ISSN 2217-3676

ВРХОВНИ КАСАЦИОНИ СУД

БИЛТЕН

бр. 1/2023
Београд

Врховни касациони суд

БИЛТЕН

бр. 1/2023

intermex
Software & Communications

Београд

БИЛТЕН ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА

ПРИРЕЂИВАЧ: **Врховни касациони суд**
За приређивача: Јасмина Васовић, председник суда

ИЗДАВАЧ: **Intermex**, Београд, Алексе Бачванског 6
За издавача: Љиљана Миланковић-Васовић, директор

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК: Драгана Маринковић, судија Врховног касационог суда

ЗАМЕНИК ГЛАВНОГ И ОДГОВОРНОГ УРЕДНИКА: Биљана Синановић, судија Врховног касационог суда

РЕДАКЦИЈА: Драгана Маринковић, Биљана Синановић, Звездана Лутовац, Бранислав Босиљковић, Невенка Важић, Гордана Комненић, Гордана Џакула, судије Врховног касационог суда

СЕКРЕТАР РЕДАКЦИЈЕ: Оливера Новаковић, саветник Врховног касационог суда

РЕДАКЦИЈСКА ПРИПРЕМА: Андријана Недовић, редакцијски сарадник

ПРЕЛОМ, КОРЕКТУРА И ДИЗАЈН: **Intermex**, Београд

ШТАМПАРИЈА: "**CICERO**", Београд

Свако копирање, умножавање, објављивање и дистрибуирање целине или делова текста из ове публикације представља повреду ауторског права и кривично дело.

Коришћење делова текста из овог Билтена дозвољено је сходно ауторском праву и уз сагласност издавача.

САДРЖАЈ

РЕЧ РЕДАКЦИЈЕ 5

I КРИВИЧНА МАТЕРИЈА

Милена Рашић, судија Врховног касационог суда
АКТИВНОСТИ КРИВИЧНОГ ОДЕЉЕЊА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА НА УЈЕДНАЧАВАЊУ СУДСКЕ ПРАКСЕ 9

Тема: НЕДОЗВОЉЕНИ ДОКАЗИ – ЗАКОНСКИ ОКВИР И СУДСКА ПРАКСА

Аутори:

1. *Татјана Вуковић, судија Врховног касационог суда* 30
2. *мр Сретко Јанковић, судија Апелационог суда у Београду* (у вези са посебним доказним радњама) 45
3. *Др Бојана Станковић, судија Првог основног суда у Београду* (стандарди Европског суда за људска права) 67

Тема: КРИВИЧНО ДЕЛО ПРОГАЊАЊА, ПРИМЕНА И ДИЛЕМЕ

Аутори:

1. *Бојана Пауновић, судија Врховног касационог суда* (са освртом на надлежност одељења за ВТК) 98
2. *Др Дијана Јанковић, судија Апелационог суда у Нишу* 109
3. *Драгослав Милановић, судија Вишег суда у Смедереву* 141

II УПРАВНА МАТЕРИЈА

Тема: ПРАВО ЛИЦА КОЈЕ НИЈЕ УЧЕСТВОВАЛО У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ НА ПОДНОШЕЊЕ ТУЖБЕ У УПРАВНОМ СПОРУ

Аутори:

1. *Гордана Џакула, судија Врховног касационог суда* 157

2. Драгана Илчић, судија Управног суда 176
3. Љиљана Коруга, судија Управног суда 195

Тема: ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА НА ПОДНОШЕЊЕ ЗАХТЕВА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ И НА ПОДНОШЕЊЕ ТУЖБЕ У УПРАВНОМ СПОРУ

Аутори:

1. Катарина Манојловић Андрић, судија Врховног касационог суда у пензији 212
2. Јасмина Минић, судија Управног суда
(са освртом на Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја) 240
3. Наташа Коцић Филиповић, судија Управног суда 249

Поштовани,

Одржавањем овогодишњег саветовања Судијски дани у организацији Врховног касационог суда у Врњачкој Бањи, настављамо дугогодишњу традицију, уз измењену и осавремењену концепцију. Теме су одабране од стране Колегијума и Редакцијског одбора Врховног касационог суда, а затим су, у богатој конкуренцији радова, одабрани аутори који ће имати прилику да, заједно са судијама Врховног касационог суда, излажу своје радове на саветовању. Треба истаћи да је, осим овде објављених радова, Редакцијски одбор одабрао и радове који ће бити објављени у неким наредним бројевима билтена Врховног касационог суда. Уз организацију која подразумева панел дискусије на сваку од тема, као и презентације два практична приручника, очекујемо активан допринос свих учесника саветовања.

Јасмина Васовић
Председник Врховног касационог суда

I
КРИВИЧНА МАТЕРИЈА

Милена Рашић
судија Врховног касационог суда

АКТИВНОСТИ КРИВИЧНОГ ОДЕЉЕЊА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА НА УЈЕДНАЧАВАЊУ СУДСКЕ ПРАКСЕ

Уводне напомене

Поступајући у духу својих законских овлашћења и обавеза, а ради обезбеђивања јединствене судске примене права, Врховни касациони суд сем поступања у предметима из своје надлежности остварује и низ других активности у истом циљу и о томе се судије и јавност обавештавају на разне начине, а између осталог и публиковањем у Билтену Врховног касационог суда.

У вези активности Врховног касационог суда у кривичној материји у циљу уједначавања праксе у раду судова у Републици Србији током претходне две године у Билтену који се објављује поводом овогодишњег саветовања свих судија Републике Србије у Врњачкој Бањи, износим правне ставове заузете на седницама Кривичног одељења, објављене сентенце поводом одређених спорних питања, одговоре на спорна правна питања апелационих судова у Републици Србији, као и изводе из неколико одлука по поднетим захтевима за заштиту законитости у којима су изражени ставови Врховног касационог суда који ће, надамо се допринети успешнијем раду у наредном периоду.

ПРАВНИ СТАВОВИ, СХВАТАЊА И ЗАКЉУЧЦИ УСВОЈЕНИ НА СЕДНИЦАМА КРИВИЧНОГ ОДЕЉЕЊА

На седници Кривичног одељења од 11.07.2022. године усвојен је правни

С Т А В
о израчунавању половине распона прописане казне затвора из члана 55-а КЗ-а

Распон прописане казне представља размак од минималне казне затвора која је прописана за одређено кривично дело до максималне казне затвора прописане за то дело, а половина распона из члана 55-а став 1. КЗ-а представља средњи број у том низу бројева и може се израчунати тако што се од максимума прописане казне одузме минимум исте, та разлика подели са 2, а потом се на тај резултат дода минимална казна.

Р а з л о з и:

Проблем у примени члана 55-а КЗ-а се заправо појавио због различитог тумачења начина на који се врши обрачун распона казне, односно проблем је представљало питање шта подразумева појам „распон“. Како се ради о појму који пре свега има примену у математици, дошло се до закључка да у том смислу појам „распон“ представља „размак“ од најниже до највише цифре, односно скупова бројева, а половина „распона“ у суштини представља средњи број у том низу бројева.

Пренето на терен кривичног права, „распон“ у смислу члана 55-а КЗ-а представља „размак“ од минималне казне затвора која је прописана за одређено кривично дело до максималне казне затвора прописане за то дело, а половина „распона“ представља средњи број у том низу бројева и тај број означава број година казне затвора изнад које се мора изрећи казна затвора за то кривично дело применом члана 55-а КЗ-а. До тог броја може се доћи на више начина и математичких операција, а у ставу усвојеном на седници Кривичног одељења опредељено је да се до тог броја долази тако што се од максимално прописане казне одузме минимум исте, та разлика подели са 2, а потом се на тај резултат дода минимална казна.

СЕНТЕНЦЕ УТВРЂЕНЕ НА СЕДНИЦАМА КРИВИЧНОГ ОДЕЉЕЊА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА

Правни континуитет између казне доживотног затвора и казне затвора од 30 до 40 година

У кривичном закону задржан је правни континуитет посебне врсте казни затвора прописаних за најтежа кривична дела и најтеже облике тешких кривичних дела и то између казне затвора од 30 до 40 година („Службени гласник Републике Србије“ број 72/09, 121/12 и др Закон) и казне доживотног затвора („Службени гласник Републике Србије“ број 35/2019).

Из образложења:

„Бранилац у захтеву за заштиту законитости истиче да су нижестепени судови побијаним пресудама, учинили повреду кривичног закона на штету окривљеног, из члана 439. тачка 2) ЗКП, јер је након извршења кривичног дела које је предмет оптужбе, а пре правноснажног окончања кривичног поступка дошло до измене Кривичног законика тако да окривљени може бити осуђен у најдужем трајању до 20 година затвора.

Одредбом члана 5. став 1. Кривичног законика („Службени гласник РС“ бр.72/09... 35/2019) прописано је да се на учиниоца кривичног дела примењује закон који је важио у време извршења кривичног дела, а према одредби става 2. истог члана, ако је после извршења кривичног дела измењен закон једном или више пута, примениће се закон који је најблажи за учиниоца.

Чланом 43. Кривичног законика који се примењивао од 11.09.2009. до 30.11.2019. године, којим су прописане врсте казни, одређено је да се учиниоцу кривичног дела могу изрећи: казна затвора, новчана казна, рад у јавном интересу и одузимање возачке дозволе.

Чланом 45. став 1. Кривичног законика, који се примењивао у време извршења кривичног дела прописано је да казна затвора не може бити краћа од 30 дана нити дужа од двадесет година. Ставом 3. овог члана одређено је да се за најтежа кривична дела и најтеже облике тешких кривичних дела може уз казну из става 1. изузетно прописати и казна затвора од 30 до 40 година.

Законом о изменама и допунама Кривичног законика („Службени гласник РС“ бр. 35/2019) који је ступио на снагу и примењује се од 01.12.2019. године, у одредби члана 44а у ставу 1. предвиђено је да се за најтежа кривична дела и најтеже облике тешких кривичних дела може уз казну затвора изузетно прописати и казна доживотног затвора.

Одредбом члана 114. тачка 5) Кривичног законика („Службени гласник РС“ бр. 72/09) који се примењивао од 11.09.2009. до 30.11.2019. године је прописано да ће се затвором од најмање 10 година или затвором од 30 до 40 година казнити онај ко другог лиши живота из користољубља, ради извршења или прикривања другог кривичног дела, из безобзирне освете или из других ниских побуда.

Законом о изменама и допунама Кривичног законика („Службени гласник РС“ бр. 35/2019) је за ово кривично дело у ставу 1. тачка 5) члана 114. Кривичног законика предвиђена казна затвора од најмање 10 година или доживотни затвор.

Несумњив је правни континуитет посебне врсте казни прописаних за најтежа кривична дела и најтеже облике истих кривичних дела имајући у виду одредбе општег дела Кривичног законика (врсте казни, претпоставке и услови за прописивање казне затвора...) чланом 43, чланом 45. став 3. Кривичног законика („Службени гласник РС“, бр. 72/09, 121/12... 35/19) у Кривичном законику важећем у конкретном случају у време извршења кривичног дела била је прописана посебна врста казне - затвор од 30 до 40 година, док је у време суђена то доживотни затвор (члан 44а Кривичног законика).

Посебан део Кривичног законика у време извршења кривичног дела тешко убиство из члана 114. тачка 5. Кривичног законика, прописује могућност да суд изрекне окривљеном затвор од 30 до 40 година, за коју казну се суд и определио и окривљеног осудио на казну затвора у трајању од 30 година у коју му се урачунава и време проведено у притвору.

С обзиром на то да су казне затвора од 30 до 40 година и доживотни затвор посебне врсте казне које су у кривично правни систем уведене као замена за укинуту смртну казну, неприхватљив је став одбране, да је казна затвора од 20 година најблажа и стога једина казна која се у конкретном случају могла изрећи окривљеном, нижестепеним пресудама није

повређен закон на штету окривљеног и стога је захтев за заштиту законитости браниоца одбијен као неоснован.“

(Из пресуде Врховног касационог суда Кзз 1430/2020 од 04. фебруара 2021. године)

Награда пуномоћника малолетног оштећеног у кривичном поступку

(Тарифни број 8. став 2. Тарифе о наградама и накнадама за рад адвоката)

Како је кривично процесна улога и задатак пуномоћника малолетног оштећеног истоветна са улогом и деловањем пуномоћника оштећеног у кривичном поступку, то се награда адвоката за заступање малолетног оштећеног обрачунава на основу Тарифног броја 8. став 2. Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката у висини 50% од награде за одбрану окривљеног, независно од тога да ли је пуномоћник изабран или постављен по службеној дужности.

Из образложења:

„Републички јавни тужилац у захтеву за заштиту законитости истиче да је суд првостепеним решењем повредио кривични закон и то одредбу члана 441. став 4. у вези члана 261. став 2. тачка 8) Законика о кривичном поступку и члана 154. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица и Тарифни број 8. Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката када је без законског основа умањио за 50% награду постављеном пуномоћнику-адвокату малолетне оштећене иако му је сходно одредби члана 261. став 2. тачка 8) ЗКП требало досудити пун износ захтеване награде.

Из списа предмета произилази да је решењем Основног јавног тужиоца у Лазаревцу А.бр.400/19 од 27.08.2019. године малолетној оштећеној постављен пуномоћник по службеној дужности - адвокат.

Иако Тарифним бројем 8. Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката није прописана награда за заступање „пуномоћника малолетне оштећене“, већ само за заступање оштећеног од стране изабраног пуномоћника – адвоката, Врховни касациони суд налази да се напред

наведене одредбе Тарифног броја 8. Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката примењују и на пуномоћника малолетне оштећене који је постављен по службеној дужности.

Наиме, пуномоћник малолетног оштећеног, имајући у виду његова овлашћења, као и функцију, ни у чему се не разликује од пуномоћника оштећеног, јер је њихова функција иста, без обзира да ли је пуномоћник – адвокат изабран или постављен по службеној дужности, а то је да заступа интересе оштећеног лица у конкретном случају малолетне оштећене, па се самим тим не ради о „својеврсној категорији пуномоћника“, осим што члан 154. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица прописује да малолетни оштећени мора имати пуномоћника од првог саслушања окривљеног.

Из изнетих разлога се и код одређивања пуномоћнику висине награде за заступање малолетног оштећеног примењују одредбе Адвокатске тарифе које дефинишу накнаду адвокатима на име заступања „оштећених“.

Одредбом Тарифног броја 8. Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката прописано је ставом 1. да за заступање оштећеног као тужиоца и приватног тужиоца адвокату припада награда као и за одбрану окривљеног, док је ставом 2. истог Тарифног броја прописано да за заступање оштећеног, адвокату припада 50% награде из става 1. овог Тарифног броја 8.

Сходно наведеној одредби и чињеници да је адвокат постављен по службеној дужности као пуномоћник малолетне оштећене, правилно су нижестепени судови у смислу Тарифног броја 8. став 2. Адвокатске тарифе која дефинише накнаду адвокатима на име заступања „оштећених“ обрачунали трошкове пуномоћника малолетне оштећене, па су супротни наводи изнети у захтеву за заштиту законитости Републичког јавног тужиоца оцењени као неосновани, а захтев јавног тужиоца одбијен на основу члана 491. став 1. ЗКП.

(Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Кзз 1287/2021 од 7.12.2021. године, утврђена на седници Кривичног одељења од 18.4.2022. године)

СТАВОВИ ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА У ВЕЗИ СПОРНИХ ПИТАЊА АПЕЛАЦИОНИХ СУДОВА

За разлику од сада већ дугогодишње праксе одржавања заједничких састанака представника кривичних одељења апелационих судова у Републици Србији и представника Врховног касационог суда ради разматрања спорних правних питања и уједначавања поступања судова на територији Републике Србије у истим или сличним правним ситуацијама, због здравствене ситуације изазване COVID вирусом, овај вид рада у циљу уједначавања судске праксе у кривичној материји у протекле две године (2021. и 2022. година) одвијао се тако што су апелациони судови прикупљали спорна правна питања нижестепених судова са своје територије, кандидовали их за разматрање другим апелационим судовима, те су апелациони судови давали одговоре на та питања у писаној форми уз достављање писаних реферата и образложења, а о истом обавештавали остале апелационе судове и Врховни касациони суд. У вези усаглашених одговора апелационих судова, као и о питањима о којима апелациони судови нису постигли сагласност Врховни касациони суд се изјаснио на седницама Кривичног одељења које су одржане дана 22.03.2021. године, 01.11.2021. године, 16.11.2021. године, 31.01.2022. године и 07.02.2022. године и у писаној форми обавестио апелационе судове у Републици Србији.

На седници Кривичног одељења Врховног касационог суда одржаној дана **22.03.2021.** године размотрена су спорна питања представника кривичних одељења апелационих судова, на којој седници је Кривично одељење Врховног касационог суда у вези постављених питања заузело следеће ставове:

ПИТАЊЕ: „ Да ли постоји покушај код кривичног дела злоупотреба службеног положаја из члана 359. став 2. и став 3. у вези са чланом 30. Кривичног законика?“

Став Кривичног одељења Врховног касационог суда: **одговор на наведено питање садржи сентенца и образложење сентенце која је утврђена на седници Кривичног одељења Врховног касационог суда одржаној дана 07.03.2021. године и објављена у Билтену Врховног касационог суда бр. 1/2021.**

ПИТАЊЕ: „Да ли може наступити апсолутна застарелост извршења мере безбедности и уколико може у којим роковима наступа?“.

Став Кривичног одељења Врховног касационог суда: **питање застарелости извршења мера безбедности регулисано је одредбом члана 107. КЗ, који не приписује тзв.“апсолутни рок застарелости“ извршења мере безбедности, међутим, одредбом члана 106. став 2. и 3. КЗ, прописан је коначан и непроменљив рок застарелости извршења мера безбедности који наступа у сваком случају.**

ПИТАЊЕ: „Да ли су испуњени услови из члана 55а став 1. КЗ (у примени од 01.12.2019. године) за пооштрено кажњавање вишеструких повратника уколико је лице више пута осуђивано на казне затвора од најмање једну годину за кривична дела учињена са умишљајем, ако су те казне спојене кроз поступак за изрицање јединствене казне по члану 552. до 556. ЗКП (спајање казне).

Да ли се такво лице, коме су раније осуде обухваћене јединственом казном затвора, води као лице које је више пута осуђивано или се сматра раније неосуђиваним лицем, приликом примене члана 55а КЗ.

Став Кривичног одељења Врховног касационог суда: **у датој процесној ситуацији испуњени су услови из члана 55а став 1. КЗ (у примени од 01.12.2019. године) за пооштрено кажњавање вишеструких повратника уколико лице је два пута осуђивано на казне затвора од најмање једну годину за кривична дела учињена са умишљајем, ако су те казне спојене кроз поступак за изрицање јединствене казне по члану 552. до 556. ЗКП (спајање казне).**

Такво лице, коме су раније осуде обухваћене јединственом казном затвора, сматра се као лице које је више пута осуђивано у примени законске одредбе из члана 55а КЗ.

ПИТАЊЕ: „Да ли постоји стицај између кривичног дела фалсификовање исправе из члана 355. КЗ и кривичног дела преваре из члана 208. КЗ у ситуацији када учинилац направи лажну или преиначи праву исправу, а затим у намери да себи или другом прибави противправну имовинску корист, ову исправу употреби за навођење неког лица, да на штету своје или туђе имовине нешто учини или не учини?“.

Став Кривичног одељења Врховног касационог суда: **у ситуацији како је образложено у питању у начелу није искључена консумпција ових кривичних дела, међутим, конкретан одговор ће зависити од чињеничног стања у сваком конкретном случају.**

ПИТАЊЕ: „Да ли је суд овлашћен да почетак трајања притвора по решењу о продужењу притвора, рачуна од дана када окривљеном притвор истиче по претходном решењу о притвору?“.

Став Кривичног одељења Врховног касационог суда: **суд је овлашћен да почетак трајања притвора по решењу о продужењу притвора, рачуна од дана када окривљеном притвор истиче по претходном решењу о притвору.**

ПИТАЊЕ: „Након поступања по наредби за претрес куће окривљеног, пошто нису пронађени предмети кривичног дела, службена лица полиције која су вршила претрес су у олуку комшијске куће, пратећи трагове у снегу од куће окривљеног до олука комшијске куће, пронашли опојну дрогу. Да ли проналазак опојне дроге представља незаконит доказ, јер није постојала наредба за претрес комшијске куће или се ради о дозвољеном доказу прибављеном увиђајем места у смислу члана 136. став 1. ЗКП.

Став Кривичног одељења Врховног касационог суда: **Врховни касациони суд се није изјашњавао у вези постављеног питања јер се ради о чињеничном питању из конкретног предмета, међутим у вези овог питања указује се на став Врховног касационог суда изражен у пресуди Кзз 59/21 од 27.01.2021. године.**

На седници Кривичног одељења Врховног касационог суда одржаној дана **01.11.2021. и 16.11.2021.** године размотрена су спорна питања апелационих судова, на којој седници је Кривично одељење Врховног касационог суда у вези постављених питања заузело следеће ставове:

Спорна питања око којих апелациони судови нису постигли сагласност

ПИТАЊЕ: „Да ли апелациони суд треба да плати трошкове браниоца на Кжр решење о продужењу притвора, које је донео апелациони суд

и како треба да поступи суд уколико му се бранилац обрати са захтевом за плаћање ових трошкове?“

ОДГОВОР: У наведеној процесној ситуацији трошкове састава жалбе сносиће апелациони суд као орган поступка у наведеној жалбеној фази у смислу члана 261. став 4. ЗКП.

ПИТАЊЕ: „Да ли је код кривичног дела из члана 204. став 1. тачка 1) КЗ, да би постојала радња извршења овог кривичног дела, неопходно да се наведе да су механичке или електронске препреке веће, или се формулацијом „или других већих препрека“ сматра да су оне саме по себи веће, а да се наведена формулација односи на неке друге веће препреке које могу постојати поред већ наведених механичких или електронских“.

ОДГОВОР: Одговор на наведено питање зависи од чињеничног описа радње извршења кривичног дела у сваком конкретном случају.

ПИТАЊЕ: „Да ли се након изрицања казне затвора окривљеном коме је суђено у одсуству доноси решење о притвору, који је током кривичног поступка био одређен према окривљеном по основу члана 211. став 1. тачка 1) ЗКП, али никада није реализован.

ОДГОВОР: Према окривљеном коме је суђено у одсуству и према коме је био одређен притвор у смислу члана 211. став 1. тачка 1) ЗКП, али никада није реализован, након доношења осуђујуће пресуде и изрицања казне затвора, не треба поново одлучивати у вези притвора, јер притвор према окривљеном није био реализован, па се не може ни продужавати ни укидати, а постојеће решење о одређивању притвора током поступка само је донето у циљу реализације потернице, па ће у том смислу и бити донета одлука и одлучено о притвору након проналажења окривљеног по расписаној потерници.

ПИТАЊЕ: „Да ли је остварен алтернативни облик радње извршења кривичног дела насилничко понашање на спортској приредби или јавном скупу из члана 344а став 1. КЗ у виду физичког напада или физичког обрачуна са учесницима јавног скупа, у ситуацији када учинилац физички нападне и физички се обрачунава са учесницима јавног скупа приликом њиховог доласка или одласка са јавног скупа, дакле ван места и времена када се одржава јавни скуп.

ОДГОВОР: Алтернативни облик радње извршења кривичног дела насилничко понашање на спортској приредби или јавном скупу из члана 344а став 1. КЗ у виду физичког напада или физичког обрачуна са учесницима јавног скупа је остварен и у ситуацији када учинилац физички нападне или се физички обрачунава са учесницима јавног скупа приликом њиховог доласка или одласка са јавног скупа.

ПИТАЊЕ: „Да ли је дозвољена жалба оштећеног на пресуду првостепеног суда у ситуацији када се жалбом побија утврђено чињенично стање везано за висину противправно прибављене имовинске користи, што је у директној вези и са досуђеним имовинскоправним захтевом?“.

ОДГОВОР: У датој процесној ситуацији није дозвољена жалба оштећеног, јер се жалбом пресуда побија због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, а према одредби члана 433. став 4. ЗКП, жалба оштећеног је дозвољена само због одлуке суда о трошковима кривичног поступка и досуђеном имовинскоправном захтеву. Оштећеном су права заштићена тиме што му је делимично досуђен имовинскоправни захтев, а за остатак упућен на парницу.

ПИТАЊЕ: „Да ли је дозвољено присуство јавности на припремном рочишту у поступку по захтеву за трајно одузимање имовине?“.

ОДГОВОР: Није дозвољено присуство јавности на припремном рочишту по захтеву за трајно одузимање имовине, имајући у виду да Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела не регулише питање присуство јавности на припремном рочишту у поступку по захтеву за трајно одузимање имовине, при чему одредба члана 4. став 4. Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела у ситуацији када одређено процесно питање у одредбама наведеног закона није регулисано, упућује на сходну примену Законика о кривичном поступку, који у члану 345. став 2. ЗКП прописује да се припремно рочиште одржава пред председником већа, без присуства јавности.

ПИТАЊЕ: „Да ли је против решења које је донето на претресу пред другостепеним судом, којим се издваја незаконит доказ, дозвољена посебна жалба и ако јесте коме у ситуацији када се жалбом браниоца окривљеног на првостепену пресуду указује на битну повреду одредаба

кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП, јер се пресуда заснива на доказу на коме се по одредбама законика не може заснивати, а другостепени суд на претресу издваја управо тај доказ на који се жалбом указује и на коме је првостепени суд између осталог засновао осуђујућу пресуду?“.

ОДГОВОР:

Уколико је на претресу пред другостепеним судом донето решење о издвајању незаконитих доказа, на такво решење није дозвољена посебна жалба.

Спорна питања око којих су апелациони судови постигли сагласност

ПИТАЊЕ: „Да ли се основ који искључује постојање кривичног дела обљуба са дететом из члана 180. КЗ односи само на основни облик овог кривичног дела из става 1. или се по основу непостојања значајније разлике у телесној и душевној зрелости може искључити постојање и квалификованих облика истог кривичног дела из става 2. и 3. истог члана.

Усаглашени став апелационих судова, које је прихватио и Врховни касациони суд.

Основ који искључује постојање кривичног дела односи се само на став 1. члана 180. КЗ (дакле на основни облик кривичног дела када нема тежих последица), јер из законског текста произилази да је то била интенција законодавца и смисао наведеног изузетка од правила да свака обљуба са лицем које није навршило 14 година представља кривично дело.

ПИТАЊЕ: „У ситуацији када је окривљени првостепеном пресудом за једно кривично дело оглашен кривим и осуђен, а за друго кривично дело је ослобођен од оптужбе, па је изјављена жалба јавног тужиоца једино на ослобађајући део пресуде због битних повреда одредаба кривичног поступка и погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, али се при томе не побија и осуђујући део пресуде, да ли је другостепени суд овлашћен да на основу члана 451. став 3. ЗКП испитује и осуђујући део пресуде у делу одлуке о кривичној санкцији?“.

Усаглашени став апелационих судова који је прихватио и Врховни касациони суд.

Другостепени суд у тој ситуацији није овлашћен да испитује првостепену пресуду у осуђујућем делу, јер у том делу жалба није изјављена и тај део пресуде се не оспорава, ни на штету окривљеног и следствено томе, не може да смањи изречену казну или изрекне другу санкцију, па с тога ни да потврди пресуду у тој делу.

На седници Кривичног одељења Врховног касационог суда одржаној дана **31.01.2022. године и 07.02.2022. године** размотрена су питања апелационих судова, на којој седници је Кривично одељење Врховног касационог суда у вези постављених питања заузело следеће ставове:

Спорна питања око којих апелациони судови нису постигли сагласност

ПИТАЊЕ: „ Који степен сумње утврђује кривично ванпретресно веће из члана 21. став 4. ЗКП приликом преиспитивања притвора након потврђивања оптужнице – основану или оправдану сумњу да је окривљени извршио кривично дело?“

ОДГОВОР: У складу са изричитом одредбом члана 211. став 1. ЗКП приликом преиспитивања притвора у свакој фази поступка, па и приликом преиспитивања притвора након потврђивања оптужнице, испитује се само да ли постоји основана сумња да је окривљени извршио кривично дело, као један од законом прописаних услова**.**

ПИТАЊЕ: „Уколико кривично ванпретресно веће цени постојање оправдане сумње да је окривљени извршио кривично дело приликом одлучивања о притвору након потврђивања оптужнице, да ли се таква процесна улога изједначава са учешћем судије приликом одлучивања о потврђивању оптужнице и да ли је то онда разлог за обавезно изузеће судије у смислу одредбе члана 37. став 1. тачка 4. Законика о кривичном поступку ?“.

ОДГОВОР: У начелу се не изједначава и не представља разлог за изузеће судије, али може се изједначити уколико је степен јасноће у

погледу постојања оправдане сумње о кривици окривљеног тако висок да доводи у питање претпоставку непристрасности суда.

ПИТАЊЕ: „Какве правне последице настају по имовину која је привремено одузета на основу правноснажног решења о привременом одузимању имовине ако дође до смрти окривљеног током кривичног поступка?“

ОДГОВОР:

1) Ако у току кривичног поступка наступи смрт власника – окривљеног против кога је донето правноснажно решење о привременом одузимању имовине, суд по службеној дужности у смислу одредбе члана 34. став 3. Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела преиспитује одлуку о привременом одузимању имовине.

2) У ситуацији када је кривични поступак вођен само против једног окривљеног, након обуставе кривичног поступка у односу на њега једино је могуће донети решење о укидању мере привременог одузимања имовине, а ако се после обуставе кривичног поступка у односу на једног окривљеног кривични поступак настави у односу на друге окривљене са којима је сада покојни власник – окривљени заједно учествовао у извршењу кривичног дела, могуће је донети све одлуке у смислу одредбе члана 34. став 3. Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, па и решење којим ће се оставити на снази правноснажно решење о привременом одузимању имовине.

Ставови Врховног касационог суда у вези спорних питања око којих су апелациони судови постигли сагласност

Врховни касациони суд је сагласан са усаглашеним ставовима апелационих судова по следећим питањима:

ПИТАЊЕ: „Да ли се приликом одлучивања о условном отпусту осуђеног који издржава јединствену казну затвора по Кв пресуди донетој у поступку изрицања јединствене казне (у коју су спојене казне по Кв и К пресуди), узима да је осуђени више од три пута правноснажно осуђен уколико је и по ранијих пресудама извршено спајање казни, тако да у време одлучивања према осуђеном егзистирају само две Кв пресуде?“

ОДГОВОР: Код одлучивања о условном отпусту приликом доношења одлуке у смислу члана 567. став 1. ЗКП и оцене раније осуђиваности осуђеног о чијој молби за пуштање на условни отпуст се решава, ранију осуђиваност у смислу одредбе наведеног члана као и у смислу члана 46. став 1. КЗ (друге околности) и члана 46. став 2. последња алинеја КЗ, треба ценити према броју правноснажних пресуда без обзира да ли су исте обухваћене поступком за изрицање јединствене казне.

ПИТАЊЕ: „Да ли се својеручном преправком гасног оружја у ватрено оружје калибра 7,65 мм (брушењем цеви гасног оружја и уметањем цеви калибра 7,65 мм са јединичном паљбом), а затим држањем таквог оружја без одобрења остварују елементи кривичног дела из члана 348. став 1. КЗ или члана 348. став 2. у вези става 1. КЗ?“.

ОДГОВОР: Поступањем учиниоца у конкретном случају на описани начин описан у постављеном питању, остварују се обележја кривичног дела недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивним материја из члана 348. став 1. КЗ уз испуњење осталих услова за постојање кривице код оптуженог.

НЕКИ СТАВОВИ ИЗ ОДЛУКА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА ОД ЗНАЧАЈА ЗА СУДСКУ ПРАКСУ

Осим већ наведених правних ставова и мишљења изражених у објављеним сентенцама издвајам неколико предмета у којима је Врховни касациони суд током претходног периода разматрао питања која су се наметнула у току рада по поднетим захтевима за заштиту законитости.

У предмету Врховног касационог суда **Кзз 153/22** се појавило као спорно питање да ли је суд овлашћен да окривљеном коме се оптужним актом ставља на терет кривично дело неовлашћено држање опојних дрога из члана 246а став 2. КЗ дакле неовлашћено држање у великој количини супстанци или препарата који су проглашени за опојне дроге, у ситуацији ако сматра да није у питању велика количина дроге, истог окривљеног осуди за кривично дело из члана 246а став 1. КЗ, дакле за неовлашћено држање опојне дроге у мањој количини за сопствену употребу.

У предметној одлуци заузет је став да је суд на то овлашћен, а то из следећих разлога:

Према одредби члана 420. став 1. ЗКП, пресуда се може односити само на лице које је оптужено (субјективни идентитет пресуде и оптужбе) и само на дело које је предмет оптужбе садржане у поднесеној или на главном претресу измењеној или проширеној оптужници (објективни идентитет пресуде и оптужбе), а одредбом става 2. истог члана је прописано да суд није везан за предлоге тужиоца у погледу правне квалификације кривичног дела.

Дакле, из цитираних законских одредби произилази да закон не захтева идентитет у погледу правне оцене дела, али да захтева да између оптужбе и пресуде постоји идентитет и подударност у погледу субјективне и објективне истоветности дела, тако да евентуалне измене чињеничног описа дела у изреци пресуде морају остати у границама чињеничног основа из оптужбе, тачније у границама оних чињеница и околности на којима се оптужба заснива.

Одредбом члана 246.а став 1. КЗ прописано је да ко неовлашћено држи у мањој количини за сопствену употребу супстанце или препарате који су проглашени за опојне дроге, казниће се новчаном казном или затвором до три године, а може се ослободити од казне.

Одредбом члана 246.а став 2. КЗ прописано је да ко неовлашћено држи у великој количини супстанце или препарате који су проглашени за опојне дроге, казниће се затвором од три до десет година.

Имајући у виду цитирана законска обележја означених кривичних дела, неспорно произилази да је радња извршења и једног и другог кривичног дела **неовлашћено држање**, као и да је објект радње исти – супстанце или препарати који су проглашени за опојне дроге. У конкретном случају, предмет оптужења је било неовлашћено држање опојне дроге у великој количини, док је првостепени суд побијаном пресудом поред измена у погледу количине „у мањој количини“, додао и – „за сопствену употребу“, односно „мотив“ неовлашћеног држања опојне дроге.

С обзиром да одредбом става 2. члана 246.а КЗ није прописана намена – „мотив“, због којег неко неовлашћено држи опојну дрогу, па самим тим иста није ни морала бити обухваћена диспозитивом оптужног акта, по ставу Врховног касационог суда, додавањем те намене – „за соп-

ствену употребу“, у конкретном случају, суд није прекорачио оптужбу, јер је остао у границама оптужбе.

При томе, кривично дело неовлашћено држање опојне дроге из члана 246.а став 1. КЗ, за које је окривљени побијаном пресудом оглашен кривим је повољније по окривљеног, па стога није погоршан његов положај у погледу правне оцене дела нити кривичне санкције, а имајући у виду запрећену казну за то дело.

Поступајући на напред наведени начин, по налажењу Врховног касационог суда, доношењем побијаних пресуда није прекорачена оптужба и на описани начин није учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 1. тачка 9) ЗКП, а како се то неосновано указује захтевом за заштиту законитости браниоца окривљеног.

У предмету Врховног касационог суда **Кзз 1214/2022** било је спорно питање да ли чињеница да су исте противправне радње које су у Кривичном законику Републике Србије квалификоване као кривично дело, предвиђене и неким другим законима (у конкретном случају Законом о планирању и изградњи), као прекршај, доводи до тога да се те радње квалификују искључиво као прекршај, а не кривично дело, јер би то било повољније по окривљеног, како се истицало у поднетом захтеву за заштиту законитости.

У конкретном случају правноснажном пресудом окривљени је оглашен кривим због извршења кривичног дела грађење без грађевинске дозволе из члана 219а став 3. у вези става 2. КЗ, а бранилац је у поднетом захтеву за заштиту законитости истицао повреду Кривичног закона из члана 439. тачка 1. и 2. ЗКП, који је образлагао наводима да у радњама окривљеног нема елемената кривичног дела за које је оглашен кривим и осуђен јер се у конкретном случају ради о прекршају из члана 208а Закона о планирању и изградњи, те је суд требало да примени повољнији закон по окривљеног и истог ослободи од оптужбе за кривично дело за које је оптужен, такође наводећи своје мишљење да уколико је прописан прекршај у закону који примарно уређује дату област неће доћи до примене кривичног права јер се на окривљеног примењује онај прекршај у закону који је за њега најповољнији.

Супротно изнетим наводима, Врховни касациони суд је у овој одлуци утврдио да правноснажним пресудама нису учињене повреде кривичног закона из члана 439. тачка 1) и 2) ЗКП из следећих разлога:

Кривично дело из члана 219а став 2. Кривичног законика чини лице које је инвеститор или одговорно лице у правном лицу које је инвеститор објекта који се гради без грађевинске дозволе, док је ставом 3. истог члана прописано кажњавање лица из става 1. и 2. овог члана које настави започету градњу када је издато решење о обустави радова.

Из чињеничног описа кривичног дела описаног у изреци првостепене пресуде, за које је окривљени оглашен кривим произилазе сва законска обележја кривичног дела грађење без грађевинске дозволе из члана 219а став 3. у вези става 2. Кривичног законика, како објективна обележја, која се односе на радње окривљеног – у време и на месту ближе означеном у пресуди, као инвеститор објекта који се гради без грађевинске дозволе започео доградњу на постојећем објекту и доградњу на помоћном објекту, а што је утврђено изласком грађевинског инспектора, а након доношења решења о затварању градилишта, наставио започету градњу, што је утврђено приликом поновне контроле од стране грађевинског инспектора када је и констатовано да је инвеститор наставио са извођењем радова и поред донетог решења о затварању градилишта, а све на начин ближе описан у изреци правноснажне пресуде, тако и субјективна обележја кривичног дела која се тичу урачунљивости и умишљаја окривљеног (свести и воље) за извршење кривичног дела који укључује и свест о забрањености дела.

Из наведених разлога неосновано се поднетим захтевом браниоца окривљеног истиче повреда кривичног закона из члана 439. тачка 1) ЗКП, с` обзиром да се у радњама окривљеног стичу сви објективни и субјективни елементи кривичног дела из члана 219а став 3. у вези става 2. КЗ, за које је правноснажном пресудом и оглашен кривим.

Сходно наведеном, а како суд ослобађајућу пресуду, на основу члана 423. тачка 1) ЗКП, доноси када кривично дело за које је окривљени оптужен не садржи сва обележја тог кривичног дела одређена законом, као и када је, иако постоје сва законска обележја кривичног дела, искључена противправност или кривица, а нема услова за примену мере безбедности, чињеница да су исте противправне радње предвиђене Законом о

планирању и изградњи у члану 208а, као прекршај, као и у члану 219а став 3. у вези става 2.Кривичног законика, не обавезује суд да окривљеног ослободи од оптужбе, када у његовим радњама стоје сва обележја кривичног дела, као у конкретном случају.

Инкриминација истих радњи као прекршаја не искључује кривичну одговорност за кривично дело, те нема места примени блажег закона, у смислу навода захтева. Постојање прекршаја као противправног дела које је законом или другим прописом надлежног органа одређено као прекршај и за које је прописана прекршајна санкција, не искључује постојање кривичног дела, па уколико се у радњама окривљеног стичу сва законска обележја кривичног дела, које му је стављено на терет, нема места доношењу ослобађајуће пресуде на основу члана 423. тачка 1) ЗКП. Питање чињеничног идентитета прекршаја и кривичног дела може бити само од значаја за оцену да ли је реч о правноснажно пресуђеној ствари, а не и оцену примене повољнијег закона.

Поступајући по захтеву за заштиту законитости Републичког јавног тужиоца у предмету **Кзз 1296/2022** Врховни касациони суд се суочио са питањем у вези примене Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела. Наиме, суштински се поставило питање на кога треба усмерити захтев за привремено или трајно одузимање путничког возила ако је исто регистровано на једно лице, а фактички је власник и држалац истог возила окривљени за кога постоји основана сумња да поседује знатну имовину проистеклу из кривичног дела.

У конкретном предмету према утврђеном чињеничном стању возило је било само формално регистровано на једно лице, а према уговору о купопродаји и другим доказима возило је од стране тог лица продато и предато окривљеном код кога га је полиција возило пронашла.

По налажењу Врховног касационог суда, погрешан је став другостепеног суда да окривљени није власник путничког моторног возила, ближе описаног у изреци побијаног решења само из разлога што у регистру путничких моторних возила није уписан као његов власник, ради чега је одбијен захтев тужиоца за организовани криминал за привремено одузимање тог возила.

Одредбом члана 3. став 1. тачка 2) Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, прописано је да се „имовином происте-

клом из кривичног дела“, сматра имовина власника која је у очигледној несразмери са његовим законитим приходима.

Чланом 3. став 1. тачка 4) Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела прописано је да се „власником“ сматра окривљени, окривљени сарадник, оставилац, правни следбеник или треће лице.

Одредбом члана 3. став 1. тачка 8) Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела прописано је да се „трећим лицем“, сматра физичко или правно лице на које је пренета имовина проистекла из кривичног дела.

Одредбом члана 34. став 1. Закона о основама својинскоправних односа предвиђено је да се на основу правног посла, право својине на покретној ствари стиче предајом те ствари у државину стицаоца, а према ставу 2. истог члана, предаја покретне ствари сматра се извршеном и предајом исправе на основу које стицалац може располагати том ствари, као и уручењем неког дела ствари издвајањем или другим означавањем ствари које значи предају ствари. Чланом 34. став 3. истог закона, прописано је да када се покретна ствар налази у државини стицаоца по неком правном основу, он стиче право својине на њу у тренутку закључења правног посла са власником ствари на основу кога се стиче право својине.

Како је у конкретном предмету, у току поступка на основу транскрипата аудио записа и исказа сведока, доказано постојање правног посла – усменог уговора о купопродаји предметног возила закљученог између сведока, као продавца и окривљеног као купца, на основу ког правног посла је извршена исплата купопродајне цене и предаја возила и докумената у државину окривљеног, а што је утврђено из потврде о привременом одузимању предмета -возила, кључева и саобраћајне дозволе од окривљеног, то даље, код постојања усменог уговора о купопродаји предметног возила, као правног основа за стицање права својине на покретној ствари и код чињенице да је извршена предаја ствари, као начин стицања права својине на покретној ствари, у смислу цитираних одредби Закона о основама својинскоправних односа, Врховни касациони суд налази да је окривљени стекао право својине на путничком моторном возилу, односно да је његов власник, без обзира на чињеницу што у регистру путничких моторних возила није уписан као власник истог.

При том, Врховни касациони суд указује да, регистрација није начин стицања права својине на возилу, али је право својине претпоставка за његову регистрацију. У ситуацији када је окривљени стекао право својине на наведеном возилу, како је то претходно описано, у конкретном случају је оспорена претпоставка да је сведок (лице на које је возило регистровано), стварни власник тог моторног возила, а поред изнетог, према стању у списима предмета, на то лице није ни извршен пренос права својине на наведено возило у циљу осујећења одузимања, тако да се оно, по оцени овога суда, не може сматрати трећим лицем у смислу члана 3. став 1. тачка 8) Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, на које би, у конкретном случају, могао бити усмерен захтев јавног тужиоца за привремено одузимање имовине, већ је правилно усмерен на окривљеног као власника.

