на неповредивост интимне сфере и друга слична права. Више у: D. Solove, *Conceptualizing Privacy*, California, Law Review, vol. 90, 2002, 1088.

¹⁵ Овај Пакт „...инаугурише у међународно право стандард изворног достојанства људске личности као претпоставке за постојање правде и мира у свету,„.

¹⁶ За осигуравајуће куће врло је важно да се зна какав је лични здравствени профил кандидата за запослење, важно је због осигураног ризика, лица са већим ризиком (да ће наступити одређена болест или да је већ наступила), плаћаће вишу премију у односу на лица са мањим ризиком. Све ово је важно због примене предиктивних и дијагностичких генских тестова у закључивању уговора о здравственом осигурању (због професионалне неспособности за рад, у случају неспособности за ради уопште-осигурање за случај

врло подесне категорије подложне угрожавању. Стога ћемо у најкраћем изложити најважније европске регионалне стандарде које су од значаја за заштиту права на поверљивост података о здравственом стању пацијената.

Европска Конвенција о заштити људских права и основних слобода из 1950. године у члану 8. регулише право приватности кроз право на поштовање приватног и породичног живота. “Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке. Јавне власти неће се мешати у вршење овог права, сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других”. Значи, у односу на наведене универзалне међународне акте Уједињених нација, ова Конвенција почива на одредбама којима се обезбеђује заштита приватности. Осим наведеног, конвенцијом се одређује под којим условима се може ограничити право на приватности и поверљивост, што је и те како значајна разлика у односу на наведене акте Уједињених нација¹⁷.

За заштиту права која су загарантована овом Конвенцијом, надлежан је Европски суд за људска права. У недостатку законског регулисања у области заштите права на приватност запослених, нарочито је важна пракса овог суда.

Поводом примене члана 8. Европске конвенције који се односи на право приватности (поштовање приватног и породичног живота), постоје бројни случајеви који се односе на повреду права приватности. С обзиром да је Суд утврдио да се наведени члан 8. конвенције односи и на заштиту података из приватне сфере запослених код одређеног послодавца¹⁸, занимљив је став о тзв. “разумно очекиваној приватности”. Наиме, реч је о приватности коју је запослени могао да очекује, да претпостави. Ради се о околностима које су уобичајене на радном месту. Сматра се да ће надзор над радом запосленог бити допуштен под условом да је запослени био упознат са том чињеницом. Ако запослени није упознат са тим да ће бити

инвалидитета, у случају туђе помоћи и неге) и сл. За приватна осигуравајућа друштва од пресудне важности је утврђивања ризика у здравственом осигурању. С тога оне настоје на све могуће начине да се заштите код закључивања уговора о здравственом осигурању при чему су итекако заинтересоване углавном за предиктивне генске тестове осигураника. С друге стране, држава мора да створи безбедне услове за заштиту података из генских тестова, али и да се не спречава функционисање дигиталног пословања.

¹⁷ А. М. Connelly, *Problems of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*, *The International and Comparative Law Quarterly*, No. 3/1986, 567-593.

¹⁸ Пресуда суда у предмету *Niemietz v. Germany* (Application no. 13710/88), paragraf 29.

под надзором, онда он (разумно очекује)¹⁹ од послодавца да се не меша у његову приватност док извршава одређене послове на радном месту. Овај концепт “разумно очекиване приватности”, иако је први пут коришћен у предмету Halford против Велике Британије²⁰, касније је коришћен и у многим другим предметима који су се односили на заштиту приватности запослених, а нарочито је примењен у предмету Barbulescu против Румуније. Тужилац Bogdan Barbulescu у периоду од 2004. - 2007. године као запослени у једној приватној компанији у Румунији формирао је налог на интернет сервису – Yahoo messenger, за потребе свог послодавца, али је на том истом интернет сервису имао и свој приватни налог, посредством кога је одржавао комуникацију са њему блиским особама о питањима која задиру у приватне сфере, како њега тако и тих особа. Послодавац је упозорио тужиоца да не може користити његова средства за рад (интернет) у личне сврхе, док је на радном месту и док користи рачунар послодавца, као и да је већ један запослени из истих разлога добио отказ. Тужилац није обраћао пажњу на то и поред тога што му је послодавац ставио на увид транскрипте порука (у којима су биле и врло интимне поруке). Тужилац је сматрао да је отказ уговора о раду незаконит јер је повређено његово право на приватност. Судови у Румунији нису уважили тужбени захтев и Barbulescu је тужио Румунију пред Европским судом за људска права због повреде члана 8. наведене Конвенције, јер му држава није обезбедила заштиту права на приватност. Велико веће овог суда одлучило је да је у конкретном случају тужиоцу повређено право на приватност, с образложењем да тужилац није био упознат са чињеницом да послодавац надзире и његову комуникацију са блиским особама и да нису предузете адекватне мере заштите наведене комуникације²¹.

Када се ради о повреди члана 8. Европске конвенције²² навешћемо и неке примере који се односе на заштиту осетљивих података пацијената, а имајући у виду повреду права приватности запослених, јер давалац здравствених услуга, без обзира ко је пацијент - запослени, професија слободних занимања, корисник социјалне помоћи - мора обезбедити поштовање права на приватност и поверљивост података о здравственом стању пацијента. У пракси Европског суда за људска права могу се наћи примери који се односе на повреду права приватности у погледу

¹⁹ L; Evans, *Monitoring Technology in the American Workplace: Would Adopting English Privacy standards Better Balance Employee Privacy and Productivity*, California Law Review, no. 4, 2007, 1115/1149.

²⁰ Halford v. The United Kingdom (Application no. 20605/92 paragraph 43 I 45

²¹ Barbulescu v. Romania (Application no. 61496/08)

²² Европски суд за људска права, чије је седиште у Стразбуру, на становишту је да се правна заштита на основу овог члана односи и на комуникацију: путем интернета, као и на заштиту података о личности (о здравственом стању, имену, пореклу, сексуалној оријентацији и сл.).

располагања медицинском документацијом која се односи на одређена лица као и на лица која су високо позиционирани државни функционери.

Лекар се може ослободити чувања лекарске тајне ако зато постоје оправдани разлози (заразна болест, вођење кривичног поступка против одређеног лица и сл.). У пракси Европског суда нарочито су значајни случај З. против Финске²³ и случај Edition Plon против Француске из 2004. године²⁴.

У случају З. против Финске, дошло је до повреде осетљивих података о здравственом стању лица које је било HIV позитивно у кривичном поступку њеног супруга који је такође HIV позитиван. До повреде приватности дошло је тако што је Виши суд, одлучујући о жалби у кривичном предмету, своју пресуду објавио медијима, тако што је прикрио идентитет осталих оштећених, али не и З. као супруге окривљеног. Осим откривања идентитета З. откривени су и осетљиви подаци о З. (из њеног здравственог картона који је суду достављен, откривени су следећи подаци: раније болести, одређене медицинске претраге, психичко стање и сл.), који нису релевантни за спроведени кривични поступак. Ти подаци требало је да буду издвојени из списка предмета, јер би се на тај начин сачувала приватност госпође З.

У случају Edition Plon против Француске основно питање које се поставља јесте у којој мери држава легислативом или одређеном пресудом штити приватност појединца, ако је он на највишој државној функцији, од неоправданог мешања медија у осетљиве податке. У овом случају ради се о примени члана 8. (заштита права приватности појединца) и члана 10. (слобода изражавања) Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода. Основано је постављено питање могу ли се чињенице о здравственом стању (опис почетних симптома малигне болести, резултати медицинских истраживања, записник разговора са лекарима, псеудоним за биолошке тестове, опис напада панике, опис других важних чињеница из лекарског картона, трошкови операције и сл.), пацијента износити у јавност тако што би се објавила књига.

Породица је тражила да се књига не објави и да им издавач и аутори (новинар и породични лекар) накнаде штету.

Суд је досудио породици новчану накнаду и забранио дистрибуцију књиге, јер је дошло до повреде права приватности. Дакле, између чланова 10. и 8. наведене Конвенције Европски суд поводом захтева издавача, одлучио је да да предност социјалној функцији тајности медицинских података.

Осим Европске Конвенције о заштити људских права и основних слобода из 1950. године за право поверљивости значајна је и Конвенција

²³ Case Z. Versus, Finland (Application no. 22009/93) no. 9/1996/627/811.

²⁴ Case of Edition Plon Versus France (Application no 58148/00).

Савета Европе о заштити лица у вези са аутоматском обрадом личних података.²⁵ Овом конвенцијом дефинисани су основни појмови: лични подаци, збирка података, аутоматска обрада, руковалац базе података и др.

У другом делу конвенције садржана су основна начела: начело квалитета података, сигурности података, доступност базе података и начело забране обраде, сензитивних података, у које спадају и подаци о здрављу. Када је реч о овом последњем начелу националном регулативом мора се обезбедити заштита ове категорије података у супротном не могу бити предмет аутоматске обраде.

Из области радног и социјалног права, када се ради о правима на заштиту здравља, социјалну сигурност, социјалну и медицинску помоћ, најважнији и најсистематичнији акт некомунитарног права је Европска социјална повеља из 1961. године (ревидирана 1996. у Стразбуру, а ступила је на снагу 1999. године).²⁶

За заштиту људских права и достојанства значајна је и Конвенција Савета Европе о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине (Конвенција о људским правима и биомедицине)²⁷.

Достојанство одређеног лица гарантује се кроз два облика заштите: општа, која се односи на свако лице и више посебних заштита (нпр. право на здравствену заштиту, право на приватност - члан 10), право на обавештавање, заштита права лица када се ради о истраживањима на човеку (забрана специфичних медицинских интервенција, нпр. забрана третирања ћелија заетка (чл. 13)), забрана креирања ембриона *in vitro* у истраживачке сврхе (чл 18). Протоколом из 1998. године забрањује се клонирање људског бића.

Овом конвенцијом успоставља се адекватан правни оквир за заштиту индивидуалних и социјалних права, уопште људског достојанства у области здравља. По неким схватањима у правној доктрини она је документ о здравственом праву.

IV КОМУНИТАРНИ ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ

Изворима Европског комунитарног права регулисана су питања која се односе на заштиту података о личности укључујући и податке о здрављу како запослених тако и других корисника права из здравствене заштите.

²⁵ Convention for the Protection of Individuals with Regards to automatic Processing of Personal data, Council of Europe, Strazbur, 1981.

²⁶ П. Јовановић, *Радно право*, Нови Сад, 2018, 116-117.

²⁷ Convention for the protection of human rights and dignity, of the human being with regard to the application of biology and medicine, Council of Europe.

У Европској унији постоје примарни и секундарни извори права. Када се ради о заштити података о личности, они су регулисани првенствено секундарним изворима²⁸, правилом или уредбом (regulation)²⁹, али и упутством или директивом (directive).³⁰

Када се ради о примарним изворима права у ЕУ, посебан значај има Повеља ЕУ, о основним правима која је усвојена 18. децембра 2000. године. Ступањем на снагу уговора из Лисабона (01.12.2009), Повеља постаје саставни део европског комунитарног права, односно обавезујући правни акт за све органе ЕУ. Значај Повеље огледа се и у праву сваког грађанина ЕУ да може да се позове на одредбе ове Повеље пред Европским судом са седиштем у Луксембургу, али заштиту повређеног права може тражити и пред националним судовима држава чланица ЕУ.

Када се ради о праву на приватност од значаја су чланови 7. и 8. Повеље. Према члану 7. “Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, свог стана и комуникације”. Члан 8. Повеље регулише право на заштиту података о личности, а посебно је важан став 2. овог члана.³¹

У даљем раду анализираћемо уредбе и директиве које су значајне за остваривање права приватности лица, посебно у погледу података о личности.

Истражујући аспект заштите личних података пацијената не можемо а да се не осврнемо на још неке акте који регулишу ову област у Европској унији. Један од докумената посебног значаја из ове области је свакако Уредба 883/2004³² о координацији система социјалне сигурности која уређује и усклађује систем социјалне сигурности особа које се крећу Европском Унијом и успоставља правни оквир за остваривање њихових права у овој области (здравствено, пензијско и инвалидско осигурање и осигурање за случај незапослености). Поред осталог, Уредба 883/2004

²⁸ Предвиђени су чланом 189 уговора о оснивању Европске економске заједнице.

²⁹ Уредбе имају обавезујућу снагу, директно се примењују у свим државама чланицама (вертикално дејство) и према свим физичким и правним лицима држава чланица (хоризонтално дејство).

³⁰ Претежни су део секундарних извора, обавезују у погледу постављеног циља, углавном делују само вертикално.

³¹ За разлику од става. 1. којим се прописује да свако лице има право на заштиту личних података који се на њега односе, ст. 2 прописује се да се лични подаци морају поштено обрађивати и да се могу користити само за утврђене сврхе, али уз услов да је претходно дата сагласност (пристанак лица на које се подаци односе). Свако има право на приступ прикупљеним подацима о њему и што је итекако вазно право на њихово исправљање. У ст. 3 овог члана прописано је да надзор над поштовањем норми из претходна два става врши независан орган.

³² Службени лист Европске уније (Сл. Л. 166 од 30.04.2004. и Уредба 988/2009, (Сл. Л. 284 од 30.10.2009)

(члан 77), предвиђа заштиту личних података корисника права из ове уредбе, тако што утврђује да се при слању личних података телима или установама друге државе чланице, примењује законодавство о заштити података државе чланице која их шаље. На свако слање података које врши тело или установа државе чланице која их прима, чува, мења или уништава, примењује се законодавство о заштити података државе чланице која их прима. Обавеза је установа држава чланица, које спроводе поступке за остваривање права из социјалног осигурања применом Уредбе, да осигурају заштиту података који се користе у тим поступцима³³. С обзиром на то да се ти подаци налазе у списима и да су сачувани у информатичким медијима, ова обавеза обухвата физичку заштиту и заштиту од провале у информатички медиј. При томе, установе су дужне да чувају приватност подносиоца захтева и корисника права. По правилу, за саопштавање личних података потребна је сагласност особе о чијим подацима се ради.

У Директиви 2011/24 ЕУ³⁴ о примени права пацијената у прекограничној здравственој заштити, у њеном уводном делу посебно је наглашено да (у складу са чланом 161, став 1. Уговора о функционисању Европске уније), треба осигурати висок степен заштите здравља људи при утврђивању и спровођењу свих политика и активности Уније. Државе чланице пружају узајамну помоћ и олакшавају сарадњу у пружању прекограничне здравствене заштите на регионалном и локалном нивоу, као и путем информатичких и комуникацијских технологија и других облика прекограничне сарадње. У делу Директиве (члан 13) о ретким болестима, утврђено је да здравствени стручњаци могу да располажу одређеним средствима која би им помогла да исправно дијагностикују ретке болести као (и да користе базу података Orphanet и европске референтне мреже) и да упуте пацијента на лечење у друге државе Уније. У том смислу (члан 14), Унија подупире и олакшава сарадњу и размену информација између држава чланица путем мреже Е-здравства (коришћење медицинских података за јавно здравље и истраживање). Остваривање наведених задатака и циљева подразумева нужно поштовање начела заштите података како је посебно наведено у директивама 95/46 и 2002/58 ЕЗ.

До недавно, у ЕУ заштита података о личности регулисана је Директивом (смерницом), 95/46/ЕЗ³⁵. Ова Директива је била дуго времена

³³ M. Rismondo, *Socijalna politika Evropske Unije i ostvarivanje socijalne sigurnosti prema Uredbama 883/2004 i 987/2009 i drugim aktima Unije*, Libertin naklada D.O.O., Rijeka, 2016, 287-288.

³⁴ „Службени лист ЕУ“, број 088/45 од 09.03.2011.

³⁵ „Службени лист ЕУ“, број 281/1995.

у примени и представљала је фундамент о заштити свих сфера приватности личности.

У односу на то време, сада, у ери информационо-комуникационих технологија, свет је у многоме промењен. То је неминовно утицало и на опредељење Европског парламента и Савета ЕУ, полазећи од члана 8. ст. 1. наведене Повеље ЕУ о основним правима и члана 16. ст. 1. Уговора о функционисању ЕУ (UFEU), заштиту података о личности другачије и свеобухватније регулише. То се постигло усвајањем Опште Уредбе ЕУ 2016/679 из 2016. године (или GDPR-General Data Protection Regulation), о заштити физичких лица у односу на обраду података о личности и о слободном кретању таквих података.³⁶

Општа уредба (у даљем тексту: GDPR) о заштити података обавезна је за све државе чланице ЕУ, непосредно се примењује као било који други закон и представља, по свеобухватном регулисању материје заштите података о личности, закон ЕУ. Уредба је усвојена 2016. година, а примењује се од 25. маја 2018. године.

GDPR у условима технолошког развоја је везана за напредак науке и леглслативе у сфери заштите личних података, без обзира сто она ограничава суверенитет држава чланица у погледу заштите података. Зато што се њене одредбе, како смо истакли, директно примењују, чиме се осигурава адекватна правна сигурности физичких лица, али и комплетнија заштита основних људских права и слобода, а што значи да ниво заштите, према тачки 10. ове уредбе (преамбула), права и слобода физичких лица у односу на обраду личних података мора да буде исти у свим државама чланицама ЕУ, а што је био и мотив за доношење ове Уредбе. Међутим, ово не значи да државе чланице не могу одређена питања (велики је број тих питања) потпуније регулисати својим законодавством, због чега се GDPR у литератури назива „успореном“, што значи да могу и требају да се донесу и тзв. секторски закони.

GDPR – ом се прописују правила у вези са заштитом физичких лица приликом обраде података о личности и правила у вези са слободним кретањем података о личности. Уредбом се штите основна права и слободе физичких лица, а посебно њихово право на заштиту података о личности. Такође, прописано је да се слободно кретање података унутар Уније не сме ограничавати или забрањивати из разлога који се односе на заштиту физичких лица приликом обраде података о личности (чл. 1). Подручје примене и територијално важење Уредбе прописано је члановима 2. и 3., а чланом 4. дате су дефиниције 26 појмова (нпр. подаци о личности, обрада, ограничавање обраде података, профилисање, псеудонимизација, руковалац, обрађивач, пристанак, повреда безбедности

³⁶ Овом Општом Уредбом о заштити података, стављена је ван снаге директива 95/46/EZ.

података о личности, генетски, биометријски и подаци о здравственом стању,³⁷ надзорни орган³⁸, релевантни и образложени приговор³⁹ и др.)

GDPR –регулише следећа питања, у оквиру поглавља 2.⁴⁰, па закључно са поглављем 11. – (завршне одредбе)⁴¹: права лица на која се подаци односе (овде је посебно важно право на брисање, право на заборав - чл. 17⁴²), право на преносивост података (чл. 20), право на приговор и доношење аутоматизованих појединачних одлука укључујући и профилисање (чл. 21-22) и норме о ограничењу,⁴³ затим одредбе о руковоацу и обрађивачу података (посебно је важан чл. 35. т. 3. под б - масовна обрада посебних категорија података о личности из чл. 9 ст. 1.⁴⁴) или података које се односе на кривичну и прекршајну осуђиваност из чл. 10, овлашћено лице за заштиту података⁴⁵, право на притужбу надзорном органу (чл. 77), право на делотворно правно средство против надзорног органа и против руковоаца или обрађивача (чл. 78 и 79), заступање лице на које се подаци односе (чл. 80), право на накнаду штете и одговорности (чл. 82), изрицање административних новчаних казни (чл. 83),санкције (чл. 84), обрада података у контексту запослења (чл. 88) и обавезе чувања тајности - професионална тајна и друга еквивалентна обавеза тајности (чл. 90).

Када се ради о генетским подацима,⁴⁶ према Уредби то су подаци о личности у вези са наслеђеним или стеченим генетским карактеристикама физичког лица који настају из анализе биолошког узорка физичког лица, а

³⁷ О овим подацима у наредним излагањима.

³⁸ Реч је о независном органу власти (један или више) који је основала држава чланица ЕУ у складу са чл. 51 GDPR -а а који су одговорни за праћење њене примене.

³⁹ Ради се о приговору на нацрт одлуке о томе да ли је дошло до кршења одредби GDPR-а (чл. 4. ст. 1. тачка 24).

⁴⁰ У питању су начела обраде података о личности: Законитост обраде, услови за пристанак, услови који се примењују на пристанак детета у вези са услугама информационог друштва и обрада посебних категорија података о личности.

⁴¹ Посебно је важан однос према Директиви 2002/58 ЕЗ („право на дигитални заборав,,).

⁴² Према овом члану конституише се право на брисање података о личности одређеног лица ако су испуњени одређени услови-нпр да су подаци о личности незаконито обрађени-обрада података о личности детета у смислу чл.8 GDPR -а.

⁴³ Законском нормом може да се ограничи, у смислу чл 23. GDPR-а, обим обавеза и права из чл. 12 - 22, чл. 34. и чл. 5, ако то ограничење представља неопходну и сразмерну меру у демократском друштву заштиту: националне безбедности, одбране, јавне безбедности, заштите независности правосуђа и судских поступака, спречавања, истраге, откривања и гоњења повреде етике у законским регулисаним професијама...

⁴⁴ Ради се о процени утицаја у вези са заштитом осетљивих података (генетски, биометријски, о здравственом стању, сексуалном животу итд.).

⁴⁵ Посебно је важан одељак 5 –кодекси понашања и сертификација

⁴⁶ Н. Бодирога - Вукобрат, Л. Беланић, *Осигурани ризик у здравственом осигурање у светлу нових открића генетике*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Вол. 39, бр. 1/2018, 353-376.

посебно анализе хромозома, дезоксирибонуклеинске киселине (ДНК), или рибонуклеинске киселине (РНК) или из анализе другог елемента који омогућава добијање истих информација.

Генетски подаци су посебна категорија личних података који захтевају појачану правну заштиту - генетска приватност, пре свега из разлога да би се спречило да резултати генетског тестирања буду основ дискриминације у области запошљавања, осигурање итд.⁴⁷

Слично пристанку пацијента на одређени медицински подухват, и код генетског тестирања лице које је дало пуноважан пристанак треба да буде информисано о карактеру, значају и последицама које могу наступити у току и/или после спроведеног теста. Ако је пак, реч о детету⁴⁸ млађем од 16 година, по правилу генетско тестирање није дозвољено осим ако то није у интересу здравља детета или ако родитељи детета то захтевају да би се што пре поставила дијагноза, а што ће бити од значаја за исход лечења⁴⁹. Према чл. 8. GDPR руковалац мора да учини све што је у његовој моћи да, када је реч о детету, провери да ли је пристанак дао или одобрио вршилац родитељског права над дететом, узимајући у обзир расположиву технологију.

Када се ради о заштити генетских података, гарантује се њихова тајност и приватности. Према Уредби подаци о личности који се односе на здравље морају да обухватају све податке који се односе на здравствено стање лица на које се подаци односе, а који откривају информације у вези са прошлим, садашњим или будућим физичким или психичким здравственим стањем лица на које се подаци односе. То укључује информације о физичком лицу прикупљене приликом регистрације за здравствене услуге или приликом пружања здравствених услуга том физичком лицу како је наведено у Директиви 2011/24/EУ Европског парламента и Савета, симбол или ознаку која је физичком лицу додељена у сврху његове јединствене идентификације за здравствене сврхе; информације добијене из тестирања или испитивања дела тела или телесне супстанце, између осталог из генетских података и биолошких узорака и било коју информацију о, на пример, болести, инвалидитету, ризику од болести, историји болести, клиничком лечењу или физиолошком или биомедицинском стању лица на које се подаци односе независно без обзира на њихов извор, на пример од лекара или другог здравственог радника, болнице, медицинског уређаја или *in vitro* дијагностичког теста.

⁴⁷ З. Кандић - Поповић, *Правна заштита основних људских вредности у централној и источној Европи и модерна биотехнологија*, Будимпешта- Праг, 1999. године.

⁴⁸ Врло је важна воља детета у контексту права на одређење и утврђивање правог значења стандарда (најбољи интерес детета).

⁴⁹ Т. Ђурђић, *Право на заштиту генетске приватности*, Зборник радова „Савремени правни промет и услуге, Крагујевац, 2018, 651-663.

Подаци о личности који су по својој природи посебно осетљиви у погледу основних права и слобода заслужују посебну заштиту, јер би у оквиру њихове обраде могло доћи до значајних ризика за основна права и слободе. Такви подаци о личности не смеју да се обрађују, осим ако је обрада дозвољена у посебним случајевима који су прописани овом уредбом, узимајући у обзир да правом држава чланица могу да буду прописане посебне одредбе о заштити података како би се примена правила из ове уредбе прилагодила ради поштовања законске обавезе или за извршење задатка који се обавља у јавном интересу или у оквиру извршавања службених овлашћења додељених руковођа. Поред посебних захтева за такву обраду, треба примењивати општа начела и друга правила из ове уредбе, посебно у вези са условима за закониту обраду. Одступања од опште забране обраде таквих посебних категорија података о личности мора да буде изричито прописана, између осталог ако је лице на које се подаци односе дало свој изричит пристанак или у вези са посебним потребама, посебно ако се обрада врши у оквиру легитимних активности одређених удружења или фондација чији је циљ да се дозволи остваривање основних слобода (тачка 51 Преамбуле Опште уредбе).

Одступање од забране обраде посебних категорија података о личности такође треба да буде дозвољена када је то предвиђено правом ЕУ или правом државе чланице и уз примену одговарајућих мера заштите, ради заштите података о личности и других основних права, ако је у јавном интересу да се то учини, посебно у случају обраде података о личности у области права запошљавања, права социјалног осигурања, укључујући и пензије и за потребе здравствене заштите, праћења и узбуђивања, спречавања или контроле заразних болести и других озбиљних претњи за здравље. Такво се одступање може да се направи у здравствене сврхе, укључујући и јавно здравље и управљање здравственим услугама, посебно како би се обезбедио квалитет и исплативост поступака који се користе за решавање захтева за давањима и услугама у систему здравственог осигурања или у сврхе архивирања у јавном интересу, у сврхе научних или историјских истраживања или у статистичке сврхе. Одступањем би такође требало омогућити обраду таквих података о личности ако је то неопходно за успостављање, остваривање или одбрану правних захтева, без обзира на то да ли је у питању судски или управни поступак или вансудски поступак (тачка 52-Преамбула Опште уредбе).

Посебне категорије података о личности које заслужују већи степен заштите треба обрађивати у здравствене сврхе само ако је то неопходно за остваривања тих сврха у корист физичких лица и друштва у целини (тачка 53 - Преамбула Опште уредбе). Међутим, према тачки 50. (Преамбула Опште уредбе) обрада посебних категорија података о личности може да буде неопходна због јавног интереса у области јавног здравља без пристанка лице на које се подаци односе. На такву обраду морају да се

примењују примерене и специфичне мере да би се заштитила права и слободе физичких лица. У том контексту "јавно здравље" треба тумачити према дефиницији из Уредбе (ЕЗ) бр. 1338/2008 Европског парламента и Савета, што значи сви елементи повезани са здрављем, тј. здравственим стањем, укључујући морбидитет и инвалидитет, детерминанте које утичу на здравствено стање, потребе здравствене заштите, средства додељена за здравствену заштиту, пружање здравствене заштите и општу доступност здравствене заштите, као и трошкови и финансирање здравствене заштите и узроци морталитета. Таква обрада података о здравственом стању за потребе јавног интереса не сме да проузрокује обраду података о личности у друге од стране трећих лица као што су послодавци или осигуравајућа друштва и банке.

Према чл. 9, ст. 1 регулисана је обрада посебних категорија података о личности укључујући и податке о здравственом стању. Као што смо горе истакли, забрањена је обрада података о личности који откривају податке о здравственом стању. Ставом два истог члана прописано је када се неће применити став 1. (од а) закључно са и)).

Када се ради о регулисању заштите генетских података осигураника у упоредном праву постоје различите правне ситуације које настају на релацији осигуравајућа друштва и осигураници. То питање је нарочито важно код утврђивања висине премија за одређени осигурани ризик. Наиме, основно питање је треба ли лице које жели да се осигура да заступнику осигурања саопшти резултате генетског тестирања. Без обзира да ли се ради о тестирању које је спроведено пре појаве симптома болести (предикативни генски тестови) или након појаве симптома болести, а у циљу постављања тачне дијагнозе и евентуалног излечења (тзв. дијагностички тестови). Пракса је различита у европско-континенталном систему у односу на агло-саксонски правни систем. У Немачкој, резултати генетских тестова доступни су само лицу које је тестирано као и надлежном лекару, а трећим лицима само под условом да постоји изричита писана сагласност тестираног лица. Резултати се чувају 10 година, а након тога биће уништени, при чему постоји и обавеза уништења генетског узорка.⁵⁰

У САД је 2008. године донет Закон о забрани дискриминације на темељу генетских информација поводом здравственог осигурања и запошљавања. Наведеним законом настоји се забранити послодавцима и осигуравајућим кућама здравственог осигурања да дескринимису лица на основу њихове генетске предеспозиције за настанак болести. Сврха доношења овог закона је да се створи поверење потрошача у резултате генетских тестова, без бојазни да ће се исти искористити против тих лица. Према одредбама наведеног закона осигуравајућим кућама забрањена је

⁵⁰ Предвиђено Законом о генетској дијагностици из 2009. године (чл. 11,12 и 13).

употреба генетских информација при доношењу одлука о закључивању уговора о здравственом осигурању као и при одређивању премије. Важно је истаћи да се одредбе поменутог закона не примењују на животна осигурања као ни на инвалидска осигурања и осигурања дуготрајније неге и помоћи одређеном лицу⁵¹.

Осим тога што се Уредбом у већем обиму проширују надзорна овлашћења независних органа, посебна новина је процена утицаја у вези са заштитом података. Према члану 35. став 1. Уредбе прописано је да, ако је вероватно да ће нека врста обраде, посебно применом нове технологије и узимајући у обзир природу, обим, околности и сврхе обраде, проузроковати велики ризик за права и слободе физичких лица, онда руковалац пре обраде врше процену утицаја предвиђених поступака обраде на заштиту података о личности. При томе мора се водити рачуна како се једна процена може односити на више сличних поступака обраде који представљају сличне велике ризике. Оно што је такође важно, према чл. 35. став 2. јесте околност да се при спровођењу процене утицаја у вези са заштитом података, руковалац обраде тражиће мишљење од овлашћеног лица за заштиту података али под условом да је оно именовано. Као што смо, већ раније истакли процена утицаја на заштиту података обавезна је у три ситуације а за овај рад важан је случај ако се ради о масовној обради посебних категорија података о личности, а који су сензитивног карактера (између осталог ради се и о подацима о здравственом стању) чија је, као што смо истакли, обрада генерално забрањена.

V ЗАКЉУЧАК

Тајност и поверљивост података о личности, укључујући и податаке о здравственом стању пацијента, регулисани су бројним међународним регионалним и националним прописима. У Европи посебно су значајни Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода из 1950. године (чл. 8 - право на поштовање свог приватног и породичног живота), Европска социјална повеља из 1961. године (ревидирана 1996. године), Европска повеља о правима пацијената из 2002. године, Повеља о основним људским правима у ЕУ из 2000. године и Уредба ЕУ 2016/679-GDPR из 2016. године. Ова Уредба је најважнији обавезујући правни документ ЕУ о заштити физичких лица у односу на обраду података о личности и о слободном кретању таквих података. Она има непосредно дејство. Изузетно је значајна за све државе које послују на заједничком тржишту ЕУ, укључујући и Србију. Посебно је важан члан 9. који се односи на обраду посебних категорија података о личности (генетски,

⁵¹ Н. Бодирога-Вукобрат, Л. Беланић, *op. cit.*, 353-376.

биометријски и подаци о здравственом стању...). Према овом члану обрада ових података је забрањена, с тим што постоје и изузеци који су таксативно наведени у ставу 2. (од а) до у), нпр: обрада је неопходна за потребе превентивне медицине или медицине рада због процене радне способности запослених, медицинске дијагнозе, ако постоји неопходан разлог јавног интереса итд...).

Сматрамо да је неопходно створити услове за примену наведених међународних и регионалних стандарда како би се спречиле злоупотребе при употреби података о здравственом стању пацијената од стране различитих субјеката и у различите сврхе. Такође, потребно је и адекватније регулисати забрану дискриминације по основу употребе података који су добијени генетским тестирањем. Осим наведеног, потребно је прецизније регулисати пренос или откривање ових података на основу одлуке органа друге државе (нпр. захтев за достављање оригиналне медицинске документације, ради остваривања одређених права из здравственог осигурања и сл.). На основу изложених међународних стандарда, било би добро да се на националном нивоу донесе системски закон, којим би се регулисале све ризичне ситуације и могућности злоупотребе посебне врсте података. Такође, треба донети и правилник којим би се прецизно одредило шта све спада у податке о здравственом стању, а које користе сви субјекти који се баве пружањем и заштитом здравствених услуга.

Radoje Brković, LL.D*

INTERNATIONAL AND EUROPEAN LEGAL FRAMES ON DATA CONFIDENTIALITY WITH PARTICULAR REFERENCE TO PATIENT HEALTH DATA

Summary

We believe that it is necessary to create conditions for the application of the mentioned international and regional standards in order to prevent misuse of the use of patient health information by different entities and for different purposes. It is also necessary to better regulate the prohibition of discrimination on the basis of the use of data obtained through genetic testing. Apart from the above, it is necessary to

*Full-time professor, Faculty of law, University of Kragujevac.

regulate more precisely the transfer or disclosure of this information based on the decision of the authorities of another country (eg request for submission of original medical documentation, in order to exercise certain health insurance rights,etc.).

Key words: *patient, health care, international instruments, European standards.*

СТРУЧНИ РАДОВИ

Мр Ненад Дугалић*

Стручни чланак
УДК: 339.9(-779)

ОСНОВНИ МЕХАНИЗМИ НАЦИОНАЛНЕ ЕКОНОМСКЕ ПОЛИТИКЕ У СЛУЖБИ ПОДСТИЦАЈА КОНКУРЕНТНОСТИ ИНДУСТРИЈЕ ЗЕМАЉА У РАЗВОЈУ

Рад примљен: 26. 04. 2019.

Рад исправљен: 28. 05. 2019.

Рад прихваћен за објављивање: 29. 05. 2019.

Економска политика, поред макроекономске стабилизације има задатак да подстиче позитивне промене у привредном систему, а да благовремено и ефикасно спречи или умањи негативне последице. Међутим, управо су данас националне државе ограничене у спровођењу својих функција. Међународни финансијски систем је премрежио национална финансијска тржишта путем добро организованих уговора, који се односе на суштинска економска, политичка и социјална питања савременог света. Зато се, уместо државне уводи финансијска дисциплина од стране међународних финансијских институција. Оне као моћни актери са сопственим интересима испреплетаним на глобалном, наднационалном плану, сада већ плету мрежу будућих односа. За неолиберале, сасвим је нормално да националне државе, у процесу глобализације препуштају свој економски суверенитет тржишту. Ова тржишна концепција нашла је своју примену у многим земаљама које су под притиском „међународне целовитости“, демонтирале у буквалном смислу речи, преко ноћи, своје дотадашње друштвене системе и редуковале економске функције својих држава у њима (трећи свет и транзиционе економије). Многе државе примењујући такозвану „шок терапију“ доживеле су велико економско назадовање, што се показало као лоше. Зато земље у развоју морају сачувати свој економски суверенитет и преко инструмената економске политике подићи социјалну структуру друштва.

Кључне речи: *економска политика, конкурентност, глобализација, међународне финансије, либерализација.*

* Предавач струковних студија на Високој пословној школи струковних студија, Београд, sonenesa10@gmail.com

I РЕГУЛАТИВА НА МЕЃУНАРОДНОМ ФИНАНСИЈСКОМ ТРЖИШТУ

Процес глобализације савремених финансијских тржишта омогућава да се национална финансијска тржишта интегришу у глобално-светско тржиште. Њихово битно обележје је стално креирање нових финансијских инструмената и брисање граница између националних тржишта, што представља одговор финансијских тржишта на промене у окружењу.¹ Тако се, привредним субјектима пружа могућност да долазе до слободних финансијских средстава и изван граница своје националне привреде. Међутим, због све већег утицаја глобализације на национална финансијска тржишта, поставља се проблем компатибилности регулативе између различитих земаља, па се јавља потреба њиховог међусобног усклађивања. Под утицајем међународних финансијских институција, пре свега, ММФ и СБ, последњих неколико година савремена финансијска тржишта карактерише јачање дерегулационих токова, тј. смањење улоге државе у регулисању финансијских тржишта. Све више се развијају различита регулативна тела у оквиру појединих сегмената финансијског тржишта, на чији рад највећи утицај имају економски најразвијеније земље.

Посредно или непосредно, међународне финансије нарушавају моћ националних економских политика. До тога долази из следећих разлога:²

1. Мобилност капитала и успон интернационализованих тржишних структура угрожава националну регулативу;
2. Дерегулација и интернационализација;
3. Национална монетарна политика суштински губи своју аутономност, јер више не може бити окренута према домаћим реалним агрегатима, него према међународним токовима капитала;
4. У глобализованом финансијском простору државе самостално више нису довољно моћне и морају се удруживати у међународну макроекономску координацију.

Економска политика обухвата сложена питања одржавања опште равнотеже и стимулисања економског раста. У савременим условима процеса глобализације, који се означава носиоцем привредног раста, није могуће једну националну привреду држати изоловану од светских кретања. „Економска политика може бити инспирисана програмом либерализације економских односа са иностранством, што подразумева брже или спорије уклањање и смањење интензитета заштитне политике. На прелазу из нижих у више фазе развоја пресудну улогу има балансирана примена програма заштите и либерализације, са тенденцијом јачања елемената либерализације у систему

¹ М. Кулић, И. Стојановић, *Методe глобализације светског тржишта и деловање транснационалних компанија (ТНК)*, Економске теме бр. 2, 2003, 70.

² А. Грачанац, *Глобализација, држава, алијансе*, Економске теме бр. 2, 2003, 17.

спољноекономских односа“.³ При томе, јасно је да само постепена либерализација спољноекономских односа, уз јасан заштитни систем, води ка успешнијем позиционирању на светском тржишту.

Истовремено, процес глобализације светске привреде неизоставан је у стварању економске политике савремене државе, а посебно у земљама у развоју и оних које су у процесу транзиције. Долази до успостављања приватне својине, тржишне привреде, политичког страначког плурализма и правне државе.⁴ Пошто се интернационализују трговина, инвестиције и финансијски токови, глобализација нарочито утиче на конкурентску позицију земаља у развоју. Те земље, као и већи број привредних субјеката, морају тежити извозној оријентацији, како би се обезбедио динамичан раст девизног прилива, али и потребних увозних инпута, посебно технологије и других фактора неопходних за динамизирање производње. Наравно, да би се постигао овакав развој, он мора бити праћен адекватним мерама економске политике. То подразумева унапређење конкурентског амбијента конкретне националне привреде, као и стабилне макроекономске услове привређивања и либерализацију трговине. На тај начин се ствара повољна клима за ефикасно функционисање привреде и укупан привредни развој.

Међутим, интензивирање либералних активности не подразумева да све треба препустити тржишту и одбацити значајну улогу коју има држава, у смислу подршке одређеним приоритетним секторима привреде. Она се односи на улагања у оне привредне секторе за које приватни капитал није заинтересован. Реч је о инфраструктурним објектима који су неопходни том истом приватном капиталу за његову већу инвестициону ефикасност. Ипак, треба рећи да је сувереност националне економске политике ограничена због самих услова привређивања на светском тржишту, што са собом носи одређене проблеме при изградњи стабилне и јаке националне привреде.

Креатори економске политике, посебно у транзиционим земљама и земљама у развоју, морају веома деликатно да се односе према институционалној структури. Не само да треба уважавати ригидности које она производи у процесу тржишних реформи, већ треба стварати оне институционалне аранжмане кроз које ће и њихове предности максимално да буду искоришћене. Илустративан у том смислу може бити пример јапанске „just-in-time“ производне филозофије. „Ради се о институционалној иновацији, која је са једне стране створила производни систем без премца у тој области производње, а која је истовремено тако дизајнирана да се беспрекорно уклапа у културни образац познат као „дух старог Јапана“. То је остварено низом

³ М. Бошњак, *Економско-финансијски односи са иностранством као основни елемент стратегије развоја*, у: Економско финансијски односи са иностранством - могуће алтернативе у функцији обнове и развоја југословенске привреде, Научно друштво економиста Југославије, Београд, 1999, 49.