Тема: НЕДОЗВОЉЕНИ ДОКАЗИ – ЗАКОНСКИ ОКВИР И СУДСКА ПРАКСА

Татјана Вуковић
судија Врховног касационог суда

НЕДОЗВОЉЕНИ ДОКАЗИ – ЗАКОНСКИ ОКВИР И СУДСКА ПРАКСА

Уводна разматрања

Јавни интерес државе да учиниоцу кривичног дела буде изречена кривична санкција те да се обезбеди ефикасност кривичног поступка, ограничен је неопходношћу поштовања људских права и слобода грађана, а начин усклађивања ове две тежње манифестује се у прописивању правила о незаконитим доказима, те онемогућавању њиховог коришћења од стране суда приликом доношења пресуде, што се огледа у прописивању доказних радњи и начина на који се оне могу извести током кривичног поступка и из којих могу проистећи чињенице на којима се може засновати судска одлука, те неопходности издвајања из списа незаконитих доказа.

Докази који су прибављени кршењем забране мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, силе, претње, принудне обмане, медицинских захвата и других средстава којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање или друга изјава или радња од окривљеног или другог учесника у поступку, која забрана је прописана чланом 9. ЗКП се не могу ни у ком случају користити у поступку и таква забрана је безусловна и апсолутна. Ова забрана садржана је у одредби члана 3. Европске конвен-

ције која не допушта изузетке у њеној примени, а представља и законско регулисање уставне забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из члана 25.став 2. Устава РС.

Одредбом члана 16. ЗКП прописано је да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су, непосредно или посредно сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, овим закоником, другим законом или опште прихваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа, док члан 84. ЗКП искључује могућност коришћења незаконитих доказа - доказа који су прибављени противно члану 16. став 1. ЗКП.

Док су незаконити докази сами по себи они који су такви по садржају у супротности са Уставом, законом и међународним стандардима, Законик о кривичном поступку разликује према начину прибављања доказа, оне за које изричито предвиђа да се на њима не може заснивати судска одлука (члан 85. став 5., члан 95. став 4, члан 116., члан 163.став 3. ЗКП) и такве повреде сматрају се повредама апсолутне природе. С друге стране релативно незаконити докази не морају се издвојити из поступка уколико суд у конкретној ситуацији оцени да они нису у супротности са стандардима људских права, остварењем права на правично суђење, а то су докази код којих није изричито прописано да се на њима не може засновати судска пресуда.

Овакво дефинисање незаконитих доказа, у које спадају и посредно незаконити докази, указује да је наше законодавство прихватило доктрину „плодова отровног дрвета“, чиме је Законик о кривичном поступку успоставио виши степен заштите учесника у поступку у односу на европске стандарде које примењује Европски суд за људска права, што је видљиво и кроз одлуке Врховног касационог суда у ситуацијама када, након што утврди да је незаконит доказ записник о претресању стана, у својој пресуди, суд као незаконит доказ означава и потврду о одузетим предметима приликом спровођења такве доказне радње.

Европски суд за људска права је у погледу ове теме јасно изразио став у својим одлукама да се овим питањем бави у мери у којој су прекршена права која гарантује Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода грађана, без задирања у чињенична питања или при-

мену права од стране домаћих судова, превасходно утврђујући потпуност примене члана 6. Конвенције који регулише право на правично суђење и у том смислу разматра питање допуштености доказа оцењујући правичност поступка у целини а у циљу обезбеђења поштовања људских права и основних слобода. Садржина одредбе члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП која представља релативно битну повреду поступка суштински одражава и праксу Европског суда за људска права који, у ситуацији када је у кривичном поступку употребљен незаконити доказ, оцењује да ли је такав доказ био пресудан за доношење пресуде и да ли се пресуда заснива искључиво на том доказу.

Незаконити докази као релативно битна повреда одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1. ЗКП

Један од најчешћих разлога за подношење захтева за заштиту законитости у судској пракси Врховног касационог суда представља указивање на повреду одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП, која прописује да битна повреда одредаба кривичног поступка постоји ако се пресуда заснива на доказу на коме се по одредбама овог Законика не може заснивати, осим ако је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда. Према одредби члана 485.став 4. ЗКП ова битна повреда одредаба кривичног поступка представља процесну повреду због које је јавном тужиоцу и окривљеном (преко браниоца) допуштено подношење захтева за заштиту законитости.

Приликом истицања битне повреде поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП браниоци неретко, иако формално означавају да је учињена ова повреда, суштински оспоравају доказну снагу изведеног доказа и практично оспоравају чињенична утврђења од стране нижестепених судова, у ком случају Врховни касациони суд одбацује захтев за заштиту законитости као недозвољен јер се заправо односи на повреду одредбе члана 440. ЗКП – погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, која није у корпусу повреда предвиђених одредбом члана 485. став 4. ЗКП због којих окривљени може поднети захтев за заштиту законитости. Такође, како је бранилац окривљеног у свом захтеву за заштиту законитости дужан да образложи у чему се састоји конкретна незаконитост доказа на које указује, будући да Врховни касациони суд није овлашћен да испитује

по службеној дужности учињену повреду закона, у супротној ситуацији захтев се одбацује.

Овај рад је фокусиран на најчешће доказе на чију се незаконитост указује у поднетим захтевима за заштиту законитости, који се могу сврстати у две групе.

Прву групу обрађених процесних повреда чине повреде учињене приликом спровођења доказних радњи саслушања окривљеног и испитивања сведока, и то пре свега при сачињавању записника о саслушању окривљених у полицији. Наиме, наводима захтева за заштиту законитости се указује да се нижестепене пресуде заснивају на њима, иако су сачињени супротно одредби члана 85. став 3. ЗКП, а у ситуацијама када у записнику није унето да се осумњичени изричито изјаснио о томе да ли ће узети браниоца по свом избору, нити је унето упозорење из одредбе члана 85. став 3. ЗКП а имајући у виду да према одредби члана 85. став 5. ЗКП, записник у који није унета изјава окривљеног о присуству браниоца у смислу члана 85. став 3. ЗКП представља незаконити доказ и на њему се пресуда не може заснивати.

За разлику од периода пре 2020. године када је становиште Врховног касационог суда било да се у таквој ситуацији углавном радило о незаконитом доказу уколико на записнику сачињеном у смислу члана 289. став 4. ЗКП осумњичени није био упозорен на своје право у вези изабраног браниоца нити је на истом унета његова изричита изјава у том смислу, на заједничкој седници представника кривичних одељења апелационих судова одржаној 29.06.2020. године заузет је став да такав записник представља *у начелу* незаконит доказ на коме се пресуда не може заснивати у смислу члана 85. став 5. ЗКП, али да се у сваком конкретном случају процењује да ли то упозорење и изјашњење окривљеног на записнику испуњава стандард упозорења који одговара условима из члана 85. став 3. ЗКП, а имајући у виду и став Европског суда за људска права у предмету Алмаши против Србије представка број 21388/15. изнет у пресуди од 8.10.2019. године, према коме правичност кривичног поступка није угрожена уколико не постоје релевантни и довољни разлози за надјачање или ометање жеље окривљеног у погледу његовог избора правног заступања, те се сматра да је окривљени јасно прихватио постављеног браниоца о чему сведочи његова сарадња са адвокатом, спремност да дâ изјаву у

његовом присуству и одсуство било каквих примедби и самим тим непостојање ограничења у слободном избору браниоца.

Наиме, у више разматраних предмета, на овим записницима о саслушању констатовано је да је окривљени упозорен и у смислу члана 293. ЗКП који прописује поуку о правима окривљеног да уз коришћење телефона или другог електронског преносиоца порука обавести браниоца, непосредно или посредством чланова породице или трећег лица, као и да „уколико не обезбеди присуство браниоца у року од 24 сата од када му је то у смислу става 1. овог члана омогућено или изјави да не жели да узме браниоца, ће му се поставити бранилац по службеној дужности у смислу става 3. овог члана, након чега би на записнику било констатовано да је окривљени након тога изричито прихватио да га заступа бранилац одређен по службеној дужности, у којим случајевима је Врховни касациони суд налазио да овакав начин упозорења о праву на браниоца испуњава стандарде из члана 85. став 3. ЗКП, те да се не ради о повреди члана 85. став 3. ЗКП, већ у сваком конкретном предмету треба проценити да ли начин и форма упозорења окривљеном на записнику одговарају стандарду упозорења који прописује одредба члана 85. став 3. ЗКП. Тако, процењујући околности садржане у сваком конкретном предмету треба ценити и чињеницу да ли је на записнику констатовано да је окривљени прихватио да га заступа бранилац одређен по службеној дужности, да ли је са њим обавио поверљив разговор, на који начин, да ли је изнео своју одбрану и одговарао на постављена питања, те да ли су он и присутни бранилац потписали записник и да ли су на њега ставили примедбе, из чега може произаћи закључак да ли се радило о „наметнутом браниоцу по службеној дужности“ или не, те проценити да ли сагласност окривљеног да га брани бранилац који му је додељен по службеној дужности, а након упозорења о праву на браниоца, садржи изричиту одлуку окривљеног да не жели да ангажује браниоца по свом избору, већ да жели да изнесе одбрану уз помоћ браниоца по службеној дужности.

Пресуде Кзз 885/2022, Кзз 965/2019, Кзз 894/2022

У појединим ситуацијама заузето је становиште да је изнети недостатак упозорења и изричите изјаве осумњиченог да ли ће узети браниоца по свом избору отклоњен у даљем току поступка услед чињенице да је бра-

нилац по службеној дужности наставио да заступа окривљеног, што указује на чињеницу да управо тај бранилац представља избор окривљеног.

У одређеном броју предмета, а у ситуацији када у конкретном случају све околности под којима је сачињен записник о саслушању окривљеног не указују да упозорења дата на том записнику испуњавају предвиђени стандард у виду формалног упозорења, и када је Врховни касациони суд констатовао да се ради о незаконито прибављеном доказу на коме су засноване пресуде нижестепених судова, Врховни касациони суд налази да ипак није учињена повреда закона из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП, будући да ова повреда не постоји уколико је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда, на који начин се „релативизује“ овако учињена повреда закона.

Повреда одредбе члана 300. Законика о кривичном поступку која је у уској вези са повредом права на правично суђење и права на једнакост оружја, а која прописује дужност јавног тужиоца да браниоцу осумњиченог упути позив да присуствује саслушању осумњиченог, односно да осумњиченом и његовом браниоцу упути позив, а оштећеног обавести о времену и месту испитивања сведока или вештака, те да, уколико овај позив није достављен у складу са одредбама ЗКП, јавни тужилац може предузети испитивање сведока или вештака само по претходном одобрењу судије за претходни поступак, такође је чест разлог за подношење захтева за заштиту законитости. Наиме, с обзиром да одредба члана 6. став 3. тачка д) Европске конвенције о људским правима и основним слободама грађана прописује право сваком ко је оптужен за кривично дело да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају и да се обезбеди присуство и саслушање сведока у његову корист под истим условима који важе за оне који сведоче против њега, повреда одредбе члана 300. ЗКП, иако се не би радило о незаконитом доказу у ужем смислу, свакако би указала на неправичност поступка у смислу члана 6. став 1. Конвенције јер се оптуженом мора пружити прилика да провери веродостојност исказа сведока.

Стога, у случају када првостепени суд користи као доказ такав записник о испитивању сведока дат пред јавним тужиоцем и на њему заснује осуђујућу пресуду, суд чини битну повреду одредаба кривичног поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП на штету окривљеног и у таквој ситуацији Врховни касациони суд је због ове повреде усвојио као основан захтев за заштиту законитости поднет од стране одбране.

Кзз 334/19

Међутим, постоје и ситуације када овај недостатак не доводи нужно до укидања нижестепених пресуда будући да је исти отклоњен на главном претресу непосредним испитивањем сведока који су претходно у фази истраге саслушани без уредног обавештавања окривљеног и браниоца од стране јавног тужиоца, када се сведок испитује на главном претресу у присуству окривљеног и његовог браниоца, када се сведоци изјашњавају да у свему остају при својим исказима датим на записницима пред јавним тужиоцем, одговарају на постављена питања одбране, суда и тужиоца, чиме се ова повреда односно незаконитост релативизује и оцењује према начину прибављања као релативно незаконит доказ који у конкретном случају нема за последицу обавезно издвајање таквог доказа из списа.

Кзз 1195/22, Кзз 200/2023

На овакав начин право одбране да испитује сведоке оптужбе, као једно од кључних права током кривичног поступка које регулише одредба члана 33. став 5. Устава РС и члана 6. став 3. тачка д) Европске конвенције о људским правима те члан 68. став 1. тачка 10) ЗКП није прекршено, с обзиром да је окривљени имао могућност да у каснијем току поступка испитује сведока, а овакав став Европског суда за људска права изражен је и у одлуци Unterpertinger v. Austria app. no. 9120/80.

Другу групу процесних повреда чине повреде које се односе на поступак приликом спровођења доказне радње претресање (члан 152.-160. ЗКП). Наиме, примена ових одредаба ЗКП које се односе на претресање стана и других просторија или лица, те уређаја за аутоматску обраду података и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи, изазива доста недоумица у поступању нижестепених судова. Одредбом члана 152. став 1.ЗКП предвиђено је да се претресање стана и других просторија и лица може предузети ако је вероватно да ће се претресањем пронаћи окривљени, трагови кривичног дела или предмети важни за поступак те да се оно предузима на основу наредбе суда или изузетно без наредбе на основу законског овлашћења, док став 2. овог члана прописује да се претресање уређаја за аутоматску обраду података и опреме предузима на основу наредбе суда по потреби уз помоћ стручног лица, док одредбе чл. 155-160. ближе прописују услове под којима се претресање може обавити.

Врховни касациони суд у својој новијој пракси, разматрајући могућност коришћења извода из комуникације путем СМС порука између окривљених преко мобилних телефона, који су сачињени од стране полиције без наредбе суда, прави разлику између података садржаних у мобилном телефону до којих радници полиције могу доћи без неких претходних предзнања и без познавања технологије самих телефона, и података за чије прибављање је неопходно стручно знање и вештина, те у случају када се у доказном поступку прочита извештај полиције који садржи фотографисане СМС поруке из мобилног телефона окривљеног, овакав преглед садржине мобилног телефона сматра увиђајем на покретној ствари у смислу члана 135. ЗКП. На исти начин се цени и ситуација када у спровођењу полицијских овлашћења овлашћеном службеном лицу оштећени покаже СМС поруке које су му послате од окривљеног на мобилном телефону и потом полицијски службеник фиксира СМС поруке фотоапаратом.

У супротном, уколико суд у конкретној ситуацији процени да без потребних знања и вештина или помоћи стручног лица није могао бити добијен садржај мобилног телефона, онда се исти може сматрати уређајем за аутоматску обраду података и мора бити предузет на основу наредбе суда сходно одредби члана 152. став 3. ЗКП или на основу наредбе органа поступка у смислу члана 114 ЗКП.

У значајном броју предмета, указујући да се побијане пресуде нижестепених судова заснивају на недозвољеним доказима, одбрана истиче да судови радњама овлашћених службеника полиције дају својство прегледа превозних средстава, путника и пртљага у смислу члана 286. став 1. ЗКП а не претреса, који је према ставу одбране извршен, и за коју доказну радњу претресања важе посебна правила одредаба ЗКП и посебни услови који морају бити испуњени да би та доказна радња могла бити законита.

Одредбом члана 286. став 1. ЗКП прописано је да, ако постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности, полиција је дужна да предузме потребне мере да се пронађе учинилац кривичног дела, да се учинилац или саучесник не сакрије или не побегне, да се открију и обезбеде трагови кривичног дела и предмети који могу послужити као доказ као и да прикупи сва обавештења која би могла бити од користи за успешно вођење кривичног поступка, док је ставом 2. истог члана између осталог прописано да у циљу испуњења дужности из става 1. овог члана полиција може да изврши потребан преглед превозних

средстава, путника и пртљага и о чињеницама и околностима које су утврђене приликом предузимања појединих радњи а могу бити од интереса за кривични поступак, као и о предметима пронађеним или одузетим потом састави записник. Ставом 4. истог члана прописано је да о предузимању мера и радњи полиција одмах, а најкасније у року од 24 сата након предузимања обавештава јавног тужиоца.

Цитирана законска одредба овлашћује службена лица полиције да предузму преглед возила у свом раду на откривању кривичних дела а наиме, да без посебног налога односно наредбе предузму одређене мере сходно наведеном члану, да се учинилац не сакрије или не побегне и да се открију и обезбеде трагови кривичног дела и предмети који могу послужити као доказ, у које мере свакако спада и „овлашћење полиције да поступајући по оперативним сазнањима заустави моторно возило, да изврши преглед возила и да на патосници испод седишта пронађе кесу са опојном дрогом, након тога возило превезе у полицијску управу и тамо сачини потврду о привремено одузетим предметима и извештај о форензичком прегледу лица места и криминалистичко-техничку документацију која потврда у конкретном случају испуњава услове из члана 147. став 1. ЗКП“ те се у ситуацији када је сачињена таква потврда и када је о предузетој радњи обавештен јавни тужилац, околност да није сачињен формални записник о прегледу возила не може сматрати недостатком који је од утицаја на законитост сачињене потврде о привремено одузетим предметима. Стога је констатовано да су неосновани наводи браниоца да потврда о привремено одузетим предметима може представљати само саставни део записника о претресању, који у конкретном случају није сачињен, односно да се у конкретном случају радило о претресању превозног средства.

Кзз 434/22

Под сличним околностима обављен је и преглед превозног средства – аутомобила у коме је пронађена опојна дрога, и према закључку Врховног касационог суда није се радило о претресању возила, за које би била неопходна наредба суда, а током ког прегледа је у возачевим вратима пронађена кутија са кесицама са опојном дрогом (Кзз 1107/22).

У смислу члана 97. Закона о полицији под прегледом саобраћајног средства подразумева се преглед свих отворених и затворених простора саобраћајног средства и предмета који се превозе, те је полицијски слу-

жбеник у таквој ситуацији овлашћен и да користи техничка средства и да принудно отвори затворено превозно средство те да „прегледом возила уочи иза климе ручно дограђен бункер и након скидања климе примети да постоје две уграђене електробравице и установи да се у возилу налази опојна дрога, након прегледа истог у просторијама полицијске управе, те потом обавести јавног тужиоца и даље поступа у складу са наредбама тужиоца, сачини и потврду о привремено одузетим предметима и фотодокументацију спорног возила“. Стога се закључује да су овлашћена службена лица критичном приликом поступала у складу са својим овлашћењима из члана 286. став 1. ЗКП и обавила преглед возила.

Кзз 239/22

Такође, када „овлашћена службена лица приликом контроле теретног моторног возила у предњем делу товарног простора камиона испод сена пронађу осам пакета који су испуњени зељастом биљном материјом, лице приведу у полицијску управу и уз потврду о привремено одузетим предметима изврше одузимање предмета ближе опредељених у потврди, а потом о догађају обавесте јавног тужиоца који наложи вештачење“, овлашћена службена лица обављају радњу у смислу члана 286. став 2. ЗКП, а не претрес возила, за који је неопходна наредба суда. Самим тим потврда о привремено одузетим предметима не представља незаконит доказ с обзиром да је издата од стране полицијске управе као надлежног органа и да ју је овлашћено службено лице у смислу члана 147. ЗКП сачинило приликом предузимања потребних мера из члана 286. ст. 1. и 2. ЗКП у складу и са одредбом члана 150. ЗКП а која потврда је потписана од стране окривљеног без примедби и овлашћеног службеног лица.

Кзз 766/22

У предмету Кзз 885/22 изражено је становиште да „када је у доњем вешу у пределу каиша пронађен пакет упакован у најлон кесу у којој се налазила опојна дрога и исти одузет уз потврду о привремено одузетим предметима, а потом истог дана по одобрењу јавног тужиоца донето решење о задржавању окривљеног и потом од стране овлашћених службених лица полиције и поднета кривична пријава јавном тужиоцу, дакле у року од 24 сата од када је извршена службена радња прегледа лица и привремено одузимање предмета“, ради се о прегледу лица извршеном у

складу са одредбама члана 97. Закона о полицији који овлашћује полицијског службеника да заустави и изврши преглед лица, предмета које лице носи са собом и саобраћајног средства, и то када лице треба довести, када је то неопходно ради проналаска предмета подобних за напад или самоповређивање, када предузима мере трагања за лицима и предметима и друге мере и радње у складу са ЗКП, те да се прегледом лица у смислу става 1. сматра увид у садржај одеће и обуће а прегледом саобраћајног средства у смислу става 1, преглед свих отворених и затворених простора саобраћајног средства и предмета који се превозе, а при предузимању мере из става 1. овог члана полицијски службеник овлашћен је да принудно отвори затворено саобраћајно средство или предмет који лице носи са собом.

Супротно, у ситуацији када након извршеног прегледа лица – окривљеног, возила и одузимања предмета, овлашћена службена лица нису саставила записник нити службену белешку у смислу члана 286. став 2. ЗКП, нити постоји доказ да је о предузимању мера из члана 286. ст. 2. и 3. полиција обавестила јавног тужиоца, наведене околности читаву радњу одузимања предмета – опојне дроге, чине незаконитом, па и саму сачињену потврду о одузетим предметима која није проистекла из законите радње полиције, чине такође незаконитим доказом у смислу члана 16. ЗКП.

Кзз 350/22

Повреде одредаба кривичног поступка приликом предузимања доказне радње претресања стана и других просторија и то, како на основу наредбе (чл. 155-157. ЗКП) тако и без наредбе (чл. 158-160. ЗКП), такође су веома чест разлог за подношење захтева за заштиту законитости указивањем на повреду одредаба поступка из члана 438. став 2. тачка 1) ЗКП.

Законитост доказне радње претресања разматра се и испитује узимајући у обзир и праксу Европског суда за људска права приликом утврђивања да ли је дошло до повреде одредбе члана 8. Европске конвенције који гарантује право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке, која пракса, разматрајући да ли је учињена ова повреда, углавном испитује да ли се осуда националног суда искључиво заснива на том доказу и неретко исту релативизује утврђујући да се не ради о одлучујућем и јединому доказу на коме је заснована одлука суда.

У ситуацији када је доказна радња претресања стана окривљеног обављена без присуства два пунолетна грађанина као сведока, а у конкретном случају нису били испуњени услови из члана 156. став 3. ЗКП који прописује да се претресању може приступити и без претходне предаје наредбе као и без позива за предају лица или предмета и поуке о праву на браниоца ако се претпоставља оружани отпор или друга врста насиља или ако се очигледно припрема или је отпочело уништавање трагова кривичног дела или предмета важних за поступак или је држалац стана и других просторија недоступан, ради се о незаконито прибављеном доказу – записнику о претресању стана и других просторија. Одредба члана 156. став 7. ЗКП прописује да претресању присуствују два пунолетна грађанина као сведоци који ће се пре почетка претресања упозорити да пазе на ток претресања и да имају право да пре потписивања записника ставе приговоре на веродостојност садржине записника о претресању а да се оно може предузети без присуства сведока ако су испуњени услови из става 3. овог члана, те у конкретној ситуацији када је претрес стана окривљеног обављен на основу наредбе за претрес судије за претходни поступак а претресу нису присуствовала два пунолетна грађанина, нити је обележен разлог зашто је вршен претрес без присуства сведока, ради се о незаконитом доказу на коме се пресуда не може заснивати.

Кзз 1284/2022, Кзз 901/2021.

С обзиром да одредба члана 156. став 7. ЗКП прописује обавезно присуство два пунолетна грађанина као сведока, у ситуацији када је у конкретном случају приликом претресања био присутан само један сведок, Врховни касациони суд такође констатује да се ради о незаконитом доказу – Кзз 620/2020. Међутим, у ситуацији када је приликом претресања био присутан само један сведок, али суд констатује да је с обзиром на друге доказе очигледно да би и без овог – незаконитог доказа била донесена иста пресуда, захтев за заштиту законитости одбијен је као неоснован.

Кзз 783/2020

Разматрајући да ли се ради о примени овлашћења полиције прописаних одредбом члана 286. ЗКП или предузимању доказне радње претресања стана и других просторија у смислу члана 152. ЗКП, Врховни касациони суд је нашао да је потврда о привремено одузетим предметима сачињена од

стране полиције, пронађеним у камп приколици незаконит доказ, јер камп приколица у којој је пронађена опојна дрога при конкретним околностима не представља превозно средство, већ стан или друге просторије, те је полицијским службеницима била потребна наредба за претресање сходно одредби члана 155. ЗКП, а радње које је полиција предузела не могу се сматрати овлашћењима полиције из члана 286. ЗКП када није потребна наредба за претрес, будући се не ради о отвореном простору. Наиме, у конкретном случају камп приколица је била опремљена за становање, није имала точкове и није се могла сматрати прикључним возилом јер је била фиксирана на тлу без вучног возила, нити се може сматрати превозним средством чији преглед може предузети полиција у смислу одредбе члана 286. ЗКП и овлашћења која произлазе из те одредбе, а ово стога што се камп приколица налазила на плацу окривљеног у којој је он боравио, није била оспособљена за вучу и била је у функцији објекта за становање, те је било неопходно прибавити наредбу о претресању, при чему нису били испуњени ни законом прописани услови за претресање без наредбе из члана 158. ЗКП. Стога је потврда о привремено одузетим предметима означена као незаконит доказ, па самим тим и докази који су проистекли из те потврде, и то записник о вештачењу и извештај о мерењу масе предмета НКТЦ.

Кзз 480/2022

Одредба члана 136. ЗКП предвиђа да се увиђај места предузима на месту кривичног дела или другом месту на којем се налазе предмети или трагови кривичног дела. Ради разматрања да ли се у конкретном случају ради о овој доказној радњи или евентуално о претресању стана и других просторија, неопходно је оценити околности сваког конкретног случаја, те тако према становишту Врховног касационог суда, када се ради о необезбеђеном помоћном објекту у власништву таште окривљеног у коме окривљени није имао ни пребивалиште ни боравиште – необезбеђеној летњој кухињи на ком месту се налазило предметно оружје са муницијом, не ради се о незаконитом доказу – претресању стана и других просторија, већ доказној радњи увиђај места прописаној одредбама члана 133 и 136 ЗКП о којој је сачињен записник МУП-а који садржи податке битне за ток и садржину предузете радње и опис изузетих трагова кривичног дела, а не и садржину обавештења примљеног од грађана – супруге окривљеног, како то указује неосновано бранилац у свом поднетом захтеву за заштиту законитости.

Кзз 292/21

Приликом оцене да ли је постојала сагласност држаоца стана која је неопходна да би се приступило претресању стана без наредбе суда на основу члана 158. став 1. тачка 1) ЗКП, а имајући у виду да из списа произлази да је окривљени примио решење о задржавању, да му је одређен бранилац по службеној дужности, да је претрес извршен у стану окривљеног – држаоца стана у његовом присуству, што је констатовано на потврди о уласку у стан и друге просторије коју потврду је потписао окривљени и да је констатовано да држалац стана нема примедбе на сачињени записник који је потписао, те да ни на једном од писмена није стављена примедба окривљеног, док је полиција доставила извештај судији за претходни поступак у смислу члана 160. ЗКП који је оценио да су били испуњени услови за претресање без наредбе о претресању о чему је сачинио службену белешку, Врховни касациони суд констатовао је да је претрес стана извршен уз сагласност држаоца, те оценио да се ради о законитом доказу на коме се могу засновати правноснажне пресуде.

Кзз 473/2022

Приликом разматрања да ли су повређене одредбе ЗКП којима је регулисано предузимање доказне радње претресања стана и других просторија, Врховни касациони суд пратећи судску праксу Европског суда за људска права има у виду и да Европски суд за људска права приликом утврђивања евентуалне повреде права на поштовање приватног живота, дома или преписке из члана 8. Европске конвенције, анализом конкретног случаја утврђује да ли се пресуда заснива искључиво или у претежном делу на доказу који је прибављен супротно члану 8 Конвенције, да ли је окривљени имао прилике да оспорава аутентичност и коришћење таквог доказа и да ли околности његовог прибављања бацају сумњу на његову тачност или поузданост, те у зависности од одговора на ова питања утврђује да ли је дошло до повреде одредбе члана 8. Европске конвенције.

ЗАКЉУЧАК

Имајући у виду начин на који наш ЗКП дефинише појам незаконитих доказа и високе стандарде у заштити права на правично суђење, приликом примене ових одредби судови имају веома деликатан задатак да

успоставе равнотежу и баланс између утврђивања у којој мери је евентуална – апсолутна или релативна незаконитост доказа могла утицати на њихову неприхватљивост и неопходност издвајања из списа, узимајући у обзир и стандарде Европског суда за људска права, и са друге стране, потребе државе да успостави ефикасан систем кривичног прогона извршилаца кривичних дела.

Пресуде Врховног касационог суда представљају коректив рада нижестепених судова у примени јасних и углавном прецизних процесних одредаба Законика о кривичном поступку, те стандарда Европског суда за људска права, што се одражава у релативно малом проценту укинутих одлука преиспитиваних поводом поднетих захтева за заштиту законитости.

мр Сретко Јанковић
судија Апелационог суда у Београду

НЕЗАКОНИТИ ДОКАЗИ У ВЕЗИ СА ПОСЕБНИМ ДОКАЗНИМ РАДЊАМА

Основне напомене о незаконитим доказима

Кривично процесно право одређује низ доказних правила, којима се уређују начин прибављања доказа и процесни услови за извођење доказних радњи, како би се на основу њихових резултата утврдиле чињенице на којима се заснива судска одлука о кривичној ствари[1]. Нормативно одређивање појединих процесних облика прибављања и извођења доказа (нпр. начин испитивања сведока), те изричито забрањивање појединих начина прибављања доказа, имају за циљ да се на основу закона (*ex lege*) искључе употребу доказа који су добијени супротно закону и који се због тога сматрају незаконитим[2]. Незаконити докази су докази који су настали или прибављени кршењем законских одредби о прикупљању и извођењу доказа, а обично представљају повреду основних људских права. Већина савремених кривичнопроцесних законодавстава прописује да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су прибављени тежим повредама зајемчених основних права и слобода грађана, па тако и Законик о кривичном поступку прописује случајеве када се докази сматрају незаконитим.

Разумљив је зато захтев да се у кривичном поступку може користити само доказна грађа која је прибављена уз поштовање основних процесних форми и гаранција људских права. Због тога и постоје тзв. доказне забране, које су утемељене на идеји да се судским путем поставе стандарди понашања државних органа приликом прикупљања доказа. Кршење

[1] Станковић, Б.(2022) Незаконити докази у кривичном поступку (докторска дисертација), Правни факултет у Београду, стр. 65

[2] Ibidem

наведених забрана има за последицу примену различитих санкција, почев од оних које погађају службено лице које је повредило закон (накнада штете, дисциплинске мере или кривичне санкције), преко умањења казне оптуженом, одбацивања оптужбе и, на крају, немогућности коришћења таквих доказа у кривичном поступку[3].

Забрана употребе доказа и доказних средстава односе се на забрану употребе доказа који су незаконити сами по себи, забрану употребе доказа који су незаконити по начину прибављања, као и забрану употребе доказних средства који нису прописани законом[4].

У кривичном поступку може се користити само доказни материјал који је прибављен уз поштовање основних процесних форми и гаранција људских права. Супротно томе, незаконити докази подвргнути су систему доказних забрана, односно успостављеним стандардима понашања државних органа приликом прикупљања доказа, чији је циљ уравнотежење узајамно супротстављених захтева за делотворним кривичним гоњењем, са једне стране, и остваривања права на правично суђење које ужива окривљени, са друге стране[5].

Основне напомене о посебним доказним радњама

За кривична дела организованог криминала, чији су главни елементи организованост, бројност чланова и конституисане улоге истих у вршењу кривичних дела, затвореност структуре организација и повезаност са експонентима државне власти, „класичне“ доказне радње су често без ефекта, па се посебне доказне радње нарочито сматрају корисним за њихово откривање и доказивање[6].

Посебне доказне радње се често означавају као специјалне доказне технике, односно специјалне истражне технике и представљају одређене начине прикупљања доказа који су по свом карактеру атипични, те се примењују само у односу на нека кривична дела, која су с једне стране,

---

[3] Jean Pradel, Droit pénal comparé, Paris 2002, 474, Цитирано према: Илић, П.Г.(2015): О незаконитим доказима у кривичном поступку, Казнена реакција у Србији, V део, стр. 75-87

[4] Станковић, Б.(2022) Незаконити докази у кривичном поступку, оп. цит., стр. 67-68

[5] Илић, П.Г.(2015): О незаконитим доказима у кривичном поступку, оп. цит.

[6] Шкулић, М.(2015): Организовани криминалитет – појам, појавни облици и кривични поступак, Службени гласник, Београд, стр. 473.

веома тешка, односно озбиљна, како у фактичком погледу с обзиром на последице које проузрокују у једном општем животном смислу, тако и у кривичноправном погледу, с обзиром на казну која је за њих прописана, док се с друге стране, таква дела захваљујући неким њиховим феноменолошким карактеристикама, те психолошким и другим особинама њихових учинилаца, веома тешко откривају, разјашњавају и доказују коришћењем уобичајених, односно редовних доказних метода[7]. У суштини, оне представљају привремено ограничавање основних људских права и слобода у поступку прикупљања података и доказа неопходних за спровођење кривичног поступка.

По својој правној природи, оне подразумевају известан степен нарушавања права на приватност, поштовање породичног живота, стана и преписке загарантовано чл. 8. ЕКЉП. Државе, дакле, немају „неограничено дискрецијско право да своје грађане подвргну тајном надзору“, већ морају, осигурати стриктне гаранције заштите од њихове злоупотребе[8].

Одређене посебне доказне радње имају основну заједничку особину да представљају одређени правно дозвољени начин потајног прикупљања података који могу имати доказни значај, те служење извесним облицима Закоником дозвољеног „лукавства“, „обмане“, односно „преваре“, што би се нарочито, када је у питању прикривени иследник могло поистоветити и са једном врстом „шпијунаже“[9].

Предузимање посебних доказних радњи и употреба њихових резултата важан је сегмент за осигурање права на правично суђење, те због тога то мора бити у складу са законом. Предуслов за то је постојање прецизно утврђених правила у закону (начело легалитета) и придржавање ових правила од стране надлежних органа, затим да су *ultima ratio* (начело супсидијарности), да служе откривању тешких кривичних дела (начело сразмерности) и да се спроводе ограничено на основу одлуке суда, а како би ограничење основних права грађана на приватности, применом ових мера, било оправдано[10].

---

7 Ibidem

8 Krapac D., Djurdjevic, Z. et al,(2020): *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga:*, Osmo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne Novine, Zagreb, str.333-334

9 Шкулић, М.(2015): Организовани криминалитет, оп, цит.

10 Бугарски, Т.(2014): Доказне радње у кривичном поступку, друго измењено издање, Нови Сад, стр. 25.

Колико је комплексан однос између употребе прикривених метода прикупљања података и могућности повреде људских права (посебно права на приватност) која може наступити њиховим спровођењем, види се судске праксе међународних судова. У том смислу, пресуде Европског суда за људска права, указују на поједине елементе њихове оправданости али и начине кршења људских права које имплицира њихова незаконита примена. У пресудама се износи врло јасно опредељење Европског суда у вези њихове примене и поштовања Европске конвенције о људским правима и основним слободама[11].

Материјал до којег се дошло посебним доказним радњама начелно има, односно може имати доказни значај и на њему се може заснивати одлука суда о предмету кривичног поступка, али у одређеним ситуацијама подаци прибављени посебним доказним радњама не могу послужити као доказ, до чега долази када су приликом спровођења посебних доказних радњи почињене одређене грешке, било у односу на законска правила, било у погледу императивног садржаја одлуке којом је одређена конкретна посебна доказна радња[12].

Из посебног карактера специјалних истражних техника, сходно којем се оне и означавају као „посебне доказне радње", произлази и њихов наглашени и изразито ексклузивни карактер, што значи да се оне не смеју рутински и сувише широко примењивати, већ у пракси морају заиста бити ultima ratio доказна активност. То је значајно из два основна разлога. С једне стране, претерана употреба таквих специфичних доказних техника за које је веома карактеристично да у великој мери лимитирају права која су уставног ранга (као што је то право на приватност, када се ради о тајном аудио и видео надзору), може значајно угрозити грађане, јер се таквим радњама често и по логици ствари захватају и грађани који чак ни немају својство осумњиченог[13]. Ово је посебно типично када се ради о тајном аудио и видео надзору, јер осумњичени може комуницирати са широким кругом лица која сама по себи не представљају осумњичене, нити су у било каквој вези са кривичним делом ради чијег се доказивања

[11] Нинчић, З,(2019): Прикривене полицијске активности и људска права – специфичност односа, РККП број 2, стр. 35

[12] Шкулић, М.(2015): Тајни аудио и видео надзор као посебна доказна радња у законику о кривичном поступку Србије, Тужилачка реч, број 28,

[13] Ibidem

врши конкретна посебна доказна радња. С друге стране, претерано коришћење посебних доказних радњи значајно умањује њихов ексклузивни карактер и самим тим утиче на смањење њихове ефикасности.

Правни основ за одређивање ових доказних радњи садржи елемент рестриктивности, јер се ове радње могу одредити само ако се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано[14].

Усмереност посебних доказних радњи према одређеној особи за коју постоји сумња да припрема или је извршило кривично дело јесте стандард на коме инсистира и Европски суд за људска права. Тај суд сматра да национално законодавство које се бави специјалним истражним методама мора да осигура адекватне и ефикасне гаранције да неће доћи до злоупотреба приликом примене тих метода. У вези са тиме, није дозвољен општи надзор применом ових мера, већ надзору могу да буду изложене искључиво осумњичене и „претпостављење" контакт особе[15].

Посебне доказне радње у нашем праву

Законик о кривичном поступку (ЗКП) посебне доказне радње прописује у одредбама члана 161-187., с тим сто прво садржи основне одредбе о посебним доказним радњама, а затим су регулисане поједине доказне радње. Законик о кривичном поступку у општим одредбама прописује материјалне и формалне услове за одређивање посебних доказних радњи, посебно временско ограничење мера, таксативно одређује кривична дела за која се могу одредити посебне доказне радње, начин поступања са прикупљеним материјалом, тајност података и случајни налаз.

Посебне доказне радње могу се одредити када су кумулативно испуњене две претпоставке, од којих се прва односи на врсту кривичног дела[16], а друга на постојање одговарајућих доказних тешкоћа. Другим речима, прво, потребно је постојање основа сумње да је лице на које се такве радње односе учинило кривично дело које спада у категорију кри-

[14] Суботић, Д.(2013); Посебне доказне радње, Београд, стр. 126–127

[15] Пресуда *Klass i dr. protiv Nemačke*, број 5029/71 од 06.9.1978. године

[16] Кривична дела за чије откривање се могу користити посебне доказне радње наведена су у одредби члана 162 ЗКП

вичних дела у погледу којих су могуће посебне доказне радње, и друго, неопходно је да се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано.

Законик о кривичном поступку предвиђа шест посебних доказних радњи, и то: 1) тајни надзор комуникације; 2) тајно праћење и снимање; 3) симуловани послови; 4) рачунарско претраживање података; 5) контролисана испорука и 6) прикривени иследник.

Ако је при предузимању посебних доказних радњи поступљено супротно одредбама Законика о кривичном поступку или наредби органа поступка, на прикупљеним подацима се не може заснивати судска одлука. Незаконитост се може односити на било коју повреду коју је настала приликом прикупљања доказа или приликом коришћења прикупљених доказа у даљем току поступка.

Ставови судске праксе о законитости доказа прибављених посебним доказним радњама

Посебне доказне радње су релативно нов институт у нашем кривичном процесном праву, а докази прибављени овим радњама најчешће се користе у поступцима за откривање кривичних дела организованог криминала и корупције, па су самим тим посебна одељења судова више били у прилици да одлучују о законитости доказа прибављених на овај начин, а свакако да се тиме највише бавио Врховни касациони суд, у чијој надлежности је одлучивање о захтевима за заштиту законитости . Међутим, и други судови су се у појединим случајевима бавили питањима законитости доказа прибављених посебним доказним радњама.

Европски суд за људска права се такође бавио доказима који су прибављених посебним доказним радњама, те је у својим одлукама поставио одређене стандарде када су у питању ови докази.

У наредном делу наводимо неке одлуке домаћих судова и Европског суда у вези са законитости доказа прибављених посебним доказним радњама.

Одлуке домаћих судова

У једном случају Врховни касациони суд се бавио питањем случајног налаза, до кога је дошло применом посебне доказне радње. У обра-

зложењу одлуке, између осталог се наводи: "Надаље, одредбом члана 164. ЗКП прописан је начин коришћења случајног налаза тако што је одређено да ако је предузимањем посебних доказних радњи прикупљен материјал о кривичном делу или учиниоцу који није био обухваћен одлуком о одређивању посебних доказних радњи, такав материјал се може користити у поступку само ако се односи на кривично дело из члана 162. ЗКП. Дакле, супротно наводима захтева за заштиту законитости, коришћење случајног налаза као доказа везује се искључиво за кривично дело из члана 162. ЗКП а не за вођење јединственог или евентуално раздвојеног поступка против лица истакнутих у захтеву. У конкретном случају, случајни налаз коришћен је у поступку против окривљеног АА због кривичног дела злоупотреба службеног положаја из члана 359. став 1. КЗ а које дело представља кривично дело из члана 162. став 1. тачка 2) ЗКП у односу на које се примењују посебне доказне радње и у односу на које је према одредби члана 164. ЗКП дозвољено коришћење случајног налаза као доказа[17]. Идентичан став је заузет и у другој одлуци[18], која се такође бавила питањем случајног налаза у односу на лице које није било обухваћено наредбом о предузимању посебне доказне радње.

Интересантна је и одлука која се бавила случајним налазом из предузете посебне доказне радње, када је уређај за тајно аудио и видео снимање монтиран у службено полицијско возило, које је користило више полицајаца[19]. У образложењу одлуке се наводи: "Према наводима захтева, у конкретном случају су нижестепени судови неправилно применили одредбе члана 84. ЗКП и члана 164. ЗКП, јер је уградња и постављање техничких уређаја за аудио и видео документовање извршено у службеном возилу МУП-а РС, које су поред окривљених ВВ и ГГ (у односу на које су донете наредбе о трајном праћењу и снимању), користили и други полицијски службеници, а међу њима и окривљени АА и ББ, те се материјал прикупљен и у односу на ове окривљене има сматрати случајним налазом сходно одредби члана 164. ЗКП, који није у супротности са наредбом суда, нити са одредбама Законика о кривичном поступку, а због чега су побијаним нижестепеним решењима погрешно примењене одредбе члана

[17] Пресуда Врховног касационог суда Кзз 415/20 од 03.6.2020. године
[18] Пресуда Врховног касационог суда Кзз 736/21 од 07.12.2021. године
[19] Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1379/21 од 19.01.2022. године

84. ЗКП и 164. ЗКП, обзиром да су ови докази издвојени из списа предмета као незаконити".