⁴ Д. Ж. Марковић, *Социолошке маргиналије о транзицији*, Економске теме бр. 1/2, 1995, 10.

бенефиција радницима, којима се на пример, гарантовало стално запослење, специфичан систем награђивања, учешће у профиту, разне елементе заштите на раду, социјално осигурање. Све то довело је до веома високе мотивисаности радника да се максимално ангажују у сложенем флексибилном систему производње⁵. Такође, чести су и примери где је неформални институционални притисак, ослоњен на широке слојеве становништва, довео до радикалне промене економске политике и враћање на онај модалитет који је примеренији културном миљеу тог друштва.

Адекватна економска политика мора водити бригу о институцијама у савременим условима привређивања. То значи да институционално прилагођавање треба да буде избалансирано, да се не иде у деструкцију затечених институција, док нове, примерене тржишној привреди не буду довршене и функционално оспособљене. „Очување старих институција, ма колико анахроних, носи ризик генерисања интереса и моћи за очувањем старог, али је и то боље него стварање институционалног вакума који води урушавању система“⁶. Међутим, постоје и оперативне мере којима може да се утиче на иновирање постојећих институција и на формирање тржишног менталитета код економских актера. То могу да буду активности на бољој заштити својинских права, стварању окружења стимулативног за предузетништво, као и стварању услова за настанак нових, посебно малих и средњих предузећа.

Савремену праксу политичких и економских односа у свету карактерише глобализација економске политике, која подразумева пренос дела економског суверенитета земаља на међународне институције и асоцијације. У међународним економским односима постоје одговарајућа правила понашања и политика међународних економских асоцијација (ММФ, СБ, ЕУ, СТО), па своју економску политику свака земља мора усклађивати са њиховим правилима и политиком.

II СТРУКТУРНА ЕКОНОМСКА ПОЛИТИКА КАО ФАКТОР РАЗВОЈА ПОЈЕДИНИХ ИНДУСТРИЈСКИХ СЕКТОРА

Током осамдесетих година XX века у литератури почиње све више да се пише о структурној економској политици. Структурна политика подразумева комбинацију монетарне ригидности и фискалне флексибилности. Структурна политика комбинује тржишну флексибилност у отклањању постојећих дисторзија у релативним ценама, девизним курсевима и каматама. Успех структурне политике треба везати за неуспехе монетарно-девизних прилагођавања која променама девизних

⁵ T. Ozawa, *Veblen's Theories of "Latecomer Advantage" and the "Machine Process": Relevancy for Flexible Production*, Journal of Economic Issues, vol. 38, no. 2, 2004, 386.

⁶ Љ. Маџар, *Остваривост реформи с обзиром на њихове домете - скица за једну теорему немогућности*, Економски анали, бр. 159, 2003, 16-17.

курсева и камата нису успела да земље дужнике ослободе кризе дугова током осамдесетих година XX века. У жељи да у сфери привреде отклоне уска грла, на једној, а да у финансирању јавних делатности елиминишу буџетски дефицит, с друге стране, државе су прибегле предузимању мера које на унутрашњем плану треба да отклоне диспаритете цена, а на спољашњем да омогуће либерализацију трговине. Овome треба додати и мере усмерене на активности јачања флексибилности и ослобађања од шокова, било светских, монетарних или домаћих фискалних.⁷ Начела структурне економске политике су: привременост, постепено укидање вишка производних капацитета и елиминисање протекционизма у увозу.⁸

Политика реструктурирања представља прагматичан одговор високо развијених земаља на измењен приступ привредном развоју у времену најинтензивнијих технолошких продора. По правилу, политика реструктурирања је у појединим државама реализована етапно. У првој фази акценат је на јавним улагањима и државној заштити, а у другој на дерегулацији и јачању тржишних односа. Овај облик економске политике подразумева структурно прилагођавање појединих индустријских сектора захтевима тражње, односно преференцијама потрошача, прилагођавање релативних цена и производних фактора, увођење нових, пропульзивних технологија, промену локација производње. У условима озбиљних поремећаја на тржишту оно није способно само да обавља алокацију производних ресурса. По овом тумачењу, деформације тржишта су обима који спутава ефикасну алокацију ресурса, па је логично неопходна државна интервенција. Када се нека индустријска грана подржи од стране државе, број приватних предузећа која улажу у њих ће се повећати.⁹

С тим у вези, најексплицитнији пример врло успешне структурне, пре свега индустријске политике, налазимо код Јужне Кореје, која је за кратко време прешла пут од врло неразвијене до средње развијене индустријске земље. Стратегија индустријског и привредног развоја Јужне Кореје је заснована на државној интервенцији. Развој је најпре започет супституцијом увоза да би у новије време, на бази коришћења економије обима и тзв. стратегије експанзије извоза, развијана бродоградња, петрохемија, аутомобилска и текстилна индустрија, електроника. У циљу спровођења ове стратегије развоја коришћена је политика заштите са сложеним системом квантитативних ограничења и царина, које су примењиване селективно и биле различитог нивоа, уз постојање бројних и

⁷ Ј. Бајец, Љ. Јоксимовић, *Савремени привредни системи*, Београд, 1997, 81.

⁸ М. Божић, *Економска политика*, Ниш, 2002, 10.

⁹ Љ. Савић, М. Лутовац, *Нови концепт индустријске политике у Европској унији*, Економске идеје и пракса бр. 25, 2017, 9.

врло разноврсних олакшица.¹⁰ Политика подстицања извоза у Јужној Кореји је темељена на:¹¹

1. Политици реалног девизног курса,
2. Неограниченом, бесцаринском увозу интермедијарних инпута за извозну производњу (произвођачима се гарантује слободан увоз инпута намењених извозној производњи),
3. Финансирању извоза кроз аутоматско одобравање банкарских кредита за обртна средства, намењених извозној активности у целини,
4. Повременом рационарању инвестиционих кредита условљавањем њиховог одобравања извозном оријентацијом инвеститора,
5. Механизму спољнотрговинских дозвола заснованом на извозним остварењима,
6. Оснивању великих трговинских компанија,
7. Систему везивања извоза и увоза,
8. Систему постављања извозних циљева и задатака,
9. Месечним састанцима посвећеним промоцији извоза.

У оквиру финансијско-кредитног система, вршене су реформе пореског и банкарског система, које су држави омогућиле непосредну контролу над целокупним финансијско-монетарним системом земље. На тај начин, држава је могла одређивати каматне стопе, прилив, одлив иностраног капитала и инвестиције. То је држави омогућило да од почетка 70-их година XX века извозницима даје дугорочне кредите под изразито повољним условима. У политици прилива иностраног капитала држава такође има кључну улогу. У Јужној Кореји током 70-их година XX века, око две трећине иностраних средстава су представљала заједничка улагања. Том приликом држава поставља врло строге захтеве у вези платног биланса, трансфера технологије, запошљавања домаћег становништва, усаглашености са развојним плановима и потребама земље. У проверавању инвестиционих захтева из иностранства, држава (влада) користи „систем позитивног списка“ према коме су сви сектори затворени за иностране инвестиције, уколико то није другачије назначено. Дакле, јужнокорејска држава је, захваљујући мерама индустријске политике, успела да оствари потпуну контролу над приливом иностраног капитала и, што је још важније, усмери га у правцу остварења најважнијих планских опредељења.

У области политике развоја технологија основно опредељење Јужне Кореје је била апсорпција и асимилација, увезене технологије кроз сопствене истраживачко-развојне секторе и владине институције.

¹⁰ Б. Стаменковић, *Индустријска политика у циљу подстицања извозне конкурентности - искуства ново-индустријализованих ЗУР*, Индустрија бр. 4, 1986.

¹¹ Б. Стаменковић, *Индустријска политика подстицања извозне конкурентности - искуство Јужне Кореје*, Индустрија бр. 2, 1989, 53-68.

Указивањем на ових неколико важнијих мера индустријске политике коришћених у Јужној Кореји, имплицитно се намеће закључак да је индустријска политика у врло динамичном развоју Јужне Кореје (нарочито у последње две-три деценије) имала врло значајно место. Између две крајности, односно земаља које уопште немају индустријску политику и земаља у којима је индустријска политика један од значајних фактора успеха, налази се многобројнија група земаља, која је такође хетерогена, како у погледу владајућег система, тако и у погледу места индустрије, односно индустријске политике.¹²

Смисао структурне политике се темељи не само на економским, већ на много ширим друштвеним размишљањима. Она уважава различитост интереса појединих друштвених група, а такође и супротстављеност интереса појединих привредних грана и различитих региона. „У суштини, структурна политика је усмерена на динамизирање стопе привредног раста. У ширем контексту овде се има у виду и политика промоције малих и средњих предузећа, политика стимулса технолошких промена, смањења социјалних издатака, итд. Посебан аспект структурне политике односи се на интернационални карактер привређивања и неопходност убрзања и јачања интернационалних токова робе, капитала, технологије и посебно финансијских средстава“.¹³ Овде треба поменути и настојање савремене државе да на најразличитије начине обезбеди повећање ефикасности јавног сектора. По правилу, структурна политика је дугорочног карактера. Гледано на кратак рок, она покушава да истакне флексибилност тржишта и да ублажи могућност испољавања најразличитијих шокова.

Ако бисмо поставили питање, каква је заправо улога државе у привредном развоју једне земље, несумњиво, одговор би био да је она значајна. У ствари, држава у својим рукама држи и формулисање али и имплементацију стратегије развоја као и механизме за контролу остваривања одређених задатака садржаних у датој стратегији.¹⁴ Чињеница да главну одговорност за функционисање националне економије имају националне власти, упућује на нужност постојања стабилне правне државе.

У условима недовољно развијеног тржишта, држава има задатак да спроводи структурну политику која ће стимулирати формирање индустријских сектора. На тај начин држава може да контролише прилив СДИ, тако што ће омогућавати стварање одговарајућих услова за њихово поспешивање. Тако расте поверење међу потенцијалним инвеститорима у

¹² Н. Савић, *Индустријска политика земаља у развоју*. Београд, 2001, 67.

¹³ Р. De Grauwe, *Економија Монетарне уније*. Нови Сад, 2004, 117-136.

¹⁴ World Bank, *The Road to Stability and Prosperity in South Eastern Europe, A Regional Strategy Paper*, Washington, 2000.

државу и њену регулативу и, уместо повлачења државе из економије, долази до њеног јачања а све у циљу стварања услова за економски развој на тржишним основама.

Држава има обавезу да, мерама и инструментима економске политике и институционалним решењима, ствара конкурентски поредак и да га подржава. Она уређује правила игре и оквирне услове у оквиру којих се може одвијати слободна тржишна утакмица. При томе не треба избацити из вида чињеницу да међународна конкуренција услова привређивања ограничава сувереност националне економске политике, присиљавајући земље да се у све већој мери руководе принципима међународних тржишта.¹⁵ Истовремено, расте значај и неопходан утицај мултинационалних и наднационалних институција које су настале под утицајем интеграционих процеса.

III БАЛАНС ИЗМЕЂУ РЕГУЛАЦИЈЕ И ДЕРЕГУЛАЦИЈЕ У СФЕРИ БУЏЕТСКЕ ПОЛИТИКЕ

Интеграција у светске економске токове, иако нуди огромне могућности развоја у светским оквирима, подразумева услове укључивања у светске интеграције који нису једнаки за све земље. Неке државе брже постају део светске привреде у односу на друге и за њих то значи вишу стопу раста и развоја. Међународна компонента привредног развоја подразумева и динамизирање привредних активности, те је побољшање економских перформанси праћено позитивним резултатима у свим другим областима.¹⁶ У супротном, затвореност економских политика и игнорисање импулса са светске сцене подразумева опадање привредних активности, пад животног стандарда, монетарне поремећаје, што све дубље води негативном спиралом у нове проблеме. Јасно је, дакле, да су могућности које са собом доноси глобализација неодвојиве од различитих ризика, почев од монетарне нестабилности, преко опасности од експлоатације услед формирања нових односа снага на светском тржишту, па све до губљења националног државног суверенитета.

Међутим, економска политика управо има ту обавезу да налази оптимални баланс између тржишта и државне регулативе. Држава је принуђена да преко буџетске политике смањује порезе и да својим мерама стално отклања низ ограничења и сувишну регулативу. Ипак, претерана дерегулација може довести до негативног утицаја на привреду и

¹⁵ В. Лековић, *Конкурентност привреда земаља у транзицији у условима глобализације*, Економске теме бр. 1/2, 2005, 206.

¹⁶ Р. Ј. Wadell, *The National Interest, Tainted Transactions*, New York, 2004, 24.

становништво, па је неопходно непрестано тражити равнотежу између либерализације и регулације.¹⁷

Савремене тржишне привреде преко буџета ангажују и троше врло велике износе свог бруто националног производа. „Све до тридесетих година учешће државних расхода у домаћем производу било је испод 20%, да би до њихове ескалације дошло после Другог светског рата, а посебно 60-их и 70-их година, када је њихово учешће у домаћем производу порасло и на преко 50%. При томе је значајно истаћи да су друштвени расходи расли знатно брже од стопе раста домаћег производа. Тај процес раста буџетских расхода наставио се и током 80-их година, упркос оживљавању неолибералних концепција и инсистирању на дерегулацији и приватизацији“.¹⁸

Својом буџетском политиком држава врши прераспodelу националног дохотка, мења структуру и обим државне потрошње и утиче на привредни развој. У кратком року висина јавне (државне) потрошње није директно повезана са величином бруто домаћег производа. Може се догодити да јавна потрошња расте а да се величина бруто домаћег производа смањује, односно стагнира, а и супротно, да износ бруто домаћег производа расте а да се величина јавне потрошње смањује. Међутим, дугорочно посматрано континуирано смањење бруто националног производа мора довести до смањења јавне потрошње.

Буџет је врло значајан инструмент деловања на друштвене и политичке односе у сваком друштву, будући да се њиме прикупљају и дистрибуирају огромна финансијска средства. Стога се око буџета и буџетске политике сукобљавају многи, у основи противуречни, социјални и политички интереси у сваком друштву.

Евидентна је директна повезаност буџета са кретањима у привреди, будући да буџет има непосредан утицај на поједине економско-политичке мере. Утицај буџета долази до изражаја преко деловања прихода и расхода на производњу, потрошњу, цене, инвестиције и слично. У принципу, буџетска политика и њени економски циљеви долазе до изражаја кроз дејство буџета на алокацију ресурса, као и кроз редистрибутивну и стабилизациону функцију буџета.¹⁹

Утицај појединих инструмената и мера буџетске политике на реализацију задовољавајуће стопе привредног раста и стабилности цена произилази из једноставне чињенице да формирање јавних прихода и извршење јавних расхода делује на промену понашања појединих

¹⁷ В. Лековић, *Економија: филозофија, систем, политика*. Крагујевац, 2000, 206.

¹⁸ *Ибид.*, 231.

¹⁹ R. Musgrave, *Теорија јавних финансија*, Београд, 1973, 5-27.

економских актера, а тиме и на обликовање основних макроекономских величина.²⁰

Активности усмерене у правцу реализације стабилизационе и развојне функције су интервенционистичке државне мере којима се настоји обезбедити потребна друштвена ефикасност развоја. Неразумевање ових функција савремене државе може бити изражена кочница економском и друштвеном просперитету. Улога државе, када је у питању буџетска политика, односи се на стварање и побољшавање услова за функционисање фискалног и монетарног система. У тим областима, држава својим инструментима води макроекономску политику одржавања опште домаће и спољнотрговинске равнотеже. Кроз своју законодавну улогу, држава је директно укључена у процес креирања и функционисања институционалних елемената, који мање или више погодују економском расту и развоју. Пракса је показала, да је развој институција тржишне привреде био директно повезан са развојем фискалних потреба државе. Заправо, у циљу стварања повољнијег амбијента за функционисање тржишног механизма, боље алокације ресурса, као и побољшање услова за привлачење страних инвестиција, држава је приморана да смањује порезе и да стално отклања непотребну регулативу. На такве мере државе утичу и међународне финансијске институције, што значи да је и у овој, изворно државној функцији, знатно ограничен суверенитет.

IV УЛОГА ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ

Централна банка је најважнија финансијска институција у оквиру националне државе, задужена за монетарну стабилност. Она треба да координира мере монетарне политике са мерама фискалне политике.²¹ Политика централне банке утиче на каматне стопе, количину кредита и новчану масу, што пак непосредно утиче не само на финансијска тржишта већ и на укупну производњу и инфлацију. Да бисмо разумели улогу централне банке на финансијским тржиштима и у целокупној привреди, морамо најпре знати ко контролише централну банку и одређује њене активности.

За разлику од америчког Система федералних резерви (ФЕД), који је децентрализован у 12 регионалних централних банака у приватном власништву, централну банку у другим развијеним земљама представља једна централизована јединица. ФЕД је у многоструком независан за једну владину агенцију и представља једну од најнезависнијих централних

²⁰ С. Цветановић, Д. Јововић, И. Младеновић, *Стратегијске политике европских интеграција*, Ниш, 2007, 128.

²¹ М. Ерић, М. Бабин, М. Црнобрња, *Ефекти очувања монетарног суверенитета Србије*, Српска политичка мисао бр. 3, 2017, 102.

банака у свету. Међутим, ФЕД није ослобођен политичких притисака. Да би се разумело понашање ФЕД-а, мора се имати на уму да јавна подршка активностима које он спроводи има веома важну улогу.²² Зато је политика комуникације централне банке, у било којој земљи, суочена са задатком да преноси неопходне информације јасно и са одговарајућим нагласком на суштину. Транспарентност значи да се одлуке монетарне политике морају пренети друштву, а не да буду остављене централној банци. Поред тога, када централна банка често није сигурна у системске ризике, ризикује да окрњи свој углед онда када њена интервенција није оправдана или када не успе да делује у вези са нечим зашта се касније испостави да је била системска криза.²³

Раније су Федералне резерве биле далеко независније од скоро свих осталих централних банака, осим немачке и швајцарске централне банке. Сада је новооснована Европска централна банка далеко независнија од ФЕД-а. Већу независност оствариле су и централна банка Велике Британије и централна банка Јапана, које су сада на једнаком нивоу као и ФЕД, а и централне банке земаља попут Новог Зеланда, Шведске и земаља еврозоне оствариле су такође већу независност. На супротном полу, институционалну независност није имала ни централна банка у социјалистичким земљама. Централна банка у овом облику економске организације била је део владе.²⁴ Теорија и пракса нам указују да независније централне банке креирају бољу монетарну политику, тј. подстичу такав тренд.

Пошто је циљ монетарне политике мање или више експлицитно утврђен и у законодавствима националних држава, могло би се рећи да централна банка нема циљну независност. Савремени концепт независности централне банке је њена операционална независност, односно способност да самостално утврђује скуп инструмената монетарне политике за регулисање количине новца у оптицају. То, са друге стране значи, да други државни органи не смеју утицати на избор ових инструмената и на њихову примену, нити их стављати ван снаге. У овоме је смисао одредбе Уговора о оснивању ЕУ, у коме се каже да „у вршењу надлежности и обављању послова и дужности пренесених уговорима и Статутом ЕСЦБ и ЕЦБ, ни Европска централна банка, нити национална централна банка, нити било који члан њихових органа одлучивања, не сме тражити нити примати упутства од институција, органа, служби или агенција Уније, од било које владе државе чланице или било ког другог органа. Институције, органи, службе и агенције Уније, као и владе држава

²² B. Woodward, *Maestro: Greenspan's Fed and the American Boom*, New York, 2000.

²³ G. Prasanna, S. Hyun-Song, *Transparency and Financial Stability*, Financial Stability Review no 15, 2003, 102.

²⁴ В. Васильевич Лавров, *Финанси и кредит*, Финансии, Москва, 1997, 362.

чланица обавезују се да ће поштовати ово начело и да неће настојати да утичу на чланове органа одлучивања Европске централне банке или националних централних банака у обављању њихових послова.“²⁵

Да би се остварила оваква независност централне банке, њен законски и фактички положај мора бити такав да јој обезбеђује дискреционо право у избору инструмената и циљева монетарне политике, али и слободу у доношењу одлука о монетарној политици, ван утицаја државних органа. Пошто централна банка има и друге функције, њена оперативна независност мора бити оријентисана и на онемогућавање утицаја међународних финансијских институција и тржишних актера као што су комерцијалне банке, на вођење укупне кредитно-монетарне политике.

Заговарачи независне централне банке сматрају да ће макроекономски учинак бити бољи што је централна банка независнија. Наиме, кад се централне банке рангирају почев од најзависније па до најнезависније, види се да је учинак по питању инфлације најбољи у оним земљама у којима су централне банке најнезависније.²⁶ Иако се чини да већа независност централне банке утиче на нижу стопу инфлације, то се не постиже на рачун слабијег реалног економског учинка. Земље које имају независне централне банке неће имати ништа већу стопу незапослености или веће флукуације производње него земље у којима су централне банке мање независне.

Независност централне банке, не значи да она не треба да има у виду циљеве економске политике уопште, нити да је она самостална грана у подели власти. „Монетарна власт, на чијем челу је Централна банка, посебан је облик власти у систему поделе власти. Централна банка, као део извршне власти, остварује независност само ако истовремено законодавној власти одговара за остваривање својих функција и ако своје функције врши на начин који омогућава економским субјектима и јавности да схвате и разумеју процес доношења њених одлука“.²⁷ Управо, асиметричност информација у монетарно-кредитној области, представља компаративну предност централне банке и кључни фактор њене независности. Покушај утицаја на одлуке о монетарној политици других државних органа, претпостављало би да они располажу са много више информација у датој области, што није случај.

²⁵ Пречишћен текст Уговора о функционисању Европске уније, члан 130 (ранији члан 108 УЕЗ), http://www.azzk.me/1/doc/Ugovor_o_funkcionisanju_EU.pdf, датум посете: 15.02.2019.

²⁶ A. Alesina, L. H. Summers, *Central Bank Independence and Macroeconomic Performance: Some Comparative Evidence*, Journal of Money, Credit and Banking no 2, 1993, 151.

²⁷ А. Григорьевич Братко, *Центральный банк в банковской системе России*, Москва, 2001, 140.

Међутим, независност централне банке није и не може бити апсолутна, јер одлуке централне банке имају веома велики утицај, како на понашање економских чинилаца, тако и на живот грађана. Уколико централна банка не води рачуна о стању у реалном сектору, посебно имајући у виду циклично кретање привреде и друге мере економске политике, могуће је да монетарном политиком допринесе продубљивању економских криза. На ово је посебно указао Милтон Фридман, оптужујући федерални систем резерви да је погрешном монетарном политиком допринео разбуктавању економске кризе 1929. године, јер није на време обезбедио ликвидност банкарском сектору, како би се пребродила криза настала крахом Њујоршке берзе.²⁸

Ипак, монетарна сувереност у условима глобализације је доста нарушена. Суверено право државе да регулише сва питања која се односе на емитовање новца и вођење монетарне политике преноси се на ниво глобалне, заједничке суверености. Такав је случај са Европском Унијом. Када се упоређује јединствена монетарна политика коју спроводи ЕЦБ и независне фискалне политике земаља чланица, настаје проблем код дефинисања начина и могућности усаглашавања њихових циљева. Основни циљ монетарне политике ЕЦБ је обезбеђење стабилности на средњи рок, док се независним фискалним политикама земаља чланица монетарне уније мора деловати на подстицање раста оутпута. У том контексту, независност централне банке је потребна и представља средство за снижавање инфлације и обезбеђивање услова за стабилан економски раст и повећање запослености, као и спровођење структурних промена у банкарском сектору. То су и циљеви реформи монетарно-кредитног система, не само у земљама у развоју, већ и сваке економски суверене националне државе.

V ЗАКЉУЧАК

Намеће се закључак, да економска политика у процесу глобализације подразумева да свака национална држава, неминовно мора изградити сопствену националну стратегију развоја економије. Таква стратегија развоја би требало, између осталог, да одреди како креирати економску политику која треба да минимизира негативне утицаје процеса глобализације. Стратегија би тачно позиционирала место и улогу сваког појединачног привредног и непривредног актера у изградњи националне економије. То подразумева укључивање у међународне токове, пре свега, кроз изградњу отворенијег система националне економије и на тој основи остваривање учешћа путем сопствених привредних субјеката који су мотивисани за обављање пословних активности на међународном

²⁸ M. Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago, 1982, 41-45.

тржишту рада, услуга, технологије и капитала. При свему томе, морала би да буде јасно истакнута економска оправданост неопходности институционалне инфраструктуре, без које не би могла да се изгради привреда, заснована на тржишним принципима. Зато, само у случају када постоји јасна економска политика, могуће је развити привреду и повећати њену конкурентност.

Међутим, економске политике су све мање у надлежности држава, односно влада и њихових институција, с обзиром на притиске који долазе од међународних финансијских организација али и транснационалних корпорација. Земљама у развоју се постављају услови трговине, обавеза успостављања слободног тржишта иако многе од њих нису спремне да издрже конкуренцију, препоручује се тржишни систем слободних цена, мада је познато да такав систем више не постоји ни у развијеним земљама. Ипак, држава има обавезу да, мерама и инструментима економске политике и институционалним решењима, ствара конкурентски поредак и да га подржава. Она уређује правила игре и ствара услове у оквиру којих се може одвијати слободна тржишна утакмица. При томе, не треба избацити из вида чињеницу да међународна конкуренција услова привређивања ограничава суверенитет националне економске политике, присиљавајући земље у развоју да се у све већој мери руководе принципима међународних тржишта.

Nenad Dugalić, LL.M

BASIC MECHANISMS OF NATIONAL ECONOMIC POLICY AS A STIMULUS OF COMPETITIVENESS OF THE DEVELOPING COUNTRIES INDUSTRIES

Summary

At the present stage of the process of globalization, national economies cannot remain only passive observers of its movement, but must actively participate and become an equal subject in the market game. Regardless of its own, both innate and acquired defects, the market cannot be omitted from the process of globalization. Therefore, the role of national states must concentrate on creating a favorable macroeconomic environment for intensifying the growth of the domestic economy on one, apropos, to the strengthening of its foreign

* Lecturer, High school of professional business studies Belgrade.

positions, on the other side. In this context, national states should retain their legislative, organizational and control powers, not with the aim of eliminating the market, but vice versa, to direct it in the desired directions. National states have small, or almost no, options for their choice. Establishing a global free market is a political project in the interest of the wealthy developed capitalist countries. The main conclusion of this study should be a mandatory task, especially for the small and undeveloped economies to develop its own strategy of economic and social development. The starting premises would be: the pace of economic growth, the degree of openness of the economy, the real possibility to engage in global processes, etc., and only then, the concept for their integration into the world economy can be built. The synthesis of the economic and social component can further conceive the strategy of liberalization, that is, competitiveness. At the same time, it could be possible to work on the formation of regional integration units for better protection of the national economic interests in general, or protecting domestic enterprises in competition with the TNC, in particular. Regional integration unities, as stronger than national ones, can more successfully fight for more equal treatment at the international level. Therefore, the process of globalization that is realized by linking special societies that are organized as states (most often national ones) should not be carried out by abolition, but by state cooperation. The abolition of national states would present a basis for destroying the culture of peoples and nations, erasing their traditions, and in that context limiting the possibility of expressing the special features and integrity of their citizens. The vision of the globalized world should seek a new balance of forces and influences that will be based on an open and fruitful dialogue and full respect for the dignity of others, or in other words respecting the cultural specifics of each nation.

Key words: economic policy, competitiveness, globalization, international finance, liberalization.

Мр Саво Ђурђић*

Стручни чланак
УДК: 343.1-053.6

ТРОШКОВИ ОДБРАНЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА – ЗАКОНСКА РЕШЕЊА И ПРОТИВРЕЧНОСТИ У СУДСКОЈ ПРАКСИ

Рад примљен: 16. 07. 2019.

Рад исправљен: 15. 09. 2019.

Рад прихваћен за објављивање: 16. 09. 2019.

У члану 79. став 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица је одређено да суд може малолетника обавезати да сноси трошкове кривичног поступка и испуњење имовинскоправног захтева, само уколико је малолетнику изрекао казну. Ако је према малолетнику изречена васпитна мера или је поступак обустављен, трошкови поступка падају на терет буџетских средстава и оштећени се ради остваривања имовинскоправног захтева упућује на парнични поступак, уз изузетак из ст. 2. истог члана уколико малолетник има приходе или имовину. То је стога јер се васпитне мере изричу решењем и малолетник се не оглашава кривим. Судска пракса у овој области је била неуједначена, али је на основу одлука Врховног касационог суда и става заузетог 30.6.2015. постигнуто да се законска одредба из чл. 79. примењује униформно, уз поменуте изузетке. Истовремено, судије за малолетнике указују да, осим бранилаца по службеној дужности који обавезно поседују сертификат о стеченим посебним знањима из области права детета и преступништва младих којима се накнада умањује за 50% у односу на Адвокатску тарифу, све чешиће право на накнаду трошкова у кривичном поступку према малолетнику и то у пуном износу остварују и браниоци које су малолетници или њихови заступници ангажовали по основу пуномоћи независно од тога да ли поседују сертификат или не. Ово је подстакло идеју да се питање трошкова одбране малолетника у кривичном поступку покрене за расправу, полазећи од законских решења и судске праксе. На крају, даје се предлог да се једна од уочених противречности из праксе спровођења члана 79. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, може превазићи допуном одредбе ст. 1. овог члана.

*Судија Апелационог суда у Новом Саду, savo.djurdjic@gmail.com

Кључне речи: *малолетничко кривично право, трошкови кривичног поступка, трошкови одбране малолетника.*

I СТАТУС МАЛОЛЕТНИХ УЧИНИЛАЦА КРИВИЧНИХ ДЕЛА У МАЛОЛЕТНИЧКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Пратећи тенденције које су последњих деценија присутне у многим европским и другим државама и артикулисане кроз бројне међународне документе¹, и у Републици Србији је 2005. године изведена реформа кривичног законодавства за малолетнике - учиниоце кривичних дела. Донет је нови *Кривични законик*² (у даљем тексту: КЗ) и посебан *Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*³ (у даљем тексту: ЗМУКДКЗМЛ). На овај начин су малолетни учиниоци кривичних дела, али и заштита малолетних лица у кривичном поступку, потврдили свој посебан положај у кривичном праву Републике Србије.

У члану 4. ЗМУКДКЗМЛ одређује се однос општих кривичноправних одредби према специјалним одредбама о малолетницима којима се даје предност. Садржај и форма малолетничког кривичног права у општим цртама би требали да буду одређени циљевима који се желе постићи у сузбијању малолетничког криминалитета. Оно је оријентисано, пре свега, на мере које ће заиста бити мере социјализације, са што је могуће мање елемената принуде и ограничавања слободе, а што више помоћи, бриге, надзора и отклањања сметњи у нормалном развоју малолетника. Могло би

¹ Међународни документи који су били од нарочитог значаја за доношење Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица и развој система малолетничког правосуђа у Републици Србији су: Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966.г., Конвенција УН о правима детета из 1989.г. (ратификована од стране СФРЈ, "Службени лист СФРЈ - Међународни уговори", 15 од 21.12.1990) са Опционим протоколима из 2000.г., Стандардна минимална правила УН за малолетничко правосуђе (Пекиншка правила) из 1985.г., Смернице УН за превенцију малолетничке делинквенције (Ријадске смернице) из 1990.г., Правила УН о заштити малолетника лишених слободе из 1990.г. и Стандардна минимална правила УН за мере алтернативне институционалном третману из 1990.г. Према: *Права детета и малолетничко правосуђе*, Одабрани међународни документи, УНИЦЕФ, Београд, 2004.

² *Кривични законик* („Службени гласник РС“, бр.85/05 од 06.10.2005, 88/05 од 14.10.2005, 107/05 од 02.12.2005, 72/09 од 03.09.2009, 111/09 од 29.12.2009, 121/12 од 24.12.2012, 104/13 од 27.11.2013, 108/14 од 10.10.2014, 94/16 од 24.11.2016. и 35/19 од 21.05.2019.)

³ Објављен у „Службеном гласнику РС“, бр.85/05, донет 29.9.2005., примењује се од 1.1.2006.г. У овом раду користимо скраћеницу пуног назива Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица – ЗМУКДКЗМЛ, иако се у пракси углавном користи скраћени назив закона - Закон о малолетницима – ЗМ.

се чак говорити о томе да малолетничко кривично право у једном свом значајном делу представља пара или квази кривично право јер се многи принципи и институти који су у ранијем класичном поимању кривичног права у првом плану (нпр. казни и ретрибутивни карактер кривичног права, сразмерност на плану избора и одмеравања кривичних санкција, максималне гаранције на плану материјалног и процесног права и др.) знатно модификовани или су од другоразредног значаја. С друге стране, малолетничко кривично право прелази оквире кривичног права и садржи један део норми које по својој суштини нису кривичноправне норме, а у неким ситуацијама се и директно примењују норме других грана права (нпр. породичног права, социјалног старања и др.).⁴

Ипак, модел поступка према малолетницима у Републици Србији је правосудне оријентације. Самим тим што је битно модификован у односу на општи кривични поступак који је уређен *Законом о кривичном поступку*⁵ (ЗКП), кривични поступак према малолетницима сматра се *посебним кривичним поступком*. Све битније модификације у поступку према малолетним учиниоцима кривичних дела у Србији (попут посебне улоге органа старатељства, ширег деловања начела опортунитета кривичног гоњења, краћих рокова трајања притвора, другачије терминологије итд.), у суштини су засновани на тенденцији да се малолетник заштити, односно да добије повољнији кривичнопроцесни положај, у поређењу са пунолетним окривљеним против којег се води кривични поступак.⁶

ЗМУКДКЗМЛ је, између осталог, увео обавезу да малолетник мора имати браниоца приликом првог саслушања и током читавог поступка, али и обавезну едукацију и сертификацију судија, тужилаца и полицајаца за малолетнике, као и бранилаца малолетника, а првостепену надлежност везао искључиво за окружне судове.⁷ Позната је оцена домаћих и страних експерата да је текст ЗМУКДКЗМЛ у складу са савременим законским решењима, јер је уважаио стандарде из Универзалне декларације о

⁴ З. Стојановић: *Кривично право – општи део*, 21. издање, Београд, 2014, 390.

⁵ Законик о кривичном поступку ("Службени гласник РС", бр.72/11 од 28.09.2011, 101/11 од 30.12.2011, 121/12 од 24.12.2012, 32/13 од 08.04.2013, 45/13 од 22.05.2013, 55/14 од 23.05.2014. и 35/19 од 21.05.2019)

⁶ М. Шкулић: *Реформа малолетничког кривичног права у Србији*, Зборник: Малолетници као учиниоци и жртве кривичних дела и прекршаја, Институт за криминолошка и социолошка истраживања (ур. И. Стевановић), Београд, 2015, 39-68, 46.

⁷ Видети: Љ. Лазаревић и М. Грубач: *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Београд, 2005.; С. Соковић, С. Бејатовић: *Малолетничко кривично право*, Крагујевац, 2009., М. Шкулић: *Малолетничко кривично право*, Београд, 2011. Од страних аутора, видети: F. Dunkel: *Juvenile Justice Systems in Europe – Reform development between justice, welfare and new punitives*, Kriminologijos studijos, Vilniaus, 2014/1, 31-76.

људским правима, Конвенције о правима детета и докумената ЕУ из ове области. Међутим, убрзо је оцењено да је пракса спровођења закона показала бројне слабости и неуједначен квалитет.⁸

II ЗАКОНСКА РЕШЕЊА О ТРОШКОВИМА КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА И ИСПУЊЕЊА ИМОВИНСКОПРАВНОГ ЗАХТЕВА У ПОСТУПКУ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА

У члану 79. став 1. ЗМУКДКЗМЛ је одређено да суд малолетника може обавезати да сноси трошкове кривичног поступка и испуњење имовинскоправног захтева, само уколико је малолетнику изрекао казну. Ако је према малолетнику изречена васпитна мера или је поступак обустављен, трошкови поступка падају на терет буџетских средстава, а оштећени се ради остваривања имовинскоправног захтева упућује на парнични поступак. То је стога, јер се васпитне мере изричу решењем, а не пресудом, и малолетник се не оглашава кривим. Став 2. истог члана закона предвиђа да уколико малолетник има приходе или имовину, а изречена му је васпитна мера или је поступак обустављен из разлога што је суд оценио да није целисходно изрећи казну малолетничког затвора или васпитну меру, малолетник се може обавезати да сноси трошкове кривичног поступка и да испуни имовинскоправни захтев.

У кривичном поступку према малолетницима оштећени се не може јавити као супсидијарни или као приватни тужилац, али се као оштећени може појавити и поставити свој имовинскоправни захтев и захтев за накнаду трошкова. Имајући у виду одредбе чл. 49. ЗМУКДКЗМЛ, практичног интереса за наведени захтев оштећени може имати уколико је у изгледу осуда на казну малолетничког затвора или уколико малолетник поседује приходе или имовину. Оштећени у кривичном поступку према малолетнику и иначе нема пуно интереса, уколико се не ради о повраћају ствари, с обзиром да малолетници по правилу немају своје приходе или имовину, а његови родитељи не могу бити обухваћени захтевом пред кривичним судом.

Материји извршења васпитних мера, припада обавеза суда на основу чл. 94. ст. 1. ЗМУКДКЗМЛ када изрекне васпитну меру, на предлог јавног тужиоца или органа старатељства, може да утврди и висину доприноса који у трошковима извршења одређених васпитних мера и казне малолетничког затвора треба, уколико су у могућности, а према свом

⁸ Видети: О. Перић, Н. Милошевић и И. Стевановић: *Политика изрицања кривичних санкција према малолетницима у Србији*, Београд, 2008; Г.Стојановић-Милошевић: *Принципи у међународним документима и поступак према малолетницима у нашег кривичном поступку с освртом на неке проблеме у пракси*, у „Малолетничко правосуђе у Републици Србији“ (ур. И. Стевановић), Београд, 2012, 81-89.

имовном стању, да сноси родитељ, односно лица која су дужна да издржавају малолетника и сам малолетник. Наведена ситуација је изузетно ретка у пракси наших судова, иако ЗМУКДКЗМЛ предвиђа да уколико је за одлучивање о њему потребно спровести опсежније испитивање ради утврђивања имовног стања, суд може изрећи кривичну санкцију, а одлуку о трошковима извршења, која је у форми решења, може оставити за касније.

За тему овог рада је битно да малолетник према коме је изречена васпитна мера, а то је случај у највећем броју предмета, по правилу не плаћа трошкове поступка нити може бити обавезан на испуњење имовинскоправног захтева. Ова одредба је последица правила да лице које није оглашено кривим не може ни бити осуђено на плаћање трошкова кривичног поступка (чланови 264. и 265. ЗКП), уз изузетак из чл. 49. ст. 2. ЗМУКДКЗМЛ. Према једној давнашњој одлуци Врховног суда Србије – Одељење у Новом Саду (Кжм.15/69), трошкови поступка према малолетнику редовно падају на терет буџетских средстава и то не само унапред исплаћени трошкови из средстава органа који је води поступак, него и нужни издаци окривљеног (сада би рекли - малолетника) и нужни издаци и награда браниоца, као и нужни издаци оштећеног и награда и нужни издаци његовог пуномоћника. Сматрамо да су у праву они аутори који наводе да овај став судске праксе захтева да буде преиспитан, бар делимично, с обзиром на важеће одредбе чл. 79. ст. 2. ЗМУКДКЗМЛ.⁹

III ОСНОВНА ЗАКОНСКА РЕШЕЊА И ПРОБЛЕМИ У ПРАКСИ СПРОВОЂЕЊА ОДРЕДАБА О ТРОШКОВИМА ОДБРАНЕ МАЛОЛЕТНИКА

За предлагача досадашњих радних верзија и *Нацрта Закона о изменама и допунама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, па и новог законског текста, питање трошкова поступка према малолетницима није било приоритет.¹⁰

⁹ О. Перић: *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, друго допуњено издање, Београд, 2007, 161.