Суд је нашао да су изложени наводи захтева за заштиту законитости неосновани. "Наиме, истоветне наводе, садржане у захтеву за заштиту законитости, Виши јавни тужилац у Београду, Посебно одељење за сузбијање корупције, истицао је и у жалби изјављеној против првостепеног решења, па како је Апелациони суд у Београду, као другостепени, оценио ове жалбене наводе неоснованим и на страни 2 став 4 и 5 за свој став – да је првостепени суд правилно закључио да се докази прибављени по основу посебне доказне радње не могу сматрати случајним налазом, нити користити у односу на окривљене АА и ББ, имајући у виду да је у обе наредбе изричито наведено да се посебна доказна радња тајног праћења и снимања спроводи искључиво када су у возилу у коме је постављен уређај за снимање присутни окривљени ВВ и ГГ, посебно ценећи чињеницу да окривљени АА и ББ никада нису истовремено били у патроли са окривљенима ВВ и ГГ, нити су са њима користили наведено путничко возило, изнео је јасне и довољне разлоге, које Врховни касациони суд у свему прихвата као правилне, то на ове разлоге и упућује, у смислу одредбе члана 491. став 2. ЗКП".

У једној одлуци Врховни касациони суд је констатовао да „стоји чињеница да су снимљени разговори прикупљени након незаконитог продужења посебне доказне радње, јер суд није одмах, по истеку времена трајања радње од три месеца, донео наредбу којом би било продужено њено трајање, већ шест дана касније, али и поред тога закључио да то не значи да је правноснажном пресудом самим тим учињена битна повреда одредаба кривичног поступка из чл. 438. ст. 2. т. 1. ЗКП"[20].

У једној одлуци Вишег суда у Новом Саду, суд је издвојио као незаконите снимке разговора прибављене мером тајног надзора и снимања комуникација и тајног праћења и снимања, јер наредба судије за претходни поступак није сачињена у складу са одредбом члана 167. став 2. ЗКП, односно не садржи расположиве податке о осумњиченом, означење познатог телефонског броја или адресе осумњиченог, означење простори-

[20] Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1319/2019 од 23.1.2020. године.

ја, места или превозног средства, начин спровођења, нити садржи обим и трајање одређених посебних доказних радњи[21].

У једној одлуци[22] Врховни касациони суд се бавио питањем разлике између посебне доказне радње тајно праћење и снимање и поступања полиције на основу Закона о полицији, а у одлуци се наводи: "... утврђено је „да су искази сведока ГГ и ДД, полицијских службеника УКП Одсек за борбу против организованог криминала, по оцени овога суда, докази који су прибављени и изведени у складу са одредбама ЗКП и исти представљају законите доказе на којима се може заснивати пресуда..., јер се у конкретном случају није радило о посебној доказној радњи тајно праћење окривљених, већ су, по оцени овога суда, полицијски службеници, законито предузимали радње у складу са одредбама члана 286. став 1. и 2. ЗКП, које омогућавају овлашћеним полицијским службеницима да ради откривања кривичних дела и њихових учинилаца, без било чијег посебног налога, предузимају потребне мере да се пронађе учинилац кривичног дела, односно да се открију и обезбеде трагови кривичног дела и предмети који могу послужити као доказ, а поступали су и у складу са одредбама члана 47. став 2. тачка 3) и члана 50. став 2. Закона о полицији, којима су полицијски службеници овлашћени да приликом обављања полицијских послова примењују полицијске мере и радње у складу са Законом о полицији и другим законима, између осталог и полицијско опажање и опсервирање, а које опсервирање се врши на јавним и другим за приступ доступним местима, без задирања у право на приватност било ког лица".

Посебно одељење Вишег суда у Београду у једној одлуци изнело став да је „снимање наведеног" лица „обављено без валидног законског основа", јер је разговор водио осумњичени према коме није била одређена посебна доказна радња[23]. Премда је Посебно одељење Апелационог суда укинуло поменуто решење због недостатака у саставу првостепене одлуке, из образложења другостепене одлуке не произилази да је став првостепеног суда неправилан и да се примена мере тајног надзора комуникације

[21] Решење Вишег суда у Новом Саду К.По.4-71/19, Цитирано према: Ана Стаменић, „Посебне доказне радње код корупативних кривичних дела", *Билтен Вишег суда у Новом Саду*, Број 11/2020, стр. 96

[22] Пресуда Врховног касационог суда Кзз 134/2020 од 19.02.2020. године

[23] Виши суд у Београду, Посебно одељење К по 1. 253/10. од 12. 7. 2013. године, Цитирано према: Илић, Г., Матић Бошковић, М.(2015): Посебне мере тајног прикупљања података у кривичном поступку: поглед из правосуђа, Београд, стр. 9

може реализовати и против саосумњиченог према коме није одређена мера[24]. У једној одлуци Врховни касациони суд истиче да је „извођење доказа увидом у транскрипте телефонских разговора између окривљених засновано је на постојећој законској наредби према једном окривљеном", тако да је овај доказ несумњиво законит доказ у односу на окривљеног према коме је донета наредба за примену мере. Због оцене садржине ових разговора у односу на другог окривљеног, другостепени суд је укинуо првостепену пресуду само у односу на тог окривљеног, али и даље то није разлог због кога би се овај доказ могао сматрати незаконитим у односу на првог окривљеног[25].

Врховни касациони суд у једној одлуци истиче "да није повређена одредба члана 438, ст. 2, тач. 1 ЗКП-а и да примена тајног надзора комуникација није недозвољен доказ ако се спроводи над страним држављанином, који има телефонски број страног оператера, а налази се на територији Републике Србије[26].

Врховни касациони суд у једној својој одлуци истиче да околност да се истражни судија Посебног одељења Окружног суда у Београду у наредби није изричито позвао и на одредбу члана која се односи на одређивање мера уколико постоје основи сумње да се припрема неко од кривичних дела организованог криминала, корупције или друго изузетно тешко кривично дела, не представља разлог или околност која доводи у питање законитост побијане наредбе[27].

У вези са рачунарским претраживањем података појавила се дилема да ли јавни тужилац може издати наредбу да се путем ове посебне истражне радње прибаве подаци о телефонској комуникацији упоређивањем базних станица са неким бројем телефона. У вези с тим Врховни касациони суд је заузео став да јавни тужилац не може сам да прибавља податке у вези евиденције телефонске комуникације и коришћења базних станица ни рачунарско претраживање, већ може само суду доставити

---

24 Апелациони суд у Београду, Посебно одељење Кж. по 309/13 од 30. 7. 2013. године, Цитирано према: Илић, Г., Матић Бошковић, М.(2015): Посебне мере тајног прикупљања података у кривичном поступку: поглед из правосуђа, Београд, стр. 9

25 Пресуда Врховног касационог суда Кзз 216/2015 од 11. 3. 2015. године.

26 Пресуда Врховног касационог суда Кзз ОК 9/2014. од 19. 5. 2014. године

27 Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1137/2014 од 2. 12. 2014. године

образложени предлог за издавање наредбе у смислу одредбе члана 178. и 179. ЗКП[28].

У предмету Кзз 1306/2017 бранилац окривљеног је у поднетом захтеву за заштиту законитости тврдио да у односу на окривљеног не само да није постојала наредба судије за предузимање посебне доказне радње тајни надзор комуникације, већ је њему стављено на терет кривично дело у односу на које се не примењује ова посебна доказна радња. Врховни касациони суд је у својој одлуци пошао од тога да, иако у конкретном случају окривљени није био обухваћен одлуком о одређивању тајног надзора комуникације, у време доношења наредбе о предузимању ове посебне доказне радње и за све време трајања исте њему је било стављено на терет извршење кривичног дела у односу на које се примењује ова посебна доказна радња. Стога је заузео став да се материјал који је прикупљен у поступку примене мере тајног надзора комуникације, у конкретном случају, могао користити као доказ у поступку, као тзв. случајни налаз, због чега чињеница да је јавни тужилац изменио правну квалификацију кривичног дела тек након престанка примене ове посебне доказне радње, тако што је уместо кривичног дела из члана 114 КЗ за које се примењује тајни надзор комуникације, ставио на терет извршење кривичног дела из члана 113 КЗ у односу на које се не примењује ова посебна доказна радња, остаје без утицаја на законитост прибављања доказа у односу на окривљеног[29].

У предмету Кзз 378/2014 бранилац окривљеног је истицао да се прикупљени доказни материјал тајним надзором комуникације због постојања основа сумње да је окривљени извршио кривично дело примање мита из члана 367 КЗ, није могао користити у предметном кривичном поступку против окривљеног који је накнадно вођен због кривичног дела трговина утицајем из члана 366 КЗ. Међутим, Врховни касациони суд је захтев браниоца оценио као неоснован, прихватајући доказни материјал прибављен мером тајног надзора комуникације окривљеног, због постојања основа сумње да је окривљени извршио кривично дело примање мита, а због којег дела је предметни кривични поступак против окривљеног и покренут и вођен, као валидан доказ. Услед тога, околност да је тек пред

[28] Став усвојен на седници Кривичног одељења Врховног касационог суда од 04. априла 2014. године

[29] Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1306/2017 од 19.12.2017. године

завршетак главног претреса измењена оптужница, без измене чињеничног описа у погледу предузетих радњи извршења дела, када је окривљеном стављено на терет извршење кривичног дела трговина утицајем, у односу на које је такође дозвољена примена тајног надзора комуникације, остаје без утицаја на законитост његовог коришћења у кривичном поступку[30].

У предмету Кзз 431/18 бранилац окривљеног је истицао да је правоснажна пресуда заснована на незаконитом доказу, јер у наредби за предузимање посебне доказне радње није на несумњив начин одређено њено трајање. Врховни касациони суд нашао је захтев за заштиту законитости неоснован, узимајући у обзир да у наредбама којима се одређује тајни надзор комуникације, сходно одредбама члана 166 и 167 ЗКП, није неопходно определити и до када тачно траје ова мера, већ је довољно определити почетак спровођења мере и дужину трајања, што је и било учињено у конкретном случају. У том смислу, у конкретном случају суд је у наредби навео да ова мера почиње да тече од 25.12.2013. године и да ће трајати три месеца, те да је ова наредба продужена наредбом од 19.3.2014. године за још три месеца, при чему је у овој наредби наведено и да мера не може више бити продужена, те да почиње да тече од 25.3.2014. године и да може најдуже трајати до 25.6.2014. године, због чега је захтев за заштиту законитости браниоца окривљеног, у делу у којем истиче да наведена наредба не садржи време трајања и да је стога незаконита, оцењен неоснованим[31].

У предмету Кзз 1306/2017 бранилац окривљеног је истакао да је правноснажна пресуда заснована на незаконитом доказу, јер је доказ произашао из тајног надзора комуникације, с обзиром што је ова посебна доказна радња одређена према броју телефонског апарата – ИМЕИ број, а не према телефонском броју како ЗКП то налаже. Међутим, Врховни касациони суд, је заузео став да ИМЕИ број представља јединствени број додељен сваком мобилном телефону понаособ и увек је видљив приликом праћења телефонске комуникације, те је, у смислу одредаба ЗКП, подобан за идентификацију телефонског апарата[32].

Врховни касациони суд је у својој одлуци[33] закључио да су наводи бранилаца којима се истиче да је суд извршење посебне доказне радње

[30] Пресуда Врховног касационог суда Кзз 378/2014 од 20.5.2014 године
[31] Пресуда Врховног касационог суда Кзз 431/2018 од 18.4.2018. године
[32] Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1306/2017 од 19.12.2017. године
[33] Пресуда Врховног касационог суда Кзз 1511/2020 од 03.02.2021. године

симуловани посао поверио сведоку АА као физичком лицу, а што је у супротности са одредбом члана 176. став 1., неосновани. Наиме, суд је оценио да је законито спроведена доказна радња симуловани послови, јер „из одредбе члана 176. став 1. ЗКП, јасно произилази да ову наредбу може извршавати и друго овлашћено лице ако то захтевају посебне околности случаја, па имајући у виду да је наредбом судије за претходни поступак јасно назначено да ће АА новчани износ од 3.000 евра, који ће му претходно предати радници МУП, а које новчанице се имају фотографисати и пописати по серијским бројевима, дати осумњиченом З. Д., то је АА наведеном наредбом добио овлашћење за извршење конкретног симулованог правног посла који се састоји у симулованом давању мита, а који ће извршавати под надзором и контролом овлашћених службених лица ПУ Нови Сад и УКП-ССИМ“.

У пресуди Вишег суда у Нишу[34], утврђено је „да је окривљеном повређено право на правично суђење, док су изведени докази, по начину прибављања, оцењени као незаконити, када су овлашћена службена лица органа унутрашњих послова провоцирала одређено лице на извршење кривичног дела, уместо да се ограниче на истраживање криминалне делатности тог лица на, у основи, пасиван начин, без активног подстрекавања да дело буде извршено“. Суд је даље утврдио да код окривљених у то време није постојала конкретна одлука да изврше кривично дело стављање у промет опојних дрога коју нису ни поседовали у количини од 10 грама. Тек после позива окривљеног сведоку, они одлучују да набаве опојну дрогу за купца који је тражио 10 грама, коју количину опојне дроге нико од њих није имао, да би затим лицу које је тражило да проба опојну дрогу предали 0,34 грама хероина колико је М. М. као уживалац опојних дрога поседовао. На тај начин полицајци су испровоцирали вршење дела због којих су окривљени оптужени и намамили их на извршење истих, иако у то време окривљени нису имали намеру нити су били донели одлуку да некоме продају опојну дрогу, а у конкретном случају нису остварили никакву зараду нити је новац пронађен код њих. Суд је закључио да су изведени докази по начину свог прибављања незаконити и да се на њима не може засновати пресуда, ….па их је на основу чл. 355. тачке 2. ЗКП ослободио од оптужбе.

[34] Пресуда Вишег суда у Нишу К бр. 248/10 од 30.12.2010. године, Билтен Вишег суда у Нишу, број 32/2014,

Испуњеност услова за ангажовање прикривеног иследника, према схватању Врховног касационог суда, оцењује се према чињеницама које су на располагању судији за претходни поступак у тренутку када доноси наредбу за примени ове мере, а не према закључку првостепеног суда о томе да ли се радило о кривичном делу организованог криминала или не. Стога, чињеница да су окривљени првостепеном пресудом ослобођени од оптужбе да су извршили кривична дела из чл. 346 КЗ-а, која су окривљенима била стављена на терет оптужницом Тужилаштва за организовани криминал, без утицаја је на законитост доказа прикупљених ангажовањем прикривеног иследника[35]. У истој одлуци Врховни касациони суд сматра да нема навођења на извршење кривичног дела када из доказа изведених током кривичног поступка несумњиво произилази да је окривљени набавио предмете извршења кривичног дела пре контакта са прикривеним иследником, чиме је манифестовао намеру да изврши кривично дело.

Одлуке Европског суда

У предмету *Klass i dr. protiv SR Nemačke* (бр.5029/71 од 06. септембра 1978. године) Суд је утврдио да је немачки закон о прислушкивању довољно прецизан и да је поступак којим се осигурава да су све мере прикупљања информација у складу с законом довољно стриктан да би били испуњени захтеви законитости према члану 8. Конвенције, док је у предмету *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (бр. 8691/79 од 02. августа 1984. године) утврдио да је пропис Уједињеног Краљевства којим се регулише прислушкивање телефонских разговора, превише нејасан да би одговарао стандарду "сагласности са законом". У предметима *Huvig protiv Francuske* (бр. 11105/84 од 24. априла 1990. године) и *Kruslin protiv Francuske* (бр. 11801/85 од 24. априла 1990. године), Европски суд је утврдио да прописи и пракса у Француској нису у складу са условом законитости из члана 8. Конвенције.

У предмету *P. G. i J. H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (бр. 44787/98 од 25. септембра 2001. године), Европски суд је утврдио да је британска полиција незаконито прислушкивала стан осумњиченог, те после, након његовог хапшења, у притворским ћелијама, такође, незаконито од њега

[35] Пресуда Врховног касационог суда, КЗЗ ОК 13/2014. од 13.6.2014.године

узимала “гласовне узорке” ради њихове идентификације, али је нашао да коришћење тих доказа, само за себе, не представља поступање које би повредило начело “правичног поступка” пред кривичним судом. При томе је Суд за то навео четири разлога: прво, постављање прислушних уређаја у конкретном случају није било противно прописима британског кривичног права, тј. није представљало кривично дело него је подузето у нерегулисаној ситуацији, друго, резултате прислушкивања оптужени су могли побијати пред судом, треће, суд је имао овлашћење да их, у случају прихватања таквог приговора, издвоји из доказног материјала, четврто, тајно прибављени снимци нису биле једини доказ на основу којих је против оптужених донета осуђујућа пресуда.

У случају *Dragojević protiv Hrvatske* (бр. 68955/11 од 15. јануара 2015. године) подносилац је тврдио да је тајни надзор над њим био незаконит јер се заснивао на налозима истражног судије који су издати у супротности с меродавним домаћим правом и судском праксом виших домаћих судова, с обзиром да нису садржали процену вероватноће да је кривично дело учињено, те да се истрага тог кривичног дела не може спровести на другачији, мање наметљив начин. Стога је главно питање о којем Суд одлучује је ли меродавно домаће право, укључујући начин на који су га тумачили домаћи судови, довољно јасно навело обим и начин остваривања дискреције додељене телима јавне власти, те посебно је ли домаћи систем тајног надзора, на начин на који га примењују домаће власти, омогућио одговарајуће мере заштите од могућих различитих начина злоупотребе. У том смислу Европски суд је утврдио да, иако постоји прецизан законски оквир, постоје и два супротстављена става која су усвојили Уставни суд и Врховни суд, а која су у сукобу с јасним текстом закона који ограничава остваривање дискреције додељене телима јавне власти кад је у питању спровођење тајног надзора. Из наведеног разлога суд сматра да меродавно домаће право, на начин на који су га тумачили и применили надлежни судови, није било разумно јасно у погледу обима и начина остваривања дискреције додељене телима јавне власти, те посебно у пракси није осигурало одговарајуће мере заштите од разних могућих злоупотреба. У складу с тиме, поступак за налагање и надзирање спровођења мера прислушкивања телефона подносиоца није био у потпуности у складу с претпоставкама законитости, нити је на одговарајући начин ограничио мешање у право подносиоца на поштовање његовог приватног живота

и дописивања на оно што је било „нужно у демократском друштву“. У том смислу суд је, у конкретном предмету, пресудио да је дошло до повреде члана 8. Конвенције.

У предмету *Bašić protiv Hrvatske* (бр. 22251/13 од 25. октобра 2016. године) подносилац је истакао да је био подвргнут незаконитим посебним истражним мерама тајног надзора и да су тако прибављени докази употребљени у кривичном поступку који се водио против њега, супротно члану 6. ставу 1. и члану 8. Конвенције. Суд у овом предмету приметио да налог истражног судије који се односи на одређивање мера тајног надзора није садржавао одговарајуће образложење конкретних околности предмета, а нарочито разлога због којих се истрага нису могла спровести на друге, мање наметљиве начине. Суд је утврдио у предмету *Dragojević protiv Hrvatske* да недостатак образложења у налогу истражног судије, заједно с праксом домаћих судова која заобилази такав недостатак образложења ретроактивним оправдавањем примене тајног надзора, није био у складу с меродавним домаћим правом и да због тога у пракси нису обезбеђене одговарајуће гаранције против разних могућих злоупотреба. Суд је стога сматрао да такве праксе нису биле у складу са захтевом законитости нити су биле довољне да би мешање у право подносиоца захтева на поштовање његовог приватног живота и дописивања било унутар онога што је „нужно у демократском друштву”, како то захтева члана 8. Конвенције. Суд утврђује да су иста разматрања као она из предмета *Dragojević protiv Hrvatske* примењива и у овом предмету, те не види никакав разлог да у овоме предмету одступи од те праксе, па је закључио да је дошло до повреде члана 8. Конвенције.

У предмету *Kvasnica protiv Slovačke* (бр. 72094/01 од 09. јуна 2009. године), Европски суд је установио повреду одредаба Конвенције, будући да је наредба истражног судије била заснована само на захтеву за коришћење тајног надзора од стране надлежног државног органа, у који је инкорпорирана законска реченица да “истрага није могла бити спроведена другим средствима, или да би била изузетно тешка”. Међутим, судски орган није адекватно образложио конкретне околности случаја, а посебно разлоге због којих се истрага није могла спровести другим, мање наметљивим средствима. Из тог разлога, Суд закључује да домаће власти нису показале да је уплитање у право на поштовање приватног живота и дописивања било оправдано и неопходно у смислу члана 8. Конвенције.

У предмету *Veselov i dr. protiv Rusije* (бр. 23200/10, 24009/07 и 556/10) – указује и на неке критеријуме за прихватљивост доказа који су настали као последица активности прикривеног иследника. Пре свега, није прихватљиво коришћење доказа прибављених подстицањем на извршење кривичног дела, јер се „не може оправдати јавним интересом". Друго, власти би морале да поседују „конкретне и објективне доказе, који указују на то да су већ били предузети почетни кораци ради извршења радњи које представљају кривично дело, а за које је подносилац представке потом и судски гоњен". Треће, свака тајна операција мора бити усклађена са захтевом да се истрага одвија суштински пасивно. Четврто, у ситуацији када „власти тврде да су поступале на основу информације добијене од неког појединца, грађанина, Европски суд прави разлику између појединачне притужбе и информације која је добијена од полицијског сарадника или доушника. Уколико је реч о овом другом случају, постоји значајна опасност да такав доушник или сарадник покуша да прошири своју улогу на улогу агента провокатора, па је зато у сваком случају од пресудне важности да се утврди да ли је кривично дело у тренутку када је извор почео да сарађује с полицијом већ било у припреми." На крају, неопходно је да домаћим правом буде утврђен јасан и предвидљив поступак за издавање овлашћења за предузимање тајних операција и за надзор над тим операцијама, као и да свако истицање одбране да је у конкретном случају била постављена „замка" судови испитају на начин који је „усаглашен са правом на правично суђење[36]".

У предмету *Matanović protiv Hrvatske* (бр. 2742/12 од 4. априла 2017. године) подносилац је приговарао да су против њега противзаконито одређене мере тајног надзора и праћења, те да је био жртва подстицања на кривично дело. Суд је утврдио да је дошло до повреде подносиочевог права на поштовање приватног живота (члана 8. Конвенције) и повреде права на правично суђење (члана 6. Конвенције) због тога што није имао приступ дијелу доказа који је прикупљен путем примене тајних мера. Наиме, суд је утврдио да поступак издавања и судске контроле налога за прислушкивање његовог телефона није био у складу са законом, што је довело до повреде права на поштовање његовог приватног живота. С друге стране, утврдио је да није дошло до повреде права на правично суђење

[36] Примена специјалних истражних средстава, Приручник Савета Европе, Београд, 2013, стр. 41–42

због коришћења поузданика (прикривеног иследника) у кривичном поступку, јер није дошло до подстицања на извршење кривичног дела, као што је то тврдио подносилац, већ напротив - да су тела кривичног прогона била пасивна, те поступала у складу деловањем какво се захтева код примене прикривених истражних техника.

Приликом одређивања и примене мере тајног надзора Европски суд инсистира на поштовању принципа нужности и сразмерности, будући да мера представља драстичан „упад" у приватни живот. Стога је у једном случају (*Uzun protiv Nemačke,* бр. 35623/05 од 22. 7. 2015. године) закључио да је, с обзиром на степен озбиљности кривичног дела о коме је реч (терористичко деловање), употреба ГПС уређаја била сразмерна, без обзира на то што је надзор спроводило више државних органа и што је тиме дошло до већег „упада" у приватни живот. На крају, ГПС уређај је био коришћен током релативно кратког периода, па се стога не може рећи да је подносилац представке био под „тоталним и свеобухватним надзором".

Европски суд за људска права се у једној одлуци (*Robathin protiv Austrije,* бр. 30457/06, од 3. 7. 2012. године) бавио претресом и запленом рачунарских података, а у одлуци закључује да је претрес и преглед свих електронских података представљао „више од онога што је било неопходно да би се остварио легитимни циљ, из чега је уследио закључак да је у конкретном случају био прекршен члан 8 Европске конвенције".

У премету *Francisco Teixeira de Castro protiv Portugalije,* (бр. 25829/94 од 09. маја 1998), Европски суд наводи да „употреба тајних агената мора бити ограничена и морају се установити мере заштите, чак и у случајевима борбе против незаконите трговине дрогама. Иако пораст организованог криминала без сумње захтева предузимање одговарајућих мера, право на правично суђење има тако истакнуто место да се не може жртвовати зарад начела корисности, док се употреба доказног материјала добијеног као резултат подстрекавања од стране полиције не може се оправдати јавним интересом".У пресуди се закључује „да је деловање два полицајца изашло изван оквира деловања тајних агената због тога што су истраживали кривично дело, а нема ничег што би указивало на то да би без њихове интервенције оно било учињено. Та интервенција и њена употреба у спорном кривичном поступку значила је да је подносилац жалбе од самог почетка био дефинитивно лишен права на фер суђење. Према томе, дошло је до повреде чл. 6. ст. 1. Конвенције".

У више предмета[37] осим поменутих, Европски суд је заузео став да се деловање агента провокатора, односно прикривеног иследника мора ограничити на тзв. пасивно деловање. Ако је радња била таква да је неко лице подстицала на извршење кривичног дела у смислу да је управо деловање агента провокатора било кључно за извршење кривичног дела и да је управо оно створило намеру код учиниоца да изврши дело (која пре није постојала), тада се такво деловање неће сматрати легитимним и учиниоцу, који је подстрекнут на извршење кривичног дела, биће повређено право на правично суђење из члана 6. ст. 1. Конвенције.

Прикривени иследник се може изузетно испитати и у својству сведока, али то може изостати због његове безбедности као и потребе да поново буде ангажован у неком другом поступку. У том смислу је у предмету *Lüdi protiv Švajcarske* (бр. 12433/86 од 15. јуна 1992. године) у којем ни окривљени ни бранилац нису имали могућност да испитају прикривеног иследника, Европски суд је констатовао „да би испитивање могло да се предузме само на начин да се узиме у обзир легитиман интерес полиције у случају трговине дрогом у циљу очувања анонимности њиховог агента, а како би могли да га заштите и искористе поново у будућности.“

У случају *Shuvalov protiv Estonije* (бр. 39820/08, 14942/09 од 29. маја 2012. године) у коме је подносилац представке бивши судија, осумњичен за примање мита да би у судском поступку донео пресуду у корист лица које је било оптужено за утају пореза и прање новца, коришћене су мере пресретања комуникација и тајног снимања телефонских разговора, као и симулација давања мита. Подносилац представке је, између осталог, истицао да је осуда последица подстрекавања на извршење кривичног дела. Суд је установио да примена специјалних истражних средстава, пре свега техника тајног снимања, сама по себи не представља кршење права на правично суђење. Међутим, код примене таквих техника постоји инхерентна опасност од подстицања на извршење кривичног дела па та примена мора да се одвија унутар јасно утврђених граница. У овом случају, кривичноправна истрага и прикривена операција заснивали су се на конкретним информацијама о планираном извршењу кривичног дела, што је

[37] Нпр. *Hudobin protiv Rusije, Ramanauskas protiv Litvanije, Banikova protiv Rusije, Malininas protiv Litvanije,* и др.

послужило као основ за касније симулирање тог дела, али суд не може да закључи да је та симулација била претерано „активна“.

Из наведене праксе Европског суда за људска права, може се закључити да суд истиче потребу да национална законодавства морају јасно указати на обим дискреционих овлашћења која су дата властима, да закон мора јасно предвидети основ и услове за коришћење тајних метода деловања, да се јасно и недвосмислено види да се овакве методе могу користити само изузетно, односно када другим, блажим, средствима није могуће остварити циљ – откривање, спречавање и доказивање најтежих кривичних дела. Такође, унутрашњи правни оквир мора утврдити процедуре одобравања и контроле примене оваквих мера и то мора бити довољно јасно да и оно лице које може бити предмет употребе ових мера, добије одговарајућу правну заштиту од њиховог самовољног, незаконитог спровођења.

Европски суд за људска права законитост посебних доказних радњи цени углавном кроз право на правично суђење. Приликом оцене да ли се применом прикривених доказних радњи нарушава право на правично суђење, цени се најпре да ли постоји изричит основ у закону за примену одређене доказне радње, затим какав је одговарајући законски оквир за давање овлашћења и надзор, као и да ли је постојала неопходност и сразмерност у свим аспектима везаним за примену неке од посебних доказних радњи[38].

Закључна разматрања

Борба против појединих облика криминалитета, а пре свега организованог криминалитета и корупције захтева и примену посебних доказних радњи, али с обзиром да се овим радњама у значајној мери ограничавају основана људска права и слободе, њихова примена и коришћење резултата посебних доказних радњи мора бити веома ограничено и опрезно. Приликом одређивања посебних доказних радњи, а пре свега тајног надзора комуникације, може доћи до злоупотребе од стране државних органа којима је на располагању дискрециона оцена у процесу одлучивања. У случају прекорачења процесних овлашћења органа поступања, и

[38] Јанковић Д., Миловановић И.,(2015): *Оцена законитости доказа у судској пракси*, Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор – Београд, стр. 552

поред тога што су првенствено усмерена ка остваривању легитимних циљева, тако добијени резултати не могу се користити као доказ у кривичном поступку, односно радиће се о недозвољеним доказима. Управо о томе сведочи пракса Европског суда у случајевима повреде одредаба Конвенције као правне претпоставке уживања загарантованих права и слобода у цивилизованом, демократском друштву. Оцена законитости предузимања посебних доказних радњи и употребе њихових резултата од утицаја су на остварење права на правични поступак, док је прецизно утврђивање правила у закону и придржавање ових правила од стране надлежних органа предуслов да би ограничење основних права грађана на приватности, применом ових мера, било оправдано[39].

У одређеним случајевима, како у нашој земљи, тако и у другим земљама, државни органи, приликом одређивања посебних доказних радњи, а првенствено тајног надзора комуникације, као тајне методе, не образложе акт на коме се њено одобрење заснива, иако је у националним законодавствима прописано да се такав акт мора образложити, и поред остварења свих других, законом одређених претпоставки. Управо стога, многе одлуке Европског суда утврђују повреду члана 8 Конвенције по том основу, односно у смислу необразложене наредбе, јер наредба (налог) судског органа у свом образложењу мора садржати све релевантне податке и чињенице које оправдавају примену наведене методе, те да није довољно само навести да се докази на други начин не би могли прикупити[40]. Због тога се у неким стручним радовима предлаже да се у ЗКП прецизније одреди шта све треба да садржи наредба за предузимање посебних доказних радњи.

Европски суд, приликом оцене да ли се применом ових „прикривених доказних радњи“ нарушава право на правично суђење, цени „да ли постоји изричит основ у закону за примену одређене доказне радње“, који је „одговарајући законски оквир за давање овлашћења и надзор“, као и „да ли је постојала неопходност и сразмерност у свим аспектима везаним за примену неке од посебних доказних радњи“[41]. Анализирајући одлуке Врховног касационог суда које се односе на посебне доказне радње, Станковић Б. наводи да је примећено ставови највише судске инстанце дају подршку да се и поред одређених пропуста, добијени материјал може

[39] Станковић, Б.(2022) Незаконити докази у кривичном поступку, оп. цит.
[40] Ibidem
[41] Ibidem

користити као доказ у поступку, јер постоје други докази на којима ће се заснивати пресуда, што доводи до неприхватљиве „релаксације у поступању“ како органа поступка тако и надлежних органа који непосредно примењују мере[42]. Стога се и предлаже да се заснивање пресуде на доказу на коме се по одредбама ЗКП не може заснивати, пропише као апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка.

Најбитније за целокупну праксу Европског суда јесу стандарди и општа начела које је успоставио Европски суд и којих би се требало придржавати. У контексту посебних доказних радњи и питања прихватљивости и законитости доказа у смислу члана 6. Европске конвенције, битно је водити рачуна о следећим питањима: да ли је поступак као целина, укључујући и начин на који су докази прибављени, био правичан; према становишту Европског суда, при оцени да ли је поступак као целина био правичан такође се мора имати у виду да ли су поштована права одбране; да ли је апликанту била дата могућност да оспорава законитост доказа и да се противи њиховом коришћењу, те да ли се радило о јединому и одлучујућем доказу. Када је реч о правима из члана 8. Европске конвенције у контексту посебних истражних радњи, неопходно је имати јасна, детаљна правила о пресретању телефонских разговора, јасно назначен обим дискреције поверене надлежним органима, те гаранције против злоупотребе које су примерене и ефикасне. Када је у питању прикривени иследник, треба строго водити рачуна о забрани подстрекавања на извршење кривичног дела од стране прикривеног иследника.

Познавање судске праксе у вези са посебним доказним радњама и недозвољеним доказима веома је значајно, како за тужиоце и судије, а посебно за припаднике полиције, БИА И ВБА, који у пракси спроводе посебне доказне радње.

[42] Ibidem

Др Бојана Станковић
судија Првог основног суда у Београду

СТАНДАРДИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА У ОБЛАСТИ НЕЗАКОНИТИХ ДОКАЗА

Уводна разматрања

Незаконити или недопуштени докази, како их теорија најчешће назива, су докази који су настали или прибављени кршењем законских одредби о прикупљању и извођењу доказа, па се сваки доказ, који је резултат незаконите доказне радње или употребе незаконитог доказног средства, сматра незаконитим.

Питање издвајања незаконитих доказа има кривично процесни, али и „друштвени и политички значај“.[1] Суштински се односи на супротстављање два интереса, интереса државе да казни учиниоце кривичних дела и примени своју репресивну делатност у сузбијању криминалитета и интереса да се у поступку који се води против учиниоца кривичног дела обезбеди законитост кривичног поступања и поштовање права учесника у поступку, а пре свега права на одбрану окривљеног. Кажњавање друштвено штетних понашања мора се вршити законито и уз најнужнија ограничења основних права грађана. Без поштовања захтева законитости и поштовања права окривљеног и других учесника у поступку, довели би се у питање основни постулати правне државе (и њено самоограничење), а држава би изгубила своје морално право да кажњава (*ius puniendi*).

Правила о извођењу процесних радњи и ограничења која процесни субјекти морају поштовати успостављени су у циљу постизања законитости кривичног поступка уопште, како би епилог кривичног поступка била правилна и законита судска одлука, за коју одговара судија. Употреба незаконитих доказа у судској одлуци не само да урушава принцип законитости, већ и право на правично суђење, које је загарантовано Уста-

[1] Т.Васиљевић, *Систем кривично процесног права СФРЈ*, Београд, 1981, 305.

вом Републике Србије и чланом 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту ЕКЉП, Конвенција). [2] Осим тога, учесницима у поступку се гарантује да њихов исказ неће бити последица примене силе, претње, мучења, гарантује се неповредивост стана, право на приватност и породичан живот, право на достојанство и сва друга права која могу бити повређена незаконитим прибављањем доказа.

Употреба незаконитих доказа може довести до неправичног поступка, јер се истовремено крше загарантована права окривљеног, док је правовремено изузимање незаконитих доказа у служби заштите права окривљеног и других учесника у поступку. Уколико се окривљени саслуша без браниоца, његов исказ се не може користити у кривичном поступку, јер, не само да је поступљено супротно закону, већ је тим поступање дошло до кршења његовог основног права, права на делотворну одбрану у кривичном поступку, а тиме и права на правично суђење.

У расправном моделу поступка, који је установљен и у нашој земљи, институт издвајања доказа има посебан значај, с обзиром да је законитост доказа оптужбе, једна од важних гаранција окривљеном у постизању „једнакости оружја“ у кривичном поступку. Окривљеном се гарантује да може предузимати све радње које може и његов противник, док кривични поступак мора бити успостављен тако да „онемогућује било какву могућност неоправдане дискриминације“ и тако да свака од странка „барем, донекле, у једнакој мери може утицати на рок и исход кривичног поступка“.[3]

Употребом незаконитих доказа, погоршава се положај који окривљени има у односу на супротну страну у кривичном поступку, када се докази који су прибављени на недозвољени начин користе као основ за осуђујућу пресуду. Инфериоран положај који окривљени има према држави, којој припада монопол кажњавања, још више је изражен уколико се против њега користе докази које је та „моћнија“ страна у поступку незаконито прибавила. Ова неједнакост огледа се не само у томе што је држава та која фактички располаже репресивним мерама у кривичном поступ-

---

[2] Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима („Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, бр.9/03, 5/05 и 7/05 – исправка и „Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 12/10 и 10/15).

[3] Š.Pavlović, *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Protokoli uz Konvenciju Europski sud za ljudska prava*, Rijeka, 2020, 247.

ку, већ и због процесне улоге окривљеног, која је двострука. Окривљени се, осим странке у поступку, сматра и извором доказа, због чега, он „ризикује“ да сазнања до којих се долази његовим казивањем, могу послужити и на његову штету.

Сумирајући циљеве који се постижу прописивањем правила о изузимању незаконитих доказа, утврђује се да се њима примарно омогућава законит и правичан кривични поступак, а истовремено се остварују и други интереси- једнакост странка у поступку, учвршћује терет доказивања на јавном тужиоцу, остварује заштита права окривљеног и учесника у поступку, постиже морална „чистоће“ поступка и судске одлуке, „дисциплинују“ органи поступка који прикупљају и изводе доказе, те поспешује утврђивање тачног и потпуног чињеничног стања.

Незаконити докази у пракси Евопског суда за људска права

Регионални систем заштите људских права у оквиру Савета Европе, тачније Европског суда за људска права у Стразбуру (у даљем тексту ЕСЉП, суд), представља најразвијенији и најпотпунији механизам заштите људских права. Каталог људских права гарантован Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода и њеним протоколима се може, у мање или више измењеном облику, пронаћи у концепцијама за заштиту људских права широм света, као и у уставима већине демократских држава. Међутим, оно што конвенцијски систем заштите људских права издваја од осталих јесте богата и садржајна пракса ЕСЉП, као и обавезност извршења његових пресуда. Према члану 46 став 1 ЕКЉП свака држава која је потписница Конвенције, међу њима и Република Србија, дужна је да призна обавезност правноснажних одлука ЕСЉП-а у сваком предмету у коме је она странка.

Права зајемчена Конвенцијом и њеним протоколима су у њима описана на концизан начин, тако да ЕСЉП тумачи Конвенцију и њене одредбе као „живи инструмент“ који би требало примењивати тако да се права која она гарантује обезбеде као „стварна и делотворна“, а не само као „теоријска и илузорна“.[4]Кроз своје одлуке суд настоји да Конвенцију

[4] *Tyrer v. The United Kingdom*, ECtHR, App.no. 5856/72, para 31; *Soering v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 14038/88, para 102; *Artico v. Italy*, ECtHR, App. no 6694/74, 13 May 1980, para 33.

флексибилно тумачи и да њене одредбе посматра у контексту савремених животних услова и сваког случаја појединачно, те да своје једном заузето становиште примењује и на друге сличне случајеве, модификујући га само према различитости ситуација односно према другачијем чињеничном стању. На овај начин, понављајући стандарде у својим одлукама, ЕСЉП им даје карактер правила утврђених у судској пракси, која могу служити националним судовима у примени и тумачењу норми домаћег права и оцени његове усклађености са Конвенцијом.

ЕКЉП не садржи појам незаконитих доказа, али у литератури наилазимо на изведене дефиниције незаконитих доказа које се заснивају на прегледу праксе ЕСЉП, па се тако, незаконитим доказима сматрају они докази „који су прибављени флагрантним кршењем основних људских права и слобода особа против којих се води кривични поступак, зајемчених конвенцијским нормама и стандардима створеним праксом Европског суда, који се не могу употребити у доношењу пресуду у кривичном поступку“.[5]

Суд у својим одлукама наглашава да је питање законитости доказа и њихове употребе у поступку „првенствено питање националног права, а да је његов задатак није да утврди да ли је неко крив или не, већ да ли је поступак у целини био правичан“.[6] Интенција суда није да се поставља као суд који би био изнад националних судова и који би могао укидати националне судске одлуке. ЕСЉП кроз своје одлуке нарочито понавља да је његова дужност, у складу с чланом 19 Конвенције да осигура поштовање обавеза из Конвенције, преузетих од стране Високих страна уговорница,[7] са једне стране, а, са друге стране, као међународни орган применом заједничких правила европске правне традиције настоји да осигура поштовање људских права и слобода, а не да решава кривичнопроцесна питања на универзалан начин.

Осим што се ради о питању које се регулише националним законодавством, препрека оцењивања незаконитости доказа од стране овог

---

5 Š.Pavlović, *Tri načela kaznenog postupka, pravični postupak, non bis in idem i in dubio pro reo,* Rijeka, 2012, 207.

6 *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, ECtHR, App.no. 21363/93, 21364/93, 21427/93 и 22056/93, 23 April 1997, para 50; *Jalloh v. Germany,* ECtHR, App.no. 54810/00, para 95; *Khan v. the United Kingdom,* ECtHR, App.no. 35394/97, para 34; P.*G. and J.H. v. the United Kingdom,* ECtHR, App.no. 44787/98, para 76; *Allan v. the United Kingdom*, ECtHR, App.no. 48539/99, para 42.

7 *Jalloh v. Germany,* ECtHR, App.no. 54810/00, para 94.

суда проистиче из чињенице да се пресуде заснивају на разлозима који су изведени као заједнички за више од 40 кривично процесних права европских држава, док је нормативна конструкција држава чланица о незаконитим доказима веома различита.[8] Овај суд није надлежан ни да се бави чињеничним или правним грешкама које је учинио национални суд, осим и у оној мери у којој су те грешке повредиле права и слободе заштићене Конвенцијом".[9] С тим у вези, није његова улога је да одговори на питање да ли је поступак у целини, укључујући и начин на који је доказ прибављен, био правичан. [10] То укључује разматрање наводне незаконитости и тамо где је у питању повреда још неког права према Конвенцији, а не само права на правично суђење.[11]

С обзиром да према јурисдикцији ЕСЉП, права гарантована Конвенцијом могу бити апсолутно заштићена (недерогабилна), релативно заштићена (дерогабилна) и условна, у зависности од тога да ли су предвиђена одступања у њиховој заштити, различито ће се поступати у оцени повреде која може доћи у обзир у прибављању и коришћењу доказа у националном кривичном поступку. Тако код повреде апсолутно заштићеног права (као што је забрана мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из чл. 3. ЕКЉП-а), довољно је да суд утврди да је повреда учињена (уз одступања о којима ће бити речи у даљем тексту), док, код релативно заштићеног права (право на правични поступак из чл. 6. ЕКЉП), суд може утврдити повреду, уз уважавање допуштених ограничења тог права.[12]

Имајући у виду природу и врсту повређеног права, да ли је дошло до повреде права на једнакост оружја и привилегије против самооптуживања, гарантованих чланом 6 став 1 и 3 Конвенције, повреде права на приватни живот, дом или преписку, гарантованих чланом 8 Конвенције, забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из члана 3

---

8 D. Krapac, „Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 6/2010, 1211-1212.

9 Види: *Schenk v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 10862/84, 12 July 1988, para 45 и *Allan v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 48539/99, 5 November 2002, final on 5/2/2003, para 42.