¹⁰ 30.06.2009. г. у Правосудном центру за обуку и стручно усавршавање у Београду је одржана шира стручна јавна расправа о радној верзији *Закона о изменама и допунама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица* која је обухватила и *Правилник о измирењу са оштећеним*, након чега су, без икаквог објашњења, наведени документи изостављени из „сета правосудних закона“. Слично се догодила и са радном верзијом документа истог назива крајем 2011. године, када је донет нови *Законик о кривичном поступку*. Измене и допуне ЗМУКДКЗМЛ су изостале и када је поменути ЗКП 1.10.2013. почео да се примењује у судовима опште надлежности. Дана 11. децембра 2015. године на сајту Министарства правде Републике Србије објављен је текст *Нацрта Закона о малолетним учиниоцима*

Ипак, од почетка примене ЗМУКДКЗМЛ, поједини теоретичари су указивали да се малолетник, осим у случају казне малолетничког затвора и околности из чл. 79.ст.2. ЗМУКДКЗМЛ, не може обавезати на плаћање трошкова кривичног поступка нити на испуњење имовинскоправног захтева. Ово тим пре што они обухватају и оне трошкове које је нужно имао оштећени, па је стога погрешно да се оштећени у погледу тих трошкова ЗМУКДКЗМЛ упућује на парнични поступак. Истовремено су тврдили да ће се одредба чл. 79. ст. 2. ЗМУКДКЗМЛ, као одступање од ст. 1., бити факултативно примењивана према незнатном броју учинилаца кривичних дела и да није довољно одређена.¹¹

Основно законско решење у погледу трошкова кривичног поступка и испуњења имовинскоправног захтева, према одредби из прве реченице чл. 79. ст. 1. ЗМУКДКЗМЛ, се примењује уколико је суд малолетнику изрекао казну малолетничког затвора. У том случају одлука се изриче у форми пресуде којом се малолетник оглашава кривим у облику предвиђеном у чл. 424. важећег ЗКП.

С обзиром да се казна малолетничког затвора (чланови 28. и 29. ЗМУКДКЗМЛ) изриче искључиво старијим малолетницима у трајању од шест месеци до пет година, а да се у трајању до десет година изриче само за кривично дело за које прописана казна затвора двадест година или тежа казна или у случају стицаја два кривична дела за која је прописана казна затвора тежа од десет година, до сада је она изрицана ретко, што се може видети из расположивих статистичких података Републичког завода за статистику Србије. Такође, у досадашњој пракси спровођења ЗМУКДКЗМЛ, малолетни учиниоци кривичних дела су ретко имали приходе или имовину, која је утврђена од стране суда и довела до одлуке да трошкове поступка сноси малолетник. Стога је правило о трошковима кривичног поступка које се највише примењује у пракси судовања према малолетницима и испуњења имовинскоправног захтева садржано у чл. 79.

кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку. Јавна расправа о наведеном Нацрту закона је трајала до 25. јануара 2016.г., али није окончана сачињавањем Извештаја о јавној расправи. Према раду С. Ђурђић, В. Софреновић и Љ. Марковић: *Нацрт Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку – осврт на коментаре, сугестије и предлоге судија и тужилаца за малолетнике, као и других учесника, изнете у јавној расправи*, Билтен ВКС 1/2018, Београд, 313-359, ни у једном од наведених докумената се не предлажу измене или допуне члана 79. ЗМУКДКЗМЛ, осим у предлогу новог законског текста у коме се предвиђа да у случају изрицања кривичне санкције или одређивања васпитног налога „суд може обавезати малолетника на плаћање трошкова и имовинскоправног захтева“, о чему ће бити више речи у делу V овог рада.

¹¹ О. Перић: *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, друго допуњено издање, Београд, 2007, 161-162.

ст. 1. ЗМУКДКЗМЛ и гласи: „Ако је према малолетнику изречена васпитна мера или је поступак обустављен, трошкови поступка падају на терет буџетских средстава, а оштећени се ради остваривања имовинскоправног захтева упућује на парнични поступак.“

Тумачење и примена чл.79. ЗМУКДКЗМЛ је довела до тога да се у пракси рада судија за малолетнике у Републици Србији сви трошкови, осим наведених изузетака, одређују на терет буџета. С друге стране, у пракси то право малолетника, осим ангажованих бранилаца по службеној дужности који обавезно поседују сертификат о стеченим посебним знањима из области права детета и преступништва младих којима се накнада умањује за 50% од награде предвиђене Тарифом о наградама и накнадама за рад адвоката, све чешће остварују и браниоци које су малолетници или њихови законски заступници ангажовали по основу пуномоћја независно од тога да ли поседују сетификат или не, а своје трошкове наплаћују у пуном износу.

У разматрањима наведене проблематике недовољно се уважава чињеница да је чланом 49. ст.1. ЗМУКДКЗМЛ утврђено право и обавеза малолетника да мора имати браниоца већ приликом првог саслушања, као и током читавог поступка. Законодавац утврђује и обавезу судије за малолетнике да, уколико сам малолетник, његов законски заступник или сродник не ангажују браниоца, постави малолетнику браниоца по службеној дужности (ст. 2.). На крају, у ст. 3 истог члана утврђује да овај бранилац може бити само адвокат који је стекао посебна знања из области права детета и преступништва младих. Реч је о правима која, сагласно одредбама ЗКП, немају пунолетни учиниоци кривичних дела. На почетку примене ових одредби које су биле апсолутна новост, судска пракса је прихватила тумачење у погледу сертификата бранилаца да формулација из чл. 49. ст. 3. ЗМУКДКЗМЛ. реч „може“ не значи и мора, па је на тај начин омогућено малолетницима, њиховим законским заступницима и сродницима да у сваком тренутку поступка могу на основу пуномоћја ангажовати као браниоца малолетника не само адвоката по свом избору, него и адвоката који нема сертификат о посебним знањима у области права деце и преступништва младих.

У случајевима када је малолетнику изречена васпитна мера или је поступак обустављен из разлога што није целисходно изрицање казне малолетничког затвора или васпитне мере, сматрамо да би било правичније и једноставније за примену, а истовремено не би угрозило права малолетника на обавезну одбрану, да се прецизира и конкретизује наведени став, чије тумачење и примена је довела до тога да се у пракси рада судија за малолетнике у највећем броју судова у Републици Србији сви трошкови, када је малолетнику изречена васпитна мера или је поступак обустављен због нецелисходности изрицања кривичних санкција, одређују на терет државног буџета.

IV ОСВРТ НА СУДСКУ ПРАКСУ О ТРОШКОВИМА ОДБРАНЕ МАЛОЛЕТНИХ УЧИНИЛАЦА КРИВИЧНИХ ДЕЛА

А. Судска пракса о трошковима одбране малолетника пре ступања на снагу новог Законика о кривичном поступку

У објављеној судској пракси као стручном раду о трошковима кривичног поступка према малолетницима из 2013. године¹² постоје две одлуке. Једна одлука се односи на трошкове браниоца малолетника и гласи: „*Нужни издаци и награда браниоца малолетника падају на терет буџетских средстава суда и када је поступак према малолетнику обустављен из разлога нецелисходности примењивања васпитне мере.*“ (Решење Врховног суда Србије, Кжм.П 39/07 од 10.07.2007.) У образложењу одлуке се истиче да се обустава поступка услед нецелисходности примењивања васпитне мере не може уподобити са обуставом у општем кривичном поступку, те да се у конкретном случају не може применити чл. 197. тада важећег ЗКП. Врховни суд истиче да се овај став не може прихватити као правилан, јер се у смислу чл. 4. ЗМУКДКЗМЛ одредбе ЗКП примењују уколико нису у супротности са овим законом, а чл. 197. ст. 1. ЗКП, предвиђено је да у случају када се кривични поступак обуставља, нужни издаци и награда браниоца падају на терет буџетских средстава суда. По нашем мишљењу изрека одлуке Врховног суда није спорна, али је спорно објављено образложење јер се заиста не ради о „класичној обустави“ поступка на шта указује и првостепени суд. Затим, недостаје део у образложењу који би објаснио да ли постоје околности које би указивале на могућност примене одредбе чл. 79. ст. 2. ЗМУКДКЗМЛ, односно да ли малолетник евентуално поседује приходе или имовину.

Друга одлука из поменуте збирке је одлука о трошковима кривичног поступка из чл. 79. ст. 1. ЗМУКДКЗМЛ и гласи: „*Првостепени суд је дужан да јасно определи и образложи укупан износ трошкова кривичног поступка који падају на терет буџетских средстава суда на име одбране малолетника преко изабраног браниоца применом важеће адвокатске тарифе.*“ (Решење Апелационог суда у Нишу Кжм.1 бр.20/11 од 24.5.2011.)¹³ Сматрамо да наведена одлука није карактеристична за тему овог рада.

Као пример судске одлуке у којој поступајући судија за малолетнике одбио захтев браниоца малолетника ангажованог по основу пуномоћи - да

¹² С. Михајловић, Д. Обрадовић, *Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица у судској пракси*, Београд, 2013., стр. 98-99.

¹³ Билтен Апелационог суда у Нишу, 1/2012, а према публикацији из фусноте 12. овог рада.

му се од стране буџета надокнаде трошкови одбране, иако је суд малолетнику изрекао васпитну меру или је поступак обустављен из разлога нецелисходности изрицања казне или васпитне мере, послужиће решење Вишег суда у Новом Саду Км 139/12, а које је потврђено решењем Апелационог суда у Новом Саду Кжм 1 95/13 од 23.08.2013. године.¹⁴ У образложењу решења се наводи да је однос браниоца и малолетника као заступаног лица, када је изабран по основу пуномоћи, уговорни однос о пуномоћству и пружању правне помоћи, те сходно томе, браниоца плаћа онај који га је ангажовао, па се судском одлуком не може ни одредити да браниоца исплати лице које је дужно да сноси трошкове кривичног поступка. Аналогно са наведеним, не може се одредити да трошкове браниоца малолетника ангажованог по основу пуномоћи падају на терет буџетских средстава, већ је то ствар уговора између малолетника, односно његовог законског заступника и тарифе о наградама и накнадама за рад адвоката.

Б. Судска пракса о трошковима одбране малолетника после ступања на снагу новог Законика о кривичном поступку

Тумачење и примена члана 79. ЗМУКДКЗМЛ, после периода различите судске праксе, те након ступања на снагу новог ЗКП 1.10.2013. године, када су практичари у овој области очекивали синхронизоване измене и допуне ЗМУКДКЗМЛ, довеле су до тога да велика већина судија за малолетнике у Републици Србији, све трошкове кривичног поступка, осим наведених изузетака, досуђује на терет буџетских средстава.

Судска пракса поступа по инерцији законске одредбе из чл. 79. ст. 1.ЗМУКДКЗМЛ. Да би илустровали ову појаву, позваћемо се на Ставовe кривичног одељења Врховног касационог суда (ВКС) од 30.6.2015. године.¹⁵ Судије за малолетнике апелационих судова нису били сагласни у погледу судске праксе, па су ВКС поставили питање: да ли трошкови ангажовања изабраног браниоца у ситуацији када је малолетнику изречена васпитна мера или је поступак према њему обустављен из разлога нецелисходности падају на терет буџетских средстава, имајући у виду одредбу члана 79. став 1. ЗМУКДКЗМЛ? Одговор ВКС је гласио: одредбом чл. 79. ЗМУКДКЗМЛ изричито је прописано у којим случајевима малолетник може да сноси трошкове кривичног поступка, па је без утицаја да ли је бранилац ангажован или постављен по службеној дужности.

Истовремено, судије за малолетнике указују да, осим ангажованих бранилаца по службеној дужности који обавезно поседују сертификат о

¹⁴ Билтен Вишег суда у Новом Саду из 2013. године, 130-131, www.ns.vi.sud.rs/useruploads/bilten_2013.pdf

¹⁵ https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/stavovi%20VKS%202015_O.pdf, датум посете 22.6.2019.године

стеченим посебним знањима из области права детета и преступништва младих, накнаду остварују и изабрани браниоци. Браниоцима по службеној дужности се накнада у кривичним поступцима умањује за 50% Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката на основу *Правилника о висини награде за рад адвоката за одбране по службеној дужности: 2/2014-15* министра правде¹⁶. Са друге стране, право на накнаду трошкова у кривичном поступку према малолетнику све чешће и у пуном износу остварују и браниоци које су малолетници или њихови заступници ангажовали по основу пуномоћи независно од тога да ли поседују сертификат или не.

Пример судске одлуке у наведеном правцу налазимо у пресуди Врховног касационог суда Кзз 360/2016 од 7.4.2016. године¹⁷ којом браниоцу малолетника „*нису признати трошкови поступка на име награде и накнаде трошкова изабраног браниоца пред полицијом у Параћину 26.3.2014.г.*“, па је поднет захтев за заштиту законитости. Ова одлука полази од чл. 49. ст.1. ЗМУКДКЗМЛ према коме малолетник мора имати браниоца приликом првог саслушања и током читавог поступка и од одредбе чл. 261.ст.2.тач.7. ЗКП којом је прописано да су трошкови кривичног поступка издаци учињени поводом поступка од његовог покретања до завршетка. Одредбом чл. 261 ст.6. ЗКП предвиђено је да трошкове предистражног поступка који се односе на трошкове и нужне издатке браниоца кога је одредила полиција, исплаћује тај орган. Међутим, у случају изабраног браниоца, трошкови које је окривљени имао ангажовањем браниоца у предистражном поступку, морају се сматрати трошковима кривичног поступка у складу са одредбом чланова 263-265 ЗКП. ВКС, на крају, закључује да побијаним правноснажним решењем, погрешно и супротно цитираним прописима, није признат захтев за накнаду трошкова, због чега усваја предметни захтев као основан и укида побијано решење.

На идентичан начин је Врховни касациони суд у поступку поводом захтева за заштиту законитости Кзз 420/2016 од 20.04.2016.г. оценио и првостепено решење Апелационог суда у Крагујевцу којим су досуђени трошкови кривичног поступка у износу од 30.000,00 динара и то на име састављања жалбе против решења првостепеног суда, док је део захтева за накнаду трошкова за састављање захтева за накнаду трошкова насталих пред Апелационим судом одбио. Образложење је да такав захтев није предвиђен Тарифом о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката, а које решење је потврђено другостепеним решењем Апелационог суда. ВКС је, позивајући се на одредбе чл. 261. ЗКП и наведену Тарифу, те чињеницу да награда подразумева новчану накнаду која припада одређеном лицу за његов рад те спада у остале поднеске у кривичном поступку, и стога налази да је неправилан

¹⁶ www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/sgrs/ministarstva/pravilnik/2014/23/1/reg, датум посете 22.6.2019. године

¹⁷ <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-3602016>, датум посете 22.6.2019.године.

закључак првостепеног суда да предметни захтев не спада у остале поднеске у кривичном поступку.¹⁸

На крају овог прегледа судске праксе наводимо и пресуду ВКС у предмету Кзз 614/2018 од 29.5.2018.¹⁹ којим се „усваја захтев за заштиту законитости браниоца малолетног АА као основан, па се укидају правноснажна решења ВЈТ у Зрењанину 332/17 од 11.1.2018. и Вишег суда у Зрењанину Квм 13/18 од 22.3.2018. и предмет враћа ВЈТ у Зрењанину на поновни поступак и одлучивање.“ У образложењу изреке наведене пресуде се наводи да према одредбама ЗМУКДКЗМЛ није прописано да малолетник мора имати браниоца приликом примене васпитног налога из чл. 7. ст. 1. тач. 1. , имајући у виду да бранилац Б.В. није постављена по службеној дужности већ је ангажована по пуномоћју од стране мајке малолетника. Даље се наводи да је по налажењу ВКС одредбом чл. 79. ст. 1. ЗМУКДКЗМЛ изричито прописано у којим случајевима малолетник може да сноси трошкове поступка – ако је малолетнику изречена казна, без обзира да ли је у поступку према малолетнику бранилац постављен по службеној дужности или се ради о ангажованом браниоцу. Будући да је у конкретном случају према млт. АА одбачена кривична пријава од стране ВЈТ у Зрењанину и према њему није изречена казна, трошкови поступка у смислу чл. 79. ст. 1. ЗМУКДКЗМЛ падају на терет буџетских средстава суда, без обзира на чињеницу да је у конкретном случају адвокат Б.В. ангажован од стране законског заступника – мајке млт, а није постављен по службеној дужности.

У ТРОШКОВИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА И ОДЛУЧИВАЊЕ О ИМОВИНСКОПРАВНОМ ЗАХТЕВУ ПРЕМА НАЦРТУ ЗАКОНА О МАЛОЛЕТНИМ УЧИНИОЦИМА КРИВИЧНИХ ДЕЛА И ЗАШТИТИ МАЛОЛЕТНИХ ЛИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

У члану 89. Нацрта Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку²⁰ се предлаже да суд може малолетника обавезати на плаћање трошкова кривичног поступка и испуњење имовинскоправног захтева само ако је малолетнику изрекао кривичну санкцију или васпитни налог. Ако је према малолетнику поступак обустављен, трошкови поступка падају на терет буџетских средстава, а оштећени се ради остварења имовинскоправног захтева упућује на парницу.

¹⁸ Преузето из правне базе програмског пакета Propis Soft-a <http://propissoft.profisistem.rs> 15.9.2017.г.

¹⁹ <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/kzz-6142018-troskovi-postupka-branilac-maloletnog-okrivljenog-usvojen-zzz>, датум посете 22.6.2019.године.

²⁰ <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, датум посете 12.7.2019.

У другом ставу наведеног члана се предлаже и следеће законско решење: Када је кривична пријава одбачена применом одредаба члана 70. овог закона²¹, или је поступак према малолетнику обустављен у складу са одредбама члана 80. и члана 80. став 3. тачка 2. овог закона²², трошкове поступка сноси малолетник, који има приходе или имовину, осим кад суд одлучи да малолетника у потпуности или делимично ослободи од плаћања трошкова поступка, ако је то оправдано разлозима правичности.

Предложена решења, иако нису шире разматрана у наведеној јавној расправи, свакако указују да сазрева свест да се и питање трошкова поступка и одлучивања о имовинскоправном захтеву у поступку према малолетним учиниоцима кривичних дела, постави и расправља као једно од приоритетних питања у активностима на изменама и допунама ЗМУКДКЗМЛ или израда новог закона. Сматрамо да први став у новпредложеном чл. 89. Нацрта наведеног закона представља основан и храбар покушај да се измене процесне одредбе према којима ће се наглашеније у судским одлукама према малолетним учиниоцима кривичних дела утврђивати чињенично стање, правна квалификација кривичног дела, па и кривица, те сходно томе би у тим случајевима и основно решење у погледу трошкова кривичног поступка и одлучивања о имовинскоправном захтеву могло бити на терет малолетника.

Међутим, чак и када би решење које се предлаже у *Нацрту Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку* – било прихваћено, и у будућности у изреци судске одлуке утврђивало чињенично стање и правна квалификација дела, остају бројне дилеме у погледу законског уређивања питања трошкова и имовинскоправног захтева у овим поступцима. На пример, да ли и како малолетника обавезати да плати трошкове поступка и имовинскоправни захтев, уколико он, што је чест случај, не поседује приходе или имовину? Или, какав је смисао трошкове поступка, а посебно имовинскоправног захтева, у случају примене васпитног налога, нпр. у предкривичном поступку, пребацивати на малолетника, када они обично, осим трошкова браниоца малолетника, готово да не постоје или су у случају одређивања васпитног налога из чл. 7. тач. 1. ЗМУКДКЗМЛ - поравнање са

²¹ Члан 70. наведеног Нацрта закона се односи на нецелисходност кривичног гоњења по одлуци или иницијативи јавног тужиоца за малолетнике, с обзиром на природу кривичног дела и околности под којим је учињено, ранији живот малолетника и његова лична својства, а може се применити и када је извршење кривичне санкције или примена васпитног налога према малолетнику у току.