10 *Станимировић против Србије*, представка 26088/06, 18.10.2011.године; *Хајнал против Србије*, представка 36937/06, 19.06.2012. године.

11 *Pélissier and Sassi v. France*, ECtHR, App.no. 25444/94, para 45; *Khan v. the United Kingdom*, ECtHR, App.no. 35394/97, §34; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, ECtHR, app.no. 44787/98, para 76; *Allan v. the United Kingdom*, ECtHR, App.no. 48539/99, para 42; *Heglas v. The Czech Republic*, ECtHR, App.no. 5935/02, 1 March 2007, para 84.

12 Више о томе: D.Krapac (2010), 1215-1216.

Конвенције и права на делотворни правни лек из члана 13. ЕСЉП, суд ће различито поступати приликом оцењивања утицаја тих повреда на сам правичан поступак.

Предмет наше анализе биће повреде забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања, предвиђене чланом 3 Конвенције *(1)*; повреде права одбране гарантованих чланом 6 став 1 и 3 Конвенције *(2)*; и повреде права на приватни живот, дом или преписку, гарантованих чланом 8 Конвенције *(3)*.

Докази прибављени кршењем забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из члана 3 Конвенције

Међународни акти изричито прокламују забрану тортуре и нечовечно и понижавајуће поступање и свако поступање којима се утиче на слободу воље, изнуђивање признања или друге изјаве од окривљеног или других учесника у поступку.[13] Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода у члану 3, прокламује забрану мучења, прописујући да *нико не сме бити подвргнут мучењу, нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању*. Директива (ЕУ) 2016/343, у рециталу 45, позива се на УН Конвенцију против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни или поступака од 10. децембра 1984. године, на основу које изјава за коју је утврђено да је дата као резултат мучења не треба да се прихвати као доказ у било којем поступку, осим против особе оптужене за мучење, као доказ да је изјава дата.

У јурисдикцији ЕСЉП, уочава се да се чланом 3 Конвенције, пружа апсолутна заштита[14] од мучења и осталих видова нечовечног поступања, те да члан искључује и могуће изузетке или његову дерогацију чак и у

[13] Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Конвеција против тортуре ОУН, Конвенција против мучења и нечовечних и понижавајућих казни или поступака, Декларација о заштити свих лица од мучења и других свирепих, нечовечних или понижавајућих поступака или казни, Европска конвенција о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака и други акти.

[14] Апсолутно заштићена права (без одступања) су, поред забране мучења, нечовечног или понижавајућег поступања и забрана ропства (чл. 4. ст. 1), одређеност кривичног дела и казне (чл. 7. ст. 1.), ne bis in idem (чл. 4. Протокола 7) и укидање смртне казне у свим околностима (чл. 1. Протокола 13)-види: Harris, O'Boyle, and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd Ed., Oxford, 2009., 5 -18.

случају постојања стања нужде, када је угрожен опстанак нације,[15]сузбијање тероризма[16] или организованог криминала[17]. Суд је, заправо сматрао да је прихватање изјава добијених мучењем или другим лошим поступањем, без обзира на њихов утицај на исход поступка, једна „*неизлечива*“ повреда, која аутоматски доводи до неправичног поступка. Оваквим приступом је ЕСЉП увео „конвенцијско ексклузијско правило односно апсолутну забрану употребе доказа прибављених мучењем“.[18] За разлику од већине материјалноправних одредби Конвенције, члан 3 не предвиђа изузетке од своје примене ни према члану 15 став 2 Конвенције у случају јавне опасности која прети опстанку нације.[19] С тога и не чуди став суда да члан 3. Конвенције садржи „једну од најосновнијих вредности демократских друштава“.[20]

Као што смо већ споменули ЕСЉП не одређује да ли је неки доказ према националном праву незаконит, већ да ли су начин његовог прибављања и употреба супротни ЕКЉП. Када суд констатује да су се у радњама државних органа остварила обележја мучења или нечовечног поступања, на основу којих радњи је прибављен исказ сведока или окривљеног, то аутоматски доводи до процесне нелегитимности оваквог исказа. Код личних доказа прибављеним мучењем, нечовечним или понижавајућим поступањем, аутоматски долази и до кршења права на правични поступак. Код осталих доказа (материјалних), до аутоматске повреде права на правично суђење долази уколико су исти прибављени мучењем, а уколико су прибављени нечовечним или понижавајућим поступањем, повреда права из члана 6 Конвенције ће се утврдити ако је то утицало на исход поступка односно ако се пресуда заснива само на том доказу.[21]

---

15 *Irska v. UK*, ECtHR, App. no. 5310/71, 18 January 1978, para 163., *Labita v. Italy*, ECtHR, App. no. 26772/95, 6 April 2000, para 119, види и Š.Pavlović (2012), 63-64.

16 *Tomasi v. France*, ECtHR, App. no.12850/87, 27 August 1992, para 115.

17 *Selmouni v. France*, ECtHR, App. no.25803/94), 28 July 1999, para 95.

18 I. Bojanić, Z. Đurđević, „Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava“, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 15, broj 2/2008, 979.

19 *Chahal v. The United Kingdom*, ECtHR, App .no. 22414/93, 15 November 1996, para 79, *Selmouni v. France*, ECtHR, App.no. 25803/94, para 95; *Jalloh v. Germany*, ECtHR, App.no. 54810/00, para 99.

20 *El-Masri v. The Former yugoslav republic of Macedonia*, ECtHR, App. no. 39630/09, 13 December 2012, para 195.

21 I.Martinović, D.Kos, „Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda за људска права“, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu (Zagreb)*, vol. 23, 2/2016, 320-321; D.Krapac (2010), 1216-1217.

ЕСЉП наглашава да употреба доказа прибављеног кршењем члана 3 отвара озбиљна питања за правичност поступка, па се у једној одлуци чак констатује да и „у ситуацији да суд не утврди да је окривљени био подвгрнут мучењу, инкриминишући докази у форми признања или материјалних доказа, прибављени применом насиља, бруталности или других радњи, које се могу окарактерисати као мучење, не би никада требало да буде доказ о кривици окривљеног, без обзира на његову доказну снагу“.[22]

Осим тога, у многим предметима ЕСЉП је увео стандард да онда када се злостављање односи и на треће лице (најчешће сведока или саокривљеног), а не директно на окривљеног као и у случају када је признање или инкриминишући исказ дат у оправданом страху од каснијег злостављања може се радити о повреди члана 3 Конвенције.[23]

Материјално правни аспект члана 3 ЕКЉП

Приликом утврђивања материјалноправног аспекта - да ли је дошло до повреде конвенцијског права из члана 3, ЕСЉП у својим одлукама, опредељује да се ради о мучењу, или нечовечном поступању или понижавајућем поступању, или утврђује да се кумулативно остварују и једне и друге радње, или само констатује да је дошло до повреде члана 3 Конвенције.

У одлуци *Irska v. UK,* истиче се да злостављање да би спадало у примену члана 3, мора досећи „одређени минимум степена тежине“, а процена овог степена зависи од више околности попут трајање поступка, телесних и душевних последица, а у неким случајевима и пола, доби и здравственог стања жртве. Суд је мучење дефинисао[24] као “намерно нечовечно поступање које узрокује веома озбиљну и сурову патњу“, па је закључио да у конкретном случају није достигнут степен тежине који је потребан да би представљале мучење, већ је довело до нечовечног и понижавајућег поступања (*para 167-168*).[25] Основна разлика између „мучења“

---

22 *Jalloh v. Germany,* ECtHR, App.no. 54810/00, para 105.

23 *Станимировић против Србије*, представка 26088/06, 18.10.2011.године, пара 52, *Хајнал против Србије*, представка 36937/06, 19.06.2012. године, пара 114.

24 Дефиниција је преузета из: Конвенције против мучења и других сурових, нечовјечних или понижавајућих поступања или кажњавања, Генерална скупштина УН-а, 10. децембар 1984, Уједињене нације.

25 У овој одлуци се утврђују пет техника испитивања „и то стојећи положај дуже време, стављање капуљаче, излагање буци, депривација сна и лишавање хране и воде“ (*para 96*).

и „нечовечног и понижавајућег поступања“ је интензитет патње, која код мучења мора бити озбиљна и последица умишљајног односно намерног поступања. Осим тога, цени се и сврха, због које је поступање предузето, постојање намере и мотив који стоји иза тога. Овај стандард се, међутим, променио у пракси суда, па је у одлуци *Selmouni v. France,* утврђено да је достигнут степен мучења иако се констатује „да би, према критеријума из *Irska v. UK,* конкретне радње представљале нечовечно и понижавајуће поступање“.[26] Ова пресуда се иначе сматра зачетником развоја стандарда за оцену повреде демократских вредности, јер је суд заузео став да одређене радње које су раније квалификоване као нечовечно и понижавајуће поступање, могу у будућности добити квалитет мучења.[27]

Први пут када је суд утврдио да је учињена повреда забране мучења било је у случају *Aksoy v. Turkey*,[28]када је окривљени скинут наг и везаних руку окачен да виси, док је испитиван у полицији. Суд је констатовао да је такво поступање било намерно и да је била потребна одређена припрема, труд и напор да би се оно спровело, а да је подносилац представке претрпео озбиљну патњу, те је оквалификовао ове радње као мучење. Суд је у својој пракси, *под мучењем* подразумевао и силовање окривљеног од стране представника државе,[29] присилно храњење,[30] употребу електрошокова,[31] гушење и мучење педрецима уз претњу силовањем,[32] батињање по табанима[33] и друго.[34]

У јуриспуденцији ЕСЉП, поред озбиљности поступања, постоји и сврсисходни елемент, који дефинише мучење као „намерно наношење тешког бола или патње у циљу, између осталог, добијања информација, кажњавања или застрашивања“.[35] Дакле, тортуре које су биле предмет

---

26 *Selmouni v. France*, ECtHR, App.no. 25803/94, para 95.

27 И. Бодрожић, „Пракса Европског суда за људска права и кривична дела тероризма“, *Страни правни живот*, 3/2016, Београд, 151.

28 *Aksoy v. Turkey*, ECtHR, App. no. 21987/93, 18 December 1996, para 62.

29 *Aydin v. Turkey*, ECtHR, App. no. 23178/94, 25 September 1997.

30 *Nevmerzhitsky v Ukraine*, ECtHR, App. no. 54825/00, 5. April 2005, para 98.

31 *Mikheyev v Rusia*, ECtHR, App. no. 7761/01, 26 January 2006, para 129.

32 *Menesheva v Rusia*, ECtHR, App. no. 59261/00, 9 March 2006, para 61.

33 *Corsacov v Moldavia*, ECtHR, App. no. 18944/02, 4 April 2006, para 65.

34 E.Svanidze, S.Graham, *Training Manual on the Prohibition of Torture and Inhuman and Degrading Treatment and Punishment*, Fighting ill-treatment and impunity and enhancing the application of the ECtHR case-law on national level “FILL” Council of Europe, Strazbur, 2018, 11-14.

35 Види: *İlhan v. Turkey* ECtHR, App. no. 22277/93, 27 Jun 2000, para 85.

кршења члана 3 Конвенције нису биле управљене само на присилна признања и изнуђивања исказа, већ и на пуко испољавање силе[36]. У предмету *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia,*[37]примењене су драстичне мере тортуре према подносиоцу представке кога су ухапсиле македонске власти и тајно га предали у надлежност службеницима CIA, који су га најпре држали 23 дана у хотелу у Македонији и испитивали га о везама са исламским терористичким организацијама, да би га пре депортације, претукли, насилно скинули, злостављали чврстим предметом и у оковима и са капуљачом га насилно ставили у авион. Суд је оценио да су „мере које су коришћене у комбинацији и са предумишљајем, биле са циљем да узрокују велики бол или патњу ради прибављања информација, кажњавања и застрашивања подносиоца представке“, док је утврђена одговорност тужене државе, јер њене власти нису предузеле разумне кораке да избегну ризик од злостављања („мучења и окрутног, нехуманог и понижавајућег поступања”) за које су знали или су морали да знају.[38]

У предмету Станимировић против Србије, ЕСЉП је утврдио да употреба изјава окривљених у кривичном поступку прибављених мучењем или другим лошим поступањем као доказа за утврђивање правно релевантних чињеница у кривичним поступцима чине те поступке у целини неправичним. [39] У овом случају, домаћи судови су утврдили да је подносилац представке мучен у полицијској станици у Смедереву и нису прихватили као доказ изјаве које је он тамо дао 10. и 17. фебруара 2001. године, али су прихватили изјаве које је подносилац представке дао пред истражним судијом 13., 14. и 19. фебруара 2001. године. Лекарски извештаји, међутим, потврђују да је подносилац представке био брутално претучен (његове повреде су укључивале и сломљено ребро) и да Влада не оспорава веродостојност навода подносиоца представке да је такође примио електричне шокове и био изложен претњама смрћу и гушењу. С обзиром на озбиљност овог мучења као и временску блискост признању пред

---

36 *Vladimir Romanov v Rusia,* ECtHR, App. no. 41461/02, 24 July 2008, para 70 и *Dedovskiy and others v.Rusia,* ECtHR, App. no. 7178/03, 15. may 2008, para 85.

37 *El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia,* ECtHR, App. no. 39630/09, 13 December 2012.

38 Министар Републике Македоније се 26. марта 2018. године, по упућеној мери Комитета министара Савета Европе, јавно извинио подносиоцу представке у име владе, што су пренели сви познати светски штампани и електронски медији.

39 Станимировић против Србије, ЕСЉП, Представка број 26088/06, 18. октобар 2011, пар. 51 – 52. Више о пресудама против Србије: Марко Сладојевић, *Србија и Европски суд за људска права*, Службени гласник, Београд 2017, 109 – 110.

истражним судијом, Суд не види ниједан разлог за сумњу да је подносилац представке заиста дао то признање из страха да ће га полиција даље мучити, што је према томе последица његовог злостављања у полицијској станици.[40]

Нечовечно поступање или кажњавање је узроковање „стварне телесне повреде или интензивне физичке или психичке патње“ и „превазилази неизбежан елемент патње или понижења који су повезани са датим обликом легитимног поступања или кажњавања”, док се *понижавајућим поступањем* сматра злостављање са „намером да се код жртве изазове осећај страха, тегобе и мање вредности, поступање којим се жртва доводи у стање понижености и безнађа“.[41] За разлику од мучења, патња узрокована нечовечним поступањем не мора нити намерна нити имати сврху или мотив. Док се код нечовечног поступања акценат ставља на физичку и психичку патњу, за понижавајуће поступање важни су понижење и срамота,[42] с тим да је могуће да понижавајуће поступање не буде нечовечно.[43]

У предмету *Jalloh v Germany,* [44] полицијски службеници, су на основу наредбе тужиоца одвели окривљеног (странца) у болницу, где су му након што је одбио да узме средство за повраћање како би испљунуо кесице са опојном дрогом, уз примену физичке силе полицијских службеника путем сонде дали инфузију што је проузроковало да исповрати кесице. ЕСЉП је утврдио да је таква примена силе од стране полицијских службеника представљала “нечовечно и понижавајуће поступање”, које је противно члану 3. ЕКЉП-а. Суд је истовремено утврдио да је прибављањем овог доказа, на којем се заснивала пресуда, повређено право на привилегију против самооптуживања. Оцењујући да ли је повређено право на правични поступак у конкретном случају суд је ценио и јавни интерес, наводећи да он у конкретном случају није такве тежине да оправдава употребу незаконитог доказа, јер се радило „о уличном дилеру ухваћеног са малом количином дроге, који је осуђен на условну осуду“.[45]

---

40 Станимировић против Србије, пар. 52.

41 *Kudla v Poland*, ECtHR, App. no. 30210/96, 26 October 2000, para 92.

42 E.Svanidze, S.Graham, 18.

43 *Yankov v Bulgaria*, ECtHR, App. no. 39084/97, 11 December 2003, para 120.

44 *Jalloh v. Germany*, ECtHR, EctHR, App.no. 54810/00, Grand Chamber, 11 July 2006, para 82. ЕКЉП је осим повреде члана 3 Конвенције, утврдио и повреду права на правично суђење загарантовано правом 6 Конвенције. Види: D.Krapac (2010), 1217.

45 *Jalloh v. Germany*, para 107.

Процесно правни аспект члана 3 Конвенције

Процесни аспект повреде члана 3. ЕКЉП тиче се делотворности истраге, која подразумева адекватан механизам држава чланица да испитају сваки случај у којем лице тврди да је претрпело повреде из члана 3 Конвенције. Без предузимања одговарајућих мера и спровођење делотворне истраге, апсолутна забрана злостављања и нечовечног или понижавајућег поступања и кажњавања, не би имала практичних ефеката.[46] ЕСЉП је у својим одлукама навео да постоји очекивање да ће држава кривично гонити и казнити намерно злостављање од стране лица која представљају државу у интересу борбе против некажњивости и поштовања забране мучења и злостављања у пракси.[47] То подразумева истрагу, која би могла довести до идентификације и кажњавања одговорних лица[48]и утврђивања да ли је сила коришћена од стране службених лица државе, била оправдана у датим околностима.[49]

Када особа поднесе „доказиву“ тврдњу или изнесе веродостојну тврдњу да је претрпела поступање државних службеника противно члану 3, та одредба, у вези са општом дужношћу из члана 1. Конвенција, подразумева да треба да постоји ефикасна званична истрага.[50] Наводи о злостављању морају бити поткрепљени одговарајућим доказима, који могу произаћи „из коегзистенције довољно снажних, јасних и сагласних закључака или сличних необоривих чињеничних претпоставки“, а у процени ових доказа суд примењује стандард "ван разумне сумње".[51] Иако је терет доказивања на власти, ЕСЉП није везан мишљењем домаћег суда. Тако, према пракси ЕСЉП свака повреда претрпљена у полицијском притвору доводи до јаке претпоставке да је лице у питању било изложено злостављању.[52] Без обзира на начин истраге, власти морају да делују чим се поднесе званична притужба, па чак и кад није поднета притужба, мора се започети истрага ако постоје довољно јасни показатељи да је примењено злоста-

---

46 Г. П. Илић et al., Коментар законика о кривичном поступку, Десето измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2018, 112.

47 *Gäfgen v Germany,* para 119.

48 *Labita v. Italy*, ECtHR, Grand chamber, App. no.26772/95, 6 April 2000 и *Assenov and others v. Bulgaria*, ECtHR, App. no. 24760/94, 28 October 1998, para 102.

49 *Kaya v. Turkey Merits*, ECtHR, App. no. 22535/93, 28 March 2000, para 87.

50 *Алмаши против Србије*, бр. представке 21388/15, 8. октобра 2019, пасус 60.

51 *Irska v. UK*, ECtHR, ECtHR, App. no. 5310/71, 18 January 1978, para 161.

52 *Boicenco v.Moldova*, ECtHR, App. no. 41088/05, 11 July 2006, para 103.

вљање.[53] Ово пре свега из разлога што треба имати у виду „рањиве ситуације у којима се жртве налазе и чињеницу да су они који су били изложени озбиљном мучењу бити мање спремни да уложе притужбу“.[54]

Према међународним стандардима који су установљени у пракси ЕСЉП и литератури Савета Европе, истрага мора бити адекватна, темељна, благовремена, независна и непристрасна, довољно транспарентна и уз учешће оштећеног.[55] Истрагу морају спроводити органи који су независни од оних који су умешани у догађаје, јер је она значајна за превентивно деловање на органе гоњења, како убудуће не би поступали незаконито.

У предмету Крсмановић против Србије[56] подносилац представке је указао на пропусте да држава спроведе независну, делотворну и темељну истрагу о његовом злостављању током хапшења и боравка у притвору. Суд је установио да сама чињеница да државни органи нису чак ни идентификовали лица која су злостављала подносиоца представке, иако је доказано да је он био злостављан док је био под контролом полиције, појачава сумњу суда да се радило о неделотворној истрази, због чега је прекршена процесна обавеза из члана 3. Конвенције“.[57]

Случај *Gäfgen* против Немачке

Пресуда у предмету *Gäfgen v. Germany,* [58] установила је рестриктивнији приступ према доказима који су прибављени супротно члану 3 Конвенције, неприхватајући да деривативни докази прибављени на овај начин аутоматски доводе до неправичности, а самим тим и изузимања ових доказа.

У овом случају, окривљени Гафтен, намамио је деветогодишњег дечака у свој стан, под изговором да је његова сестра ту оставила јакну, а потом га је угушио и закопао тело, да би након извесног времена његовим родитељима тражио милион еура откупнину за дечака. Након што је преу-

---

53 *Станимировић против Србије*, бр. представке 26088/06, 18. октобра 2011, пасус 39.

54 *Batı and others v. Turkey*, ECtHR, App. no. 33097/96 и 57834/00, 3 June 2004, para 133.

55 E.Svanidze, S.Graham, 85; види и: *Cestaro v Italia*, ECtHR, App. no. 6884/11, 7 April 2015, para 205-210, *Cestaro v Italia*, ECtHR, App. no. 6884/11, 7 April 2015, para 205-210, *Assenov and others v. Bulgaria*, ECtHR, App. no. 24760/94, 28 October 1998, para 103 и даље, *Mikheyev v Rusia*, ECtHR, App. no. 77617/01, 26 January 2006, para 108-110,

56 *Крсмановић против Србије*, ЕСЉП, Представка број 19796/14, 19. децембар 2017. године.

57 *Ibid.*, пар. 83-84.

58 *Gäfgen v. Germany*, ECtHR, App. No. 22978/05, judgment of 01.06.2010., para 174, 175,180,184.

зео новац и део новца уновчио, лишен је слободе од стране полиције. У полицијској станици рекао је да су дечака преузели други отмичари. Заменик министра полиције немачке покрајине Хесен наложио полицијским службеницима да приликом испитивања, окривљеном запрете болним мерама принуде уколико он и даље настави да одбија да открије место на коме је дете сакривено. Након тога, полицајци су му претили и физички га злостављали, услед чега је окривљени полицији открио место на коме се налази тело жртве, заједно са другим материјалним доказима. Окривљени је и на главном претресу признао извршење кривичног дела и осуђен је за убиство и отмицу детета на казну доживотног затвора. Двојица полицајаца која су испитивала окривљеног у Немачкој су оглашена кривим за кривично дело принуде и осуђени су. У представци поднетој суду у Стразбуру окривљени је, између осталог, тврдио да му је повређено право на правично суђење, јер су докази прибављени кршењем члана 3. Конвенције.[59]

Суд је утврдио повреду члана 3 у погледу третмана окривљеног током истраге, док је есенцијално питање било питање законитости доказа на основу којих је он осуђен, односно питање утицаја доказа прибављених нечовечним поступањем на правичност поступка из члана 6 Конвенције. Суд је у овом предмету нагласио да постоје супротстављени интереси, с једне стране би издвајање материјалних доказа умањило ефикасност кривичног гоњења и кажњавања учинилаца кривичних дела, који интерес је у конкретном случају од великог значаја, а са друге стране окривљени има право на правични поступак, што подразумева забрану примене незаконитих метода његовог испитивања. Посебност овог случаја је у томе што су незаконите методе испитивања путем којих су прибављени спорни докази примењене у превентивне сврхе, с циљем да заштите једног од најосновнијих права гарантованих Конвенцијом – права на живот отетог, док члан 3. Конвенције гарантује апсолутно право подносиоцу представке, само у односу на одмеравање других интереса попут тежине кривичног дела или јавног интереса за ефективно кривично гоњење, што овде није случај. Суд је нашао да ова повреда не доводи аутоматски до неправичног поступка, као и да докази прибављени кршењем члана 3 Конвенције нису имали имали *одлучујући значај* на резултат поступка.

---

[59] Више о анализи случаја *Gäfgen v. Germany*: В. Бајовић, „О правно неваљаним доказима и плодовима отровног дрвета“, *Правни живот бр. 9/2013*, књига 563, година LXII, Удружење правника Србије, Београд, 2013, 124 – 125.

Након опсежне анализе суд је закључио и да је друго признање подносиоца представке на суђењу које је поткрепљено другим неокаљаним стварним доказима представљало основу за његову осуду за убиство и отмицу и његову казну, док оспорени стварни докази нису били потребни и нису коришћени да се докаже његова кривица или да му се одреди казна. У конкретном случају, ЕСЉП је прихватио наводе државе да је национални суд своју осуду засновао искључиво на признању апликанта учињеном на главном претресу, које је поткрепљено „неисквареним“ материјалним доказима, до којих се дошло независно од исказа окривљеног учињеног услед претњи у истрази, као што су сведочење жртвине сестре, писани докази о планирању отмице и новац пронађен у стану окривљеног и др. Тиме је, по ставу суда, дошло до прекида у узрочном ланцу између забрањених метода испитивања и доказа прибављених против окривљеног. С обзиром да је окривљени имао прилике и да оспорава прихватљивост материјалних доказа, а да је признање на главном претресу дато слободно без икакве принуде, суд је утврдио да није било повреде права на правично суђење.

Ова пресуда, која је донета већином гласова изазвала је велике полемике у немачкој стручној јавности и правној теорији широм Европе. Roxin је у својој анализи, критиковао становиште ЕСЉП у овој одлуци, наводећи да, иако је суд сматрао да је дозвољено касније признање на главном претресу, такво признање је суштински недопуштено, јер произилази из недозвољених претњи мучењем у претходном поступку. Законитост таквог каснијег признања, по његовом становишту, могла би се ценити само у случају да је окривљени претходно изричито упозорен да се његово раније признање неће користи. С друге стране, до прихватања касније одбране окривљеног, суд је дошао „вагањем“ тежине повреде права окривљеног и тежине кривичног дела, иако је, у случају овако озбиљне повреде права окривљеног, вагање искључено.[60]

У издвојеном мишљењу шесторице судија изнето је да *"Друштва заснована на владавини права себи не могу дозволити директно, индиректно или на било који други начин прихватање доказа који су апсолутно забрањени чланом 3 Конвенције, док је најефикаснији начин заштите*

[60] Види: C.Roxin, *Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens strafl os sein?,* Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, Verlag C.H. Beck, München, 2005., 461-471.

ових права апсолутно изузимање свих доказа прибављених кршењем члана 3 конвенције и проглашавање поступка у коме су овакви докази коришћени неправичним."[61]

Докази прибављени кршењем права на правично суђење из члана 6 Конвенције

Појам „правичност", спада у „најспорнији појам правне филозофије и правне науке", док се његов значај у кривичном процесном праву сагледава превасходно кроз „процесноправни критеријум за разматрање структура и интеракција у поступку".[62]

Суштина начела правичности се најбоље схвата у положају који појединац има у кривичном поступку. Однос између учиниоца кривичног дела и државе којој припада монопол кажњавања, мора бити уређен тако да се удовољи „нормативним очекивањима" и да се примењује правично и једнако према свима.[63]Само такав однос у којем ће учинилац кривичног дела имати гаранције да ће остварити сва своја права у поступку и да ће се према њему поступати у складу са општеусвојеним правним стандардима којима се омогућава „правични третман", може се сматрати правичним и имати правични исход („*result – orientated justice*").[64]

Право на правично суђење се сматра „суштинским начелом" кривичног поступка, који по својој садржини уобличава „дејство свих других кривичнопроцесних начела у функцији правичног решавања кривичне ствари".[65] У теорији се основним обележјима права на правични поступак, сматра право на страначку равноправност („једнакост оружја"), претпо-

---

[61] Види: *Gäfgen v. Germany*- Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku and Power, Judgment of 01.06.2010, para 9 i 10.

[62] D.Krapac (2020), 151. Појам процесне правичности истиче и Алан Узелац. Вид.: Alan Uzelac, „Pravo na pošteno suđenje: opći i gradjanskopravni aspekti čl. 6 st. 1 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda", *Usklađenost hrvatskih zakona i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* (ur. Ivana Radačić), Centar za mirovne studije, Zagreb 2011, 90.

[63] D.Krapac, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije* (suradnici: Zlata Đurđević et al), Osmo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, (ur. Zlata Đurđević), Narodne Novine, Zagreb, 2020, 152.

[64] S.Trechsel, S. J. Summers, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford 2005, 83. Појам процесне поштености помиње и Алан Узелац. Вид.: А. Узелац, „Pravo na pošteno suđenje: opći i gradjanskopravni aspekti čl. 6 st. 1 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda", *Usklađenost hrvatskih zakona i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda* (ur. Ivana Radačić), Centar za mirovne studije, Zagreb 2011, 90.

[65] М.Шкулић, *Кривично процесно право,* Београд, 2014, 86-87.

ставка невиности, транспарентност и ефикасност поступка. *Cassese* је сматрао да је овај принцип артикулисан кроз три основна принципа: једнакост средстава којима странке располажу, јавност поступка и брзина процедуре,[66]док се у нашој теорији, између осталог, истиче да је основна компонента права на правично суђење „комплексна процесна правила којима се надомешта инфериоран положај окривљеног у односу на државне органе кривичне репресије“.[67]

Ширим или „еластичним“ тумачењем члана 6 ЕКЉП, под елементима правичног поступка сматра се и „забрана коришћења незаконитих доказа“.[68] До ограничавања права окривљеног, међу којима је и право на правичан поступак једно од најважнијег, долази само изузетно. Оно може бити последица само аргументованог сукоба ставова окривљеног и тужиоца пред независним судом, пред којим су реализовани принципи законитости и правичности.[69]

У процесној правној теорији и пракси постоји општа сагласност да је право на правично (поштено, *“fair”*) суђење најважније процесно право, које представља један од основних елемената демократског друштва и владавине права и једно је од основних људских права које је загарантовано чланом 6. Европске конвенције за заштиту људских права и слобода (ЕКЉП). То право је од великог значаја за сва национална законодавства земаља потписница ЕКЉП, које припадају континентално европском и англосаксонском (адверзијалног) систему и ставља се „испред осталих вредности демократског друштва“.[70] У пресуди *Delcourt v. Belgium,* наводи се да „*у демократском друштву, право на правично суђење заузима толико истакнуто место да рестриктивно тумачење члана 6 став. 1 ЕКЉП, не би одговарао циљу и сврси те одредбе*“.[71]

Процењивање суђења као правичног из члана 6. Конвенције подразумева испитивање правичности поступка сагледаног у целини, укљу-

---

66 A.Uzelac, 87.

67 В. Ђурђић, “Законске гаранције права на правично суђење у кривичном поступку Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ирена Пејић), број 70, Правни факултет у Нишу, 2015, 373.

68 D.Krapac (2020), 162.

69 С.Кнежевић, „Право на правично суђење“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу,* 2004, 210.

70 Š.Pavlović (2012), 5-6.

71 *Delcourt v. Belgium*, ECtHR, App. no. 2689/65, 17 January 1970, para 25.

чујући и истражну фазу, али и радње које претходе формалном отварању истраге, дакле целину поступка у материјалном (суштинском) и формалном (процедуралном) смислу.

У складу с начелом супсидијарности и одговарајућом доктрином која спречава суд да поступа као суд четврте инстанце, у питањима која се односе на члан 6, коришћење доказа прибављених кршењем унутрашњих супстанцијалних или процесних правила није, као такво, супротно захтеву „правичности". Када се судови ослањају на незаконито прибављене доказе, Суд проверава следеће: а) да ли је „незаконитост" у смислу унутрашњег права коинцидирала с „неправичношћу" у аутономном смислу Конвенције; б) да ли је подносилац представке имао могућност да покрене то питање пред домаћим судовима.[72] Дакле, мора се узети у обзир да ли су права одбране поштована, односно, мора се испитати да ли је, у конкретном случају, подносиоцу представке дата могућност да оспорава аутентичност доказа или његово коришћење у поступку. Притом, и квалитет доказа се мора узети у обзир, укључујући и да ли околности у којима је доказ прикупљен бацају сумњу на његову поузданост или тачност.

За оцену (не) законитости доказа су нарочито од значаја два права одбране, право на конфронтацију и привилегија од самооптуживања.

Право на конфронтацију, који је саставни део права на правично суђење и део „минималних права окривљеног", подразумева право окривљеног да испитује сведоке одбране под једнаким условима као сведоке оптужбе, као и право да се са њима суочи. Концепт „сведока", по Конвенцији има много шире значење од оног у европским националним правним системима, с обзиром да укључује сведоке и свако лице „које је свесно или несвесно дало информације за кривични поступак".[73] Уколико се окривљеном ускрати право на конфронтацију са сведоком, пресуда се не сме заснивати искључиво или у одлучујућој мери на исказу сведока којег окривљени није имао прилике да испита нити у једној фази поступка, јер ће доћи до повреде чл. 6. Конвенције.

---

[72] D. Vitkauskas, G. Dikov, *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*, Vijeće Evrope, Strasbourg, 2012, 82-83.

[73] A. Fanego Coral, „Requirements in Relation to Witness Examination under Article 6.3 d) ECHR", Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights (eds. Javier García Roca, Pablo Santolaya), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston 2012, 282.

Одступања од права на испитивање сведока оптужбе, дозвољено је изузетно, када је на пример немогуће пронаћи сведока. Међутим, чак и тада потребно да домаћи органи предузму све кораке како би се окривљеном омогућило да испитује сведока, односно суд се мора уверити да су домаће власти „урадиле све што је разумно било могуће како би осигурале присутност сведока“.[74]

Европски суд за људска права институт *hearsay (докази из друге руке)* разматра кроз право конфронтације (*Right to Confrontation*). Суд је заузео становиште да се судови у ситуацији одсутности сведока могу користити доказом по чувењу (*hearsay evidence*), али само до границе до које је очувана равнотежа и права одбране.[75]Иако се начелно не може спровести унакрсно испитивање са деривативним сведоком, што је у супротности са начелом правичног поступка, пракса ЕСЉП опрезно иступа са *hearsay* забраном коју разматра када су сведоци оптужбе у питању. Осим тога, деривативни сведоци се могу испитати, по ставу овог суда, али се на њима заснива пресуда само уколико постоје и други докази, којима се утврђују одлучне чињенице.[76]

У два случаја у којима су окривљени осуђени на основу писмених изјава из друге руке, у разматрању ових и сличних случајева, суд је изнео став да не постоји апсолутно право на конфронтацију, већ су допуштени докази из друге руке, ако је окривљени није лишен правичног суђења, наглашавајући националним судовима да је “...врло важно да имате на уму приликом разматрања оваквих доказа да сведока нисте видели како сведочи; нисте га чули како сведочи; нисте чули како се његова изјава испитује, иако би му (одбрана) несумњиво поставила низ питања... Имајте на уму да је овај доказ прочитан....”.[77]

Суд је утврђивао повреду права на правичан поступак узимајући у обзир да ли прихватање исказа одсутног сведока чини поступак у целини

---

[74] *Lučić protiv Hrvatske*, EctHR, zahtjev br. 5699/11, 27.02.2014, 79.
[75] Ш.Павловић (2012), 344.
[76] *Blastland v.UK*, ECtHR, App. no. 12045/86, 7 May 1987.
[77] *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, ECtHR, App. 26766/05, 22228/06, 15 December 2011, para.16

неправичним, према критеријумима „троделног теста“ који су постављени у случају *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*.[78]

Први критеријум је постојање „доброг разлога да се прихвати исказ одсутног сведока“ без испитивања од стране одбране у смислу члана 6 став 1 и став 3 (д) Конвенције, што би било у ситуацији када је сведок умро или је био одсутан због страха који се може приписати окривљеном или онима који делују у његово име као, у овом случају када се сматра да се окривљени одрекао својих права из члана 6 став 1 и став 3 (д) Конвенције“.[79]

Други критеријум је да се осуда не заснива искључиво или у одлучујућој мери на изјави једног одсутног сведока којег оптужени није имао прилике да испита, јер је то неспојиво са захтевима правичности према члану 6 („једини или одлучујуће правило- *sole or decisive rule*“) и „неоправдано ограничава“ права окривљеног.[80] Према пракси ЕСЉП, примена другог теста није апсолутно правило и треба се примењивати на флексибилан начин, узимајући у обзир специфичности конкретног правног система.

Чак и када је изјава „из друге руке“ била једини или одлучујући доказ против окривљеног, његово прихватање као доказ не би аутоматски резултирало, повредом члана 6 став 1. Конвенције, већ се цени и трећи критеријум. Он се односи се на оцену суда да ли је било „довољно фактора балансирања“, укључујући и „јаке процесне гаранције који се у целини посматрају а које омогућавају правичну и правилну процену поузданости тих доказа“ односно да су „ ти докази довољно поуздани с обзиром на њихову важност у предмету“.[81] У предмету *Schatschaschwili v. Germany* се као релевантни елементи фактора равнотеже наводе „приступ првостепеног суда непровереним доказима, доступност и снага других инкриминишућих доказа; и процесне мере предузете да се надокнади недостатак

[78] *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, ECtHR, App. no. 26766/05; 22228/06, Grand Chamber, 15 December 2011, para 119. Овај троделни тест се анализирао и у пресудама: *Schatschaschwili v. Germany*, ECtHR, App. no. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015, para 107,*Seton v. United Kingdom*, ECtHR, App. 55287/10, 31 March 2016, final on 12/9/2016, para 58 – 59 и др.

[79] Види и пресуде када није показан „добар разлог“: *Mild and Virtanen v. Finland*, ECtHR, App. 39481/98 and 40227/98, 26 July 2005; *Bonev v. Bulgaria*, ECtHR, App.no. 60018/00, 8 June 2006 и *Pello v. Estonia*, ECtHR, App. 11423/03, 12 April 2007. Чак и у ситуацији да није испуњен први тест суд је ценио преостала два теста.

[80] *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, para 128; Види и: *Unterpertinger v Austria*, ECtHR, App.no. 9120/80, 24 November 1986, para 33.

[81] *Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom*, para 147.

могућности одбране за непосредно унакрсно испитивање сведока на суђењу“.[82] Ови елементи се односе пре свега на могућности да се провери кредибилитет сведока, да је одбрана у прилици то да учини и да други докази поткрепљују исказ неиспитаног сведока.

Упознавање са садржином исказа сведока из истраге, уместо његовог испитивања сведока на главном претресу, само по себи, није нужно противно члану 6 Конвенције, с тим да ЕСЉП истиче да у начелу „сви докази морају бити изведени у присуству окривљеног на јавном саслушању, са изношењем противних аргумената.“[83]

Европски суд за људска права (ЕСЉП) заузео је став да су право на ћутање и право да окривљени не треба самог себе теретити (привилегија од самооптуживања), „два опште прихваћена интернационална стандарда“ која су суштина појма правичног поступка.[84] Право појединца да сам себе не оптужује пре свега односи на поштовање воље окривљеног да се брани ћутањем, те с тим у вези, процесне гаранције забране самооптуживања, која је конститутивни елеменат права окривљеног на правично суђење зајемченог чланом 6. Конвенције, подразумевају забрану коришћења у кривичном поступку доказа у којима неко лице само себе окривљује уколико је тај доказ прибављен принудом или обманом или подстицањем тог лица да даје инкриминишуће изјаве против себе. Дакле, право на ћутање не може се ограничити само на непосредно признање незаконитог дела, већ и на сваку изјаву која би доцније могла бити искоришћена у кривичном поступку у прилог аргументацији тужилаштва"[85]. То се право окривљеног преклапа се с претпоставком невиности сагласно члану 6 став 2. Конвенције.

Европски суд за људска права је у једном случају осуђујуће пресуде која се заснивала на материјалним доказима који су прибављени претњом полиције да ће окривљени кривично одговарати ако не сарађује и не преда документа, укорио британске судове и нагласио да су право на

---

82 *Schatschaschwili v. Germany*, ECtHR, App. no. 9154/10, Grand Chamber, 15 December 2015, para 145.

83 *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, ECtHR, App. no. 10588/83 и 10590/83, 6 December 1988, para 78.

84 *Saunders v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 19187/91, 17 December 1996; *Allan v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 48539/99, 5 November 2002, final on 5/2/2003; *Quinn v. Ireland*, ECtHR, App. no. 36887/97, 21 December 2000, final 21/03/2001.

85 *Aleksandar Zaichenko v. Russia*, ECtHR, App. no. 39660/02, 18 February 2010, final 28/06/2010, para 52−60.

ћутање и привилегија против самооптуживања, који су језгро начела правичног поступка, признати међународни стандарди којима се окривљени штити од присиле државних органа“.[86]

Судска пракса ЕСЉП показује три основна типа ситуација у којима је забележено кршење воље оптужених који су одлучили да не сведоче: а) обавеза да се сведочи наметнута законом под претњом казне,[87] та категорија обухвата и неправилно пребацивање терета доказивања када се од оптуженога тражи да докаже своју невиност; б) принуда, која може бити физичка[88] или психолошка[89]; и в) принуда помоћу преваре када се користе технике прикривене, тајне истраге.[90]

Кроз своје одлуке, ЕСЉП обично налаже тест на основу кога ће се утврдити да ли је повређена суштина тог права. На основу те анализе „*суштине права*”, оно што представља правично суђење не може бити предмет једног непромењивог правила, већ зависи од околности сваког конкретног предмета. Зато је понекад потребан “*sui generis*“ тест размерности, посебно када је реч о мањим повредама, да би се утврдило да ли је прекршен члан 6 Конвенције.[91] Тај тест „*суштине права*” користи три главна критеријума да се утврди да ли су принуда или кршење воље окривљеног дозвољени по члану 6 Конвенције: а) природа и степен принуде који су примењени за прибављање доказа; б) тежина јавног интереса у датој истрази и кажњавања кривичног дела о коме је реч; в) постојање било каквих релевантних заштитних механизама у самом поступку и начин на који се користи било који материјал који је на тај начин прибављен.[92] Ипак, опште је правило да докази прибављени коришћењем принуде или силе, обмане или преваре против осумњиченог, односно оптуженог “не смеју имати пресудну или битну тежину у поступку доношења осуђујуће пресуде”[93].

Суд се изричито изјашњава и у погледу незаконитости доказа до којег је суд дошао испитујући *информатора,* када је установио да кори-

---

86 *Saunders v. UK*, ECtHR, App. no. 19187/91, 17 December 1996.
87 ibid.
88 *Jalloh v. Germany*, para 103−123.
89 *Gäfgen v. Germany*, para 169−188.
90 *Allan v. the United Kingdom*, para 45−53.
91 *O'Halloran and Francis v. United Kingdom*, ECtHR, App. no. 15809/02, 29 June 2007.
92 *Jalloh v. Germany*, para 117.
93 *Saunders v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 19187/91, 17 December 1996.