²² Члан 80. наведеног Нацрта закона се односи на случај када се према малолетнику примењује васпитни налог, а члан 80. став 3. тачка 2) се односи на случај када суд оцени да према малолетнику није целисходно изрицање кривичне санкције иако је утврђена кривица малолетника.

оштећеним, предмет сагласног и добровољног извршења васпитног налога?

Формулација става 2. члана 89. новопредложеног законског решења, уколико не би била коригована, по нашем мишљењу, могла би да унесе још већу конфузију у погледу примене овог члана закона. Наиме, судови се иначе ретко одлучују да утврђују и проверавају да ли малолетник има приходе или имовину, што би се и у том случају, могло оспорити на основу примене принципа правичности, па је са аспекта праксе скоро очигледно да би примена наведеног изузетка била још ређа него што је то случај према одредбама важећег ЗМУКДКЗМЛ. С друге стране, у новопредложеним решењима у поменутом Нацрту закона се, за разлику од садашњих решења, у погледу примене васпитних налога и извршења кривичних санкција (чл. 100.) не предвиђа било какво учешће малолетника или њихових старатеља, него се предлаже да трошкове извршења кривичних санкција према малолетницима буду на терет буџетских средстава. Предлаже се да трошкови извршења заводских кривичних санкција сноси министарство надлежно за правосуђа, а трошкове извршења других кривичних санкција и примене васпитних налога сноси министарство надлежно за социјалну политику.

VI ЗАКЉУЧАК

Сматрамо да је позитивно што предлагач *Нацрта Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и заштити малолетних лица у кривичном поступку* из 2015. године, у члану 89, а то је члан 79. садашњег ЗМУКДКЗМЛ, покушава законски дефинисати да у случају изрицања кривичне санкције или (требало би да стоји: примене или одређивања) васпитног налога „суд може обавезати малолетника на плаћање трошкова и имовинскоправног захтева.“ Међутим, налазимо да ово решење није довољно јасно и прецизно, јер се реч „може“ различито тумачи, па то захтева прецизирање и усаглашавање са другим деловима закона. Посебно, што се садашњи, измењени састав радне групе за израду новог закона, према информацијама доступним стручној јавности, определио за измене и допуне постојећег текста ЗМУКДКЗМЛ, који још није израђен и објављен, уместо потпуно новог закона, па није извесно да ли ће се у изреци судске одлуке наводити утврђено чињенично стање и кривица малолетника, или ће остати садашња процесна форма.

Прекршено једнако право на трошкове у поступку сертифицираних бранилаца малолетника које поставља суд у односу на оне који се ангажују по основу пуномоћи, подстакла је идеју да се покрене расправа о питању трошкова одбране у кривичном поступку према малолетницима. Ово питање би требало размотрити не само у пракси, него и у теорији, и то са свих релевантних аспеката: модела кривичноправног реаговања на

криминалитет малолетника, анализе важећих законских решења, а и у светлу уочених појава у судској пракси.

Било би од значаја, иако превазилази тему овог рада, да се у погледу трошкова поступка одговори и на питање због чега се трошкови пуномоћника малолетног лица као оштећеног, кога, уколико га нема, сагласно одредби чл. 154. ЗМУКДКЗМЛ поставља председник суда од првог саслушања окривљеног, не умањују за 50%, што би се могло постићи изменом у наведеном Правилнику о висини награде за рад адвоката за одбране по службеној дужности или доношењем новог правилника. Затим, и да ли идентична правила о трошковима одбране малолетника треба да важе и за васпитне налоге, с обзиром да су поменути налози мере *suī generis* које се примењују на принципу добровољности и у предкривичном поступку. Делимичан одговор на наведено питање би се могао постићи и уколико одбрана малолетника за лакша кривична дела, нпр. за које је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године, не би била обавезна.

Уколико модел кривичноправног реаговања на криминалитет малолетника остане идентичан у започетим активностима на изради Закона о изменама и допунама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица или уколико се рад на новом законском тексту одужи, наш предлог је да се ово законско правило што пре прецизира. То би се могло учинити у ст. 1. наведеног члана 79. ЗМУКДКЗМЛ, тако што би се на крају става и последње реченице, додао текст: *„осим трошкова браниоца кога је на основу пуномоћи ангажовао малолетник, његов законски заступник или сродник.“* Тако би се створили услови да се у наведеним ситуацијама у погледу трошкова браниоца малолетника примене одредбе чланова 264. и 266. ЗКП, које се редовно примењују и према пунолетним учиниоцима кривичних дела.

Предложено решење, док се не нађе неко боље, између осталог, решава апсурдну ситуацију из праксе рада судија за малолетнике у делу одобравања пуног износа трошкова изабраним браниоцима, у односу на оне које одреди суд и који морају имати одговарајући сертификат, а исплаћује им се награда умањена за 50% сагласно наведеном Правилнику о висини награде министра правде. Додатни аргумент за изнети предлог налазимо у томе да је у Републици Србији у потпуности прихваћен правосудно - заштитнички (или: модификовани правосудни) модел малолетничког правосуђа којим је положај малолетника умногоме другачији – повољнији у односу на пунолетне окривљене. Између осталог, сваком малолетнику је већ обезбеђено право на обавезну одбрану путем браниоца-адвоката са сертификатом у овој области, кога по редоследу са списка Адвокатске коморе по службеној дужности поставља судија за малолетнике.

Битно је да предложено ново решење, односно формулација, члана 79. ст. 1. ЗМУКДКЗМЛ не угрожава постигнути високи стандард права и заштите малолетних учинилаца кривичних дела у поступку. Уз све раније наведено, прецизираном законском одредбом наведеног става задржава се право да сваки малолетник у кривичном поступку пред судом има браниоца од првог саслушања и да тај бранилац уколико га ангажује суд мора да поседује одговарајући сертификат из области права детета и преступништва младих. С друге стране, иако то није приоритет, смањује се део трошкова кривичног поступка који се, у одређеном броју случајева, неоправданом и у пуном износу, пребацују на суд и буџет.

Savo Đurđić, LL.M*

THE COST OF DEFENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS INVOLVING YOUTH OFFENDERS – LEGAL PROVISIONS AND CONTRADICTIONS IN CASE LAW

Summary

Article 79, para. 1 of the Law on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Protection of Juveniles determines that the court may oblige a youth offender to bear the costs of the criminal proceedings and fulfil a claim for restitution, only if sentence has been passed on the youth offender. If an educational measure has been imposed on the youth offender or if the proceedings have been suspended, the costs of the proceedings are funded by budgetary sources while the injured party is instructed to file a lawsuit in order to satisfy the claim for restitution, except, as is provided under para. 2 of the Article thereof, in cases when the youth offender has an income or property. The reason for this is the fact that educational measures are imposed in the form of an order, in which case the offender is not pronounced guilty. Case law in this area has been inconsistent. However, pursuant to the rulings of the Supreme Court of Cassation and its position of June 30, 2015, uniformity, including the exceptions stated above, has been achieved in the application of the legal provision under Article 79, para. 1 of the Law on Youth Offenders. At the same time, juvenile judges point out that apart from ex officio defence lawyers, who must possess a certificate confirming their specialized knowledge in the area concerning rights of the child and juvenile delinquency, and whose

* Judge of the Court of Appeal Novi Sad.

reimbursement is 50% lower than the regular Lawyers' Tariff, the right to a full reimbursement of the costs in the criminal proceedings involving youth offenders is increasingly claimed by defence lawyers hired by youth offenders themselves or by their representatives through a Power of Attorney, irrespective of whether they hold a certificate or not. This situation has led to a debate on the issue of defence costs in youth offender criminal proceedings, starting from legal provisions and case law. Finally, we propose that one of the contradictions arising from the practical application of Article 79 of the Law on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Protection of Juveniles can be overcome by supplementing the provision outlined in para. 1 of the said Article.

Key words: *juvenile criminal law, costs of criminal proceedings, defence costs in youth offender proceedings.*

Др Драган Златовић*
Мр Анте Галић*

Стручни чланак
УДК: 005.336.4:343.8(497.5)

КОМПАРАТИВНИ ПРЕГЛЕД КАЗНЕНОПРАВНЕ ЗАШТИТЕ ТВРТКЕ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ ХРВАТСКЕ И БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Рад примљен: 04. 03. 2019.
Рад исправљен: 16. 09. 2019.
Рад прихваћен за објављивање: 16. 09. 2019.

Нови Казнени закон Републике Хрватске из 2011. године унио је низ новина у казненоправну заштиту знакова разликовања. У знакове разликовања првенствено спадају нека права индустријског власништва (жиг, индустријски дизајн, ознаке земљописног подријетла). Међутим, знаковима разликовања сматрају се и друге ознаке које служе господарским субјектима у сврху њихове препознатљивости односно дистинктивности односно разликовности њихових производа односно услуга. Међу тим другим тржишним знаковљем битно мјесто припада твртки трговачког друштва која служи идентифицирању тог правног субјекта у тржишној утакмици. Често твртка друштва истодобно представља и жиг којим то друштво означава своје производе односно услуге. Очигледно је како се ради о неизоставно важном сегменту интелектуалног капитала сувремених тржишних субјеката, па је заштити ове ознаке од неовлаштеност кориштења од стране друге особе, посвећена дужна позорност у сувременој правној регулативи. Уз класичне модалитете заштите твртке (судска заштита, заштита од нелојалне утакмице, заштита жига и сл.), титулар твртке може тражити и казненоправну заштиту твртке. У овом раду намера аутора била је указати на рјешења која нуде нова казнена законодавства Републике Хрватске и Босне и Херцеговине, како би се ревитализирао рјеђе коришћен модалитет заштите. Нова рјешења која познају њихови казнени закони апострофира посебности твртке трговачког друштва, као с једне стране регистрираног имена друштва односно с друге стране посебног облика индустријског власништва у ширем смислу. Развидно је како је хрватски законодавац казненоправну заштиту твртке структурно

* Доцент, прочелник Управног одјела Велеучилишта у Шибенику, Република Хрватска, zlatovic@vus.hr

* Асистент Велеучилишта у Шибенику, тајник Града Шибеника, Република Хрватска.

уградио у казнена дјела против господарства, дакле, не сагледавајући је, као што је то раније био случај, у окриљу казних дјела против интелектуалног власништва. Како хрватска трговачка друштва дјелују и на тржиштима сусједних држава, нужно је било упознати заинтересоване субјекте са стањем законодавства у овом подручју у Босни и Херцеговини. То ће сигурно резултирати адекватним разумијевањем заштите твртке у савременом пословном окружењу, односно још чешћом примјеном казненоравне заштите твртке у пракси.

Кључне ријечи: *твртка, казнено законодавство, жиг, интелектуално власништво.*

І УВОД

Проблематика правне заштите твртке¹ уређена је у Републици Хрватској првенствено одредбама Закона о трговачким друштвима («Народне новине», бр. 111/93., 34/99., 121/99. – вјеродостојно тумачење, 52/00. – Одлука Уставног суда Републике Хрватске, 118/03., 107/07., 146/08., 137/09., 152/11. – прочишћени текст, 111/12., 68/13., 110/15. и 40/19.).

Према хрватском праву друштва, твртка је име под којим друштво послује и судјелује у правном промету.² Како се управо по твртки њен носитељ разликује од осталих правних субјеката, темељна функција твртке се огледа у индивидуализирању одређеног трговачког друштва у односу на друга трговачка друштва.³ Твртка трговачког друштва мора се јасно разликовати од

¹ За појам твртка (њем. *Firma*, фр. *raison sociale*, *denomination sociale*, *тал. regionale sociale*, *denominazione sociale*) раби се и појам фирма као истозначница. Цит. М. Џидић, *Господарска друштва – правни положај господарских субјеката*, Правни факултет Свеучилишта у Мостару, 2010, 89. У неким законодавствима, примјерице у Републици Србији појам фирме је у важећем Закону о привредним друштвима замијењен појмом пословно име. В. чл. 22. Закона о привредним друштвима Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 56/11, 99/11, 83/14, 5/15, 44/18 и 95/18), које обавезно садржи назив, правну форму и мјесто у коме је сједиште друштва, док је назив карактеристични дио пословног имена по коме се то друштво разликује од других друштава.

² Тако и Ј. Барбић, *Право друштава*, књига прва, *Опћи дио*, Организатор, Загреб, 1999, 254; В. Горенц, *Трговачко право - Друштва*, Школска књига, Загреб, 1996, 44; Т. Guhl, A. Koller, J. N., Druet, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, achte auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zuerich, 1995, 778.

³ Овакво законско одређење појма твртке познају и друга законодавства, примјерице у њемачком праву пар. 17. ст. 1. *Handelsgesetzbuch*-а односно у чл. 12. *slovenskog Zakona o gospodarskih družbah (ZGD)*. За детаљније *vidi kod K. Schmidt, Handelsrecht*, 4. auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Koeln-Berlin-Bonn-Muenchen, 1994, 344, односно Š. Ivanjko, M. Kocbek, *Pravo družb – statusno gospodarsko pravo*, drugo izdanje, ČZ Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1996, 102.

твртке другога трговца са сједиштем у Републици Хрватској. Дакле, заштита твртке је тако проширена на цјеловито подручје Републике Хрватске, за разлику од ранијег стања прије Новеле ЗТД-а из 2019., када се тражило само разликовање твртке од твртке трговца уписане у трговачки регистар код истог регистарскога суда.⁴ Искључивошћу се штити оправдани интерес носитеља подuzeћа да штити свој положај у тржишном натјецању тако што ће се друге судионике у том натјецању спријечити да употребљавају исту или сличну твртку.⁵ Твртка трговачкога друштва одређује се изјавом о оснивању друштва или друштвеним уговором, односно статутом друштва. Она се мијења на начин одређен изјавом о оснивању друштва или друштвеним уговором, односно статутом друштва. Твртка трговачкога друштва и све њене промјене уписују се у трговачки регистар. Подаци садржани у твртки морају бити истинити (начело истинитости твртке).⁶

Носитељу подuzeћа припадају и подuzeће и твртка, те се твртка не може преносити на другога одвојено од подuzeћа, јер би у супротном могло доћи до штетних забуна у правном промету око идентитета судионика у правном промету. У пословним односима стога се у господарском смислу под твртком исказује подuzeће, а у правном смислу јавља се његов носитељ.⁷ Увријежено је правило да свако подuzeће може имати само једну твртку и да свака твртка припада само једном подuzeћу. Сваки дио трговачкога друштва мора пословати под истом твртком, с тиме да јој се може додати ознака која упућује на то да се ради о дијелу друштва (начело јединствености). Подружница може пословати под својом твртком.⁸ Твртка подружнице мора садржавати твртку или скраћену твртку трговачкога друштва, назнаку дјелатности подружнице, те ријечи из којих је видљиво да се ради о подружници. Твртка подружнице мора садржавати додатак којим се осигурава да се она јасно разликује од већ уписане твртке.⁹

II ЗАШТИТА ТВРТКЕ У ПРАВУ ДРУШТАВА У РЕПУБЛИЦИ ХРВАТСКОЈ И БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Темељна начела заштите твртке у хрватском праву друштава су:

а) начело истинитости – према којем сви подаци наведени у твртки морају бити истинити;

⁴ Види чл. 11. ст. 2. Закона о трговачким друштвима.

⁵ Ј. Барбић, *op.cit.*, 284.

⁶ Темељна начела заштите твртке према хрватском праву друштава јесу: начело истинитости, начело јединствености, начело законитости, начело различитости, начело искључивости, начело првенства, начело јавности, те начело сталности. Детаљније Д. Златовић, *Управљање трговачким друштвима*, Libertin naklada, Ријека, 2014, 49.

⁷ *Ibid.*, 255.

⁸ Види чл. 26. ст. 1. ЗТД-а.

⁹ Види чл. 29. ст. 2. ЗТД-а.

б) начело јединствености - сваки дио твртке мора пословати под истом твртком, с тим да јој се може додати ознака која упућује да је посриједи дио друштва. Тај дио може бити устројен као подружница, али и не мора, што овиси о унутрашњем устроју сваког друштва о чему друштво одлучује потпуно аутономно;

в) начело законитости - суд ће одбити уписати у судски регистар твртку која није у складу с одредбама ЗТД-а. Тиме се штити твртка и прописује санкција у случају када твртка нема оне састојке који се Законом траже;

г) начело различитости – састојци твртке морају бити такви да не стварају забуну гледе предмета пословања, дојма о идентитету или повезаности с другим друштвом. Твртке се морају јасно разликовати једна од друге;

д) начело искључивости - у исти трговачки регистар не може се уписати твртка која је једнака раније уписаној твртки или твртка која се јасно не разликује од раније уписане твртке на што суд пази по службеној дужности;

ђ) начело првенства - ако се суду ради уписа у судски регистар пријаве исте твртке или твртке које се међусобно јасно не разликују, суд ће уписати ону твртку која је раније пријављена;

е) начело јавности – твртка и све промјене које се уписују у судски регистар омогућава трећима да се информирају увидом у тај регистар. Како је судски регистар јавна књига, тиме је испуњена претпоставка јавности твртке;

ж) начело сталности – због сваке промјене на страни иматеља твртке не мора се мијењати твртка. То не значи да нема промјена због којих се твртка ипак мора мијењати. Тиме се донекле одступа од начела истинитости, али се то чини због тога да се постојеће господарске вриједности задрже по постојећом твртком.¹⁰

Састојци твртке одређени су ЗТД-ом у чл. 13., у којем се између осталог наводи да твртка трговачког друштва мора уз назнаку којом се поближе обиљежава име друштва садржавати назнаку предмета пословања друштва. Састојци твртке одређени су Законом о трговачким друштвима.

С обзиром на састојке, твртка може бити :

а) особна - у којој се осим обвезатних састојака које мора имати свака твртка, налазе и имена неких особа, грађанска имена и презимена или само презимена друштва физичких особа или дијелови твртке члана друштва;

б) стварна - она чије име упућује на предмет пословања;

¹⁰ Детаљније Ј. Барбић, *Право друштава*, књига прва – *Опћи дио*, Организатор, Загреб, 1999, 275-290.

в) мјешовита - има и особне и стварне састојке.

Овисно о типу друштва, прописује се што мора садржавати твртка, о чему овиси хоће ли бити особна, стварна или мјешовита. За наше твртке осим трговца појединца може се рећи да су стварне или мјешовите.

Састојци твртке могу бити обвезни и факултативни.¹¹

Обвезни састојци су они за које се прописује да их твртка мора садржавати и без којих се твртка не може уписати у судски регистар, јер није ваљана. То су :

1. назнака којом се поближе обиљежава име друштва;
2. назнака предмета пословања;
3. ознака која упућује на тип друштва;
4. ознака посебног стања ако се друштво у њему налази;
5. састојке који се захтијевају за твртку друштава особа.

Факултативни састојци твртке могу се уносити уз увјет да твртка тиме не постане непрегледна и да не спрјечава јасно разликовање према другим тврткама. Тим се састојцима твртку жели учинити што различитијом од осталих или се жели истакнути нека посебна својства нпр. старост твртке, предмет пословања, припадност некој групацији.

С факултативним састојцима се не смије претјеривати, посебице тако да се изгуби осјећај важности обвезних састојака који су ипак битни за темељну улогу твртке. Састојци твртке не могу бити такви да стварају забуну гледе предмета пословања трговачког друштва, утиска о идентитету или повезаности с другим друштвом, да вријеђају права интелектуалног и индустријског власништва ни друга права других особа. Овдје је утврђено начело различитости као једно од темељних начела твртке изузетно битних за одређивање видова и опсега њене заштите, а све у циљу заштите трећих особа у промету те заштите јавног интереса.¹² Изнимка је учињена гледе повезаних друштава која могу у својим тврткама употребљавати заједничке састојке (чл. 14. ст. 2. ЗТД-а).