шћењем овог доказа долази до повреде привилегије против самооптуживања (па самим тим и права на правично суђење), јер употреба исказа информатора о сазнањима шта му је окривљени испричао, није ништа друго до повреде његове слободе избора између изношења одбране и ћутања.[94] Становиште да је незаконитим доказима повређено право на правично суђење окривљеног, суд заузима и у случају када се пресуда заснивала на исказима полицајаца агената провокатора,[95] када је окривљени предао полицији доказе без присуства браниоца,[96] као и у поменутом случају када су полицајци насилно дали осумњиченом средство за повраћање.[97]

Докази прибављени кршењем права на приватни живот, дом и преписку из члана 8 Конвенције

Члан 8 Конвенције гарантује да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке (став 1), при чему се јавне власти неће 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 (став 2). Из цитиране одредбе произилази да члан 8 штити приватни живот, породични живот, дом и преписку. Да би прибављање одређеног доказа прекршило члан 8, потребно је да су радње прибављања предузете супротно домаћем закону, да нису неопходне у демократском друштву, или да не служе остваривању једног од легитимних циљева члана 8 став 2. По природи ствари, повреде права на приватни живот, дом и преписку могу покренути питање законитости тако прибављених доказа, док ће повреде права на породични живот по правилу остати ван тог опсега.

Утврђивање повреде права на поштовање приватног живота, дома или преписке из члана 8 не доводи аутоматски до незаконитости доказа насталог том повредом, већ је потребно да поступак у коме је тај доказ коришћен не задовољи трипартитни тест Суда – 1) да ли се осуда заснива једино или бар у претежном делу на доказу прибављеном кршењем члана

---

94 *Allan v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no. 48539/99, 5 November 2002, final on 5/2/2003, para 53.
95 *Teixeira de Castro v. Porugal*, ECtHR, 44/1997/828/1034, 9 June 1988, para 39.
96 *Šebalj v. Croatia*, ECtHR, App. no. 4429/09, 28 June 2011.
97 *Jalloh v. Germany*, ECtHR, App. no. 54810/00, 11. July 2006, para 107.

8, 2) да ли је окривљени имао прилике да оспорава аутентичност и коришћење спорног доказа и 3) да ли околности његовог прибављања бацају сумњу на његову тачност или поузданост, односно да ли у случајевима смањене поузданости има других доказа који га поткрепљују. Изложени тест није кумулативан, нити алтернативан, већ све околности Суд цени и посматра заједно.

Под правом на приватан живот подразумевају се „сви аспекти везани за лични идентитет, као што су лично име, фотографија, физички или морални интегритет“, а заштита коју пружа члан 8 Конвенције, посебно се односи на „развој, без спољашњег утицаја, личности сваког појединца у његовим односима са другим људским бићима“.[98] Дом у смислу члана 8 ЕКЉП, сматра се место где појединац живи, и свако место где је могуће утемељити живот.[99]

Како коришћење доказа који су прибављени супротно члану 8 само по себи није супротно захтевима права на правично суђење из члана 6 став 1 Конвенције,[100] суд мора се проценити да ли је подносилац представке био жртва притиска, принуде или обмане ради прибављања признања или материјалних доказа који га инкриминишу.

Уколико се приликом претресања прибаве материјални докази, ЕСЉП се позива на свој познати и напред већ поменути стандард из предмета *Saunders,* [101]да је реч о „материјалним доказима који постоје независно од воље окривљеног, те да њихово прикупљање само по себи не крши члан 8 Конвенције“.[102] Суд је у својим одлукама ценио и „нужност претресања“, која постоји у ситуацији када постоје и други докази који указују на кривично дело, али нпр. треба пронаћи и одузети *corpus delicti*, када постоје и поштују се националне процедуралне гаранције против самово-

---

98 *Von Hannover v Germany*, Grand Chamber, ECtHR, App.no.59320/00, 7 February 2012, para 95.

99 Š.Pavlović (2020), 555. „Појам "дом" у смислу члана 8. ЕКЉП није ограничен на просторије које су законито настањене односно запоседање које је утемељено на закону. "Дом" је самосталан појам који не зависи од класификацији у домаћем праву, већ од чињеничних околности и постојања довољних и трајних веза с конкретним местом“- *Bjedov v. Croatia,* ECtHR, App. no 42150/09, 29 May 2012., para 57.

100 *Schenk v. Switzerland*, ECtHR, App.no. 10862/84, 12 July 1988, para 76; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom,* ECtHR, App.no. 44787/98, 25 September 2001, para 37-38; *Khan v. the United Kingdom,* ECtHR, App.no. 35394/97, 12 May 2000, para 35; *Bykov v. Russia,* ECtHR, App. no. 4378/02, 10 March.2009, para 91.

101 *Saunders v. The United Kingdom,* ECtHR, App. no. 19187/91, 17 December 1996.

102 *Kalnėnienė v. Belgium*, ECtHR, App. no. 40233/07, 6 September 1978, para 52.

ље, те када је у конкретном случају испуњено начело пропорционалности у ужем смислу (околности да ли је окривљеном пружена могућност да добровољно преда предмете или да се одговарајућим исказом "ослободи" претресања, да ли се ради о тежем кривичном делу и да ли је наредба за претресање била „неограничена и несразмерна").[103]Приликом оцене сразмерности претресања узима у обзир и брзина којом је предузето претресање, као и чињеници да су домаћи судови доносили нове наредбе о претресању истог предмета, упркос томе што је већ постојала наредба на основу које претресање није предузето".[104]

Претресање лица се обавља уз поштовање достојанства личности лица које се претреса. ЕСЉП је у случају *Wieser против Аустрије*,[105] констатовао „да подносиоцу представке није наређено да се свуче, већ су му одећу скинули полицијски службеници док се налазио у посебно беспомоћној ситуацији, те да тај поступак представља тако инвазивну и потенцијално понижавајућу меру да није требало да буде примењена без убедљивог разлога, нарочито у ситуацији када није изнет ниједан аргумент који би показао да је претресање лица са свлачењем било нужно и оправдано из безбедносних разлога, при чему је подносилац представке био претресен због оружја, а не због дроге, или других мањих предмета који се не би могли открити претресањем без потпуног свлачења. Имајући у виду наведено, Суд је закључио да у конкретним околностима овог случаја претресање са свлачењем подносиоца представке током полицијске интервенције у његовом дому представља неоправдано поступање такве тежине да се може окарактерисати као „понижавајуће" у смислу члана 3 Конвенције."

Почевши од предмета *Schenk v. Switzerland,* у коме је нелегално сачињен снимак телефонског разговора коришћен као инкриминишући доказ против окривљеног у поступку,[106] ЕСЉП је доследно истрајавао у свом ставу да коришћење тако прибављених доказа не чини поступак неправичним, с обзиром да спорни снимак није једини доказ на коме се

---

[103] D.Krapac (2010), 1221-1222. Види и: *Camenzind v. Switzerland*, ECtHR, App. no. 21353/93, 16 December 1997 и *Buck v. Germany*, ECtHR, App. no. 41604/98, 28 April 2005, Final 28/07/2005.

[104] Горан П. Илић et al, 464. Види и: *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, ECtHR, App. no 51772/99, 25 May 2003.

[105] *Wieser v. Austria,* ECtHR, App. no 2293/03, 22 February 2007, para 36.

[106] *Khan v. the United Kingdom*, para 34; *P.G. and J.H. v. the United Kingdom,* para 76; Heglas v. The Czech Republic, ECtHR, App.no. 5935/02, 1 March 2007, para 89–92.

заснива осуда.[107] Ово је резултат примене једног од тестова које суд примењује када процењује правичност поступка: – „да ли је доказ прибављен кршењем члана 8 једини или бар доказ на коме се претежно заснива осуда, те да ли је окривљени имао прилике да оспорава аутентичност и коришћење спорног доказа“.

Према сада важећој пракси, поред већ поменутих критеријума ЕСЉП цени и квалитет самог доказа, односно да ли околности његовог прибављања „бацају“ сумњу на његову тачност или поузданост, те када доказ није поткрепљен другим доказима или када је доказ „веома јак и нема ризика његове непоузданости, потреба за додатним доказима који га поткрепљују је сразмерно слабија“,[108] у ком случају (не) правичност није спорна. Став ЕСЉП по овом питању погодује више начелу ефикасности кривичног гоњења него заштити права окривљених у поступку и његову правичност. Може се зато и рећи да овакав став подрива једно од основних начела изражених кроз познате ставове да право на правично суђење ужива изузетно високо место у демократским друштвима и да се оно не може жртвовати ради интереса ефикасности,[109]да се Конвенција мора интерпретирати као кохерентна целина,[110] као и да права која гарантује Конвенција морају да се обезбеде као „стварна и ефикасна“, а не као „теоријска и илузорна“.[111]

Притом, ЕСЉП у својој пракси овим поводом није заузимао став о теорији „плода отровног дрвета“, самим тим, потенцијално је могуће да незаконити доказ не буде једини доказ на коме се осуда заснива, већ да остатак чињеничне подлоге за осуду произилази из других доказа, до

---

[107] У пресуди Драгојевић против Хрватске (Dragojević v. Croatia, ECtHR, App. no. 68955/11, 15 January 2015), ЕСЉП је констатовао „да прислушкивањем телефона подносиоца и тајним надзором над њим дошло до мешања у његово право на поштивање приватног живота и дописивања, а имајући у виду да домаће право није довољно јасно регулисало овлашћења надлежних органа приликом одређивања примене ове мере“. Ипак, како то није био једини доказ на којем је суд темељио првостепену пресуду суд и поред повреде члана 8. Конвенције, није утврдио повреду права на правично суђење.

[108] *Bykov v. Russia*, para 90; *Khan v. the United Kingdom*, para 35-37; *Allan v. the United Kingdom*, ECtHR, App. no.48539/99, 5 November 2002, final on 5/2/2003, para 43.

[109] *Delcourt v. Belgium*, para 25.

[110] *Klass and Others v. Germany*, ECtHR, App. no.5029/71, 6. September 1978, para 68-69.

[111] *Tyrer v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no 5856/72, 25 April 1978, para 31; *Soering v. The United Kingdom*, ECtHR, App. no 14038/88, 07 July 1989, para 102; *Artico v. Italy*, ECtHR, App. no 6694/74, 13 May 1980, para 33; Заједничко несагласно издвојено мишљење судија Pettiti, Spielmann, De Meyer и Carrillo Salcedo.

којих се пак не би дошло без тог доказа. Описани ризик нарочито постоји код прибављања доказа супротно члану 8 Конвенције, односно повредом права на приватни живот, дом или преписку, јер се незаконитим прислушкивањем или претресањем може доћи до трага који би водио ка новом доказу, који не би био обухваћен првобитном незаконитошћу, већ би само био посредно незаконит.

С обзиром на повећане могућности за прибављање доказа противно члану 8 Конвенције, где сада, поред традиционалних метода прислушкивања телефона или претреса стана или пословних просторија, домаће власти могу незаконито прибављати доказе преузимањем садржаја из мобилних телефона, личних рачунара, средстава видео надзора, кућних уређаја, али, нарочито, и из онлајн садржаја, у које спадају садржаји похрањени на друштвеним мрежама, електронској кореспонденцији, тзв. „*cloud*“ технологији и сл., овакав ризик постаје још већи. То се нарочито односи на употребу “Personal assistaint” уређаја, као што су „Google Assistaint“ компаније Гугл, Siri компаније, Епл, као и компаније Амазон, који снимају и похрањују многобројне податке својих корисника, и које су као такве, потенцијални ризик за кршења права на приватност, гарантованог чланом 8 Конвенције.

У предмету *Schenk v. Switzerland*, судије Pettiti, Spielmann, De Meyer и Carrillo Salcedo у свом заједничком издвојеном мишљењу, наводе да „*поштовање закона приликом прикупљања доказа није апстрактан или формалистички захтев, већ напротив, то је од примарне важности за правичност кривичног поступка. Ниједан суд не може засновати своју осуду на доказима који су прибављени на не само неправичан начин, него и незаконито, те уколико то и учини, суђење се не може сматрати правичним у смислу Конвенције*“.[112]

У предмету *Khan*, судија Loucaides је у свом издвојеном мишљењу нагласио да „*уколико се кршење члана 8 прихвати као „правично“, не види како се полиција ефикасно може одвратити од понављања недозвољеног понашања ... и да је неприхватљиво да се суђење и осуда која произилази из таквог поступања могу сматрати правичним*“.[113]

---

[112] *Schenk v. Switzerland*.
[113] *Khan v. the United Kingdom.*

Ове ставове прихвата и судија Tulkens у свом издвојеном мишљењу у предмету *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, наводећи и „*да оно што је забрањено једном одредбом (члан 8) не може бити дозвољено другом (члан 6), те да када утврди да нема повреде члана 6, као у овом предмету, Суд чини члан 8 потпуно неделотворним*“. Притом, подсећа и на став суда из предмета *Osman v. the United Kingdom,* [114]да „*постоји потреба да се обезбеди да полиција врши своја овлашћења у контроли и превенцији криминалитета на начин који у потпуности поштује одредбе поступка и остале гаранције које легитимно ограничавају делокруг њихове акције ... укључујући гаранције садржане у члановима 6 и 8 Конвенције*“.[115]

Напред наведена становишта деле и понављају и судије Spielmann, Rozakis, Tulkens, Casadevall и Мијовић Љиљана у издвојеном мишљењу у предмету *Bykov v. Russia,* наглашавајући да „коришћење доказа прибављених кршењем члана 8 захтева екстремно ригорозно испитивање од стране Суда у погледу правичности поступка“, и да је: „*у овом случају повреда члана 8 утврђена услед незаконитости, односно услед повреде критеријума „у складу са законом“, те да правичност поступка коју предвиђа члан 6 захтева законитост, тачније да правичност поступка претпоставља законитост и, тим пре, поштовање права гарантованих Конвенцијом, што је и задатак Суда да контролише*“.[116]

Имајући у виду да одлуке суда по овом питању карактеришу рестриктивни приступ, можемо закључити да ће бити јако тешко доказати повреду права на правични поступак у овим случајевима, већ ће подносиоци представке, као и у досадашњој пракси Суда, морати да се задовоље исходовањем утврђене повреде члана 8 Конвенције. Међутим, треба нагласити да тако утврђена повреда члана 8 Конвенције неће бити од утицаја на одлуку домаћег суда којим је подносилац представке оглашен кривим, већ једино окривљеном пружа накнаду нематеријалне штете, као вид правичног задовољења за тако учињену повреду. Управо такав исход представља најбољу потврду издвојених мишљења судија и описаног приступа Суда у решавању питања незаконитих доказа насталих услед повреда права из члана 8 Конвенције. Поред тога што подрива уживање права из Конвенције, иако је према члану 19 Конвенције једини задатак Суда да

[114] *Osman v. the United Kingdom,* app. no. 23452/94, 28 October 1998, para 116.
[115] *P.G. and J.H. v. the United Kingdom.*
[116] *Bykov v. Russia*.

обезбеди њихово поштовање од стране Високих страна уговорница, овакав приступ Суда заправо оставља државама да прописују и санкционишу прибављање доказа кршењем права на приватни живот, дом или преписку, као и коришћење таквих доказа у кривичном поступку.

Закључак

Европски суд за људска права је коректив поступања националних органа у различитим предметима који се тичу заштите људских права, те је својим одлукама, нарочито у последњих неколико деценија развио стандарде и „подигао лествицу“ заштите људских права у правном систему не само Републике Србије, већ и других европских држава. Осим тога, поједине одредбе домаћих закона су у пракси овог суда оцењене као неусклађене са ЕКЉП, због чега је законодавац вршио измене постојећих закона, док је нова нормативна решења формулисао тако да буду усклађена са стандардима која је у својој богатој пракси поставио ЕСЉП.

Као што смо анализирали у раду, суд питање законитости доказа и њихове употребе у поступку првенствено третира као питање националног права, али у својим одлукама, проверава да ли је та незаконитост у смислу унутрашњег права „коинцидирала са неправичношћу” у аутономном смислу Конвенције и да ли је подносилац представке имао могућност да покрене то питање пред домаћим судовима, узимајући у обзир и квалитет и значај доказа за судску одлуку. Суд наглашава да његова улога није да одређује да ли принципијелно одређени типови доказа - незаконити докази у смислу домаћег права - могу бити допуштени.

Код доказа који су прибављени забраном мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из чл. 3. ЕКЉП, довољно је да суд само утврди да је повреда учињена. У пракси ЕСЉП установљено је да употреба исказа који су прибављени повредом члана 3 Конвенције, без обзира на природу учињене повреде и класификацију на мучење, нечовечно или понижавајуће поступање, аутоматски чини цео кривични поступак неправичним, што исто важи и за материјалне доказе који су прибављени тортуром, док ће материјални докази прибављени нечовечним или понижавајућим поступањем учинити поступак неправичним уколико су тако прикупљени докази утицали на осуду окривљеног. Анализом случаја *Gäfgen v. Germany,* долазимо до закључка да је својом одлуком у овој ствари суд утврдио да докази који су прибављени кршењем права из члана 3. Конвенције,

не доводе увек аутоматски до неправичног поступка, већ да је суд, у контексту комплетног доказног материјала овлашћен да у сваком појединoм случају, цени да ли су они имали *одлучујући значај* на исход поступка.

Код доказа који су прикупљени повредом права одбране гарантованих чланом 6 став 1 и 3 Конвенције и повредом права на приватни живот, дом или преписку, гарантованих чланом 8 Конвенције, утврђује, на основу опште прихваћених стандарда, да ли поступак био правичан. Утврђивање повреде права на поштовање приватног живота, дома или преписке из члана 8 не доводи аутоматски до незаконитости доказа, већ ће суд у овим случајевима ценити да ли се осуда заснива једино или претежно на спорном доказу, затим може ценити значај доказа за судску одлуку, као и на то да ли је окривљени имао могућност односно прилику да оспорава коришћење или аутентичност доказа, као квалитет самог доказа, односно да ли незаконитост утиче на поузданост и тачност доказа.

Ставови суда по питању утицаја повреде права на приватност на правичан поступак говоре у прилог томе да ће ова повреда најређе довести до утврђивања повреде из члана 6 ЕКЉП. Притом, суд ће само у изузетним случајевима утврђивати повреду права на правични поступак, и то махом у случајевима значајнијих повреда права на једнакост оружја или привилегије против самооптуживања, уз случајеве примене посебних доказних радњи, када нема гаранција против њихове злоупотребе.

Питање (не) законитости доказа, у пракси ЕСЉП се нарочито постављало код кршења права на одбрану као елемента права на правично суђење, пре свега права на конфронтацију и привилегију од самооптуживања, а приликом заузимања ставова који се односе на „нетестираног“ сведока, национални судови би требало да имају у виду ставове који се односе на „нетестираног“ сведока када оцењују исказе сведока или саоптужених, који нису испитани на главном претресу.

Следећи праксу ЕСЉП-а, у нашем законодавству прописана је не само забрањеност, већ и кажњивост сваке примене мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, силе, претње, принуде, обмане, медицинских захвата и других средстава којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање или каква друга изјава или радња од окривљеног или другог учесника у поступку. Тиме се заправо у значајној мери конкретизује начелна забрана мучења, нечовечног или понижавајућег поступања из чл.

25 ст. 2 Устава РС и додатно осигурава да се докази прибављени на овај начин не могу користити у кривичном поступку.

Поред заштите од употребе доказа који су сами по себи незаконити, законодавац једнако забрањује и употребу доказа чији разлози незаконитости леже у начину њиховог прибављања. Тачније, постоји забрана заснивања судске одлуке, као и обавеза суда да издвоји доказе који су прибављени супротно Уставу, закону, општеприхваћеним правилима међународног права, као и међународним уговорима.

У погледу незаконитих доказа, законодавац прописује забрану посредно незаконитих доказа, односно принципијелно законитих доказа који су прибављени посредством или на основу сазнања из неког другог, незаконитог доказа, при чему их такав начин прибављања и саме чини незаконитима, на који начин је прихваћена доктрина „плода отровног дрвета“. Супротно томе, ЕСЉП, у складу са својом улогом међународног суда-чувара права и слобода гарантованих Конвенцијом, ретко је заузимао становиште поводом ове доктрине, те је и једини пут када је она изричито разматрана у предмету Gäfgen v. Germany, нашао да она није примењива на конкретни случај.

Полазећи од нормативног решења у нашем законодавству, осим у изричито прописаним случајевима повреда приликом извођења доказних радњи и опште одредбе која се односи на забрану мучења и нечовечног поступања из члана 9 ЗКП, суду се у сваком конкретном случају оставља оцена да ли је доказ у супротности „са Уставом, овим закоником, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима“ односно да ли је доказ незаконит. Осим тога, другостепени суд је приликом поступања по жалби, овлашћен да утврђује да ли се пресуда заснива једино или претежно на незаконитом доказу, који стандард је разматран у многобројним одлукама ЕСЉП. Како Законик о кривичном поступку не даје шире одреднице и јасне критеријуме за оцену суда о законитости доказа и утицаја незаконитих доказа на одлуку суда, анализиране одлуке и ставови ЕСЉП сматрамо веома значајним и корисним за домаћи суд.

Тема: КРИВИЧНО ДЕЛО ПРОГАЊАЊА, ПРИМЕНА И ДИЛЕМЕ

Бојана Пауновић
судија Врховног касационог суда

КРИВИЧНО ДЕЛО ПРОГАЊАЊА, ПРИМЕНА И ДИЛЕМЕ СА ОСВРТОМ НА НАДЛЕЖНОСТ ОДЕЉЕЊА ЗА ВТК

У "Службеном гласнику РС", бр. 94/2016 од 24. новембра 2016. године објављен је Закон о изменама и допунама Кривичног законика који је ступио наступа на снагу 1. јуна 2017. године и којим је додато у члану 138а ново кривично дело - прогањање. Једина измена објављена је у "Сл. гласнику РС", бр. 35/2019 од 21. маја 2019. године, са ступањем на снагу 1. децембра 2019. године на тај начин да се у уводној реченици после речи: "периода" додаје реч: "упорно", и у тачки 3. реч: "нуђења" замењује се речју: "наручивања". На тај начин Република Србија је испунила обавезу насталу ратификовањем Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици. Конвенција обавезује државу потписницу да предузме све мере за спречавање насиља над женама, заштиту жртава тих насиља као и кривично гоњење извршилаца, а стране Конвенције се подстичу да примене и заштитни оквир у који она ствара не само на жене и девојке које трпе насиље у породици или уопште било какво насиље, већ и на мушкарце који су изложени насиљу у породици или породичној заједници. У објашњењима која су дата уз Конвенцију наведено је да је чланом 34 утврђено кривично дело прогањања и да се оно дефини-

ше као умишљајно понашање вишекратног ангажовања у претећим понашањима усмереним на другу особу изазивајући код ње или њега да страхује за своју безбедност. Сваки чин таквог претећег понашања мора бити извршено намерно и са намером да се жртви унесе осећај страха, да би ушла у делокруг ове одредбе. Намера прописивања је да обухвати криминалну природу обрасца понашања чији појединачни елементи, ако се узму сами по себи, не представљају увек криминално понашање. Оно покрива понашање које је директно усмерено на жртву али га државе потписнице могу прошири и на понашање према било којој особи у друштвеном окружењу жртве, укључујући чланове породице, пријатеље и колеге.

Током досадашње примене, у Републици Србији, према подацима Републичког завода за статистику, у 2018. години донета је 61 правноснажна пресуда, у 2019. године 106, у 2020. години 110 пресуда. Само током 2021.године укупно је осуђено 133 лица од чега 17 на казну затвора, изречено је 75 условних осуда, 13 лица је осуђено применом члана 45 став 3 КЗ, изречена је 1 судска опомена, 2 лица су оглашена кривим и ослобођена од казне, док је 25 осуђено на новчану казну. Наведене бројке указују на тенденцију пораста броја процесуираних предмета пред судовима у Републици Србији из године у годину.

У раду ће се указати на неке од уочених проблема у примени, најпре у погледу времена извршења дела, а који законом није јасно одређен. Ако је време извршења опредељено на више десетина дана или месеци, па и година, неспорно је да се ради о одређеном временском периоду у којем су предузете радње. Следећи пример указује да се може јавити дилема да ли је испуњен претходни услов за примену члана 138а Кривичног законика.

У пресуди Основног суда у Лозници К бр.236/21од 15.12.2021. године, време извршења прецизирано на период од неутврђеног дана јула 2020.године до 9.12.2020.године током које је окривљени позивао оштећену. Међутим, окривљени је, поред других предузетих радњи у том временском интервалу, једног истог дана, упутио 3690 позива и послао 7757 СМС порука оштећеној. Из законског описа бића кривичног дела произлази да је битно обележје кривичног дела да противправне радње према пасивном субјекту морају бити предузете у току одређеног временског периода, а што указује да се радње морају понављати и трајати одређени временски период. Поставило би се питање да ли би се могло говорити о одређеном временском периоду и од неколико сати, уколико је учесталост

настојања да се противно вољи другог лица са њим успостави контакт путем средстава комуникације као у наведеном примеру. Јасно да се ради о фактичком питању које се мора у сваком предмету утврђивати.

Овде треба указати да је пресудом Врховног касационог суда Кзз 70/19 од 6.2.2019.године усвојен као основан захтев за заштиту законитости браниоца окривљене, преиначене су правноснажне првостепена и другостепена пресуда тако што је Врховни касациони суд, на основу члана 423. тачка 1) Законика о кривичном поступку, окривљену ослободио оптужбе за кривично дело за које је оптужена и правноснажно оглашена кривом. У разлозима се наводи да дело окривљене које је предмет оптужбе по закону није кривично дело, јер из чињеничног описа кривичног дела, датог у оптужном акту јавног тужиоца и утврђеног у изреци првостепене пресуде, не произилазе сва битна законска обележја кривичног дела прогањање из члана 138а став 1. тачка 1) КЗ, за које је окривљена оптужена и правноснажно оглашена кривом. Ово са разлога јер у чињеничном опису кривичног дела није наведен одређени временски период у коме је окривљена предузимала радњу извршења кривичног дела и то конкретно означење у времену од када до када, а што је битно обележје предметног кривичног дела, већ је наведено само „дана 08.02.2018. године, око 13,00 часова“, на који начин је првостепени суд учинио повреду кривичног закона из члана 439. тачка 1) ЗКП на штету окривљене, а коју повреду није отклонио другостепени суд.

Временски период није, нити се могао законом експлицитно одредити. Судови су у одлукама закључивали да је довољан и веома кратак период па тако упућивање преко 100 позива у ноћним часовима, у току два сата , затим слање 103 поруке у 30 минута или 92 поруке у периоду од 45 минута. Дакле, и код конкретног кривичног дела остављено је судској пракси да у сваком конкретном случају утврди да ли су остварена обележја кривичног дела прогањања, Како се ради о делу из главе против слобода и основних људских права, несумњиво је од значаја субјективни осећај, који може бити веома различит. Извесно је да је потребно да се у временском периоду радње предузимају противно вољи оштећеног лица, кад се говори о тачкама 1 и 2, као и да је у погледу тачке 5, у којој је коришћена генерална клаузула, временски период заиста довољан да због предузетих радњи извршиоца ипак изазове код оштећеног последицу у виду осетне угрожености личног живота.

Обзиром да је од 1.12.2019.године предвиђено да се инкриминисане радње у току одређеног временског периода предузимају упорно, у жалба-

ма на првостепене пресуде се указивало да је повређен закон на штету окривљеног из разлога што изрека пресуде којом је окривљени оглашем кривим не садржи сва законска обележја бића кривичног дела јер у изреци пресуде није наведено „упорно“, као битан елемент овог кривичног дела, чиме се суштински указује на повреду кривичног закона из члана 439. тачка 1) ЗКП. О томе је став заузео и ВКС, па је тако у пресуди Кзз 842/22 од 14.9.2022.године, прихватио у свему као правилне разлоге из одлуке Вишег суда у Шапцу Кж1 бр.55/22 од 19.04.2022.године и на њих упутио у смислу одредбе члана 491. став 2. ЗКП. Наиме, у пресуди другостепеног суда је наведено да се упорност која подразумева понављање неке радње ради остваривања одређеног циља процењује према околностима датог случаја и манифестује се кроз описану динамику предузетих радњи, те изостављање речи "упорно" у чињеничном опису нема за последицу повреду закона из члана 439 тачка 1 ЗКП, будући да је упорност у предузимању наведених радњи извршења, као посебан квалитет који се захтева за постојање овог кривичног дела, фактичко питање које је предмет доказивања, а у конкретном случају та упорност је не само доказана, већ и детаљно описана у чињеничном опису у изреци побијане пресуде.

Према ставу Врховног касационог суда израженог у пресуди Кзз 53/22 од 31.3.2023.године основано је у захтеву за заштиту законитости Републичког јавног тужиоца указано да је пресудом другостепеног суда учињена повреда закона из члана 138а тачка 2) и 4) КЗ и члана 453. ЗКП, у корист окривљеног. У наведеном кривичном поступку окривљени је првом првостепеном пресудом Основног суда у Панчеву К 725/20 од 31.03.2021. године оглашен кривим због кривичног дела прогањање из члана 138а став 1. тачка 2) и 4) КЗ, а да оптужни акт Основног јавног тужиоца у Панчеву Кт 340/20 од 13.10.2020. године, као и наведена пресуда, против које је само окривљени изјавио жалбу, у опису дела, није садржао битан елемент бића кривичног дела - „упорно“. Након укидања првостепене пресуде у поновљеном поступку Основни јавни тужилац у Панчеву је изменио оптужни акт уносећи битан елемент дела „упорно“. Одлучујући о жалби окривљеног изјављеној против друге првостепене пресуде Основног суда у Панчеву К 542/21 од 24.03.2022. године, Виши суд у Панчеву је пресудом Кж1 78/22 од 30.06.2022. године , која је била предмет захтева за заштиту законитости, жалбу усвојио и окривљеног на основу члана 423. тачка 1) ЗКП у вези члана 438. став 1. тачка 10) ЗКП у вези

члана 453. ЗКП ослободио од оптужбе да је извршио кривично дело прогањање из члана 138а став 1. тачка 2) и 4) КЗ, јер дело за које је оптужен по закону није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности. Врховни касациони суд налази да је погрешан став другостепеног суда да чињенични опис дела у изреци пресуде Основног суда у Панчеву К 725/20 од 31.03.2021. године не садржи све битне елементе кривичног дела прогањање из члана 138а став 1. тачка 2) и 4) КЗ, те да је у поновном поступку Основни суд у Панчеву пресудом К 542/21 од 24.03.2022. године, на штету окривљеног накнадно утврдио постојање упорности у предузимању инкриминисаних радњи као субјективног елемента предметног кривичног дела (који није био садржан ни у првобитном оптужном акту, нити у ранијој првостепеној пресуди укинутој по жалби окривљеног, на коју јавни тужилац није изјавио жалбу), чиме је изменио пресуду у погледу правне квалификације кривичног дела на штету окривљеног, супротно забрани преиначења на горе, прописаној одредбом члана 453. ЗКП.

У жалбама на првостепене пресуде па и у захтевима за заштиту законитости се указивало и на примену блажег закона, наводима да законска дефиниција према изменама Кривичног законика од 01.12.2019. године садржи реч „упорно“, које речи нема у чињеничном опису изреке пресуде, те да је нови закон блажи за учиниоца јер уношењем речи „упорно“, предвиђа постојање строжијих критеријума за постојање кривичног дела па суд није применио закон који је повољнији по окривљеног, односно применио је закон који је важио у време извршења дела (од септембра 2017. године до 26.6.2019. године), и тиме повредио кривични закона из члана 439.тачке 1) и 2) ЗКП обзиром да изрека првостепене пресуде у свом чињеничном опису не садржи законско обележје кривичног дела прогањање из члана 138а став 1. тачка 1), 2) и 4) КЗ . У пресуди Кзз 449/22 од 13.7.2022.године, Врховни касациони суд је усвојио захтев за заштиту законитости у односу на повреду закона из члана 439. тачка 2) у вези члана 5. став 2. КЗ, те преиначио правноснажне пресуде Основног суда у Новом Саду К.бр.262/20 од 23.03.2021. године и Вишег суда у Новом Саду Кж1.бр.178/21 од 12.01.2022. године у погледу правне квалификације кривичног дела, налазећи да се у радњама за које је окривљени правноснажно оглашен кривим стичу елементи кривичног дела прогањање из члана 138а став 1. тачка 1), 2) и 4) КЗ, предвиђен Кривичним закоником („Службени гласник РС“ бр. 35/19), који је примењен као блажи

закон у смислу члана 5. став 2. КЗ. У овом случају кривично дело је извршено у време када је важио КЗ РС („Службени гласник РС“ број 85/2005...94/2016), који у члановима 138а став 1 тачка 1), 2) и 4) није садржао реч „упорно“, па је с тога уношењем ове одреднице у опис бића кривичног дела изменама од 01.12.2019. године, овај закон блажи по учиниоца кривичног дела из члана 138а став 1.КЗ, јер подразумева већи степен криминалне активности коју јавни тужилац треба да докаже.

У пракси је даље уочено да је оштећено лице у највећем броју женског пола, врло често се ради о бившим партнерима и то емотивним, напр. разведени супружници или лица која су живела заједно и/или била у некој вези, доскорашњим пријатељима, познаницима, колегама, комшијама, али и лицима која се од раније нису познавала.

Навешћемо неке примере из праксе или могуће радње извршења према тачкама 1, 2, 3 и 5. Наиме у судској пракси није било дилема нити спорних питања која су везана за радњу извршења из тачке 4) која предвиђа претњу нападом на живот, тело или слободу другог лица или њему блиског лица.

У погледу тачке 1) - неовлашћено праћење или предузимање друге радње у циљу физичког приближавања другом лицу противно његовој вољи, најчешће се као радње извршења срећу континуирано: појављивање на траси којом се жртва креће у својим уобичајеним, свакодневним активностима, посећивање угоститељских објеката које посећује оштећени, или који се налазе у непосредној близини куће где станује жртва или радног места, паралелно ходање или ходање непосредно иза жртве и без икаквог вербалног контакта, коришћење истог средства јавног превоза које се иначе не користи, посећивање истих продавница, истих концерата или спортских догађања у које иначе извршилац обично не долази, нити су у близини његовог места живота и рада, а јесте предмет интересовања оштећеног лица,

Тачка 2) - противно вољи другог лица настојање да се са њим успостави контакт непосредно, преко трећег лица или путем средстава комуникације: упућивање стотине телефонских позива укључујући и ситуације да одмах по успостављању везе исту прекида или ћути, слање смс порука, видео порука у свако доба дана, слање великог броја класичних писама, праћење жртве у виртуелном свету (чет собе, сајтови за друштвене мреже итд.), надзирање телефонских позива, коришћење скривених камера или система глобалног позиционирања ГПС за праћење крета-

ње оштећеног, коришћење трећих лица у циљу остваривања контакта са оштећеним лицем, (деца, други чланови породице или пријатељи).

Како је радња извршења између осталог и настојање да се успостави контакт, дакле да би дело било свршено не тражи се да је контакт заиста и успостављен и на тај начин се може сматрати да се настојање кажњава као свршено дело.

Тачка 3) злоупотребљавање податке о личности другог лица или њему блиског лица ради наручивања робе или услуга; До измене која је реч нуђење заменила речју наручивање, у пракси су се јавили предмети у којима су извршиоци отворали лажне профиле оштећенима, женским особама, на порно сајту са пуним именима и презименима, адресама становања, бројевима телефона, фотографијама, нудили пружање услуга масажа и третмана, сексуалних услуга, објављивали личне податке оштећене на сајту за „брачне понуде“. Од измена 2019.године, у пракси Врховног касационог суда није примљен захтев који се односио на члан 138а тачка 3 КЗ.

Тачка 5) предузимање друге сличне радње на начин који може осетно да угрози лични живот лица према коме се радње предузимају: слање нежељених поклона без обзира на њихову вредност, оштећење возила оштећеног лица или друге имовине, остављања суптилних трагова контаката са личним стварима неке особе, континуирано слање цвећа, прекомерно изјављивање дивљења путем друштвених мрежа, посматрање из возила, двогледом, сакривен иза нечије ограде иза ћошка, праћење дроном, давања до знања оштећеном лицу да је посматран. Може се радити и о класичном, друштвено прихватљивом понашању, удварању тако што ће се слати поклони, писати стихови, међутим уколико се ради о континуираном слању, без обзира на материјалну вредност поклона, али ако оно траје дужи временски период, а поклони су нежељени, па и уколико се ради о писању песама који садрже вулгарне или какве друге стихове, који могу да изазову узнемиреност, , све то треба опет посматрати кроз питање да ли се то чини против воље оштећеног лица.

Како је у законском тексту само у тачки 5 наведена последица у виду осетног угрожавања личног живота, судска пракса је показала да се у највећем броју предмета уноси у чињенични опис оптужног акта а потом и у изреку пресуде да су радње окривљеног изазвале осећање узнемирености, страха. У разлозима пресуда судови су закључивали да промене основних животних навика несумњиво указују да је последица насту-

пила. То се најчешће односило на промену броја телефона, гашење налога на друштвеним мрежама, email адресе, па чак и промене пребивалишта и радног места. Из наведеног се види да је у наведеним примерима дошло до угрожавања личног живота, мада у одређеном броју одлука недостаје закључивање суда да је оно вишег интензитета –осетно.

Примери даље показују да су у погледу правне квалификације могуће и најчешће су радње извршиоца квалификоване означавањем тачке 1, 2 и 4 из члана 138а став 1 КЗ. Надаље, било је предмета у којима су донете ослобађајуће пресуде. Наиме, оштећена лица нису имала сачуване доказе о нежељеној комуникацији јер су управо због осећаја узнемиренности „брисале“ нежељену електронску пошту, СМС или видео поруке. Како није било посредних доказа - сведока који би потврдили да су личним опажањем видели и прочитали такве поруке, листинга који би указали да је постојала комуникација управо у време и у количини како то наводи оштећена, судови су примењивали одредбу члана 423 тачка 2 ЗКП. Следећи пример указује је да правилан закључак првостепеног суда да, иако је оштећена у критичном периоду добијала СМС поруке које није сачувала и то са више непознатих бројева, за које је мислила да јој окривљени шаље јер јој се приликом разговора удварао, да су предузете радње окривљеног могле представљати нетактично удварање, али да нису доказана сва обележја кривичног дела за које је окривљени оптужен, из којих разлога је применом начела *in dubio pro reo* правилно ослобођен оптужбе. Када се ради о члану 138а став 2 Кривичног законика, а наиме ако је делом из става 1 изазвана опасност по живот, здравље или тело лица према коме је дело извршено или њему блиског лица, примери су били најчешће у вези става 1 тачка 4 и садржавали су претњу нападом на живот, тело или слободу другог лица или њему блиског лица, док се последица огледала у лаким телесним повредама, опекотинама, гушењем.

Што се тиче субјективног елемента потребно је да је извршилац поступа са директним умишљајем, да је свестан да се радњама које предузима, управо у циљу физичког приближавања или успостављања контакта, друго лице противи.

Прогањање се често састоји од појединачних дела која би сама по себи могла да изгледају безазлено али када се посматрају у контексту ситуације прогањања могу представљати кривична дела. Једном започете радње извршења врло често ескалирају током времена. Кривично дело

прогањања се у свакодневном животу може посматрати, обзиром на радње извршења као и евентуално неко друго кривично дело као што су угрожавање сигурности или нарушавање неповредивости стана, неовлашћено прислушкивање, снимање, фотографисање. Посебно треба направити разлику између кривичног дела угрожавање сигурности и прогањања јер законодавац не тражи дакле да пасивни субјекат претњу доживљава као реалну а што је опет у случају угрожавања сигурности неопходно јер се тражи да претњама буде угрожена сигурност. Даље, код кривичног дела прогањање претња мора да се упућује током одређеног временског периода што није случај код угрожавања сигурности.

У пракси се не сусрећу дилеме око става да извршењем више фактичких радњи, нпр. недозвољеног праћења, постоји само једно кривично дело прогањања, те да се у таквим понашањима не може се говорити о продуженом кривичном делу нити о више кривичних дела јер је потребан одређени временски континуитет у вршењу појединих инкриминисаних радњи.

Кривични законик у члану 138а став 1 тачка 2 и 3 и у ставу 2 и 3 наводи да радње могу бити преузете не само према другом лицу него и њему блиским лицима, не прецизирајући ко улази у тај круг Стога ћемо се овде осврнути на нека од законодавних решења у региону, па тако у Републици Српској тежи облици прогањања постоје ако је дело извршено у односу на садашњег или бившег брачног односно ванбрачног партнера, лица са којим је извршилац био у интимној вези или према детету. У Републици Словенији тежи облик постоји ако је дело извршено према малолетном или немоћном лицу, а у Казненом законику Републике Хрватске се прогањање предвиђа као конзистентно или континуирано праћење или посматрање а све то ради настојања успостављања или успостављања нежељеног контакта са другом особом или на неки други начин настојање да се уплаши друга особа и тиме узрокује узнемиреност или страх за њену сигурност или сигурност оних који су јој блиски. Тежи облик постоји уколико је основни облик дела учињен у односу на садашњег или бившег брачног односно ванбрачног друга или истополног партнера као и према особи са којом је извршилац био у интимној вези или према детету. У Кривичном законику Црне Горе тежи облици постоје ако је дело учињено према бившем брачном или ванбрачном другу, према малолетном лицу, трудној жени или лицу са инвалидитетом, ако је делом из основног облика изазвана опасност по живот, здравље или тело другог лица или њему блиског лица. Дакле у Републици Србији је, мимо раз-

матрања да ли блиско лице може бити само члан породице, према значењу израза из члана 112 КЗ или према Породичном законику, чини се да је остављено пракси да у сваком конкретном случају утврди да ли се као блиско лице могу означити и кумови, пословни партнери, па чак и комшије.

***

Радње прогањања које су извршене путем интернет апликација и друштвених мрежа биће у надлежности Посебног тужилаштва за високотехнолошки криминал. Тзв. сајбер прогањање представља претњу путем комуникације или коришћење интернета и у циљу остваривања контакта са другом особом, која то не жели. Сајбер прогонитељи се могу физички налазити било где, у истом граду, згради као и оштећени али и на сасвим другом крају света, од својих жртава. Без обзира на то, својим радњама могу да проузрокују последице баш као и традиционални облици прогањања. Прогонитељи преко интернета се крију иза свог корисничког имена, неки мењају корисничка имена и налоге како би спречили откривање њиховог идентитета а анонимност интернета олакшава извршиоцима да изведу своје нападе на потенцијалне жртве и истовремено отежава њихово откривање и проналажење.

И код сајбер прогонитеља постоји могућност да су се жртва и извршилац од раније познавали или имали неки контакт, било да је он био остварен на мрежи или у стварном животу, а уколико је постојала веза, овакво прогањање ће почети тек након што се веза заврши. оштећени објави велики број личних података на друштвеним мрежама, почев од узраста, бројева телефона, личних интересовања, места где живи и ради, фотографија са путовања, возила које користи и слично. Наведено поступање које је за оштећеног безазлено, омогућује и много олакшава да извршиоци једноставним коришћењем претраживача сазнају информације које касније могу да користе за прогањање својих жртава. Врло често прогонитељи на интернету не прете отворено, већ се понашају на такав начин који може да изазове страх од насиља, узнемиреност код особе. Понекад се као проблем код упућених претњи јавља у чињеници да је она учињена *online* те да се може поставити питање њене озбиљности и уверљивости посебно ако се утврди да је послата са другог континента од стране лица које уопште не познаје своју жртву.