Забрана стварања забуне, о којој се говори у чл. 14. ст. 1. ЗТД-а, примјењује се и у односу према особама које нису уписане у судски регистар, него су уписане у неком другом регистру, примјерице случај с обртом.¹³

Твртке се морају јасно разликовати једна од друге. Разлике морају бити такве да у уобичајеном промету спрјечавају замјену твртки. Циљ је твртке да омогући идентификацију особе, али тако да то не доведе до могућности замјене у промету. При томе је мјеродаван укупан дојам који

¹¹ Усп. М. Брачун, *Твртка друштва*, Финанције и право, Effectus, Загреб, вол. 5, бр. 1, 2017, 127.

¹² Види чл.14. ст.1. ЗТД-а

¹³ Ј. Барбић, *op.cit.*, 280.

твртка оставља на обичне људе, дакле и овдје се примјењује критериј сличан ономе у жиговом праву.

Твртке се успоређују онако како се користе у пословном промету па је довољно и да се ради о скраћеним тврткама. Сугласност носитеља твртке да нетко други у своју твртку унесе састојке његове твртке само је изнимка од правила јер је како смо рекли овдје примарно битно заштитити јавни интерес.

Ако је у твртки садржано име члана трговачкога друштва које је једнако раније уписаној твртки другог друштва или имену друге особе садржаноме у раније уписаној твртки другог друштва, у твртку која се касније уписује морају се унијети додаци којима се осигурава да се те твртке јасно разликују.

У Федерацији Босне и Херцеговине у 2015. години усвојен је нови Закон о привредним друштвима („Службене новине Федерације БиХ“, бр. 81/2015; даље: ЗПД ФБиХ).¹⁴ Овај је Закон у свом Дијелу првом – Поглављу II, у одредбама чл. 11. – 22. уредио правне аспекте заштите фирме привредног друштва. Према ЗПД ФБиХ фирма је име под којим друштво послује и судјелује у правном промету, те се обвезно истиче на пословним просторијама друштва. Друштво је обвезно у свом пословању користити пуну или скраћену фирму каква је уписана у регистар друштава. ЗПД ФБиХ нема прецизно таксативно наведене обавезне елементе фирме. У праву господарских друштава ФБиХ вриједе иста начела заштите твртке као у хрватском праву друштава.

У чл. 17. Закона о привредним друштвима Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“, бр. 127/08, 58/09, 100/11 и 67/13, у даљњем тексту ЗПД РС) регулирана је проблематика пословног имена (фирме) привредног друштва. Према томе, пословно име је назив под којим привредно друштво послује. Пословно име привредног друштва не може да буде замјенљиво с пословним именом другог привредног друштва, нити да изазива забуну о привредном друштву или о његовој дјелатности.

И у законодавству Републике Хрватске и у законодавству Босне и Херцеговине законодавства уређени су модалитети судске заштите твртке (фирме, пословног имена), како у склопу темељних закона о трговачким (привредним) друштвима, тако и у склопу закона који уређују права интелектуалног власништва односно нелојалну утакмицу. Ова законодавства уређују и казеноправну заштиту твртке, али, успоредно

¹⁴ О ранијој регулацији статуса привредних друштава у Босни и Херцеговини детаљније код М. Трифковић, М. Симић, В. Тривун, В. Силајџић, Ф. Махмутџеџић *Новалија, Пословно право: увод у право, основи облигација и привредна друштва*, Економски факултет, Сарајево, 2014, те М. Симић, В. Силајџић, (адапт.), *Корпоративно управљање – Приручник за фирме у Босни и Херцеговини*, ИФЦ, Сарајево, 2009, 22.

гледано, полазећи од два битно различита концепта Издавањем казненог дјела повреде твртке у оквиру главе казnenих дјела против господарства, хрватски законодавац је нагласио важност казненоправне заштите темељних обиљежја трговачких друштава, а самим тиме и господарских субјеката односно њихове тржишне позиције.¹⁵ За разлику од тога, у казненоправном законодавству Босне и Херцеговине заступљен је стари концепт заштите твртке који исту заштиту сагледава у склопу шире заштите различитих права индустријског власништва односно знакова разликовања.

III КАЗНЕНОПРАВНА ЗАШТИТА ТВРТКЕ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ ХРВАТСКЕ

У хрватском праву, казненоправна заштита твртке један је од модалитета правне заштите твртке, уз заштиту предвиђену темељним законима о трговачким друштвима и о судском регистру, прописима о тржишном натјецању односно забрани нелојалне утакмице (непоштеног трговања, нелојалне конкуренције) те прописима о индустријском власништву.¹⁶

Према ранијем хрватском казненом законодавству односно према Казненом закону («Народне новине», бр. 110/97, 27/98. – исправак, 50/00, 129/00, 51/01, 111/03, 190/03, 105/04, 84/05, 71/06, 110/07, 152/08. и 57/11) из 1997. године, казненоправна заштита твртке била је уређена заједно са казненоправном заштитом права индустријског власништва у истој одредби чл. 285, која је била укључена у Главу XXI. Казнена дјела против сигурности платног промета и пословања, а све с циљем цјеловите заштите купаца, односно корисних услуга као и произвођача односно власника лиценцног права.¹⁷

Наиме, као казнено дјело било је превиђено дјело неовлаштене употребе туђе твртке. Тако је било прописано како ће се новчаном казном или казном затвора до три године казнити онај тко неовлаштено употреби туђу твртку или у њу унесе обиљежја појединих посебних ознака или обиљежја права индустријског власништва. Дакле, обухваћене су и ситуације када се употребом твртке вријеђају туђа права на жиг, индустријски дизајн, ознаке земљописног подријетла, односно други

¹⁵ О казnenим дјелима против господарства из КЗ РХ детаљније код Л. Цвитановић, et al., *Казнено право – Посебни дио*, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, 2018, 346. и др.

¹⁶ Детаљније Ј. Барбић, *op.cit.*, 295-303.

¹⁷ Цит. Ф. Бачић, Ш. Павловић, *Казнено право – Посебни дио*, Информатор, Загреб, 2001, 370.

знакови разликовања који улазе у шире одређење права индустријског власништва (ознаке каквоће производа, посебне ознаке производа и сл.).¹⁸

За разлику од казnenих дјела повреда права индустријског власништва из истог чл. 285. ст. 1. и 2. Казненог закона из 1997. године, за казнено дјело неовлаштене употребе туђе твртке није било предвиђен квалифицирани облик овог казненог дјела, односно када би почињењем таквог дјела била прибављена знатна имовинска корист или би била проузрочена знатна штета, а починитељ је поступао с циљем прибављања такве имовинске користи или проузрочења такве штете (чл. 285. ст. 3. КЗ из 1997).

У хрватском казненом законодавству из 2011.године, односно у новом Казненом закону („Народне новине“, бр. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/18. и 118/18; даље: КЗ РХ) казнено дјело неовлаштене употребе туђе твртке прописано је као посебно казнено дјело у склопу казnenих дјела против господарства¹⁹, док је казнено дјело повреде жига посебно казнено дјелу унутар главе о казnenим дјелима против интелектуалног власништва.²⁰

Дакле, сасвим оправдано долази у систематици казненог законодавства до раздвајања раније заједнички стипулираних казnenих дјела из чл. 285. КЗ из 1997.

Иако се твртка може сматрати једним од права индустријског односно интелектуалног власништва у смислу одредби чл. 8. Паришке конвенције за заштиту индустријског власништва из 1883, односно чл. 2. Конвенције о оснивању Светске ораганизације за интелектуално власништво из 1967. године и чл. 2.1. Споразума о трговинским аспектима права интелектуалног власништва (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – the TRIPS Agreement) из 1994.године, ипак је казнену заштиту твртке примјереније уредити у склопу укупне опће заштите од господарског криминалитета.

Наиме, заштитни објект из чл. 261. КЗ РХ је твртка, а твртка је регулирана ипак прописима који уређују статусно трговачко право, а не прописима који уређују права индустријског власништва. Ово дјело је битно промијењено у односу на раније законско уређење из чл. 285. ст. 3. КЗ из 1997. године. Наиме, прописано је у чл. 261. ст. 1. КЗ РХ како ће се казном затвора до три године казнити онај тко неовлаштено употреби туђу

¹⁸ В. Б. Павишић, В. Грозданић, П. Веић, *Коментар Казненог закона*, III. измијењено и допуњено издање, Народне новине, Загреб, 2007, 635.

¹⁹ Детаљније о овим казnenим дјелима код П. Новоселец, С. Роксандић Видличка, С., *Господарска казнена дјела у новом Казненом закону*, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, вол.17, бр. 2, 2010, 699. и даље.

²⁰ Детаљније о овим казnenим дјелима код Ш. Павловић, *Казнени закон*, Либертин наклада, Ријека, 2012, 558-559. и 616-617.

твртку или у њу унесе обиљежја која стварају забуну гледе предмета пословања трговачког друштва, идентитета или повезаности с другим друштвом, и на тај начин прибави имовинску корист или проузрочи штету.

Стога је развидно како радња почињења има више модуса, односно:

- неовлаштена употреба туђе твртке;

- уношење у твртку обиљежја која стварају забуну гледе предмета пословања, идентитета или повезаности с другим друштвом.

Дакле, код друге предвиђене радње почињења казненог дјела из чл. 261. ст. 1. КЗ РХ, експлицитно је прописана одговорност само у случају поступања починитеља с циљем обмањивања купаца односно корисника услуга.²¹

Да би до казненог дјела дошло, ове радње морају имати за последицу прибављање имовинске користи ии проузрочење штете. Код тога се не тражи прибављање знантне имовинске користи.²²

Починитељ овог казненог дјела може бити свака особа (*delictum communitum*), али према природи ствари то ће бити претежито оснивачи трговачких друштава и трговци.²³

У свези с овим казненим дјелом неовлаштене употребе туђе твртке тражи се намјера (*dolus*) као облик кривње. Дакле, код починитеља мора постојати свијест о неовлаштеној употреби туђе твртке, односно о неовлаштену уносу обиљежја у твртку, те свијест о намјери стјецања имовинске користи односно узроковања штете другој особи.

Као што је развидно из успоредбе чл. 285. ст. 3. КЗ из 1997. и чл. 261. ст. 1. КЗ из 2011., више се казне не одређују алтернативно, односно брисана је новчана казна него егзистира само казна затвора и то највише до три године.

Изријеком је у чл. 261. ст. 2. КЗ РХ прописано како је покушај овог казненог дјела кажњив.²⁴

²¹ Одлука Жупанијског суда у Бјеловару, Кж-285/00, од 18. сибјечња 2001., Судска пракса Жупанијског суда у Бјеловару, бр. 26/01, В. А. Гарачић, *Казнени закон у судској пракси, Посебни дио*, 2. издање, Организатор, Загреб, 2009, 471.

²² Одредбама чл. 27.-30. КЗ-а дефиниране су одређене вриједносне одреднице битне за утврђивање тежине казненог дјела. Тако је вриједност имовине, имовинске штете, имовинске користи, порезне обвезе и државне потпоре великих размјера ако прелази 600.000,00 куна. Разарања проузрочена казненим дјелима су велика ако прелази 600.000,00 куна. Вриједност имовине је већег опсега ако прелази 200.000,00 куна. Вриједност ствари, имовинског права и имовинске користи је велика ако прелази 60.000,00 куна. Вриједност имовинске користи и штете је знатна ако прелази 60.000,00 куна. Вриједност ствари, имовинског права и имовинске користи је мала ако не прелази 1000,00 куна.

²³ *Loc.cit.*

²⁴ В. К. Турковић, и др., *Коментар Казненог закона*, Народне новине, Загреб, 2013, 334.

Није изријеком у чл. 261. КЗ РХ прописано како се предмети који су били намијењени или употребљени за почињење казненог дјела или су настали почињењем казненог дјела (*instrumenta et producta sceleris*) одузимају и уништавају. Међутим, како је одрдабама чл. 21. ЗТД-а прописано како се твртка или скраћена твртка мора истакнути на пословним просторијама трговачког друштва, односно како се на пословном папиру трговца (писмима, рачунима и др.) мора отиснути његова твртка, то би било упутно код новелирања КЗ РХ ово *ex lege* предвидјети као потребну реакцију на незаконито кориштење туђе твртке и елиминирање забуне у пословној и тржишној комуникацији.

Ово дјело улази у категорију казnenих дјела против господарства којима се штити слобода тржишта и поштено тржишно натјецање.²⁵

IV КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ФИРМЕ У ПРАВУ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

У Босни и Херцеговини одговорност за казнена дјела повреде права интелектуалног власништва одређена је одредбама Кривичног закона Босне и Херцеговине («Службени гласник БиХ», бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 40/15 и 35/18, у даљњем тексту: КЗ БиХ), те Кривичног закона Федерације БиХ («Службене новине ФБиХ», бр. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16 и 75/17, у даљњем тексту: КЗ ФБиХ) и Кривичног законика Републике Српске («Службени гласни Републике Српске», бр. 64/17, у даљњем тексту КЗ РС), као и Кривичног закона Брчко дистрикта у Босни и Херцеговини.

Према затеченом легислативном стању у БиХ, казнена дјела повреде права индустријског власништва уређена су у КЗ ФБиХ, КЗ РС и КЗ БД и то, у контексту интереса овог рада, као казнено дјело неовлаштене употребе туђе твртке (фирме) из чл. 264. КЗФБиХ и као казнено дјело неовлаштене употребе туђег пословног имена и друге посебне ознаке робе или услуга из чл. 260. КЗ РС, односно као казнено дјело неовлаштене употребе туђе фирме из чл. 258. КЗ БД.²⁶

Мотив инкриминације овог казненог дјела није само у заштити права титулара права интелектуалног власништва, него и заштита потрошача и

²⁵ Тако Л. Цвитановић, Л. et al., *op.cit.*, 368.

²⁶ Иако се нелојалне конкуренција изричито не спомиње у законском опису казненог дјела, обмана купца или корисника услуга као циљ радњи јасно указује на конкурентску усмјереност овог казненог дјела. Детаљније у З. Томић, *Кривично право : Посебни дио*, Магистрат, Сарајево, 2003. и М. Бабић, И. Марковић, *Кривично право, посебни дио*, Бања Лука, 2007. За старију правну ситуацију види код М. Трифковић, *Нелојална утакмица*, Свјетлост, Сарајево, 1990, 158-159.

трговине. Радња казног дјела може бити, између осталог и неовлаштена употреба туђе фирме или унос у фирму обиљежја туђег жига.²⁷

Већ из самог наслова изнад цитираног законског чланка 264. КЗ ФБиХ развидно је како нема уједначеног приступа одређивању овог казног дјела, што доводи до могућих различитих правних ситуација у пракси. Штовише, у наведеном Закону нигдје се у наслову законске одредбе не спомиње жиг, него је заштита жига укључена у заштиту фирме (твртке) што би погрешно сугерирало да је фирма виши родни појам појму жига. Стога би постојећи наслови требали доживјети одређене измјене, односно било би прикладније одређење назива казног дјела „Неовлаштена употреба права индустријског власништва“ или још прецизније „Неовлаштена употреба права знакова разликовања“, што би било у духу еуропских тенденција.²⁸ Било би најбоље рјешење кад би се у окриљу једног казног дјела обухватиле повреде свих знакова разликовања или кад би се посебно прописало казнено дјело неовлаштене употребе туђе твртке и казнено дјело повреде жига, као што је то случај у хрватском казном законодавству. Наиме, право индустријског власништва обухваћа широк спектар предмета заштите, који с обзиром на своја дивергентна обиљежја, као и специфичности код модалитета повреда, не би требали бити обухваћени истом законском одредбом у казном законодавству. Надаље, нека друга права индустријског власништва су регулирана посебним одредбама казних закона на подручју БиХ, као што је то примјерице случај у чл. 262. КЗ ФБиХ (повреда проналазачког права – повреда патента), чл. 258. КЗ БД и чл. 263. КЗ ФБиХ (неовлаштено кориштење туђег модела и узорка).²⁹

²⁷ О старијој инкриминацији из чл.225 а Кривичног законика из 1951.године, по којој је неовлаштена упораба жига и унашање његових битних обиљежја у други жиг или твртку квалифицирана као кривично дјело које се гони по приједлогу односно по службеној дужности ако је учињено у намјери обмане купаца (*dolus coloratus*), код А. Верона, *Заштита робних и услужних жигова*, Наша законитост, бр. 9-12/62, 484. и Б. Златарић, *Кривични законик у практичној примјени*, Загреб, 1956, II. О ранијој инкриминацији из чл.165. КЗЈ код Ф. Бачић, *Кривично право - Посебни дио (I)*, Правни факултет у Загребу, 1979, 185.

²⁸ Нпр. тако је чланком 473. Казног законика Италије предвиђено казнено дјело које носи назив „Кривотворење, промјене или упораба знакова разликовања интелектуалних или индустријских производа“, које обухваћа радње кривотворење или мијењање заштићених знакова разликовања. О томе видјети више А.Vanzetti, V. di Cataldo, *Manuale di Diritto Industriale*, sec.ed., Giuffrè Editore, Milano, 1996, 123.

²⁹ Тако за хрватску легислативу М. Веровић, *Усклађеност казненоправне заштите права индустријског власништва у Републици Хрватској с тенденцијама заштите у Еуропској унији*, Зборник Правног факултета у Ријеци, Ријека, (1991), в. 31, бр. 1, 2010, 658, те М. Веровић, *Нека питања о заштити пословне тајне у пословном процесу*, Хрватска правна ревија, Загреб, 2009, бр. 9, 34-41.

У чл.264. КЗ ФБиХ казнено дјело неовлаштене употребе фирме чини онај тко се у циљу обмане купца или корисника услуга послужи туђом фирмом (твртком), жигом, заштитним знаком или посебном ознаком робе или унесе поједина обиљежја туђе ознаке у своју фирму (твртку), жиг, заштитни знак или посебну ознаку робе. Неовлаштена употреба туђе фирме као казнено дјело из чл.264. КЗ ФБиХ штити произвођача и даваатеља услуге од нелојалне конкуренције, као и потрошача, односно друге особе који су корисници услуга од обмањивања оних који се баве привредним пословањем.³⁰

Таквим се очитим описаним протуправним кориштењем туђих права пријеварно поступа, те треће особе, прије свега купце или кориснике услуга, доводи у заблуду. Ипак, цитирана основна казнена дјела су тзв.формална казнена дјела за чије се довршење не тражи наступање посљедице, те је подузимањем радње неовлаштеност кориштења туђег жига или фирме дјело довршено неовисно је ли имовинска корист прибављена или другоме почињена штета.³¹

Починитељ може бити свака особа (*delicta communia*), те није потребно посебно својство субјекта. С обзиром на природу казног дјела то ће у правилу бити одговорна особа у правној особи односно привредном друштву или трговац појединац односно обртник³², односно особа која судјелује у трговачком промету (трговац, добављач, шверцер и др.).

Према одговорности правне особе за казнена дјела сукладно примјерице одредби чл. 11. и Главе XIV. КЗ ФБиХ, као починитељ би се могла појавити и правна особа, нпр. трговачко друштво, установа и сл., и то било домаћа било страна правна особа за казнена дјела почињена на подручју Федерације. Правна особа се може казнити за казнено дјело одговорне особе ако се њоме поврјеђује законито вођење послова правне особе, или је њиме правна особа остварила или требала остварити

³⁰ Цит. В. Антонић, *Кривичноправна заштита*, у “Приручник из области интелектуалног власништва”, ЦЛДП, БиХ, 2013, стр. 298. Детаљније код Д. Златовић, *Нелојална конкуренција и право интелектуалног власништва у Босни и Херцеговини – правни извори, облици правне заштите и судска пракса*, Привредна штампа, Сарајево, 2014, стр. 475. и даље.

³¹ Дјело постоји независно од тога да ли је циљ и остварен. Цит. З. Томић, *Кривично право II - Посебни дио*, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, 2007, 205.

³² С обзиром на расположиве рецентне пресуде Суда БиХ у овим казним предметима најчешће се ради о починитељима који су страни, појнајвише кинески држављани, а такођер и кривотворена роба означена туђим, најчешће чувеним жиговима је кинеског поријекла. Ово упућује на могуће канале тијека такве робе, што тражи стални царински надзор промета робе на граници.