Очување доказа је од изузетне важности баш код прогањања учињених путем интернета, јер иако на мрежи оставља електронски траг, тај траг ће водити до рачунара али не нужно и до лица које га је користило у време извршења дела што понекад није лако утврдити поготово ако се то

чини са јавних места. Ово тим пре што прогањање мора да траје одређено време током ког извршилац може да мења своју локацију, мења рачунар са ког шаље нежељене поруке и сл.

Управо у вези доказа на којима тужилац треба да заснива оптужни акт, јавља се проблем јер оштећени уништавају доказе чим их приме не размишљајући о таквим порукама као о евентуалном доказу у будућем кривичном поступку. По правилу би оштећени морали да одштампају копију преписке, да сачувају дигиталну копију примљене поште како би хедер поруке могао да буде искоришћен да би се пратила таква комуникација.

Континуирано, поновљено праћење или узнемиравање, затим чињеница да претња доводи жртву у разуман страх, постојање намере да се жртва уплаши, доказује се сачуваним примљеним порукама на мобилном телефону, електронске поште у пријемном сандучету, чувањем предмета који су послати као поштанска пошиљка, сачуваним видео записима. И код сајбер прогањања значајан доказ би били сведоци (чланови породице, пријатељи, комшије, сарадници на послу и други, који могу потврдити наводе оптужбе. Не треба заборавити да иако се радње сајбер прогањања предузимају у виртуелном простору, оне изазивају последице које се рефлектују у виду нарушавања физичког и психичког интегритета, баш као и класично прогањање.

ЗАКЉУЧАК

Судска пракса је показала да је било оправдано у кривично законодавство Републике Србије увести и кривично дело прогањања. Број новооткривених дела, а посебно осуђујућих правноснажних пресуда указује да би требало размотрити да ли је казнена политика адекватна нарастајућем броју извршилаца. Последице које се јављају у виду нарушавања здравственог стања, посебно менталног у виду депресија, анксиозности, самоизолације због страха од ступања у нова познанства, излажења из куће и посећивања места која су до тада била уобичајена свакодневна активност се мером забране приласка која се неретко изриче само на кратко потискују. Строжим казнама у циљу остваривања специјалне превенције се проблем неће решити нити ово кривично дело довести на занемарљиву бројку, али је питање да ли се досадашњом казненом политиком судова, посебно мерама упозорења постиже генерална превенција.

Др Дијана Јанковић
судија Апелационог суда у Нишу

КРИВИЧНО ДЕЛО ПРОГАЊАЊЕ - КРИВИЧНОПРАВНИ АСПЕКТИ И СУДСКА ПРАКСА

Апстракт: *Прогањање не представља један изолован случај криминалног понашања, већ континуирано узнемиравање или застрашивање. Оно често претходи наношењу телесних повреда, уништавању имовине, па и убиству, или се пак преплиће са кривичним делима попут насиља у породици и угрожавање сигурности и са кривичним делима против полне слободе. Након ратификације Истанбулске конвенције, кривично дело прогањање уведено је у кривично законодавство Републике Србије. У раду се анализирају битна обележја кривичног дела прогањање, законом прописани облици радњи извршења, субјективни однос учиниоца према предузетим радњама, карактеристике последице овог кривичног дела, као и судска пракса, спорна питања и заузети ставови Врховног касационог суда. Посебан осврт је извршен на могућности доказивања овог кривичног дела у кривичном поступку путем снимака и фотографија сачињених од стране приватних лица, најчешће жртви овог дела, примену принципа ne bis in idem и однос кривичног дела прогањање са прекршајима. Предмет разматрања су и одредбе Истанбулске конвенције које се односе на прогањање.*

Кључне речи*: прогањање, одређени временски период, упорно праћење, претња, напад, противно вољи, злоупотреба података*

Увод

Прогањање у кривичноправном смислу, обухвата велики спектар понашања, понављање извесних радњи које трају у одређеном временском периоду противно вољи пасивног субјекта, попут честих телефонских позива, слање писама или порука различите садржине, праћење и посматрање прелазак и боравак учиниоца дела у простору који је у окружењу посматраног лица, ступање у контакт са породицом тог лица са пријатељима или

сарадницима. Понављање радњи прогањања према жртви може трајати месецима, некада чак и годинама.[1] Термин прогањање настао је од енглеске речи *stalking* која означава вребање, праћење и тајно посматрање.[2]

Кривично дело прогањање из чл.138а Кривичног законика је уведено у кривично право Републике Србије, изменама и допунама Кривичног законика из 2016. године, које су ступиле на снагу 01.06.2017. године. Изменама и допунама Кривичног законика („Сл. гласник РС“, бр.35/19) који се примењује од 01.12.2019. године, извршена је измена законског описа дела тако што је унето у законски текст да кривично дело сада врши „Ко у току одређеног временског периода *упорно,* предузима радње извршења (додата је реч упорно). Док је трећи облик радње извршења претрпео измену (ст. 1 тач. 3) јер је унета реч *наручивања* (раније – нуђења) робе или услуга.

Када је у питању објект заштите кривичног дела, преовлађује став да се ради о личној слободи човека, односно њему блиских лица односно слободи и правима човека. Слободе и права човека чине друштвене вредности, атрибуте људске личности и карактеристике одређене људске заједнице. Међутим, у ширем смислу то је и приватни живот појединца и право на поштовање истог.

Према већ прихваћеном стандарду Европског суда за људска права, под правом на приватан живот подразумевају се „сви аспекти везани за лични идентитет, као што су лично име, фотографија, физички или морални интегритет“.[3] Уколико нешто веже све радње које чине прогањање, онда је то управо повреда приватности, тј. оног њеног дела, који се тиче човекове слободе мишљења, одлучивања, планирања итд.

Прогањање се не чини једном радњом. Оно се увек састоји од више радњи. Због тога се приликом законског дефинисања прописује радња „које се понавља“ или је „континуирана“, „упорна“ или се дешава „у дужем временском периоду“. Прогањање се може састојати од упорног праћења, укључивања у нежељену комуникацију или давања до знања другој особи да је посматрана.

---

1 Вишња Ранђеловић, „Прогањање: Појам, карактеристике и предлози *de lege ferenda*“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2016, стр. 233–244, 234.

2 Милица Ковачевић, Марија Маљковић, „Прогањање – криминолошки и кривичноправни аспект“, Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2016. године, стр. 85-98, 86.

3 *Von Hannover v Germany,* Grand Chamber, ECtHR, App.no.59320/00, 7 February 2012, para 95.

Упорно праћење укључује физичко и виртуално праћење, појављивање на радном месту пасивног субјекта, у спортским или образовним објектима. Укључивање у нежељену комуникацију укључује покушаје било каквог контакта са пасивним субјектом путем било којег средства комуникације, укључујући и савремену технологију. Такође, претеће понашање може укључивати уништавање имовине друге особе, усмереност на кућног љубимца друге особе, стварање лажних профила или ширење лажних информација на интернету.

Прогањање се односи на понашање усмерено директно на пасивни субјект, међутим то недозвољено понашање може бити усмерено и према било којој другој особи у друштвеном кругу жртве, укључујући њене чланове породице, пријатеље и колеге. Судска пракса показује да извршиоци не ограничавају своје радње прогањања само на пасивни субјект, него их неретко усмеравају и на особе блиске оштећеном лицу. Наведено знатно појачава осећај страха код оштећених.

Пасивни субјекти прогањања могу трпети негативне последице утицаја на ментално и физичко здравље у виду конфузија, несигурности, самоокривљавања, страха од самоће, депресије, напада панике, агорафобије (страха да изађу из куће), страха од контакта са људима (социјална фобија), несанице, стреса и др.

Предмет анализе у раду су елементи кривичног дела прогањање, као и сви облици радње извршења и субјективни однос учиниоца према учињеним радњама. Извршен је кривичноправни осврт на елементе дела који се тичу упорног понављања радњи извршења у одређеном временском периоду и судску праксу у односу на наведена питања. Предмет посебне анализе је примена принципа *ne bis in idem* у случају вођења кривичног поступка због кривичног дела прогањање и прекршајног кажњавања, а такође је извршен и краћи осврт на Истамбулску конвенцију са аспекта овог кривичног дела.

Радње извршења кривичног дела прогањање

Из законског описа дела[4] произилази да радња извршења основног облика обухвата различите алтернативно постављене радње.

[4] Кривични законик, "Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Тако, прогањање врши учинилац који у току одређеног временског периода упорно:

1) друго лице неовлашћено прати или предузима друге радње у циљу физичког приближавања том лицу противно његовој вољи;

2) противно вољи другог лица настоји да са њим успостави контакт непосредно, преко трећег лица или путем средстава комуникације;

3) злоупотребљава податке о личности другог лица или њему блиског лица ради наручивања робе или услуга;

4) прети нападом на живот, тело или слободу другог лица или њему блиског лица;

5) предузима друге сличне радње на начин који може осетно да угрози лични живот лица према коме се радње предузимају.

Да би ове радње представљале прогањање потребно је да се оне врше **у току одређеног временског периода и упорно.**

Наведено значи значи да ће у кривичном поступку бити неопходно утврдити „упорност учиниоца“ и „одређени временски период“ у коме се предузимају радње прогањања. Међутим, закон није дефинисао колико је тачно времена потребно да би се могло радити о „одређеном временском периоду“ у коме се дело врши, што значи да је судској пракси остављено да ту чињеницу утврђује у сваком конкретном случају.

С обзиром да закон предвиђа да је за постојање дела потребно да се предузима више радњи у току одређеног временског периода (и упорно), приликом утврђивања постојања кривичног дела прогањања све радње треба посматрати као једну целину.

Упорност као обележје кривичног дела прогањање

За постојање кривичног прогањање из чл.138а ст.1 тач.1-5 Кривичног законика (за све облике радњи извршења) потребно је да учинилац радње извршења предузима „*у току одређеног временског периода упорно*“.

У вези са наведеним у судској пракси се поставило питање тумачења правног израза *упорно,* као и ког садржаја треба да буду радње окривљеног да би се сматрало да је упорно поступао?

Судска пракса се бавила питањем када се има сматрати да је окривљени конкретне радње извршења предузимао *упорно.*

Врховни касациони суд је у пресуди Кзз 1078/2021 од 12.10.2021. године нашао, да радње које је окривљени предузимао према оштећеној карактерише упорност и понављање и да су таквог интензитета да су подобне да код оштећене према којој су биле управљене изазову психичку несигурност и страх, те је закључио: „...Узимајући у обзир врсту и облике радњи, које је предузео окривљени у одређеном временском периоду према оштећеној ББ – у више наврата пресретао на улици и постављао питања личне природе, долазио у локал где се оштећена налазила, седео у њеној непосредној близини и гледао у њеном правцу, слао пиће за њен сто, прилазио њеном столу и питао је зашто се одваја и говорио јој да седне где и остали, преко власника локала преносио јој поруке када ће бити у локалу, а када не, иако то није поштовао, већ је долазио у локал и мимо тих термина, када је у истом била и оштећена, седео сам и посматрао је, послао јој писмо (чија је садржина ближе описана у изреци) - произилази упорност окривљеног, да се физички приближи оштећеној и успостави контакт са њом, а које радње се понављају, предузимају противно вољи оштећене и које **карактеришу упорност и понављање** и то таквог интензитета да су подобне да код оштећене према којој су биле управљене изазову психичку несигурност и страх, односно да осетно угрозе лични живот оштећене ББ...“

Дакле, *упорност* у смислу кривичног дела прогањање из чл.138а ст.1. Кривичног законика подразумева понављање неке радње ради остваривања одређеног циља.

Упорност се:

1) оцењује према околностима сваког конкретног случаја,

2) представља посебну карактеристику прописаних радњи извршења и

3) чињенично је питање.

Такође, уколико упорност окривљеног или окривљене у извршењу кривичног дела произилази из свих радњи које су предузете према оштећеном лицу, чињеница да у изреци пресуде није унета реч „упорно“, не чини да нема дела у формалном смислу, уколико је упорност садржана и доказана у конкретним радњама извршења које је окривљени/а предузео према оштећеном лицу.

Наведени став је заузет у пресуди **Врховног касационог суда Кзз 53/2023 од 31.01.2023. године**: „...Врховни касациони суд налази да стоји

чињеница да у чињеничном опису дела у изреци пресуде Основног суда у Панчеву, формално није наведена законска формулација - реч: „упорно“, као битна карактеристика и обележје кривичног дела прогањање из члана 138а КЗ. Међутим, по налажењу овога суда, из чињеница и околности наведених у чињеничном опису дела у изреци цитиране пресуде Основног суда у Панчеву – да је окривљени радње извршења кривичног дела предузимао у временском периоду од готово два месеца, да је користио различите начине да би успоставио контакт са оштећеном противно њеној вољи и то у више наврата најпре путем друштвених мрежа, изналазећи начине да то чини и након што је оштећена блокирала комуникацију са њим, да јој је, потом, слао СМС поруке на телефон претећи њој и члановима њене породице, што је код оштећене изазвало озбиљно узнемирење и страх, произлази да је окривљени приликом извршења дела исказао упорност.

Код оваквог стања ствари, изостављање законске формулације - речи: „упорно“, у чињеничном опису предметног кривичног дела нема за последицу повреду закона из члана 439. тачка 1) ЗКП, будући да је упорност у предузимању наведених радњи извршења, као њихова посебна карактеристика, која се захтева за постојање овог кривичног дела, чињенично питање које је предмет доказивања, а у конкретном случају та чињеница је не само доказана, већ произлази из начина извршења дела описаног у првобитном оптужном акту од 13.10.2020. године и изреци пресуде Основног суда у Панчеву К 725/20 од 31.03.2021. године...“.

Можемо рећи, да је судска пракса становишта да је *упорност* посебна карактеристика прописаних радњи извршења и представља чињенично питање, те се постојање упорности оцењује према околностима сваког конкретног случаја. Поред тога, уколико је упорност утврђена из радњи извршења, те је чињеница упорности доказана, изостављање (или пропуштање) законске формулације - речи: „упорно“, у чињеничном опису предметног кривичног дела нема за последицу, да нема кривичног дела и у том случају суд неће донети ослобађајућу пресуду у смислу чл.423. тач.1. Законика о кривичном поступку.

Предузимање радње извршења у току одређеног временског периода

Из законског описа бића кривичног дела прогањање из чл.138а ст.1. тач.1-5 Кривичног законика произилази да је битно обележје овог

кривичног дела, да противправне радње према пасивном субјекту морају бити *предузете у току одређеног временског периода*, дакле да се радње морају понављати и трајати одређени временски период.

За све облике радње извршења потребно је да су те радње предузете у одређеном временском периоду. Овај услов као битан елемент кривичног дела прогањање из чл.138а Кривичног законика, подразумева да се за постојање кривичног дела захтева континуирано предузимање исте или различитих радњи извршења. Учинилац заправо истрајно, упорно, понавља неки облик радње извршења и на тај начин противправно поступање добија свој криминални садржај.

Фактичко је питање када је овај услов испуњен у конкретном случају, јер за постојање бића кривичног дела прогањања према одређеним схватањима није довољно само предузимање више појединачних радњи које су садржане у законском опису, већ је потребно да се то чини у одређеном (дужем) временском периоду, тј. између предузетих радњи мора постојати континуитет.

Приликом оцене да ли се радња предузима у току одређеног временског периода, суд може ценити укупан број, дужину трајања, као и конкретне временске размаке између појединих радњи. Што је напад интензивнији то ће бити мањи захтеви у погледу временског интервала у току ког се поједине радње остварују; такође, и учесталост напада игра одређену улогу, па ће тако бројнији напади указивати на постојање кривичног дела прогањање. Опште правило у односу на то који је минимални период потребан да би постојало прогањање не може се дати.

Оно што је дефинитивно прихваћено у судској пракси је, да једнократно предузимање радње извршења не испуњава услове за постојање овог елемента бића кривичног дела.

У пресуди **Врховног касационог суда Кзз 70/2019 од 6.2.2019. године**, заузет је став: „...По становишту Врховног касационог суда, дело окривљене које је предмет оптужбе по закону није кривично дело, јер из чињеничног описа кривичног дела, датог у оптужном акту јавног тужиоца и утврђеног у изреци првостепене пресуде, не произилазе сва битна законска обележја кривичног дела прогањање из члана 138а став 1. тачка 1) КЗ, за које је окривљена у овом кривичном поступку оптужена и правноснажно оглашена кривом.

Ово са разлога јер у чињеничном опису кривичног дела није наведен одређени временски период у коме је окривљена предузимала радњу извршења кривичног дела и то конкретно означење у времену од када до када, а што је битно обележје предметног кривичног дела, већ је наведено само „дана 08.02.2018. године, око 13,00 часова“, а што по налажењу Врховног касационог суда у конкретном случају није довољно за постојање предметног кривичног дела. Код недостатка овог битног елемента бића кривичног дела прогањање из члана 138а став 1. тачка 1) КЗ, то се у описаним радњама окривљене, које су јој стављене на терет и за које је правноснажном пресудом оглашена кривом, не стичу сва битна законска обележја кривичног дела прогањање из члана 138а став 1. тачка 1) КЗ...“.

Без обзира колико је истих или различитих радњи предузето увек постоји само једно кривично дело прогањања.[5] Кривично дело прогањања *не представља трајно кривично дело, нити продужено кривично дело,* већ сваки појединачни напади на пасивног субјекта граде у својој укупности биће одговарајуће (правно) јединствене радње, са последицом постојања само једног кривичног дела.[6]

Када је у питању продужено кривично дело, сам начин прописивања радње извршења указује на немогућност постојања продуженог кривичног дела, без обзира на понављања неке од прописаних радњи извршења, јер се наведене радње прогањања предузимају према истом субјекту у одређеном временском периоду. Не може се применити конструкција продуженог кривичног дела, јер то правна природа кривичног дела прогањање не дозвољава, пошто и код радње понављања према истом пасивном субјекту и кроз дуже време постоји само једно кривично дело.[7]

Дакле, да би постојало конкретно кривично дело, п*ротивправне радње кривичног дела прогањање* из чл.138а ст.1. Кривичног законика, *морају бити предузете према пасивном субјекту у току одређеног временског периода и морају се понављати и трајати одређено време.*

---

[5] Драган Благић, „Садржина начела одређености *(lex certa*) у погледу правне сигурности код појединих кривичних дела Кривичног законика Србије“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Број 87, 2020, стр. 217-230, 218.

[6] Иван Ђокић, „Прогањање – нова инкриминација као наставак кривичноправног експанзионизма у Републици Србији“, у: Зборнику радова *Универзално и особено у праву*, Правни факултет Универзитета у Приштини , са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2018, стр 173-193, 182.

[7] Зоран Стојановић, *Прогањање-ново кривично дело у Кривичном законику Србије*, у: Игњатовић Ђ. (ед.) Казнена реакција у Србији, Београд, Универзитет у Београду – Правни факултет, стр.10.

Неовлашћено праћење и физичко приближавање - чл.138 а ст.1.тач.1. КЗ

Радња извршења описана у чл.138 а ст.1.тач.1. Кривичног законика, означава оне радње којима учинилац у току одређеног временског периода, упорно *прати* пасивног субјекта у циљу физичког приближавања противно његовој вољи.

Законодавац оставља могућност да учинилац у том циљу може поред праћења да предузима и *друге радње*. Међутим, битно је за утврђење ове радње извршења, да учинилац све радње (*праћење или друге радње*) предузима у циљу физичког приближавања пасивном субјекту, противно његовој вољи.

Ова радња извршења подразумева неовлашћено праћење или предузимање друге радње (нпр. посматрање, пресретање) у циљу физичког приближавања другом лицу противно његовој вољи и у феноменолошком смислу може се испољити у две основне ситуације. Једна је када између жртве и учиниоца постоји нека веза, а друга је када се учинилац и жртва уопште не познају.

Први тип прогањања се обично одвија између пасивног субјекта и учиниоца који су у бившем партнерском, пословном, пријатељском или професионалном односу. У случајевима партнерског односа, процес прогањања може да започне за време трајања партнерске везе или након што се она окончала. За други тип прогањања карактеристично је да пасивни субјект и учинилац нису били у претходној вези. Једина веза између учиниоца и пасивног субјекта је процес прогањања, кроз који извршилац жели да оствари блиски однос са жртвом.[8]

Праћење али и друге радње могу обухватати упорно, континуирано слање, СМС порука, или мејлова, више пута поновљено чекање испред куће, радног места и сл. Такође чекање другога испред његовог стана, улазак у туђ стан, улажење у туђе двориште или место рада, затим праћење, улажење у локале у којима се налази и пасивни субјект, пресељење у исту зграду, или хотелску собу у истом хотелу, испуњава услове за ову радњу извршења.

Следеће битно обележје радње чл.138 а ст.1.тач.1. Кривичног законика је да се све радње преузимају *неовлашћено.*

Поставља се питање како схватити обележје дела да се радња предузима *неовлашћено*. Супротно је питање: Када је праћење другога овлашћено?

---

[8] Милан Шкулић, „Прогањање и полно узмеиравање“, Тужилачка реч, 31, 2016. стр. 14-21, 17.

Овлашћено праћење другог лица може бити у складу са правилима одредаба Законика кривичног поступка (нпр. посебна доказна радња тајно праћење и снимање из чл. 171. Законика о кривичном поступку, у ком случају се предузимају одређене мере посебних доказних радњи; такође праћење од стране полиције у складу са одредбама Закона о полицији нпр. чл.59 Закона о полицији прописује „Трагање за лицима и предметима“ и сл.). Дакле овлашћено праћење је оно које је законом регулисано и у складу са одређеним потребама заштите друштва од криминалитета или других друштвено опасних радњи, које праћење није противно чл. 8 Европске конвенције за заштиту људских прва и основних слобода.

Са друге стране, праћење од стране појединаца, које учинилац дела врши на сопствену иницијативу у циљу физичког приближавања пасивном субјекту противно његовој вољи, које је упорно, понавља се у одређеном временском периоду и нарушава приватност оштећеног лица, је неовлашћено праћење.

У правној литератури и судској пракси се питање *неовлашћеног* праћења разматра и са аспекта постојања пристанка пасивног субјекта, али у том случају не би постојао битан елемент кривичног дела прогањање чл.138а ст.1.тач.1. Кривичног законика, а то је да се праћење предузима „*противно вољи*“ пасивног субјекта.

Поред тога, за постојање облика кривичног дела прогањање из чл.138 а ст.1.тач.1. Кривичног законика, није потребно да је заиста и дошло до физичког приближавања одређеном лицу (није потребно да је остварен физички контакт). Ово стога јер законодавац прописује да се радње врше *у циљу физичког приближавања*. Сматрамо да је дело свршено неовлашћеним предузимањем радњи праћења, које су упорне и понављају се у току одређеног временског периода, противно вољи оштећеног лица, а предузете су у циљу физичког приближавања.

Успостављање контакта учиниоца и пасивног субјекта - чл. 138а ст. 1. тач. 2. КЗ

Кривично дело прогањање из чл.138а ст.1. тач.2 Кривичног законика врши ко, у току одређеног временског периода упорно, противно вољи другог лица настоји да са њим успостави контакт непосредно, преко трећег лица или путем средстава комуникације.

Радње из чл. 138а ст. 1.тач. 2. Кривичног законика обухватају настојање да се непосредно, преко трећег лица или путем средстава комуникације успостави контакт са тим лицем. Под контактом треба разумети једну комуникативну везу тј. обострано или једнострано упућивање и прихватање мисаоно језичких информација.

Када је реч о радњи извршења прогањања – настојање да се с другим успостави контакт – може да се испољи на три начина: 1. непосредно, 2. преко трећег лица или 3. путем средстава комуникације.

Непосредно настојање да се с другим успостави контакт подразумева неовлашћено праћење или предузимање друге радње у циљу фзичког приближавања другоме.

Прогањање преко треће стране подразумева ситуацију у којој извршилац ангажује неку особу ради прогањања жртава, нпр. користи раднике у телефонским компанијама како би пратио долазне и одлазне позиве жртава или приватне детективе ради електронског лоцирања жртве и надгледања њеног кретања.

Прогањање путем средстава комуникације подразумева предузимање радњи путем телекомуникационих и информационих технологија, путем електронске поште, блогова, друштвених мрежа, текстуалних или видео-порука, форума и сајтова за упознавање, соба за ћаскање и сл.

Дакле, овај облик радње извршења не треба ограничити на најчешћу вербалну форму комуникације, која би подразумевала нпр. бројне телефонске позиве и слање порука, већ и упућивање порука путем слика, одређених симбола или знакова. У обзир долази не само непосредно успостављање (или настојање успостављања) контакта, већ и настојање да се преко трећег лица у улози „гласника“ (рођак, пријатељ, колега пасивног субјекта) успостави контакт са одређеном особом. Осим тога, законски опис обухвата и средства комуникације, која могу бити разноврсна: телефон, факс, СМС и ММС порука, мејл, писмо, графити. Такође и слање нежељених поклона може представљати радњу извршења.

Поступање учиниоца противно вољи пасивног субјекта - чл. 138а ст. 1. тач. 1. и 2. КЗ

У облицима радње извршења из чл.138а ст.1. тач.1. и 2. Кривичног законика, као обележје дела наводи се да је потребно да учинилац радње *предузима противно вољи другог лица.*

Поставља се питање процене и утврђивања чињенице да ли је окривљени поступао противно вољи пасивног субјекта. За процену да ли је учинилац поступао противно вољи пасивног субјекта биће од значаја објективни критеријуми и конкретне радње које предузима учинилац, као и његов субјективни однос према предузетим радњама.

Са друге стране, питање је у којој мери су значајне радње и понашање оштећене стране за утврђење чињенице да окривљени предузима радње противно њеној вољи.

С тим у вези се поставља питање: Да ли одговор оштећене стране на позиве окривљеног и комуникација са окривљеним након упућених претњи и порука (при чему окривљени у одређеном временском периоду све време иницира контакт који садржи и увреде и претње) значи да та комуникација није противна њеној вољи?

Сматрамо да уколико су комуникације оштећене стране са окривљеним (одговор на поруку окривљеног, телефонски позив и сл.) реакција на поступање окривљеног, која је усмерена на стављање до знања да прекине са радњама прогањања, оштећена страна тиме не прихвата комуникацију са њим већ и даље постоји поступање окривљеног противно вољи оштећене стране.

Наиме, чињеница да је оштећено лице одговорило на увредљиве и претеће поруке окривљеног, сама по себи не може значити да се оштећено лице слаже за комуникацијом и да радње окривљеног нису предузете противно вољи оштећене стране.

Дакле, у ситуацији када суд утврди, да је окривљени долазио до породичне куће оштећене где је према истој примењивао силу, претње и увреде, да је оштећена због тога променила пребивалиште, да је оштећеној током неколико дана од јутарњих до вечерњих часова слао поруке претеће садржине, да је оштећена окривљеног пријавила полицији и да му је због тога изречена хитна мера забране приласка, у том случају чињеница да је оштећена одговорила на позив окривљеног, након упућених преко 20 претећих порука, не значи да је пристала на комуникацију и да окривљени не поступа противно вољи оштећене стране.

Поред тога, чињеница да оштећено лице изричито не саопшти учиниоцу да не жели комуникацију и да треба да престане шаље поруке, не значи да је пристало на комуникацију, при чему својим другим радња-

ма показује да ту комуникацију не жели (промена места становања или пребивалишта, позивање полиције и др.).[9]

Уколико је комуникација оштећене стране са окривљеним била у намери да окривљени престане са слањем порука, претњама и позивима тј. да престане са радњама прогањања, које континуирано трају и понављају се у одређеном временском периоду, оштећена страна том комуникацијом не изражава пристанак на радње окривљеног, те се не може сматрати да није доказан битан елеменат дела да окривљени поступа противно вољи оштећене. Нарочито у случају ако и након те комуникације окривљени и даље предузима радње у виду праћења, позива, увреда и претњи, значи да окривљени и даље предузима радње извршења противно вољи оштећеног лица.

Са друге стране, поступање окривљеног противно вољи пасивног субјекта, предузимањем радњи извршења кривичног дела прогањање (праћење, претње нападом и др.), може код оштећеног лица изазвати бројне психичке па и физичке тегобе, у виду страха, анкциозности, посета лекару, несанице, промене места становања, осећај угрожености и друго, које такође могу бити предмет доказивања.

Судска пракса нам показује да континуирани, упорни притисак на пасивног субјекта, у виду праћења, увреда, претњи и физичких напада, може довести до извршења најежих кривичних дела као што је убиство и то како од стране учиниоца кривичног дела прогањање, тако може доћи и до извршења кривичног дела од стране жртве.

Пресудом **Апелационог суд у Нишу Кж1 2969/10**, је само у погледу казне преиначена пресуда Вишег суда у Врању у предметну К бр. 77/2010,

---

[9] Супротан став је заузет у пресуди Вишег суда у Нишу Кж1 416/021 од 19.10.2022. године, где је суд био става: „... На основу утврђеног чињеничног стања произилази да је оштећена одржавала комуникацију са окривљеним током целог периода од 09.06.2027. године до 12.06.2027. године, с обзиром да је одговарала на његове поруке, да га је обавестила најпре у току ноћи 09./10.06.2017. године, да је попила лекове за смирење и да је имала саобраћајну незгоду, да му се јавила на његов телефонски позив у преподневним часовима 10.06.2017. године и саопштила му да је код лекара, те да је наставила са њим комуникацију са њим у току дана, као и 11.06.207. године...по налажењу Вишег суда на страни оштећене је постојала намера да без обзира на претходну свађу и сукоб са окривљеним и без обзира на то што јој је окривљени у критичном периоду упућивао поруке увредљиве и претеће садржине, да са окривљеним комуницира. Сем тога имајући у виду да оштећена није изричито предочила окривљеном у наведеном периоду да не жели комуникацију са њим и да треба да престане да је позива и шаље поруке, то и на страни самог окривљеног није постојала свест да комуницира и успоставља контакт са оштећеном противно њеној вољи...“

којом је окривљена оглашена кривом за кривично дело убиство на мах и осуђена на четири године затвора. Наиме, дана 7. 2. 2009. године око 16.30 сати окривљена је у свом стану доведена без своје кривице у јаку раздраженост, нападом од стране оштећеног, чиме је у стању битно смањење урачунљивости, са умишљајем, лишила живота на мах оштећеног.[10]

Оштећени је ненајављен и без позива ушао у њен стан у спаваћу собу, извукао је из кревета, док је спавала, и оборио на земљу. Након тога подигао је са пода и почео да је удара рукама и ногама по глави и телу, говорећи јој при томе да мора да буде његова или Божја. Потом је ухватио рукама за косу и ударио јој потиљачни део главе о зид, док се окривљена бранила ударајући га песницама и гребући га ноктима по лицу и врату. Окривљена је потом отишла до улазних врата и рекла сада покојном да изађе из стана, али је он ухватио за косу и почео да је вуче према радном столу од кухиње, а затим јој је нагло спустио главу наниже, услед чега је оптужена ударила лице о радни сто. Како је окривљена леђима била наслоњена на радни сто, оштећени је рукама ухватио за врат, што је код ње изазвало јаку раздраженост. Она је затим узела кухињски нож, који јој је био на дохват руке, што је покојни оштећени приметио и покушао да јој десном руком одузме нож од чега је задобио посекотине у пределу десне шаке. Пошто није успео да јој одузме нож, окривљена је замахнула ножем, при чему је била свесна свога дела и хтела његово извршење, чиме му је нанела тешку телесну повреду опасну по живот на граници са безусловном повредом у пределу предње леве стране грудног коша, од које је оштећени на путу за болницу преминуо.

Овај случај је карактеристичан, јер је окривљена пре него што је извршила наведено кривично дело била жртва прогањања. Из образложења пресуде Вишег суда у Врању произилази да је веза између окривљене и оштећеног трајала око два месеца. Оштећени није могао да се помири са раскидом, па је окривљену у више наврата физички малтретирао и тукао. Исто тако, упућивао јој је претње, као и псовке и увреде. Окривљена је у два наврата о томе обавестила органе унутрашњих послова. Физичко малтретирање окривљене је настављено и у задњих десетак дана пре критич-

[10] Наведени случај је детаљно обрадио и извршио анализу Дарко Димовски, „Криминалитет прогањања – криминолошки и кривично правни аспект“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Број 72, 2016, стр. 163-182, 168.

ног догађаја када је оштећени тукао окривљену на Улици Змај Јове у Врању испред кладионице, а потом и у близини исте кладионице.

Анализа конкретног догађаја са смртним исходом доводи до закључка да је окривљена претходно била жртва прогањања од стране оштећеног. Окривљена се више пута обраћала јавном тужилаштву и органима унутрашњих послова, с тим што мора да се помене да у време извршења наведеног кривичног дела, кривично дело прогањање још увек није био уведено у наше законодавство. Међутим, поменути случај показује, значај правовременог реаговања државних органа у случају кривичног дела прогањање, као и тежину последица до којих може да доведе наведено кривично дело.

Злоупотребљавање података о личности пасивног субјекта - чл. 138а ст. 1. тач. 3. КЗ

Радња извршења кривичног дела прогањање из чл.138а ст.1. тач.3. Кривичног законика**,** се састоји у злоупотребљавању података о личности другог лица или њему блиског лица ради наручивања робе или услуга, у току одређеног временског периода упорно.

За овај облик радње извршења потребно је да учинилац злоупотреби податке о личности другога (оштећеног), а то су пре свега подаци о имену и презимену другог лица, његова адреса становања, број телефона, мејл адреса итд. Такође, и подаци о интересовањима, потрошачким навикама или активностима другог лица спадају у ову групу. Наведена радња извршења подразумева злоупотребу података о личности другог лица или њему блиског лица ради нуђења робе или услуга и може обухватити све оне радње којима се манипулише информацијом која се односи на неко физичко лице.

Није неопходно да се ради о иначе тајним или нарочито заштићеним подацима. Није од значаја ни да ли се учинилац издаје за оштећеног (користи личне податке оштећеног за своје лично представљање) или на други начин скрива сопствени идентитет.

Такође, довољно је и поступање у својству наводног представника или заступника пасивног субјекта. Могуће је, иако то није увек случај да се на тај начин остваре и обележја кривичног дела преваре.

Претња нападом на живот, тело или слободу пасивног субјекта - чл. 138а ст. 1. тач. 4. КЗ

Радњу извршења кривичног дела прогањање из чл.138а ст.1. тач.4. Кривичног законика врши: ко у току одређеног временског периода упорно, прети нападом на живот, тело или слободу другог лица или њему блиског лица.

Када је реч о овом облику радње извршења претња мора бити усмерена на напад на живот, тело или слободу другог лица или њему блиског лица.

Врховни касациони суд је у пресуди Кзз 139/2021 од 17.02.2021. године разматрао питање *прекорачења оптужбе*, уколико је суд, поред радње извршења *претње нападом на тело њему блиског лица,* која је окривљеном стављена на терет оптужбом, додао, да је окривљени претио нападом и *на тело другог лица*."...По налажењу Врховног касационог суда, наведеном изменом чињеничног описа кривичног дела из оптужног акта Основног јавног тужиоца у Краљеву Кто 352/19 од 22.10.2019. године, *суд није прекорачио оптужбу,* односно није повредио ни субјективни, а ни објективни идентитет оптужбе и пресуде на штету окривљеног АА. Наиме, суд јесте додао „и на тело другог лица", међутим на овај начин није прекорачио оптужбу из разлога што се описана претња не односи на још једно лице већ на лице које је блиско оштећеној односно на њену ћерку, а што је и детаљно описано у оптужном акту поступајућег тужиоца...".

Од кривичног дела *угрожавања сигурности* из чл.138. Кривичног законика, овај облик радње извршења се разликује по томе што се за кривично дело прогањање из чл.138а ст.1. тач.4. Кривичног законика захтева понављање претње (дело се врши у току одређеног временског периода и упорно), док је за угрожавање сигурности довољна и једна претња, али под условом да је произвела и одговарајућу последицу – осећај угрожености неког лица. Осим тога, претња код прогањања може да се односи и на напад на слободу, а не само на живот и тело. Стицај ће увек бити само привидан и постојаће или једно или друго кривично дело, у зависности од тога шта је у конкретном случају остварено.

Још један критеријум за разграничење јесте последица. Кривично дело угрожавања сигурности (чл.138.КЗ) има последицу (субјективни осећај угрожености који се цени са аспекта пасивног субјекта), што се код

прогањања не захтева иако је то у одређеном смислу *ratio legis* његовог постојања као кривичног дела.

Предузимање друге сличне радње која може да угрози лични живот пасивног субјекта - чл. 138а ст. 1. тач. 5. КЗ

Кривично дело прогањање из чл.138а ст.1. тач.5. Кривичног законика врши: ко у току одређеног временског периода упорно предузима *друге сличне радње* на начин који може осетно да угрози лични живот лица према коме се радње предузимају.

Осим изричито наведених радњи, законски опис радње извршења из чл.138а ст.1. тач.5. Кривичног законика обухвата и *било коју другу сличну радњу*.

Разлог из ког је законодавац широко поставио овај облик радње извршења, може бити сама природа дела, као и стални технолошки напредак и развијање средстава којима би се могло утицати на туђ начин живота.[11]

Радња извршења у овом случају може бити на пример: подношење лажне кривичне пријаве против неког лица, издавање за пасивног субјекта или њему блиско лице, оштећење туђе имовине, подметање лажних трагова који би указивали на одређено лице, неовлашћено фотографисање, остављање цвећа или других предмета, претња самоубиством, непрестано посматрање двогледом или снимање камером итд.

Као додатни услов за овај последњи облик радње извршења се захтева, да учинилац предузме радње тако да *може осетно да угрози лични живот лица*. Дакле захтева се последица која може бити и апстрактно угрожавање.

О осетном задирању у туђ лични живот би се могло говорити када би пасивни субјект прекинуо одређене социјалне контакте, не би смео да изађе из стана без пратње, или би чак променио место становања или радно место.

Субјективни однос учиниоца према предузетим радњама

Субјективну страну кривичног дела прогањање из чл.138а ст.1. Кривичног законика чини умишљај. С обзиром на то како су прописани обици радње извршења, при чему је за постојање дела неопходна континуирана делатност коју учинилац остварује у току одређеног (дужег) вре-

[11] Слично законско решење постоји и у немачком КЗ. Више о томе видети у: *Thomas* Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 2011, 1561.

мена, упорно, дело може бити извршено практично само са директним умишљајем.[12] Код учиниоца мора постојати свест и хтење да радњу извршења предузима у одређеном временском периоду, при чему мора бити свестан конкретне радње извршења коју и хоће.

Дакле, умишљајем треба пре свега да буде обухваћена радња извршења, при чему и свака радња која се предузима у одређеним временском периоду мора бити обухваћена умишљајем и предузета према оштећеном са истим циљем.

Уколико учинилац не полази од тога да ће након предузимања једне радње исту активност понављати у дужем временском периоду, онда је његов умишљај ограничен искључиво на једно понашање, које само за себе не указује да су његова свест и хтење усмерени на извршење кривичног дела прогањање.

Случајни сусрети или непланирани контакти између два лица који су због близине места становања или истог радног места неизбежни (нпр. куповина у истој продавници) не указују на постојање умишљаја за извршење дела.

Умишљај се мора односити и на обележје које свим појединачним радњама даје елементе кривичног дела прогањање, а то је упорност, тј. да се свест односи и на настављено понашање у току одређеног времена, као и свест учиниоца да све радње предузима противно вољи пасивног субјекта, уколико се ради о облицима радњи из чл.138а ст.1. тач.1 и 2. Кривичног законика, односно свест да може осетно да угрози лични живот лица према коме се радње предузимају, уколико се ради о облику радње из чл.138а ст.1. тач.5 Кривичног законика. Учинилац мора имати умишљај у односу на трајање, број и учесталост понашања.

Наиме, уколико је умишљајем обухваћено само једнократно предузимање неке од радњи извршења, онда се већ на нивоу бића кривичног дела може донети закључак да не постоји потребан умишљај као битно субјективно обележје бића прогањања, већ евентуално може бити речи само о другом кривичном делу, уколико су испуњена сва остала објективна и субјективна обележја бића (нпр. угрожавање сигурности).

Када је реч о радњи извршења из чл.138а ст.1. тач.5. Кривичног законика потребно је да учинилац својим умишљајем обухвати и свест о

[12] Зоран Стојановић, „Прогањање – ново кривично дело у Кривичном законику Србије“, Ibid, стр.7.

томе да се том радњом може осетно угрозити лични живот пасивног субјекта. Дакле, када су у питању „друге сличне радње“ извршилац мора бити свестан да их предузима на начин на који може осетно да угрози лични живот лица према коме се те радње предузимају и да то хоће.

Посебно је питање *урачунљивости* окривљених. У одређеном броју предмета, је уочено да учиниоци овог кривичног дела болују од шизофреније или маничне депресије и у кривичним поступцима су им изречене мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи.

Тако је у **Основном суду у Нишу** у периоду од 01.07.2017. године до 31.12.2022. године према укупно 18 лица је вођен кривични поступак због кривичног дела прогањање из чл.138а ст.1. тач.1. Кривичног законика, од чега је 14 предмета завршено осуђујућом пресудом а у 4 предмета је изречена мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи.

Према добијеним подацима из Основног суда у Нишу: 3 лица је осуђено на казне затвора до шест месеци, 2 лица је осуђено на казну затвора од шест месеци до једне године (*укупно је изречено 5 затворских казни*), изречено је 7 условних осуда, 2 лица је осуђено на новчану казну, према 4 лица је изречена мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи и према 1 лицу мера безбедности обавезно лечење алкохоличара.[13]

Дакле у око 22,2 % случајева се радило о лицима која су као неурачунљива извршила противправно дело које је у закону одређено као кривично дело прогањање из чл.138а ст.1. тач.1. Кривичног законика.[14]

Наведени подаци указују и на потребу психијатријског вештачења окривљених, уколико се појави сумња у њихову урачунљивост. Наиме окривљени могу имати и одређене облике лакших менталних поремећаја или психопатску структуру личности, који поремећаји не морају бити тог степена да се ради о неурачунљивом лицу, али могу указивати на личност окривљеног и степен урачунљивости.

---

[13] Сви подаци су из компјутерског програма Либра, у коме се воде сви уписници и подаци о предметима и њиховом кретању Основног суда у Нишу.

[14] Напомена је да је ово истраживање извршено са подацима на релативно малом узорку из једног Основног суда, а може бити предмет и обимнијег истраживања.

За основни облик кривичног дела из чл.138а ст.1. Кривичног законика прописана је новчана казна или казна затвора до три године.

Тежи облици кривичног дела прогањање

Одредбом 138а ст.2. Кривичног законика предвиђен је први тежи облик дела и прописано је: да ако је делом из основног облика (ст.1) изазвана опасност по живот, здравље или тело лица према коме је дело извршено или њему блиског лица, учинилац ће се казнити затвором од три месеца до пет година.

У питању је конкретна опасност као последица дела, где је потребно утврдити не само узрочну везу између основног облика и непосредне опасности као последице, већ је потребно да она буде обухваћена умишљајем учиниоца.

У обзир долази опасност у коју је доведен пасивни субјект или њему блиско лице.

Одредбом чл.138а ст.3. Кривичног законика предвиђен је најтежи облик дела. Наведеном одредбом је прописано да : Ако је услед основног облика дела (ст.1) наступила смрт другог лица или њему блиског лица, учинилац ће се казнити затвором од једне до десет година.

У овом случају ради се о кривичном делу са квалификованом тежом последицом у односу на коју је потребан нехат учиниоца. Осим тога неопходна је и узрочна веза између основног облика дела и теже последице, тј. да је баш услед понашања учиниоца наступила смрт као последица; нпр. смрт услед неке паничне реакције пасивног субјекта, или извршење самоубиства.

Уколико се ради и најтежем облику дела из чл.138а ст.3. Кривичног законика, потребно је утврдити да су предузете радње из основног дела и субјективни однос према тим радњама, а затим и узрочно-последичну везу између тих предузетих радњи и наступеле квалификоване последице (смрти оштећеног), као и субјективни однос учиниоца према квалификованој последици, која мора бити обухваћена његовим нехатом.

Дакле неопходно је утврђивање објективне и субјективне повезаности између основног облика и квалификоване последице.

Последица кривичног дела прогањање

Питање наступања последице дела са аспекта судске праксе је по правилу значајно за утврђивање чињенице када је кривично дело свршено, па самим тим и да ли је у конкретном случају дело и извршено.

Прво питање у вези са наведеним које је поставила теорија кривичног права је, да ли ово кривично дело треба дефинисати као делатносно или последично дело.

Посматрајући радње извршења из чл.138а ст.1. тач.1-4. Кривичног законика, законодавац не прописује наступање било какве последице за довршено дело, па чак ни подобности радње да проузрокује прогањање, те су у питању делатносна дела.[15]

Једини услов, који може у неком смислу бити повезан са последицом дела а који законодавац поставља, у односу на облике радњи извршења из чл.138а ст.1. тач.1 и 2. Кривичног законика је, да су радње предузете *противно вољи* пасивног субјекта, с тим што наведени услов представља и обележје дела, које суд утврђује у сваком конкретном случају. Индиректно, поступање *противно вољи* пасивног субјекта, може имати за последицу, да код пасивног субјекта изазове осећај узнемиреност, страха, угроженості, па чак и одређене психичке тегобе или потребу да се промени место становања, посла и сл.

Истраживања показују да услед прогањања жртва може да претрпи бројне негативне последице по физичко и психичко здравље, али и оне које се одражавају на друштвене контакте и друштвени живот, као што су: емоционална отупелост, осећање беспомоћности, депресивност, анксиозност, напади панике, појачана агресија, губитак сна, хронични умор, слабост, губитак тежине, промена животних навика, места становања, радног места, избегавање друштвених контаката, раскид везе и погоршање породичних односа, све до суицидних мисли и покушаја самоубиства.[16]

Са друге стране, за облик радње из чл.138а ст.1. тач.5. Кривичног законика прописано је, да из предузетих *других радњи* мора да наступи поседица која „*може осетно да угрози лични живот лица према коме се*

---

[15] Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика, седмо измењено и допуњено издање*, Службени Гласник, Београд, 2018,стр. 516.

[16] Душица Миладиновић-Стефановић, "Прилог расправи о криминализацији прогањања", Зборник радова Правног факултета у Нишу, Број 72, 2016, 143-162, 144.

радње предузимају". Наведено и према ставу кривичноправне теорије указује, да се код овог облика радње извршења ради о последичном делу.

Произилази да једино када су у питању *друге сличне радње* (ст.5), суд мора у конкретном случају да утврди да те радње осетно угрожавају лични живот лица према коме се предузимају. У супротном, постојао би некажњиви покушај. Имајући у виду наведене битне елементе кривичног дела прогањање из чл.138а ст.1.тач.1. Кривичног законика, исти су предмет разматрања најпре у погледу формалне исправности оптужног акта а касније и изреке пресуде, а затим се утврђују и конкретне чињенице на основу изведених доказа.

У пресуди **Врховног касационог суда Кзз 912/2020 од 16.09.2020. године** је утврђено постоје сви елементи кривичног дела чл.138а ст.1.тач.1. Кривичног законика, с обзиром да из чињеничног описа кривичног дела датог у оптужном предлогу и у изреци првостепене пресуде произилази: „...да је окривљени АА у периоду од јуна 2017. године до децембра 2017. године у Београду, на територији ГО Нови Београд и Сурчин, оштећену ББ неовлашћено пратио и предузимао радње у циљу физичког приближавања оштећеној противно њеној вољи, при чему је био урачунљив, свестан свога дела и хтео његово извршење, те свестан да је његово дело забрањено, на тај начин што је оштећену у више наврата пратио и пресретао ...", а у време, у месту и на начин како је то ближе описано у изреци пресуде...", те према налажењу суда: „... јасно и недвосмислено произилази да се у радњама окривљеног АА стичу сва битна законска субјективна и објективна обележја кривичног дела прогањање из чл.138а ст.1.тач.1. Кривичног законика за које је он оптужен и правноснажно оглашен кривим..."

Пресуђена ствар и примена принципа *ne bis in idem* у случају кривичног дела прогањање

Питање пресуђене ствари и примене принципа *ne bis in idem* посебно може бити актуелно у случају кривичног дела прогањање из чл. 138а ст. 1. Кривичног законика.

Ово стога, јер учинилац радње извршења кривичног дела прогањање често предузима према пасивном субјекту са којим је био партнерском односу (нпр. у току је поступак развода, ради се о бившим супружницима и слично). Може се десити да учинилац у појединим случајевима према истом пасивном субјекту у истом временском периоду предузима радње које садр-

же и елементе прекршаја, нпр. прекршаја којима се нарушава јавни ред и мир или крше правила забране приласка из Породичног закона и сл.

Одређене радње могу бити санкционисане и другим законима као што је Закон о јавном реду и миру,[17] Закон о прекршајима[18], а посебне мере заштите када је у питању насиље у породици прописује и Породични закон[19] и Закон о спречавању насиља у породици[20].

С тога је значајно питање разграничења радњи због којих је вођен прекршајни поступак и донета прекршајна пресуда, од радњи које су предмет оптужног акта и због којих се води кривични поступак у случају кривичног дела прогањање из чл.138а ст.1 Кривичног законика.

Врховни касациони суд је у пресуди Кзз 7/2022 од 01.02.2022. године разматрао питање *пресуђене ствари* у случају кривичног дела прогањање из чл.138а ст.1. тач.1, 2. и 5. Кривичног законика.

Наиме, радило се о ситуацији када је окривљени већ био правноснажно осуђен на казну затвора у трајању од 20 дана у прекршајном поступку за прекршај из члана 36. став 1. Закона о спречавању насиља у породици, а бранилац окривљеног је истицао, да је прекршајни поступак вођен због истог понашања и исте радње као и кривични поступак.

Врховини касациони суд је заузео став да се *не ради о пресуђеној ствари* из следећих разлога: „...Из списа предмета произилази да је пресудом Прекршајног суда у Крагујевцу АА оглашен одговорним да је дана 03.11.2020. године прекршио хитну меру да не контактира и не прилази бившој емотивној партнерки ББ на период од 30 дана под претњом прекршајног гоњења, коју је изрекао Основни суд у Крагујевцу решењем НП-659/20 од 05.10.2020. године на предлог Основног јавног тужилаштва у Крагујевцу, тако што му је забрањено привремено да контактира жртву насиља ББ и прилази јој на период од 48 сати. С обзиром да је хитну меру прекршио, тако што се наведеног дана 03.11.2020. године у време наведено у диспозитиву пресуде обратио оштећеној речима: „Свака ти част“, чиме је учинио прекршај из члана 36. став 1. Закона о спречавању насиља у породици због кога је осуђен на казну затвора у трајању од 20 дана.

---

17 Закон о јавном реду и миру, Службени гласник РС, бр. 6/2016.

18 Закон о прекршајима, Службени гласник РС, бр. 65/2013 и 13/2016.

19 Породични закон, Службени гласник РС, бр. 18/2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015.

20 Закон о спречавању насиља у породици, Службени гласник РС, бр. 94/2016.

Са друге стране, пресудом Основног суда у Крагујевцу 12К-126/21 од 09.03.2019. године оглашен је кривим да је „од тачно неутврђеног дана у септембру 2020. године до 18.01.2021. године упорно друго лице неовлашћено пратио и предузимао друге радње описане у чињеничном опису радње извршења дела у циљу физичког приближавања оштећеној противно њеној вољи, противно вољи оштећене настојао да са њом успостави контакт непосредно и путем средстава комуникације, и при том предузима друге сличне радње на начин на који може осетно да угрози лични живот лица према коме се радње предузимају.

Радња кривичног дела прогањање из члана 138а став 1. Кривичног законика, обухвата пет различитих радњи извршења и постоји када друго лице неовлашћено прати или предузима друге радње у циљу физичког приближавања том лицу противно његовој вољи... Дакле, основни облик кривичног дела прогањање обухвата пет различитих радњи извршења и ни једна се не може поистоветити са радњом за коју је прекршајном пресудом окривљени оглашен одговорним.

Наиме, пресудом у прекршајном поступку окривљени је оглашен одговорним због непридржавања мере коју је суд изрекао, која при том није ни обухваћена изреком кривичне пресуде, односно ради се о потпуно различитој радњи дела, те су самим тим оцењени као неосновани наводи браниоца да се у конкретном случају ради о пресуђеној ствари...“

При разграничењу и утврђењу да ли се ради о пресуђеној ствари, суд ће пре свега имати у виду сваки конкретни случај и чињенице на које се односи прекршајна пресуда и предмет кривичног поступка. Поред тога, суд ће увек имати у виду и праксу Европског суда за људска права и критеријуме који су примењени у пресуди *Марести против Хрватске*[21] затим мерила установљена у предмету *Енгел и други против Холандије*[22], а значајне критеријуме садржи и пресуда *Велч против Уједињеног Краљевства*[23], као и све критеријуме и правила које је развила и домаћа судска пракса приликом утврђивања да ли је дошло до повреде принципа *ne bis in idem*.

[21] *Maresti v. Croatia*, 25. September 2009, no. 55759/07.
[22] *Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.
[23] *Welch v. The United Kingdom*, 9 February 1995, no. 17440/90.

Доказивање кривичног дела прогањање путем приватних аудио и фото снимака

Радње извршења кривичног дела прогањање из чл.138а ст.1. Кривичног законика се веома често врше путем средстава комуникације, путем интернета коришћењем друштвених мрежа, као и коришћењем мобилних телефона, слањем СМС и ММС порука, фотографија, слика, путем видео позива и сл.

Криминалитет који се реализује коришћењем компјутера, мобилних телефона и др, може имати облик било ког од традиционалних видова криминалитета, а подацима који се неовлашћено прибављају злоупотребом информационих система може се на разне начине манипулисати.[24]

Основна чињеница која издваја интернет прогањање јесте коришћење савремених технологија при прогањању. При оваквом прогањању стајање испред нечије куће је замењено константним проверавањем профила жртве на друштвеним мрежама, праћење је замењено праћењем пријављивања на специјализованим сајтовима, слањем великог броја тзв. спам имејл порука и слично.

Са друге стране и оштећено лице у таквим ситуацијама такође користи интернет, мобилну и другу савремену технологију и у ситуацији је да сними разговор, упућене претње, направи фотографије, сними екран мобилног телефона са претећим порукама и сл.

У судској пракси је посебно предмет разматрања доказивање кривичног дела прогањање путем аудио или видео снимака сачињених од стране приватног лица, оштећеног или трећег лица - сведока догађаја, а што је у вези и са питањем законитости ових доказа.

У пресуди **Врховног касационог суда Кзз 726/2020 од 09.09.2020. године**, је оцењено да одштампани текст порука (*screenshot*) упућених од стране окривљеног сведоцима, који су испитани на главном претресу у ствари представља **саставни део исказа ових сведока**, који су својим исказима датим на главном претресу потврдили аутентичност наведених порука, због чега су супротни наводи захтева за заштиту законитости о незаконитости ових доказа, оцењени неоснованим.

---

[24] Вида Вилић, "Прогањање путем интернета – ко су извршиоци и жртве?", Годишњак Правног факултета, 2/2012, стр. 123–143, 124.

Поред тога, Врховни касациони суд је у пресуди **Кзз 751/2018 од 5.7.2018**. године разматрао законитост фотокопије фотографије јавних објава на *Facebook* страници - профилу окривљеног. Врховни касациони суд је нашао да су наведени докази прибављени у складу са Закоником о кривичном поступку. Наиме, како се ради о јавним објавама, које су доступне свим корисницима друштвене мреже *Facebook,* широм планете, којима се приступа путем Интернета, за њихово прикупљање као доказа није било неопходно вршити претресање мобилног телефона као уређаја за аутоматску обраду података и опреме са електронским записима по наредби суда на образложени захтев јавног тужиоца - у смислу чл. 155. ст. 1 у вези са чл. 152. ст. 3 ЗКП.[25]

Према ставу Врховног касационог суда у пресуди **Кзз 267/2022 од 24.3.2022. године: "...**Увид у **садржај телефонске комуникације** између сведока АА и окривљеног, а које телефонске апарате је сведок ББ као власник телефона, сам предао овлашћеним полицијским службеницима, као и чињенице да из списа предмета произилази да су и он и саговорник окривљеног у току истраге и на главном претресу говорили о садржају телефонских разговора између окривљеног М. М. и сведока АА, указује на то да и сама садржина њиховог разговора који је снимљен телефонским апаратом, представља део њиховог исказа. Такав доказ изведен на главном претресу није незаконит, а његова оцена спада у надлежност суда у поступку доношења одлуке."

У пресуди **Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 450/21 од 3.06.2021**. године, је заузет став да у ситуацији када грађанин снима разговор са својим саговорником, његова сагласност је довољна да би се снимак користио као доказ у кривичном поступку, јер је такав разговор био намењен особи која је исти забележила. Сагласност треба да се претпоставља када је лицу познато да се сачињава снимак његовог разговора.[26]

Дакле, суд ће о околностима сазнања оштећеног (или сведока) сазнати из његовог исказа, па ће достављени снимак имати функцију и провере веродостојности таквог исказа. Ово је нарочито од значаја уколи-

[25] Видети: Врховни касациони суд, пресуда Кзз 546/2019 од 11.6.2019. године.

[26] Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 бр. 450/21 од 3.06.2021. и пресуда Вишег суда у Београду К бр. 630/20 од 6.04.2021. године, Из Билтена Вишег суда у Београду, Број 92/2021, Интермекс, Београд.

ко снимак сачињава лице које је оштећено кривичним делом, па се може тумачити да је снимак обезбеђен и у његовом личном интересу.[27]

Можемо рећи да судска пракса иде у правцу да прихвата као законите доказе, који су у кривичном поступку изведени у процесној ситуацији, у којој је садржина снимљених телефонских разговора између окривљеног и сведока или оштећеног саставни део њихових исказа на главном претресу.

Наведено, може имати посебан доказни значај у случају кривичног дела прогањање из чл.138а ст.1. тач.2. Кривичног законика, које је извршено путем средстава комуникације, с обзиром да се дело врши веома често путем СМС порука и преко друштвених мрежа, интернета и сл. Такве поруке могу бити веома лако и брзо уништене и „обрисане“ и уклоњени трагови комуникације, а лице коме су упућене–оштећени је практично први (а понекад и једни) у могућности да их сними и сачува и приложи као доказ за своје тврдње.

Истанбулска конвенција и кривично дело прогањање

Истанбулску конвенцију Савет Европе је усвојио 11. маја 2011. године, Република Србија је ратификовала 31. октобра 2013. године, а ступила је на снагу 1. августа 2014. године. Примену Конвенције од стране држава чланица прати Експертска група за борбу против насиља над женама и насиља у породици (*GREVIO*) која доноси периодичне извештаје и закључке о мерама које чланице предузимају у циљу примене Конвенције.

Конвенција је донета ради остваривања више циљева, а можемо извојити – прво, ради заштите жена од свих облика насиља, укључујући и насиље у породици, и друго, ради заштите жена од дискриминације и ради остваривања пуне и суштинске једнакости међу половима.[28]

Истанбулска конвенција по први пут прогањање одређује одвојено од насиља у породици, те се на овај начин и истиче његова посебност и опасност.[29]

---

[27] Закон о заштити података о личности („Сл. гласник РС”, бр. 87/2018.године), прописује да се овај закон не примењује на обраду података о личности коју врши физичко лице за своје личне потребе.

[28] Душица Миладиновић - Стефановић, „Истанбулска конвенција и кривичноправна заштита жена од насиља у Републици Србији“, у: *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Број 76, 2017, стр.231-252, 232.

[29] Савет Европе, Конвенција о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, Истанбул, 2011, стр. 11.

Под физичким насиљем, у контексту Конвенције, подразумева се намерно почињено дело физичког насиља над другим лицем. У појашњавајућем извештају уз Конвенцију, прецизирано је да се чл. 35. односи на сваки чин физичког насиља над другом особом без обзира на контекст у којем се догоди и да укључује и насиље које резултира смрћу жртве.[30] Истанбулска конвенција није ближе одредила елементе кривичног дела прогањање, него је само обавезала државе потписнице да буде инкриминисано умишљајно понављање претњи упућених другом лицу, које узрокују да се оно плаши за своју безбедност (члан 34 Конвенције).

У чл.34. Истанбулске конвенције, прогањање је предвиђено као понављање претњи упућених другом лицу, које узрокује да се лице плаши за своју безбедност. За кривично дело битно је да се ове радње понављају, односно да трају „одређени временски период", што је у складу са Конвенцијом.

У Истанбулској конвенцији се наглашава како прогањање треба да обухвати образац понашања који се испољава кроз понављање претећих прогањајућих радњи, из чега произилази да појединачни акти, ако се посматрају сами за себе, не доводе до постојања кривичног дела.[31]

Разматрајући радње извршења прогањања, образложење Истанбулске конвенције пружа широку листу могућег претећег понашања као што су: непрекидно праћење друге особе, упуштање у нежељену комуникацију с другом особом или неовлашћено посматрање путем надзирања кретања жртве, појављивања у близини радног места жртве, спортске или образовне установе које посећује жртва, као и праћења жртве у виртуелном окружењу помоћу соба за ћаскање, сајтова за друштвене мреже итд.

Такође, прогањање сходно образложењу Истанбулске конвенције може обухватити ступање у нежељену комуникацију путем модерних средства комуникације.

Конвенција указује да претеће понашање може обухватити разнолике делатности као што је уништавање имовине другог лица, остављање суптилних трагова контакта са личним предметима неког лица, напад на

---

[30] Јелена Станисављевић, „Усклађивање Кривичног законика Републике Србије са Истанбулском конвенцијом", у: Зборник радова *Усклађивање правног система Србије са стандардима ЕУ,* Крагујевац, 2022., стр. 411-425, 421.

[31] Милица Станковић, Криминолошка димензија прогањања и друштвени одговори, Докторска дисертација, Универзитет у нишу Правни факултет, 2021, стр.86.

нечијег љубимца, односно постављања лажног идентитета односно ширења неистинитих информација на интернету.

Према решењу из Истанбулске конвенције, последица кривичног дела прогањање се има ценити *на основу субјективног доживљаја жртве,* што треба следити с обзиром на то да су осећај и граница угрожености сопствене безбедности ствар личног виђења те због тога по овом питању не треба уводити стандард разумне особе.[32]

Када је реч о кругу лица која се могу сматрати *пасивним субјектом (жртвом*) прогањања, у образложењу Истанбулске конвенције је истакнуто да се по овом питању пошло од идеје да прогањајуће понашање треба првенствено да буде усмерено против жртве. Међутим, није искључена могућност да државе приликом нормирања прошире постојање кривичног дела и на случајеве у којима је прогањајуће понашање усмерено и према блиским особама у окружењу жртве, укључујући чланове породице, пријатеље и колеге.[33]

У погледу *субјективног обележја* кривичног дела у образложењу Истанбулске конвенције је наглашено да свако дело претећег понашања мора да буде извршено умишљајно и са намером да се код жртве изазове осећај страха.

Истанбулска Конвенција посебно указује у чл.33 на *психичко насиље* те предвиђа да ће чланице предузети неопходне законодавне односно друге мере како би обезбедиле да намерно понашање које озбиљно нарушава психички интегритет неког лица принудом односно претњама буде инкриминисано.

Посебно је чланом 48. Конвенције предвиђена забрана процеса обавезног алтернативног разрешења спорова односно одређивања казне. Истиче се да ће чланице предузети неопходне законодавне односно друге мере како би забраниле обавезно алтернативно разрешење спорова, укључујући медијацију и помирење, у односу на све облике насиља обухваћене Конвенцијом.

---

[32] Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, op.cit., pp. 3

[33] Милица Станковић, Ibid, стр.88.

Закључак

Анализом разматраног кривичног дела прогањање са кривично-правног аспекта а сагледавајући и ставове судске праксе можемо да изведемо одређене закључке, који могу бити значајни приликом одлучивања о овом кривичном делу и његовим битним елементима. Можемо сумирати:

1. Противправне радње кривичног дела прогањање из чл. 138а ст. 1. Кривичног законика, морају бити предузете према пасивном субјекту у току одређеног временског периода, морају се понављати и трајати одређено време.

2. Једнократно предузимање радње извршења не испуњава услове за постојање овог елемента бића кривичног дела.

3. *Упорност* је посебна карактеристика свих прописаних радњи извршења и представља чињенично питање, те се постојање упорности оцењује се према околностима сваког конкретног случаја.

4. Увек постоји само једно кривично дело прогањања, без обзира колико је истих или различитих радњи предузето.

5. Кривично дело прогањања не представља трајно кривично дело, нити продужено кривично дело, већ сваки појединачни напад на пасивног субјекта гради у својој укупности правно јединство радње, са последицом постојања само једног кривичног дела.

6. Кривично дело прогањање које се врши предузимањем радње праћења је свршено неовлашћеним предузимањем конкретних радњи (које могу бити у виду чекања испред куће, доласка на радно место и др.), које су упорне и понављају се у току одређеног временског периода, противно вољи оштећеног лица.

7. Кривично дело прогањање из чл.138а ст.1. тач.4. Кривичног законика се разликује од кривичног дела *угрожавање сигурности* из чл.138. Кривичног законика по томе што се за кривично дело прогањање захтева понављање претње (дело се врши у току одређеног временског периода и упорно), док је за угрожавање сигурности довољна и једна претња, али под условом да је произвела и одговарајућу последицу – осећај угрожености неког лица.

8. Реални стицај кривичних дела прогањање и кривичног дела угрожавање сигурности, *није могућ,* стицај ће увек бити само привидан и постојаће или једно или друго кривично дело, у зависности од предузетих радњи.

9. Кривично дело прогањање у свом основном облику може бити извршено само са умишљајем. С обзиром на то како су прописани облици радње извршења, при чему је за постојање дела неопходна континуирана делатност коју учинилац остварује у току одређеног (дужег) времена, упорно, дело може бити извршено практично само са директним умишљајем.

10. Када је реч о радњи извршења из чл.138а ст.1. тач.5. Кривичног законика потребно је да учинилац својим умишљајем обухвати и свест о томе да том радњом може осетно угрозити лични живот пасивног субјекта.

11. Код најтежег облика дела из чл.138а ст.3. Кривичног законика, ради се о кривичном делу са квалификованом тежом последицом. Неопходно је да постоји узрочна веза између основног облика и теже последице, тј. да је баш услед понашања учиниоца наступила смрт. Потребно је утврдити да су предузете радње из основног дела и субјективни однос према тим радњама (умишљај), а затим и узрочно-последичну везу између тих предузетих радњи и наступеле квалификоване последице (смрти оштећеног), као и субјективни однос учиниоца према квалификованој последици (нехат).

Судска пракса се у примени кривичног дела прогањање и даље развија, заузима ставове које изражава кроз своје одлуке и у свему прихвата постављене стандарде Истамбулске конвенције и праксу Европског суда за људска права.

Литература

1. Благић Драган, „Садржина начела одређености (lex certa) у погледу правне сигурности код појединих кривичних дела Кривичног законика Србије“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Број 87, 2020, стр. 217-230.
2. Вилић Вида, „Прогањање путем интернета – ко су извршиоци и жртве? „Годишњак Правног факултета, 2/2012, стр. 123–143.
3. Димовски Дарко, „Криминалитет прогањања – криминолошки и кривично правни аспект“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Број 72, 2016, стр. 163-182.
4. Димовски Дарко, Криминолошко одређење убиства, докторска дисертација, Правни факултет Ниш, 2012.
5. Ђокић Иван, „Прогањање – нова инкриминација као наставак кривичноправног експанзионизма у Републици Србији, у: Зборнику радова Универзално и особено у праву, Правни факултет Универзитета у Приштини, са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2018, стр 173-193.
6. Јелена Станисављевић, „Усклађивање Кривичног законика Републике Србије са Истанбулском конвенцијом“, у: Зборник радова Усклађивање правног система Србије са стандардима ЕУ, Крагујевац, 2022, стр. 411-425.
7. Ковачевић Милица, Маљковић Марија, „Прогањање – криминолошки и кривичноправни аспект“, Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2016, стр. 85-98.

8. Миладиновић - Стефановић Душица, „Прилог расправи о криминализацији прогањања”, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Број 72, 2016, 143-162.
9. Миладиновић - Стефановић Душица, „Истанбулска конвенција и кривичноправна заштита жена од насиља у Републици Србији“, у: Зборник радова Правног факултета у Нишу, Број 76, 2017, стр.231-252.
10. Ранђеловић Вишња, „Прогањање: Појам, карактеристике и предлози de lege ferenda“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2016, стр. 233–244.
11. Стојановић Зоран, „Прогањање-ново кривично дело у Кривичном законику Србије”, у: Игњатовић Ђ. (ед.) Казнена реакција у Србији, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд, 2017 стр. 1-11.
12. Стојановић Зоран, *Коментар Кривичног законика*, седмо измењено и допуњено издање, Службени Гласник, Београд, 2018.
13. Станковић Милица, Криминолошка димензија прогањања и друштвени одговори, Докторска дисертација, Универзитет у Нишу, Правни факултет, 2021.
14. Fischer *Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2011.
15. Шкулић Милан, „Прогањање и полно узмениравање“, Тужилачка реч, 31, 2016. стр. 14-21.

Драгослав Милановић
судија Вишег суда у Смедереву

КРИВИЧНО ДЕЛО ПРОГАЊАЊЕ ИЗ ЧЛАНА 138а КРИВИЧНОГ ЗАКОНИКА

Примена и дилеме

Кривично дело прогањање из члана 138а Кривичног законика инкорпорирано је у наше позитивно кривично законодавство Законом о изменама и допунама Кривичног законика („Службени гласник РС“ 94/16), који је ступио на снагу 2017. године.

Разлог за увођење ове законске инкриминације проистекао је из потребе да се санкционишу одређене врсте понашања, које карактеришу учесталост, континуитет и упорност, а којима се повређује или угрожава психички интегритет одређеног лица, стварањем одређеног страха, несигурности и неспокојства.

На међународном плану, пре увођења у наше позитивно кривично законодавство, већ су постојала одређена позитивноправна решења, најпре у англосаксонском праву и то у Сједињеним Америчким Државама, у држави Калифорнији, где је донет први закон који санкционише прогањање, а потом, касније и у европско - континенталном праву и то у кривичном праву Немачке, Аустрије и Италије.

Конвенцијом Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици донетој у Истанбулу 11.05.2011. године и то одредбом члана 34. Конвенције, прописано је обавеза за све стране потписнице да предузму неопходне законодавне или друге мере и обезбеде да намерно понашање понављањем претњи упућених другом лицу, које узрокују да се лице плаши за своју безбедност - буде инкриминисано.

Република Србија ратификовала је ову Конвенцију Законом о потврђивању Конвенције од 31.10.2013. године, те самим тим преузела је

и обавезу из члана 34. Конвенције, због чега је законом предвиђено ново кривично дело - прогањање из члана 138а КЗ, и смештено у групу кривичних дела чији су заштитни објекат слободе и права човека и грађанина (глава 14. Кривичног законика). Узор нашем законском решењу био је немачки кривични закон, којим се инкриминишу готово истоветне радње кривичног дела прогањање, а које је у Немачкој уведено још 2009. године.

Кривично дело прогањање, онако како је одређено у нашем Кривичном законику има један основни и два тежа облика. Радња извршења основног облика кривичног дела дефинисана је алтернативно, односно садржи пет различитих, алтернативно постављених радњи чињења, а коју може предузети било које лице и које у току одређеног временског периода упорно:

1. друго лице неовлашћено прати или предузима друге радње у циљу физичког приближавања том лицу, противно његовој вољи

2. противно вољи другог лица настоји да са њим успостави контакт непосредно, преко трећег лица или путем средстава комуникације

3. злоупотребљава податке о личности другог лица или њему блиског лица, ради наручивања робе или услуга

4. прети нападом на живот, тело или слободу другог лица или њему блиског лица

5. предузима друге сличне радње на начин који може осетно да угрози лични живот лица према коме се радње предузимају.

Ставом 2. истог члана предвиђен је квалификовани облик овог кривичног дела уколико је изазвана опасност по живот, здравље или тело лица према коме је дело извршено или њему блиског лица.

Ставом 3. истог члана инкриминисан је најтежи облик овог кривичног дела, и то ако је услед дела из става 1. овог члана наступила смрт другог лица или њему блиског лица.

Најпре се запажа то - да би нека радња представљала радњу извршења овог кривичног дела, она мора бити учињена „у току одређеног временског периода“. Како законским описом није прецизирано трајање тог временског периода, о томе постоје различита мишљења, као и различити ставови у судској пракси. Самим језичким тумачењем наведене формула-

ције, произилази да се не захтева неки дуги временски период који се мери у годинама, већ да кривично дело постоји и у случају предузимања радњи у једном знатно краћем временском периоду - неколико месеци, неколико недеља или неколико дана.

Такође, сама одредница „у току одређеног временског периода“ подразумева понављање радњи извршења, и указује на неко трајније поступање, те ово кривично дело спада у трајна кривична дела. Неће постојати више кривичних дела уколико је иста, слична или различита радња предузета више пута у одређеном временском периоду.

Ово имплицира да се због природе овог кривичног дела не може применити ни конструкција продуженог кривичног дела из члана 61. КЗ, уколико је у питању један пасивни субјекат према коме се радња предузима. Околност да постоји већи број или изузетно велики број поновљених радњи евентуално може бити од утицаја на одмеравање казне окривљеном.

Такође, то указује да кривично дело не постоји уколико је инкриминисана радња предузета само једном, управо због тога што недозвољено понашање мора бити испољено у одређеном временском периоду.

Из пресуде Врховног касационог суда КЗЗ 70/2019 од 06.02.2019. године, произилази да „како се у чињеничном опису радње у конкретном случају наводи да је окривљени исту предузео 08.02.2018. године око 13,00 часова“, то по ставу ВКС недостаје овај битни елемент кривичног дела (из пресуде Основног суда у Горњем Милановцу К 94/20 од 02.02.2021. године и пресуде Вишег суда у Чачку Кж1 68/21 од 06.05.2021. године).

У прилог томе говори и коришћење прилога „упорно“ и самој законској инкриминацији, који важи за све алтернативно прописане радње извршења и описује на који начин радња извршења треба бити предузета да би постојало кривично дело прогањање. Значење прилога „упорно“ подразумева неко истрајно, непопустљиво, непроменљиво, непоколебљиво, принципијелно понашање. У смислу овог кривичног дела, упорност представља вишекратно, истрајно понављање неке од радњи извршења, при чему не мора бити увек у питању иста радња извршења, већ то могу бити и различите радње.

У пракси се може поставити питање колико је пута потребно да је радња извршена да би се могло говорити о упорности и да ли је довољно да је иста извршена и само два пута. Како је у питању веома специфично

кривично дело, то се у сваком конкретном случају мора процењивати, узимајући у обзир све релевантне околности.

Такође се поставља питање да ли се може сматрати да се радња извршења предузима у одређеном временском периоду, уколико окривљени у току једне ноћи од 00,30 часова до 06,30 часова - дакле у периоду од неколико сати истога дана, пошаље оштећеној преко 50 претећих, узнемирујућих, односно прогањајућих порука различите садржине телефонским или електронским путем.

Када се анализира радња извршења овог кривичног дела, уочава се да је инкриминисан веома широк спектар различитог понашања и поступања учиниоца. Радње извршења прописане у тачки 1. и 2. овог члана састоје се у неовлашћеном праћењу другог лица или предузимању других радњи у циљу физичког приближавања другом лицу, односно, настојању да се са њим успостави контакт непосредно, преко трећег лица или путем средстава комуникације (телефоном или путем друштвених мрежа) све противно вољи тог лица. Праћење може бити како физичко - у смислу тајног или јавног физичког кретања иза жртве, тако то могу бити и различити облици ислеђивања, надгледања, „држања на оку“ и сл. У друштву савремене технологије може се поставити питање да ли у смислу овог кривичног дела то може бити и праћење кретања жртве путем GPS-а или других апликација преко којих се без пристанка праћеног лица може лоцирати његово кретање. Саме радње приближавања неком лицу представљају различите радње које саме по себи не морају представљати неко друштвено неприхватљиво понашање, али свакако у смислу овог кривичног дела квалитет тих радњи мора бити опредељен константним понављањем и оне морају бити предузете противно вољи лица према коме су уперене. Непосредни контакт са другим лице може бити остварен пресретањем на улици, посећивањем на радном месту, на јавним местима (кафићима, болници, пошти, банци) и сл, контакт преко трећег лица - обраћање трећем лицу ради прибављања броја телефона жртве, упознавања са жртвом, док успостављање контакта путем средстава комуникације може бити остварено путем телефона или друштвених мрежа.

У судској пракси приметно је да су најчешћи појавни облици овог кривичног дела управо из става 1. тачака 1. и 2. те се и као правна квалификација у највећем броју случајева наводе оба ова облика радње извршења (чл. 138а став 1. тачка 1. и 2. Кривичног законика).

С обзиром на то да се као најчешћи модуси извршења кривичног дела из става 1. тачка 2. користе средстава електронске комуникације - мобилна телефонија (смс поруке или друге апликације за пренос позива и порука „вибер“, „телеграм“) и друштвене мреже („фејсбук“, „инстаграм“....) у великом броју случајева примарна проблематика везана је за откривање учиниоца кривичног дела. Учинилац при извршењу кривичног дела мења мобилне уређаје, СИМ картице, отвара лажне профиле на друштвеним мрежама, па је иницирање кривичног поступка углавном везано за тужилаштво за високотехнолошки криминал, јер средства којим располажу тужилаштва опште надлежности углавном нису довољна за откривање кривичног дела и учиниоца.

С обзиром на овакве модусе извршења кривичног дела, и тешкоће са којима се сусрећу органи поступка а у вези са откривањем учиниоца, када је кривично дело учињено путем средстава комуникације, као доказ у кривичном поступку може се користити записник о увиђају на покретним стварима - мобилног телефона који је у власништву оштећеног, који је извршен уз сагласност оштећеног. Уколико би се вршио увиђај на мобилном телефону окривљеног, тада би било неопходно прибављање наредбе судије за претходни поступак за претресање телефона окривљеног, о чему је дефинисан став судске праксе кроз став кривичног одељења Врховног касационог суда на седници од 04.04.2014. године.

Када је у питању радња извршења овог кривичног дела из тачке 1. примећује се да као битан елемент кривичног дела постављен и циљ предузимања радње, односно мотив учиниоца, а то је физичко приближавање неком лицу противно његовој вољи. У тачки 2. је реч о настојању да се успостави контакт са пасивним субјектом који је од стране њега нежељен.

Радња извршења кривичног дела прогањања из члана 138а став 1. тачка 3. Кривичног законика састоји се у злоупотреби података о личности другог лица или њему блиског лица, а у циљу нуђења робе и услуга. Овде се може поставити питање разлике између овог облика кривичног дела прогањања и кривичног дела неовлашћено прикупљање личних података из члана 146. Кривичног законика, будући да је тим кривичним делом инкриминисана неовлашћена употреба заштићених личних података у сврху за коју нису намењени, а између осталог та сврха може бити нуђење роба и услуга.

Облик овог кривичног дела из тачке 4. Кривичног закона - који чини онај „ко у току одређеног времена упорно претњом нападом на живот, тело

или слободу другог лица или њему блиског лица“, специфичан је по томе што у пракси може бити проблематично направити дистинкцију између кривичног дела угрожавање сигурности из члана 138. став 1. Кривичног законика - којим је прописано да ко угрози сигурност неког лица претњом да ће напасти на живот или тело тог лица или њему блиског лица, казниће се. Код кривичног дела прогањање претња у кривичноправном смислу мора се понављати одређени период, дакле мора трајати, док код кривичног дела угрожавање сигурности из члана 138. став 1. КЗ је довољно да буде упућена само једном. Даље претња може бити усмерена и на слободу неког лица, а не само на живот и тело, како је инкриминисано код кривичног дела из члана 138. став 1. КЗ. Како је и у Коментару Кривичног законика наведено, између ова два кривична дела стицај може бити само привидан, и постојаће само или једно или друго кривично дело, у зависности од тога шта је у конкретном случају остварено.

Када је у питању последица овог кривичног дела, само облик радњи извршења предвиђен у тачки 5, у свом законском опису има обухваћену последицу, која се огледа у осетном угрожавању личног живота лица према коме се радње предузимају, дакле према пасивном субјекту, док остали облици радње извршења од тачке један до тачке четири не везују се изричито за наступање неке последице, тако да се поставља питање да ли је у тим случајевима реч о делатносном кривичном делу - где наступање последице није неопходно за постојање кривичног дела, односно где је наступање последице није обавезан елемент бића кривичног дела, односно ирелевантна је за постојање кривичног дела.

Анализирајући судску праксу закључује се да је и код тих облика кривичног дела, иако наступање последице није изричито унето у законски опис - неопходно наступање одређене последице која се манифестује на пасивном субјекту. Пасивни субјект код овог кривичног дела, може бити свако лице чија је слобода одлучивања, душевни мир и спокојство повређено или угрожено понашањем или радњама учиниоца. Дакле, да би кривично дело постојало неопходно је да код оштећеног буде изазван осећај угрожености психичког спокојства, страха за сопствену безбедност или безбедност њему блиских лица. Уколико неко понашање окривљеног објективно представља угрожавање или повређивање спокојства другог лица, међутим, код оштећеног лица то не изазива озбиљан страх, осећај личне несигурности и неспокојство у том случају - не би постојало ни ово кривично дело.

У прилог томе говори и судска пракса и то пресуда Основног суда у Горњем Милановцу К бр. 94/20 од 02.02.2021. године, којом је окривљена ослобођена од оптужбе да је извршила кривично дело из члана 138. став 1. тачка 4. и 5. Кривичног законика, која је потврђена пресудом Вишег суда у Чачку Кж бр. 68/21 од 06.05.2021. године, а из којих произилази да је окривљена од 01.04. до 26.05.2019. године са свог мобилног телефона позивала оштећену на мобилни телефон и да је оштећена реаговала тек након 20 дана од дана када је окривљена упутила претњу 16.05.2019. године да ће је убити. Само позивање телефоном које је вршила окривљена не може се подвести под „друге сличне радње“, на начин који може осетно да угрози лични живот лица према коме се предузимају, као и да нереаговање оштећене на претње које јој је окривљена упутила дана 16.05.2019. године указује да код оштећене не постоји озбиљан страх, осећај личне несигурности, нити осетно угрожавање личног живота, посебно имајући у виду чињеницу дубоко поремећених односа између окривљене и оштећене. По закључку првостепеног суда оштећена наведену претњу није схватила озбиљно, нити је иста код ње изазвала јачи осећај страха и веће несигурности будући да би се у супротном одмах обратила надлежним институцијама, дакле након предузимања инкриминисаних радњи окривљене, а што није учинила.

Дакле, код кривичног дела прогањање последицу треба ценити субјективно, на основу доживљаја жртве кривичног дела, односно на основу личног доживљаја сваке жртве у конкретном случају, а не објективно на основу стандарда просечног грађанина, у оквиру важећих моралних, обичајних и других правила друштвене заједнице.

Кривично дело прогањање из става 1. може се извршити само са обликом кривице који одговара директном умишљају, односно учинилац мора бити свестан свога дела и хтети његово извршење, а што произилази из његове континуиране намере да код пасивног субјекта изазове промену у стилу живота и његовом дотадашњем понашању. Оваквом закључку доприноси и чињеница да се захтева упорност у понашању учиниоца, које указује на субјективан однос високог интензитета, усмерен ка одређеном циљу.

У односу на став 2 и став 3, којим су инкриминисани квалификовани облици - наступањем теже последице, и то у ставу другом у виду изазивања опасности по живот, здравље или тело лица према коме је дело извршено или њему блиског лица, а у ставу трећем наступањем смрти

другог лица или њему блиског лица, код учиниоца мора постојати нехат у односу на тежу последицу.

Међутим, у пракси је тешко замисливо да у односу на неко лице наступи смрт „од прогањања“, јер је пре свега тешко доказати да је смрт наступила као последица овог кривичног дела, чак и када се иста може приписати нехату учиниоца, па се у вези са тим указује на решење у кривичном законодавству Аустрије које уместо смртне последице предвиђа тежу последицу у виду самоубиства или покушаја самоубиства.

Када је у питању однос између учиниоца кривичног дела и пасивног субјекта, за постојање кривичног дела прогањање из члана 138а Кривичног законика није битно да ли се учинилац кривичног дела и жртва - оштећено лице, међусобно познају нити да ли су раније били или су још увек у некој вези - пријатељској, партнерској, емоционалној, професионалној. Овакав став заузет је и у судској пракси, а што произилази из пресуда Основног суда у Ивањици К 167/20 од 04.03.2021. године и пресуде Вишег суда у Чачку К 136/21 од 26.07.2021. године.

Дакле, посматрајући однос између учиниоца кривичног дела и жртве могу се разликовати две варијанте односа између њих. Први тип се обично одвија између жртве и учиниоца који су у садашњем или бившем, партнерском, пријатељском, професионалном или пословном односу. У случајевима партнерског односа процес прогањања може започети почетком трајања везе, наставити се или интензивирати након што се она оконча. За други тип карактеристично је да жртва и учинилац нису били претходно ни у каквој вези и да је једина веза између њих управо процес прогањања, кроз који извршилац жели да оствари близак однос са другим лицем. Неретко се у пракси догађа да жртве овог кривичног дела буду јавне личности, које са учиниоцем нису ни у каквој релацији и не познају га. За постојање кривичног дела потпуно је ирелевантно који је претходни однос постојао између жртве кривичног дела и учиниоца.

Како се одређени облици овог кривичног дела и то из става 1. тачка 3. и 4. става 2. и става 3. могу односити и на „блиска лица“ оштећеног кривичним делом, које у извесном смислу представљају посредне жртве овог кривичног дела, може се поставити питање да ли блиско лице може бити само члан породице како је дефинисано одредбом члана 112. тачка 28. Кривичног законика или како је дефинисано Породичним законом или

пак најшире - у ком случају би блиско лице укључивало и најближе пријатеље, кумове, колеге, ближу родбину жртве кривичног дела.