протуправну корист за себе или другога.³³ Управо су случајеви неовлаштене употребе туђе фирме егзактан примјер такве ситуације у пракси. Наиме, обично управо одговорне особе у одређеној правној особи смишљају активности које се састоје у неовлаштеној употреби туђе фирме и пласману имитата на тржиште, чиме правна особа остварује знатну имовинску корист, и истодобно поврјеђује дужности које има у правном господарском промету, а које се састоји у поштенom наступу на тржишту, те поступању сукладно добрим пословним обичајима, начелима савјесности и поштења те пажњи поштеног и доброг господарственика.

Ради се о комисивном деликту, дакле дјело се може починити само чињењем (*delicta commissiva*). Код овог дјела починитељ чини нешто што не би смио чинити те, стога, крши забрамбену (прохибитивну) одредбу. У правилу се ради о неовлаштеној употреби туђе фирме у пословној комуникацији, рекламирању, означавању робе и пуштању такве робе у промет.

Радња извршења је одређена алтернативно и састоји се у употреби (послужи) туђе фирме или у уношењу појединих обиљежја туђе фирме или друге ознаке у своју фирму.³⁴

Дјело се може починити када се поступа с намјером (*dolus*).³⁵

³³ Тако и М. Шуперина, Т. Колар-Грегорић, Л. Цвитановић, *Заштита индустријског власништва – права жига у хрватском казненом праву и пракси*, Хрватски лѐтопис за казнено право и праксу, Загреб, вол. 14, бр. 2/2007, 978.

³⁴ Тако В. Антонић, *op.cit.*, 299. За судску праксу у БиХ види пресуду у предмету Опћинског суда у Мостару број 58 0 К 094481 11 Кпс од 28.06.2011.г. према којој је оптужени М. П. оглашен кривим да је током 2008.г. у мјесту М..., као власник „m.Companу“, с циљем обмане купца, информативном центру „Mir М...“ д.о.о. продао 60 религиозних кипића, а које је претходно увезао из Кине и на којима је утиснут жиг F. Pinton и налијеplене наљепнице и декларације с истим потписом, иако је знао, с обзиром на земљу увоза, Кина, и цијену плаћених кипића 5 еура по комаду, да се ради о кривотвореним кипићима умјетника из Италије Francesca Pintona“ и да исти код овлаштеног увозника „V... G.“ кошта 40 еура по комаду. Надаље, види пресуду у предмету Основног суда у Бањалуци број 71-К-066296-09.К 2 од 12.03.2010. године којом је оптужени К. З. оглашен кривим да је у временском периоду од просинца 2008. године до свибња 2009. године у Б. Л. , у својој кући у насељу Т., ул. Б.П., у намјери да обмане купце, послужио се туђом фирмом и то ознаком детерцента за веш марке „Tide“, тако што је организирао препакирање детерцента „Onix“ и „Avaks“ у фалсифицирану амбалажу „Tide“ коју је предходно набавио од НН особе по надимку „Пијон“, да би затим врећице детерцента затварао помоћу машине тзв.варалице и превозио ради даљње продаје у самосталне трговинске радње на пијаци у Б. Л.

³⁵ О томе види пресуду Суда БиХ, КПС – 117/08, од 16.3.2009. Цитирамо дио образложења наведене пресуде: „На основу околности и уобичајених процедура под којим се у пословном промету врши куповина и увоз робе страног поријекла, суд закључује да је оптужени знао да увози робу са кривотвореним робним знаком и да на тај начин врши кривично дјело, те да је био потпуно свјестан свог дјела и хтио његово

Како се подаци о фирми објављују и јавно су доступну у регистрима друштава, починитељ се не би могао успјешно бранити да му подаци о туђој фирми нису били познати, јер се ради о тзв.неизравној намјери, али му се мора омогућити обарање такве претпоставке.³⁶ Дакле, код процјене облика кривње ваља водити рачуна да по позитивним законским рјешењима зона казног дјела није ипак проширена на све поступке којима се повређује туђа фирма, неовисно о циљу с којим поступа починитељ. За казнену одговорност потребан је дакле умишљај, поред којег мора постојати и посебно субјективно обиљежје из чл.264. КЗ ФБиХ.³⁷ Наиме, експлицитно је прописана одговорност само у случају поступања починитеља с циљем обмањивања купаца односно корисника услуга. Дакле, унутар субјективног обиљежја дјела је и постојање свијести о пријеварној употреби туђе фирме. Долусом би требало обухватити и стјецање протуправне имовинске користи и/или проузрочења материјалне и/или нематеријалне штете другој особи, иако то није експлицитно предвиђено законским нормама у КЗ ФБиХ.

По КЗ ФБиХ покушај казног дјела неовлаштене употребе туђе фирме не би био кажњив. Свакако би *de lege ferenda* требало експлицитно прописати кажњавање за покушај овог казног дјела због опасности за нормално тржишно наступање привредних друштава односно лојално прометовање роба и услуга на тржишту.

За дјело из чл.264. КЗ ФБиХ, које обухваћа повреду жига и фирме, прописана је казна затвора до једне године.³⁸ Чуди становиште овог законодавца код прописивања различитих казни за казнена дјела

извршење. Суд примјећује да одбрана није подносила приговоре у погледу искључивања кривичне одговорност“.

³⁶ Чести су случајеви у судској пракси да починитељ признаје кривицу пред Тужилаштвом - Тужитељством БиХ, о чему се онда сачињава и потписује споразум, који се прослијеђује Суду БиХ који онда потврђује споразум о признању кривице и доноси пресуду. О томе видјети случајеве споразума о признању кривице у предметима Тужилаштва БиХ, КТ – 112/08 од 24.2.2009. КТ- 25/08 од 24.2.2009.

³⁷ Тако и З. Томић, *ibid*.

³⁸ Њемачким Законом о жиговима запријечена је казна затвора до три године, док је за квалифицирани облик казног дјела предвиђена казна затвора у трајању до пет година. Цит. Н. W. Giefers, Markenschutz, 4.aufgabe, R.Haufe Verlag, Freiburg i. Br., 1995, 159. Одредба чл. 261. Казног закона Републике Хрватске („Народне новине“, бр. 125/11, 144/12, 56/15 и 61/15) из 2011. гласи: (1) Тко неовлаштено упораби туђу твртку или у њу унесе обиљежја која стварају забуну гледе предмета пословања трговачког друштва, идентитета или повезаности с другим друштвом, и на тај начин прибави имовинску корист или проузрочи штету, казнит ће се казном затвора до три године.(2) За покушај казног дјела из ставка 1. овога чланка починитељ ће се казнити. Детаљније Д. Златовић, *Казненоправна заштита у подручју права интелектуалног власништва и компјутерског права у Републици Хрватској*, Правни записи, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, год. VI, бр. 2, 2015, 394-427.

неовлаштене употребе различитих права индустријског власништва. Наиме, КЗ ФБиХ у одредби чл. 262. за неовлаштену употребу проналазачког права предвиђа казну затвора од три мјесеца до пет година, а у одредби чл. 263. за неовлаштено кориштење туђег узорка или модела казну затвора до три године, односно у случају кад се неовлаштено објави предмет пријаве модела или узорка новчану казну и казну затвора до 5 година. Како су фирма и жиг неспорно битни сегменти не само интелектуалног капитала него и укупне вриједности и имовине подузетника, одређивање релативно ниских казни затвора за кривотворење жигова и неовлаштену употребу фирме у односу на неовлаштене употребе изума односно индустријског дизајна нису утемељене ни по криминалнополитичким, нити казненоправним аспектима, а посебице не по економским и господарским аспектима.³⁹

Казнени поступак за ово казнено дјело по службеној дужности покреће и води надлежни државни тужитељ јер за то постоје оправдани казненоправни и криминалнополитички разлози будући да је намјера починитеља да обмани корисника или потрошача (*dolus coloratus*).

Према чланку 141. ставак 1. точка а) КЗ ФБиХ суд може одредити да се јавно објави о трошку починитеља пресуда којом се проглашава кривим починитељ казног дјела који је правна особа. Наиме, само се правној, а не и физичкој особи, могу за кривично дјело изрећи, поред сигурносне мјере одузимања предмета из члана 78. КЗ ФБиХ, и сигурносна мјера објаве пресуде.

Сигурносна мјера објаве пресуде изриче се кад би било корисно да јавност сазна за осуду, нарочито ако би објава пресуде била од користи за отклањање опасности за живот или здравље људи или за сигурност промета или за привреду. С обзиром на значај кривичног дјела и потребу да јавност сазна за осуду, суд ће оцијенити хоће ли се пресуда објавити у штампи, на радију или телевизији или у више наведених средстава јавног информирања, и уједно хоће ли се објавити образложење пресуде у цијелости или у изводу, узимајући притом у обзир да се начином објаве омогући обавијештеност свих у чијем је објава пресуде интересу.

Законска регулатива казненоправне заштите пословног имена, како се твртка именује у праву Републике Српске по узору на законска рјешења из права Републике Србије⁴⁰, прецизније регулира ову материју и то као заштита *ultima ratio*, односно када се другим гранама права и правним

³⁹ Види пресуду Суда БиХ, Сарајево, К-6/08, од 11.3.2008, гдје је изречена увјетна осуда уз новчану казну од 3.000,00 км као споредну казну уз мјеру сигурности одузимања предмета извршења казног дјела.

⁴⁰ Детаљније В. Турањанин, Б. Михајловић, *Заштита пословног имена привредног друштва*, Анали пословне економије, год. V, св. 1, бр. 8, 2013, 110.

средствима није постигла заштита пословног имена као конкретног привредног добра.⁴¹

Тако је у чл. 260. ст. 1. КЗ РС прописано основно дјело на начин да ће се онај тко у намјери да обмане купце или кориснике услуга послужи туђим пословним именом или унесе поједина обиљежја пословног имена у своје пословно име, своју географску ознаку поријекла, свој жиг или у своју другу посебну ознаку робе или услуга, казнити казном затвора од шест мјесеци до три године.

Дакле, у основном облику извршења овог казненог (кривичног) дјела имамо алтернативно постављене двије радње извршења.⁴²

У ставку 2. истог чланка КЗ РС предвиђен је тежи квалифицирани облик овог казненог дјела, те ће се онај тко сврху продаје у већој количини или вриједности набавља, производи, прерађује, ставља у промет, даје у закуп или складишти робу из става 1. чл. 260 КЗ РС или се бави пружањем услуга неовлаштено користећи туђе ознаке, казнити казном затвора од једне до пет година.

Такођер је предвиђен најтежи облик овог дјела у виду организованог криминалног дјеловања, те ако је починитељ квалифицираног дјела из ст. 2. чл. 260. КЗ РС организирао мрежу препродавача или посредника или је прибавио имовинску корист која прелази износ од 50.000 КМ, казнит ће се казном затвора од двије до десет година и новчаном казном. Евидентно је како се и овај најтежи облик извршења овог дјела се састоји из двије алтернативно предвиђене радње, од којих се прва радња састоји у организирању мреже препродавача или посредника, док се друга радња извршења овог кривичног дјела огледа у прибављеној имовинској користи⁴³. Експлицитно је у одредби ст. 4. чл. 260. КЗ РС предвиђено обавезно одузимање предмета из ст. 1.-3. чл. 260. КЗ.

У контексту права Босне и Херцеговине нужно је указати и на рјешења Кривичног закона Брчко дистрикта БиХ ("Службени гласник Брчко дистрикта БиХ", бр. 33/2013 - пречишћен текст, 47/2014 - исправка 26/2016, 13/2017 и 50/2018; у даљњем тексту: КЗ БД). Неовлаштена употреба туђе фирме уређена је одредбом чл. 258. КЗ БД у којој је прописано да ово дјело чини онај тко се у циљу обмане купца или корисника услуга послужи туђом фирмом (или жигом, заштитним знаком или посебном ознаком робе) или унесе поједина обиљежја туђе ознаке у своју фирму, жиг, заштитни знак или посебну ознаку робе. За ово казнено дјело запријечена је казна затвора до једне године.

⁴¹ *Ibid.*, 119.

⁴² *Ibid.*, 121.

⁴³ *Ibid.*, 124-125.

V ЗАКЉУЧАК

Иако је у саставу правне заштите твртке (фирме, пословног имена) префериран онај модалитет судске заштите твртке из темељних прописа о трговачким (привредним) друштвима, то не искључује могућност казненоправне заштите твртке према позитивном казненом законодавству. Кроз анализу новог казненог законодавства Републике Хрватске и Босне и Херцеговине, актуализира се овај модалитет заштите у смислу његовог квалитетнијег препознавања односно успоредбе рјешења у компарабилним правним суставима у циљу измјена постојеће регулације.

Dragan Zlatović, LL.D*
Ante Galić, LL.M*

COMPARATIVE OVERVIEW OF CRIMINAL LAW PROTECTION OF A COMPANY NAME IN LAW OF REPUBLIC OF CROATIA AND BOSNIA AND HERZEGOVINA

Summary

Although the legal protection of the business name system is preferable to the modalities of the court's protection of the company from the basic regulations on commercial (economical) companies, this does not exclude the possibility of criminal law protection of the company according to positive criminal legislation. Through the analysis of the new criminal legislation of the Republic of Croatia and Bosnia and Herzegovina, this modality of protection is updated in terms of its better quality recognition or comparison of solutions in comparable legal systems in order to change the existing regulation.

Key words: *company name, criminal legislation, trademark, intellectual property.*

* Assistant professor, The Polytechnic of Sibenik, Republic of Croatia.

* Assistant, The Polytechnic of Sibenik, Republic of Croatia.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

НАУЧНИ И СТРУЧНИ ЧЛАНЦИ

Научни и стручни чланци могу се објавити на српском (ћирилица или латиница), енглеском, немачком, француском и руском језику. Аутори који своје радове доставе на српском језику дужни су да на почетку рада напишу апстракт, обима до 250 речи, и од пет до десет кључних речи, а на крају рада резиме, обима до 1/10 дужине чланка, и исти број кључних речи на енглеском језику. Аутори који своје радове доставе на страним језицима дужни су да на почетку рада напишу апстракт, обима до 250 речи, и пет кључних речи, а на крају рада резиме, обима до 2/10 дужине чланка, и исти број кључних речи, који ће бити објављени на српском језику. Превод резимеа и кључних речи на српски језик обезбеђује Редакција часописа..

Аутори су дужни да, поред свог имена и презимена, наведу назив установе у којој је аутор стално запослен, као и своју контакт адресу, која укључује и е-адресу.

Обим научних и стручних чланака је ограничен на максимално два ауторска табака. У изузетним случајевима, редакција може одлучити да се прихвате и обимнији радови.

Редакција прима искључиво необјављене радове (научне и стручне чланке) који подлежу двострукој анонимној рецензији и класификацији у складу са [Типологијом докумената/дела за вођење библиографија у систему COBBIS](#). Радови који су прихваћени за објављивање или су већ објављени у „Гласнику права“, аутор може објавити у другим публикацијама, али само уз допуштење Редакције и уз јасну назнаку о њиховом објављивању у „Гласнику права“. Ако је чланак, пре објављивања у „Гласнику права“, био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења (под истим или сличним насловом), податак о томе се наводи у посебној напомени на дну прве странице чланка.

Радови аутора морају бити достављени у WORD, Times New Roman, фонт 12 (фусноте 11), проред 1,5 (фусноте 1), величина стране А4, лева и десна маргина 3цм и горња и доња маргина 2,5цм.

Радови морају бити структурирани на следећи начин :

I., II., III, итд.

A, B, C итд. односно A, B, V, итд.

1., 2., 3.,

a), б), ц) итд. односно а), б), в) итд.

Наслов рада и поднаслови се пишу на средини.

ОСТАЛИ ПРИЛОЗИ

Остали прилози (семинарски радови, избор судских одлука, прикази књига итд.) могу се, такође, објавити на било ком од горе наведених језика и морају бити достављени у WORD, Times New Roman, фонт 12, 1,5 проред.

Редакција задржава право да достављене прилоге (научне и стручне чланке и остале прилоге) прилагођава општим правилима уређивања часописа и стандардима српског језика.

Радови се могу доставити у електронском облику на CD на адресу уредништва или на мејл адресу уредништва (укључујући и адресе главног и одговорног уредника и секретара уредништва).

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

Прво слово имена, презиме аутора, наслов књиге (*italic*), место и година издања, број странице (без скраћенице стр.). Пример: Н. Ђорђевић, *Практикум за облигационо право*, Крагујевац, 2002, 22.

Уколико се у књизи помиње више места издања, наводе се прва два раздвојена цртицом. Пример: F. Bydliniski, *Juristische Methodenlehre*, Wien-New York, 1991, 55.

2. Часописи (чланци)

Прво слово имена, презиме аутора, наслов чланка, број часописа, година часописа, број странице. Пример: Ј. Радишић, *Нацрт кодекса лекарске етике Србије*, Правни живот бр. 9, 2003, 222.

3. Текстови из зборника радова

Прво слово имена, презиме аутора, наслов текста, у: наслов зборника (ур. име уредника), место и година издања, број странице. Пример: С. Ђорђевић, *Приватноправни односи са елементом иностраности и интернет*, у: Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије (ур. С. Бејатовић), књ. 2, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац 2003, 261.

4. Електронски текстови

Прво слово имена, презиме аутора, наслов текста (веб странице), УРЛ, датум посете (дан, месец и година). Пример: K. Boele-Woelki, *Internet und IPR*:

Wo geht jemand ins Netz?, <http://cui.unige.ch/~billard/ipilec/BOELED1.HTM>, датум посете: 14. 02. 2002.

5. Нормативни акти

Назив правног акта, назив гласила у коме је објављен, број и година објављивања. Ако ће се наведени пропис цитирати и касније, приликом првог помињања у загради се наводи његова скраћеница под којом ће се даље појављивати. Пример: Закон о парничним поступку (ЗИП), *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

6. Судска пракса

Врста одлуке и назив суда, број одлуке, датум (дан, месец, година) доношења, назив публикације у којој је објављена, и број странице у публикацији. Пример: Решење Окружног суда у Београду, Гж. 1782/04, Избор судске праксе, 2/2005, 62). Ако одлука није објављена, потребно је то и назначити. Пример: Решење Окружног суда у Београду, Гж. 1782/04, необјављено.

7. Остала правила

1. Уколико постоји више аутора књиге или чланка, њихова имена се раздвајају зарезом. Пример: С. Ђорђевић, В. Станковић, *Облигационо право*, Београд, 1987. Када књига има више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме првог аутора, уз додавање скраћенице *et al.* (*et alia*). Пример, Т. Варади *et al.*, *Међународно приватно право*, Београд, 2008.

2. Када се цитира више тачно одређених страница, оне се раздвајају цртицом, а када се цитира више страна које се не одређују тачно, после навођења броја прве странице додају се речи „и даље“. Пример: Н. Ђурђевић, *Практикум за облигационо право*, Крагујевац, 2002, 22-27. Пример: Ј. Радишић, *Нацрт кодекса лекарске етике Србије*, Правни живот бр. 9, 2003, 222 и даље.

3. Код поновљеног цитирања текста одређеног аутора, после првог слова имена и презимена аутора, следи, уместо наслова текста, скраћеница *op.cit.*, после које следи број странице. Пример: Ј. Радишић, *op.cit.*, 222.

4. Ако се цитира исто дело и иста страница као и у претходној фусноти (узастопно) користи се само скраћеница *Ibid.* А ако се цитира текст дела, наведеног у претходној фусноти, који се налази на различитој страници, после *Ibid.* назначује се број странице (пример: *Ibid.*, 55.).

5. За „видети“ се користи скраћеница „Вид.“, а за „Упоредити“ скраћеница „Уп.“

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

ГЛАСНИК права = Herald of Law : часопис из области права и
сродних друштвених наука / главни и одговорни уредник Нина Планојевић.
- Књ. 1, св. 3 (1992)-1997, књ. 6 ; 2016, br. 1-2 ; Год. 8, бр. 1 (2017)- . -
Крагујевац : Правни факултет, 1992-1997 ; 2016 ; 2017- (Крагујевац :
Графопромет)
. - 24 cm

Полугодишње. - Је наставак: Гласник Правног факултета у Крагујевцу =
ISSN 0351-2207. - Друго издање на другом медијуму: Гласник права
(Online) = ISSN 1821-4630
ISSN 1450-8176 = Гласник права
COBISS.SR-ID 65313282