Када је у питању учинилац овог кривичног дела, важно је напоменути да је природа кривичног дела таква да је у највећем броју случајева неопходно са нарочитом пажњом ценити структуру личности окривљеног, његово психичко и ментално здравље, ранији живот, личне и породичне прилике, однос према оштећеном, држање након учињеног кривичног дела. Због тога се у пракси често одређују комисијска неуропсихијатријска вештачења од стране тима вештака - психолога, социолога и психијатара, како би се осим урачунљивости окривљеног у време извршења кривичног дела утврдило и о каквој структури личности окривљеног се ради, јер то може бити од значајног утицаја на избор и висину кривичне санкције, али најчешће и на потребу изрицања неке од мера безбедности, укључујући и мере безбедности медицинског карактера. Ово стога што се сами узроци прогањања најчешће крију у неком облику патологије и искривљене перцепције учиниоца, односно његовом убеђењу да се на сасвим легитиман начин удвара или бори за наклоност и љубав жртве.

Реаговања жртве могу бити различита, од потпуног игнорисања, такозваног „блокирања“ позива и порука, преко негодовања и отвореног исказивања незаинтересованости и незадовољства до упозорења да ће случај бити пријављен полицији. Као спорно, поставља се питање има ли кривичног дела у ситуацији када оштећени повремено успоставља добровољну комуникацију са учиниоцем, како одговарајући како на поруке, тако и улазећи у вербалну комуникацију. Ово питање треба ценити у сваком конкретном случају, узимајући у обзир све околности случаја.

Пракса Основног суда у Смедереву

Од дана када је кривично дело прогањање из члана 138а КЗ унето у наше кривично законодавство па до данас, пред Основним судом у Смедереву вођено је једанаест кривичних поступака због извршења овог кривичног дела. Од тога је осам поступака правноснажно окончано, а три кривична поступка су у току.

У десет кривичних поступака окривљени је лице мушког пола, најстарији окривљени је 1976. годиште, а најмлађи окривљени је 2002. годиште, из чега се закључује да су углавном питању мушкарци у млађем

животном добу, док је у само једном кривичном поступку окривљена жена, која је 1992. годиште. У свим кривичним поступцима оштећено лице је женског пола, такође млађег животног доба. У највећем броју случајева окривљени и оштећена се нису раније лично познавали, нити су били у некој врсти односа, али је учинилац био мотивисан жељом да са оштећеном оствари неку врсту пријатељског, емотивног или партнерског односа.

Када је у питању радња извршења кривичног дела у седам кривичних поступака окривљеном је на терет стављено извршење кривичног дела 138а став 1. тачка 1. и 2. КЗ, дакле неовлашћено праћење и предузимање других радњи у циљу физичког приближавања том лицу, против његове воље и настојање да се са њим успостави контакт - непосредно или путем средстава комуникације, смс порука и друштвених мрежа, „инстаграм“, „фејсбук“ и „вајбер“. Три кривична поступка су вођења због извршења кривичног дела из тачке 2. Кривичног законика, дакле окривљени је противно вољи оштећене настојао да успостави контакт са њом непосредно или путем средстава комуникације. Један кривични поступак се води због кривичног дела прогањање из члана 138а став 2. Кривичног законика, а у вези са чланом 54а Кривичног законика, јер је окривљеном стављено на терет да је мотивисан мржњом због националне припадности оштећене.

Посматрајући временски период у коме су кривична дела извршена, закључује се да је у питању временски период - од једног месеца до три године, али углавном је пријава оштећеног лица уследила након пар месеци константног и упорног праћења и узнемиравања од стране окривљеног, што указује на одређени степен толеранције оштећених лица, те да најпре покушавају да или изостанком било какве реакције или изричито стављањем окривљеном до знања да не желе било какву комуникацију са њим, па тек након што окривљени настави са континуираним и упорним противправним понашањем, долази до пријаве надлежним органима.

Од осам правноснажно окончаних кривичних поступака пред Основним судом у Смедереву сви кривични поступци окончани су осуђујућом пресудом. Када су у питању кривичне санкције, у четири кривична поступка изречена је условна осуда са утврђеном казном затвора од три до шест месеци и са временом проверавања од једне године, у два кривична поступка изречена је казна затвора у трајању од седам месеци и десет месеци - будући да је реч о истом окривљеном, специјалном повратнику у извршењу овог кривичног дела, према две различите оштећене, у блиском

временском периоду и који се налазио у притвору у оба кривична предмета. У два кривична предмета окривљени је осуђен на новчану казну у износу од 60.000,00 до 200.000,00 динара. Готово у свим предметима је изречена и мера безбедности из члана 89а Кривичног законика, која подразумева забрану приближавања оштећеном лицу на одређеној удаљености, забрану приступа у простор око места становања или места рада оштећеног и даље узнемиравање оштећеног, односно даљу комуникацију са оштећеним лицем. Трајање ове мере одређено је различито, од шест месеци до три године у зависности од околности конкретног случаја. Такође у једном кривичном предмету је уз меру упозорења - условну осуду окривљеном изречена и мера безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи из члана 82. Кривичног законика, с обзиром на то да је окривљеном неуропсихијатријским вештачењем установљен трајни душевни поремећај и поремећај структуре личности. У једном кривичном предмету изречена је мера безбедности одузимања предмета из члана 87. Кривичног законика и то мобилног телефона окривљеног.

Само у једном кривичном поступку који још увек није правноснажно окончан поднет је предлог за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења у здравственој установи према учиниоцу противправног дела које је у закону одређено као кривично дело прогањање из члана 138а став 2. у вези са чланом 54а Кривичног законика, будући да је у питању неурачунљиво лице због душевне болести - врсте резидуалне схизофреније, а оштећена у том предмету и његов лекар, психијатар, а противправно дело које му је стављено на терет било је мотивисано мржњом због националне припадности оштећене.

Анализирајући наведене одлуке Основног суда у Смедереву у правцу кретања казнене политике за ово кривично дело, а имајући у виду запрећене казне, уочава се да је највећи број кривичних поступака окончан изрицањем мере упозорења - условне осуде (четири од укупно осам кривичних поступака) која је уз то праћена и изрицањем мере безбедности из члана 89а Кривичног законика, која подразумева забрану приближавања оштећеном лицу на одређеној удаљености, забрану приступа у простор око места становања или места рада оштећеног и даље узнемиравање оштећеног, односно даљу комуникацију са оштећеним лицем. Основни циљ изрицања кривичне санкције код оваквих кривичних дела је настојање да се њиховом применом обезбеди престанак оваквих узнеми-

равања од стране учиниоца, а закључује се да се та сврха у највећем броју - и то код лакших случајева, постиже управо условном осудом која садржи претњу казном затвора у случају да дође до понављања кривичног дела од стране учиниоца, а чему свакако доприноси и изрицање мере безбедности из члана 89а КЗ.

Пракса Основног суда у Великој Плани

Пред Основним судом у Великој Плани вођено је и правноснажно окончано шест кривичних поступака због извршења овог кривичног дела.

У свим кривичним поступцима окривљени је лице мушког пола, најстарији окривљени је 1973. годиште, а најмлађи окривљени је 2001. годиште, дакле мушкарци у млађем животном добу. У пет кривичних поступака оштећено лице је женског пола, млађег животног доба, док је у једном кривичном поступку оштећено лице мушког пола. У највећем броју случајева окривљени и оштећена су се раније лично познавали и били су некој врсти партнерског односа.

Када је у питању радња извршења кривичног дела у четири кривична поступка окривљеном је на терет стављено извршење кривичног дела 138а став 1. тачка 1. и 2. КЗ, дакле неовлашћено праћење и предузимање других радњи у циљу физичког приближавања тог лица, против његове воље и настојање да се са њим успостави контакт - непосредно или најчешће путем средстава комуникације смс порука и друштвених мрежа, „инстаграм“, „фејсбук“ и „вајбер“, један кривични поступак вођен због извршења кривичног дела из члана 138а став 1. тачка 1. Кривичног законика, док је један кривични поступак поред тачака 1. и 2. вођен и због тачке 5.

Посматрајући временски период у коме су кривична дела вршена, закључује се да је најчешће у питању временски период од око једне године, с тим што је у једном предмету у питању временски период од 10 дана.

Сви кривични поступци окончани су осуђујућом пресудом, у четири кривична поступка изречена је условна осуда са утврђеном казном затвора од три месеца до десет месеци, и са временом проверавања од једне до две године, у једном кривичном поступку учинилац је осуђен на затворску казну у трајању од једне године, док је у једном кривичном поступку окривљени осуђен на новчану казну у износу од 60.000,00. Само у једном кривичном предмету изречена је мера безбедности из члана 89а

Кривичног законика у трајању од шест месеци. У једном кривичном предмету је уз меру упозорења - условну осуду окривљеном изречена и мера безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи из члана 82. Кривичног законика.

Анализирајући наведене одлуке Основног суда у Великој Плани, на пољу изречених кривичних санкција, уочава се да је највећи број кривичних поступака окончан изрицањем мера упозорења - условних осуда (у четири од укупно шест кривичних поступака) које нису праћене и изрицањем мере безбедности из члана 89а Кривичног законика, која подразумева забрану приближавања оштећеном лицу на одређеној удаљености, забрану приступа у простор око места становања или места рада оштећеног и даље узнемиравање оштећеног, односно даљу комуникацију са оштећеним лицем, будући да је предметна мера безбедности изречена само у предмету где је окривљени осуђен на казну затвора.

Закључна разматрања

Увођењем у наше кривично законодавство инкримације из члана 138а КЗ употпуњена је заштита корпуса слобода и права човека и грађанина, у оном сегменту где ова врста недозвољеног понашања до сада није била санкционисана. Ово посебно из разлога што до 2017. године формалноправно посматрано, кривично дело прогањање није постојало, а постојао је велики број случајева у којима су права и слобода оштећених лица била повређена или угрожена управо предузимањем оваквих инкриминсаних радњи, а да је изостало процесуирање и санкционисање учиниоца. Ово је важно и из разлога што се увођењем ове законске инкриминације, чији су заштитни објекат слобода и права човека и грађанина превенира извршење по заштитном објекту тежих кривичних дела, које за последицу имају угрожавање телесног интегритета па и смртни исход (кривичних дела против живота и тела: тешко убиство, убиство, тешка телесна повреда, лака телесна повреда и сл.) Дакле, овом инкриминацијом свим извршиоцима, као и потенцијалним извршиоцима овог кривичног дела ставља се у изглед да ће бити санкционисано свако понашање којим се нарушава психички интегритет и спокојство другог лица, и када оно није праћено угрожавањем и повредом телесног интегритета.

Литература:

Кривични законик („Службени гласник РС“, број 35/19)

Коментар Кривичног законика, једанаесто допуњено издање, проф. др Зоран Стојановић

Истанбулска конвенција-Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, CETS No.210.

Доц. др Милица Ковачевић Прегледни научни рад УДК: 343.436 Прогањање општа разматрања и упоредноправни преглед

Прогањање као вид угрожавања права на живот - проф.др Ђорђе Ђорђевић (Из Зборника радова Примена права и правна сигурност, Копаоничка школа природног права Слободан Перовић, 2021-Том I

Билтен Врховног касационог суда, број 2/2019 (у оквиру текста -Уједначавање судске праксе - В.Крстајић, судија ВКС) Интермекс, Београд

Билтен Врховног касационог суда, број 4/2019, Интермекс, Београд

II
УПРАВНА МАТЕРИЈА

Тема: ПРАВО ЛИЦА КОЈЕ НИЈЕ УЧЕСТВОВАЛО У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ НА ПОДНОШЕЊЕ ТУЖБЕ У УПРАВНОМ СПОРУ

Гордана Џакула
судија Врховног касационог суда

ПРАВО ЛИЦА КОЈЕ НИЈЕ УЧЕСТВОВАЛО У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ НА ПОДНОШЕЊЕ ТУЖБЕ У УПРАВНОМ СПОРУ

1. Удружење које се бави заштитом животне средине као тужилац у управном спору у управним стварима издавања грађевинске дозволе

Активна легитимација тужиоца за подношење тужбе у управном спору је процесни услов за вођење управног спора и мериторног решавања предмета управног спора. Стога је од посебне важности правилна оцена суда да ли је подносилац тужбе овлашћен на подношење тужбе у управном спору. Исто је битно и због тога што је одредбом члана 36. став 2. Устава Републике Србије утврђено да свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу и с обзиром на то да је право на приступ суду елемент права на правично суђење, које јемчи Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода у члану 6.

Оцена активне легитимације подносиоца тужбе у управном спору, посебно у случају када тужилац није учествовао у својству странке у управном поступку који је окончан оспореним управним актом, представља (често) захтеван и сложен правни задатак за суд. Посебно је сложено, сада актуелно за управно судство, питање активне легитимације удружења, основаног према прописима, које се бави заштитом животне средине, за подношење тужбе у управном спору против решења о грађевинској дозволи када је у питању пројекат за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину.

Та сложеност проистиче из: значаја животне средине и потребе заштите животне средине, као и тога да поступак доношења решења о грађевинској дозволи када је у питању пројекат за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину представља управну ствар која може имати утицаја на животну средину, због чега је повезана са заштитом животне средине, али није прописана еколошким прописима. Стога се одлучивањем о активној легитимацији за подношење тужбе у овим управним стварима у суштини решава о праву на приступ управносудској заштити, која има за циљ да се спречи наношење штете животној средини спровођењем активности на основу незаконите грађевинске дозволе. Међутим, значај судске заштите у управном спору у управним стварима које могу имати утицаја на животну средину, није праћен и одговарајућим нормативним решењима, пре свега одредбама Закона о управним споровима.

Наиме, са развојем еколошког права, еколошким прописима уведени су као учесници у управним поступцима јавност, односно заинтересована јавност која обухвата и удружења која се баве заштитом животне средине. Страначка легитимација је проширена и у управном поступку одредбом члана 44. став 3. Закона о општем управном поступку („Службени гласник РС“, бр. 18/2016, 95/2018-аутентично тумачење и 2/2023-одлука УС), у даљем тексту ЗУП, прописивањем да у управном поступку у својству странке могу да учествују и они субјекти о чијим се индивидуалним правима, обавезама и правним интересима не одлучује у управном поступку. Одредбом члана 44. став 3. ЗУП-а је прописано: да заступници колективних интереса и заступници ширих интереса јавности, који су организовани сагласно прописима, могу да имају својство странке у управном поступку ако исход управног поступка може да утиче на интересе које заступају. Међутим, Закон о управним споровима, будући да је

донет пре Закона о општем управном поступку из 2016. године, није усклађен са овим законом, када је у питању круг субјеката који подношењем тужбе у управном спору могу да стекну својство тужиоца као странке, што увелико отежава разрешење правног питања активне легитимације удружења које се бави заштитом животне средине, као представника заинтересоване јавности из еколошких прописа (односно заступника колективних интереса и заступника ширих интереса јавности из члана 44. став 3. ЗУП-а) за подношење тужбе у управном спору у управним стварима чије решавање може имати утицаја на животну средину.

Циљ овог реферата је да укаже на нека од питања која су од правног значаја за оцену права удружења које се, према свом статуту бави заштитом животне средине, основаног у складу са прописима (представник заинтересоване јавности, односно заступник колективних интереса и заступник ширих интереса јавности из члана 44. став 3. ЗУП-а), које није учествовало у управном поступку, на подношење тужбе у управном спору против решења о грађевинској дозволи када је у питању пројекат за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину. У реферату су изнета правна питања о активној легитимацији у управном спору у погледу којих је Врховни касациони суд изнео правно становиште у пресудама донетим по захтевима за преиспитивање судских одлука – решења и пресуда Управног суда.

За решавање овог спорног правног питања потребно је да се пође од појма и значаја управног спора и начела диспозиције странака као једног од начела управног спора према Закону о управним споровима („Службени гласник РС“, број 111/2009), у даљем тексту: ЗУС, од појма тужиоца и активне легитимације за подношење тужбе према одредби члана 11. истог закона, разматрања активне легитимације за подношење тужбе у управном спору од стране тужиоца који није учествовао у управном поступку у управним стварима у којима тужилац тужбу подноси ради заштите својих индивидуалних права и правних интереса.

2. Начело диспозиције странака у управном спору

Управни спор, као спор о законитости коначних управних аката је један од најважнијих видова судске контроле законитости рада јавне управе и представља „механизам гарантија права и правних интереса грађана и дру-

гих правних субјеката од противправног вршења управних активности".[1] Процесни пропис који уређује поступање суда у решавању управних спорова је Закон о управним споровима, према ком закону циљ и смисао управног спора јесте оцена законитости управног акта, ради заштите права физичких, правних и других субјеката о чијим се правима и обавезама, или на закону заснованом интересу решава оспореним управним актом. Ради остварења овог циља, у случају да суд утврди да је оспорени управни акт незаконит, суд ће, пресудом којом тужбу уважава поништити оспорен управни акт, и у спору ограничене јурисдикције предмет вратити надлежном органу на поновно одлучивање (члан 42. ЗУС-а), а у спору пуне јурисдикције суд ће пресудом решити управну ствар (члан 43. ЗУС-а).

Међутим, како је начело диспозиције странака једно од начела ЗУС-а, то се према одредби члана 17. овог закона управни спор покреће тужбом, а не по службеној дужности, због чега је активна легитимација за подношење тужбе процесни услов за вођење управног спора.

Самим тим, несумњиво је да је једно од најважнијих процесних питања у управном спору управо активна легитимација тужиоца за подношење тужбе у управном спору. Само у случају да је тужбу поднело лице овлашћено да поднесе тужбу и буде странка у управном спору у својству тужиоца, постоје процесни услови за вођење управног спора и мериторног одлучивања о законитости управног акта. У противном тужба се одбацује.[2]

3. Активна легитимација за подношење тужбе у управном спору

Одредбом члана 11. ЗУС-а прописано је: да тужилац у управном спору може да буде физичко, правно или друго лице, ако сматра да му је управним актом повређено неко право или на закону заснован интерес (став 1); да државни орган, орган аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, организација, део привредног друштва са овлашћењима у правном промету, насеље, група лица и други који немају својство правног лица, могу покренути управни спор ако могу да буду носиоци права и обавеза о којима се решавало у управном поступку (став 2); да ако је

---

1 Коментар закона о управним споровима са судском праксом – проф. др Зоран Томић, издавач Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник – 2010. година, стр. 82.

2 Одредбом члана 26. став 1. тачка 4) ЗУС-а прописано је: да ће судија појединац решењем одбацити тужбу и ако утврди да се управним актом који се тужбом оспорава не дира очигледно у право тужиоца или у његов на закону заснован интерес (члан 11. став 1).

управним актом повређен закон на штету јавног интереса, управни спор може да покрене надлежни јавни тужилац (став 3); да ако су управним актом повређена имовинска права и интереси Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, управни спор може да покрене и надлежно јавно правобранилаштво (став 4).

Из члана 11. ЗУС-а произлази да је овом одредбом прописан круг субјеката и услови под којима ови субјекти могу тужбом да покрену управни спор, односно који су овлашћени за покретање управног спора, те да подношењем тужбе стекну својство тужиоца као странке у управном спору. Активна легитимација за подношење тужбе субјекта из члана 11. ЗУС-а заснива се на правно релевантној вези између тужиоца (права и на закону заснованом интересу тужиоца) са предметом одлучивања оспореним управним актом, а с обзиром на материјалноправни пропис чијом применом је тај управни акт донет. Када је тужбу поднео активно легитимисан тужилац, постоје процесни услови за вођење управног спора и да суд мериторно утврди да ли је оспореним управним актом повређено право или на закону заснован интерес тужиоца. Субјективна оцена подносиоца тужбе да му је управним актом повређено неко право нема значај процесноправног услова за активну легитимацију за подношење тужбе, а што је становиште изнето и у пресуди Врховног касационог суда Узп 217/2022 од 8.7.2022. године.

Активна легитимација се заснива на томе да је оспореним управним актом решавано о праву, обавези или на закону заснованом интересу тужиоца. Судска пракса доследна је у тумачењу активне легитимације на наведени начин, односно да активну легитимацију за подношење тужбе у управном спору, има лице које је у својству странке учествовало у управном поступку, као и лице о чијем је праву, обавези или на закону заснованом интересу одлучено управним актом.[3]

[3] Околност да је управни поступак вођен по службеној дужности не може бити сметња да појединац учествује као тужилац у управном спору, ако сматра да му је управним актом повређено какво право или непосредан лични интерес заснован на закону (правно схватање Одељења за управне спорове Врховног суда Србије од 28.4.1982. године).
Лице које је учествовало у управном поступку као странка овлашћено је и на подношење тужбе у управном спору против коначног решења донесеног по жалби трећег лица иако се није жалио против првостепеног решења (ВСЈ, Уж-1534/6 од 5.3.1965. године).

Управним актом може да буде повређен и јавни интерес или имовинска права и имовински интереси Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, а у корист субјекта о чијим правима је решавано управним актом. Стога, у циљу обезбеђења законитости управног одлучивања, према одредби члана 11. ст. 3. и 4. ЗУС-а, јавни тужилац је активно легитимисан за подношење тужбе када је повређен јавни интерес, а правобранилац када су повређена имовинска права и интереси Републике Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе.[4]

4. Активна легитимација за подношење тужбе у управном спору лица које није учествовало у управном поступку

Тужилац у управном спору је, по правилу, лице (физичко, правно или други субјект) које је учествовало у управном поступку окончаном тужбом оспореним управним актом и о чијем праву, обавези и интересу је решавано управним актом.

Међутим, активну легитимацију може да оствари и лице које није учествовало у управном поступку. На овај начин омогућава се непосредно обраћање тужбом Управном суду, без претходног коришћења ванредног правног средства понављања поступка из разлога прописаног одредбом члана 176. тачка 5) ЗУП-а, у ком поступку би се тужиоцу утврдило својство странке у управном поступку.[5]

Новија судска пракса све више отвара могућност за подношење тужбе и од стране лица које није учествовало у управном поступку, за разлику од раније судске праксе према којој је оваква могућност постојала само у изузетним случајевима, а с обзиром на околности конкретног случаја.[6]

Активна легитимација за подношење тужбе у управном спору лица које није учествовало у управном поступку и о чијем праву и обавези управним актом није непосредно решавано, цени се полазећи од тога

---

[4] У реферату се не разматра активна легитимација субјеката из члана 11. ст. 3. и 4. ЗУС-а

[5] Аутор је мишљења да овакво решење којим се заобилази управни поступак, по правилу, није ваљано и то из више разлога.

[6] Пресуда ВСС, У 1590/2004 од 03.02.2005. године: „Тужилац у управном спору може бити само оно правно или физичко лице коме је статус странке признат у управном поступку“.
Аквитно је легитимисан за подношење тужбе у управном спору против решења којим је одлучено о захтеву за регистрацију реда вожње у међумесном линијском превозу путника, осим превозника о чијем захтеву је одлучено решењем и превозник који има већ одобрен ред вожње на истој линији (Правно схватање Управног одељења Врховног суда Србије, од 22. маја 2007. године).

да ли постоји правно релевантна веза између права тужиоца, односно његовог на закону заснованог интереса у конкретној управној ствари и предмета управне ствари, а с обзиром на материјалноправни пропис применом кога је тај управни акт донет. Врховни касациони суд се у наведеном смислу изјаснио у низу пресуда у поступцима по захтевима за преиспитивање судске одлуке, разматрајући законитост одлука Управног суда, у вези питања активне легитимације за подношење тужбе од стране лица које није учествовало у управном поступку против решења Комисије за заштиту конкуренције којима је решавано о захтеву за појединачно изузеће од забране рестриктивног споразума. У пресуди Узп 217/2022 од 8.7.2022. године, Врховни касациони суд је нашао да је у побијаном решењу Управни суд правилно оценио да тужилац није активно легитимисан за подношење тужбе. У образложењу пресуде је као разлог за овакав закључак наведено: „У том поступку није одлучивано о правима и обавезама подносиоца захтева. Не постоји ни на закону заснован интерес подносиоца захтева за подношење тужбе у управном спору. Субјективна оцена неког лица да му је управним актом повређено неко право, која утемељење налази у термину „сматра“ наведеном у члану 11. став 1. Закона о управним споровима, не може имати значај процесно-правног услова из кога проистиче активна легитимација за подношење тужбе. Под интересом неког лица заснованим на закону не подразумева се сваки интерес, него само онај, који своје упориште има у закону.“

Полазећи од наведених критеријума за оцену активне легитимације, Врховни касациони суд се у пресуди Узп 392/2018 од 20.12.2019. године изјаснио да су подносиоци тужбе акционари циљног друштва као имаоци акција које се преузимају, активно легитимисани за подношење тужбе у управном спору против решења Комисије за хартије од вредности којим се одобрава понуђачу објављивање понуде за преузимање акција циљног друштва.[7]

[7] У образложењу пресуде Врховног касационог суда Узп 392/2018 од 20.12.2019. године је наведено: „Полазећи од цитираних законских одредби и да се према одредбама Закона о преузимању акционарских друштава поступак преузимања акционарских друштава спроводи уз поштовање права и правних интереса и акционара циљног друштва као имаоца акција које се преузимају и учесника у поступку преузимања, Врховни касациони суд налази да је правилно становиште Управног суда да су тужиоци легитимисани за подношење тужбе у овој управној ствари, у складу са одредбом члана 11. Закона о управним споровима. Ово из разлога јер акционари циљног друштва чије се акције преузимају, као имаоци акција имају на закону заснован интерес за подношење тужбе у управном спору против решења Комисије за хартије од вредности којим се одобрава понуђачу објављивање понуде за преузимање акција циљног друштва. Наведено јер се у поступку прописаном одредбом члана 13.

Наведени став Врховног касационог суда о активној легитимацији за подношење тужбе у управном спору, а тиме и о приступу суду, у складу је и са ставом Уставног суда који је изражен у одлуци Уж 5720/2016 од 1.10.2020. године. Уставни суд је у наведеној одлуци стао на становиште да се: „прописаним ограничењем, које активну легитимацију за подношење тужбе условљава постојањем интереса који је заснован на закону, не угрожава суштина права на приступ суду, јер је то ограничење установљено у циљу спречавања да се као тужилац у управном спору појави било које лице на основу опште заинтересованости, без индивидуално одређеног интереса који проистиче из закона или другог опште акта.“[8]

5. Активна легитимација за подношење тужбе од стране удружења које се бави заштитом животне средине које није учествовало у управном поступку издавања грађевинске дозволе

Пред Управним судом и пред Врховним касационим судом по захтеву за преиспитивање пресуде Управног суда, поставило се као спорно правно питање, којим се (по сазнању аутора) управно судство до сада није бавило и то да ли удружење за заштиту животне средине, које није учествовало у својству странке у управном поступку, може да буде активно легитимисано за подношење тужбе у управном спору по тужби против решења о грађевинској дозволи када је у питању пројекат за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину.

Специфичност управног поступка издавања грађевинске дозволе, у случају када је за пројекат утврђена потреба процене утицаја на животну средину, огледа се у томе што је у питању управни акт донет применом Закона о планирању и изградњи, а не неког еколошког прописа, као и у томе што решавање ове управне ствари може имати утицаја на животну средину. Поред наведеног, за оцену активне легитимације тужиоца од значаја је и то да удружење које се бави заштитом животне средине, тужбу у управном спору подноси као представник заинтересоване јавно-

Закона о преузимању акционарских друштава (као фази поступка преузимања акционарског друштва) по захтеву понуђача за одобрење објављивања понуде за преузимање решава и о правном интересу, на закону заснованом, акционара циљног друштва, који произлази из права (поред особених и имовинских права) акционара као имаоца акција које се преузимају.“

8 Преузето из текста проф. др Јелене Јеринић – „У име јавности: легитимација заступника колективних интереса и ширих интереса јавности у управним стварима“ – Правни записи, год. XI бр. 2/2020, Правни факултет Универзитета Унион.

сти (односно странка из члана 44. став 3. ЗУП-а) ради заштите животне средине, чијом заштитом се, на основу свог статута, бави, а не ради заштите свог индивидуалног права и интереса као удружења.

За решавање овог спорног правног питања, нормативни оквир су одредба члана 11. ЗУС-а, члана 44. став 3. ЗУП-а, одредбе Конвенције о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима животне средине – Архуска конвенција, која је потврђена Законом о потврђивању Конвенције о доступности информација, учешћа јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима животне средине, одредбе Закона о заштити животне средине, Закона о процени утицаја на животну средину, Закона о планирању и изградњи, Закона о удружењима, као и Правилника о садржини, начину и поступку израде и начину вршења контроле техничке документације према класи и намени објеката („Службени гласник РС“, бр. 73/2019) и Правилника о поступку спровођења обједињене процедуре електронским путем („Службени гласник РС“, бр. 68/2019).

Одредбом члана 2. Конвенције о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима животне средине – Архуска конвенција, која је потврђена Законом о потврђивању Конвенције о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима животне средине („Службени гласник РС“ – међународни уговори, број 38/09), прописано је да за сврхе ове конвенције: 4. „Јавност“ значи једно или више физичких и правних лица и, у складу са националним законодавством или праксом, њихова удружења, организације или групе; 5. „Заинтересована јавност“ значи јавност која је угрожена или ће вероватно бити угрожена или има интереса доношењу одлука у области животне средине. За потребе ове дефиниције, невладине организације које промовишу заштиту животне средине и које задовољавају услове прописане националним законодавством биће сматране заинтересованим. Одредбом члана 9. став 2. алинеја 1 исте конвенције је прописано да ће свака Страна, у оквиру свог националног законодавства обезбедити да припадници заинтересоване јавности (а) који имају довољног интереса, или, алтернативно, (б) тврде да је дошло до кршења права, у случају када прописи о управном поступку једне Стране то захтевају као предуслов, имају право на поступак преиспитивања пред судом и/или другим независним и непристрасним телом

установљеним законом, у циљу побијања материјалне и процесне законитости било које одлуке, чињења или пропуштања чињења, према одредбама члана 6. и, када је то предвиђено националним законодавством и без нарушавања одредаба става 3. у доњем тексту, другим релевантним одредбама ове конвенције.

Одредбама Закона о заштити животне средине („Службени гласник РС“, бр. 135/2004, ... 76/2018, 95/2018 (други закон)) прописано је: да животна средина јесте скуп природних и створених вредности чији комплексни међусобни односи чине окружење, односно простор и услове за живот (члан 3. тачка 1); да заинтересована јавност јесте јавност на коју утиче или на коју може утицати доношење одлуке надлежног органа или која има интереса у томе, укључујући и удружења грађана и друштвене организације које се баве заштитом животне средине и које су евидентиране код надлежног органа (члан 3. тачка 28); да удружења грађана у области заштите животне средине припремају, пропагирају и реализују своје програме заштите, штите своја права и интересе у области заштите животне средине, предлажу активности и мере заштите, учествују у поступку доношења одлука у складу са законом, доприносе или непосредно раде на информисању о животној средини (члан 7); да је процена утицаја пројекта на животну средину саставни део техничке документације без које се не може приступити извођењу пројекта и врши се у складу са поступком прописаним посебним законом (члан 36. став 3); да јавност и заинтересована јавност има право да, у складу са законом, учествује у поступку доношења одлука о: 1) стратешкој процени утицаја планова и програма на животну средину; 2) процени утицаја пројеката чија реализација може довести до загађивања животне средине или представља ризик по животну средину и здравље људи; 3) одобравању рада нових, односно постојећих постројења (члан 81. став 1. тач. 1, 2. и 3); да заинтересована јавност у поступку остваривања права на здраву животну средину као странка има право да покреће поступак преиспитивања одлуке пред надлежним органом, односно судом, у складу са законом (члан 81а).

Одредбама Закона о процени утицаја на животну средину („Службени гласник РС“, бр. 135/2004, 36/2009) прописано је: да процена утицаја на животну средину јесте превентивна мера заштите животне средине заснована на изради студија и спровођењу консултација уз учешће јавности и анализи алтернативних мера, са циљем да се прикупе подаци и

предвиде штетни утицаји одређених пројеката на живот и здравље људи, флору и фауну, земљиште, воду, ваздух, климу и пејзаж, материјална и културна добра и узајамно деловање ових чинилаца, као и утврде и предложе мере којима се штетни утицаји могу спречити, смањити или отклонити имајући у виду изводљивост тих пројеката (у даљем тексту: процена утицаја) (члан 2. тачка 5); да студија о процени утицаја на животну средину јесте документ којим се анализира и оцењује квалитет чинилаца животне средине и њихова осетљивост на одређеном простору и међусобни утицаји постојећих и планираних активности, предвиђају непосредни и посредни штетни утицај пројекта на чиниоце животне средине, као и мере и услови за спречавање, смањење и отклањање штетних утицаја на животну средину и здравље људи (у даљем тексту: студија о процени утицаја) (члан 2. тачка 6); да заинтересована јавност обухвата јавност на коју пројекат утиче или је вероватно да ће утицати, укључујући и невладине организације које се баве заштитом животне средине и евидентиране су код надлежног органа (члан 2. тачка 7); да се процена утицаја врши за пројекте из области индустрије, рударства, енергетике, саобраћаја, туризма, пољопривреде, шумарства, водопривреде, управљања отпадом и комуналних делатности, као и за пројекте који се планирају на заштићеном природном добру и у заштићеној околини непокретног културног добра (члан 3. став 3); да Влада Србије (у даљем тексту: Влада) прописује: 1) листу пројеката за које је обавезна процена утицаја; 2) листу пројеката за које се може захтевати процена утицаја (члан 4. став 1); да носилац пројекта за који је обавезна процена утицаја и пројекта за који је утврђена потреба процене утицаја, не може приступити реализацији, односно изградњи и извођењу пројекта без сагласности надлежног органа на студију о процени утицаја (члан 5); да су студија о процени утицаја и сагласност на студију о процени утицаја, односно одлука да није потребна процена утицаја на животну средину, саставни део документације која се прилаже уз захтев за издавање одобрења за изградњу или уз пријаву почетка извођења пројекта (изградња, извођење радова, промена технологије, промена делатности и друге активности) (члан 18).

Одредбама Закона о планирању и изградњи („Службени гласник РС“, бр. 72/2009... 52/21) прописано је: да грађевинску дозволу за изградњу објеката издаје министарство надлежно за послове грађевинарства (у даљем тексту: Министарство), ако овим законом није другачије одређено

(члан 133. став 1); да се грађевинска дозвола издаје инвеститору који уз захтев за издавање грађевинске дозволе достави пројекат за грађевинску дозволу и извод из пројекта за грађевинску дозволу израђене у складу са прописом којим се ближе уређује садржина техничке документације, који има одговарајуће право на земљишту или објекту и који је доставио, поред осталих и доказе прописане прописом којим се ближе уређује поступак спровођења обједињене процедуре (члан 135. став 1); да се грађевинска дозвола издаје решењем (члан 136. став 3); да се на решење из става 3. овог члана може изјавити жалба у року од осам дана од дана достављања (члан 136. став 4); да се на решење из става 3. овог члана, које доноси надлежно министарство односно надлежни орган аутономне покрајине, не може изјавити жалба, али се тужбом може покренути управни спор (члан 136. став 5).

Одредбама Закона о удружењима („Службени гласник РС“, бр. 51/2009... 44/2018 (други закон)) прописано је: да удружење, у смислу овог закона јесте добровољна и невладина недобитна организација заснована на слободи удруживања више физичких или правних лица, основана ради остваривања и унапређења одређеног заједничког или општег циља и интереса, који нису забрањени Уставом или законом (члан 2. став 1); да је упис у регистар удружења добровољан (члан 4. став 1); да удружење стиче статус правног лица даном уписа у регистар (члан 4. став 2); да је статут основни општи акт удружења (члан 12. став 1).

Према цитираним прописима, удружење основано према прописима (члан 4. став 2. Закона о удружењима) које се, према свом статуту, бави заштитом животне средине **(у даљем тексту: удружење за заштиту животне средине)**, као представник заинтересоване јавности из еколошких прописа (и странка из члана 44. став 3. ЗУП-а) нема непосредно право на подношење тужбе у управном спору, односно из ових прописа за удружење не произлази својство тужиоца као странке у управном спору, у складу са одредбом члана 11. Закона о управним споровима, по тужби против решења о грађевинској дозволи, ни у случају када је у питању грађевинска дозвола у вези пројекта за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину. Легитимација удружења за заштиту животне средине не произлази непосредно ни из чињенице да је у питању заинтересована јавност из еколошких прописа, с обзиром на то да издавање грађевинске дозволе није прописано еколошким прописима и да Закон о пла-

нирању и изградњи, као ни еколошки прописи, не прописују учешће заинтересоване јавности у поступку издавања грађевинске дозволе.

Према правном схватању Врховног касационог суда израженог у пресуди Узп 132/2021 од 17.3.2023. године, наведени закључак заснива се на околности да: „...еколошки прописи, Закон о заштити животне средине и Закон о процени утицаја на животну средину, који прописују правни оквир заштите животне средине (поред Закона о интегрисаном спречавању и контроли загађивања животне средине и Закона о стратешкој процени утицаја на животну средину) и који утврђују појам „заинтересована јавност“, да су заинтересована јавност и удружења која се баве заштитом животне средине, прописују непосредно право заинтересоване јавности да учествују у управном поступку и право покретања управног спора само у појединим поступцима прописаним тим законима, али не и Законом о планирању и изградњи.

Наведени закључак произлази и из чињенице да Закон о планирању и изградњи, који не припада корпусу еколошких закона, не прописује заинтересовану јавност као странку у управном поступку издавања грађевинске дозволе, а Закон о заштити животне средине (члан 81а), Закон о процени утицаја на животну средину, а имајући у виду и Архуску конвенцију, садрже само упућујуће норме према којима се право на подношење тужбе остварује у складу са законом.

Поред наведеног, према одредби члана 11. став 1. Закона о управним споровима удружење које се бави заштитом животне средине нема непосредно право на подношење тужбе, односно тужилачку легитимацију у управном спору против решења о грађевинској дозволи, јер се тим управним актом не решава о праву удружења као подносиоца тужбе, већ о праву странке у управном поступку по чијем захтеву је оспорено решење о грађевинској дозволи донето. Такође одредба члана 11. Закона о управним споровима не прописује заинтересовану јавност из еколошких прописа, те заступнике колективних интереса и заступнике ширих интереса јавности из члана 44. став 3. Закона о општем управном поступку, као правне субјекте који имају својство тужиоца у управном спору.

Међутим, по правном схватању Врховног касационог суда, удружење за заштиту животне средине и поред тога што нема непосредно право на подношење тужбе може да оствари тужилачку легитимацију у

управном спору по тужби против решења о грађевинској дозволи, када је у питању пројекат за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину. Наведено произлази из Закона о заштити животне средине (члан 81а), Закона о процени утицаја на животну средину, Архуске конвенције и одредбе члана 44. став 3. Закона о општем управном поступку. У том правцу је, поступио и Европски суд за људска права када је у предмету, на који се позвао и Управни суд, Лераблије (L´Elablière A.S.B.L против Белгије, представка бр. 49230/07 од 24.02.2009. године, ст. 29) признао право на приступ управном суду непрофитном удружењу чије су активности усмерене ка заштити животне средине у неколико општина у Белгији, а поводом оспоравања законитости издавања грађевинске дозволе за изградњу постројења за сакупљање отпада."

Следом наведеног, легитимација за подношење тужбе у управном спору удружења за заштиту животне средине против решења о грађевинској дозволи када је у питању пројекат за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину, цени се према одредби члана 11. став 1. ЗУС-а, јер је ЗУС процесни закон који прописује поступање суда у управном спору. При оцени активне легитимације имају се у виду и одредбе члана 44. став 3. ЗУП-а, као и Архуска конвенција и наведени еколошки прописи, с обзиром на то да је у питању управни акт који се доноси у управном поступку, у управној ствари која може да буде од утицаја на животну средину, из ког разлога је повезана са заштитом животне средине.

Према становишту аутора, начин на који је разматрано питање активне легитимације за подношење тужбе од стране тужиоца који није учествовао у управном поступку и који тужбу подноси ради заштите свог права и на закону заснованог интереса јесте полазна основа и за разматрање питања активне легитимације за подношење тужбе од стране тужиоца који тужбу у управном спору подноси као представник заинтересоване јавности (односно као странка из члана 44. став 3. ЗУП-а) ради заштите колективних интереса, односно ширих интереса јавности заштите животне средине, чијом заштитом се тужилац бави и то у управним стварима које су у вези са заштитом животне средине.

Право удружења за заштиту животне средине на подношење тужбе у управној ствари издавања грађевинске дозволе када је у питању пројекат за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину, цени се у сваком конкретном случају, у складу са одредбом члана 11. став

1. ЗУС-а, полазећи од критеријума наведених у овом реферату. Активна легитимација за подношење тужбе цени се с обзиром на околност да ли постоји правно релевантна веза између конкретне управне ствари, односно тужбом оспореног управног акта и интереса удружења за заштиту животне средине, као представника заинтересоване јавности и то интереса који има упориште у Закону о планирању и изградњи и наведеним правилницима, чијом применом је донето решење о грађевинској дозволи. Субјективна оцена тужиоца да је оспореном грађевинском дозволом повређен интерес заштите животне средине чијом заштитом се тужилац бави, нема значај процесноправног услова из којег произлази активна легитимација за подношење тужбе.[9]

За постојање легитимације за подношење тужбе у управном спору од стране удружења за заштиту животне средине против решења о грађевинској дозволи (по правилу) без утицаја је претходно формално признање својства странке у управном поступку, односно околност да ли је тужилац учествовао у својству странке из члана 44. став 3. ЗУП-а, у поступку издавања грађевинске дозволе, као и то да ли је у том поступку тражио својство странке у складу са одредбом члана 93. став 1. истог закона. Овакво становиште заснива се, пре свега на значају заштите животне средине и у вези са тим потребе да се омогући приступ суду и управносудска заштита у овој врсти управних спорова. Супротно становиште може (у појединим случајевима) да доведе у питање право тужиоца удружења за заштиту животне средине, као представника заинтересоване јавности, те странке из члана 44. став 3. ЗУП-а, на приступ суду, што за последицу може да има да се грађењу приступи, на основу незаконитог решења о грађевинској дозволи и да се тим активностима наруши животна средина. Ово имајући у виду, да је (у већини случајева), неизвесна могућност да се дође до сазнања да је у току управни поступак издавања грађевинске дозволе и да се благовремено, у току управног поступка, тражи својство странке у складу са одредбом члана 93. став 1. истог закона,

[9] Управни суд у пресуди У 6063/2019 од 12.2.2021. године, изнео је различито правно становиште, у односу на наведено, у вези основа активне легитимације за подношење тужбе од стране удружења за заштиту животне средине и закључио да када је у питању заштита непокретних културних добара и њихове заштићене околине, као добара од општег интереса, да: „заинтересована јавност која тврди да је дошло до кршења права у заштити културних непокретних добара има право на поступак преиспитивања пред судом у управном спору, у циљу побијања материјалне и процесне законитости било ког појединачног управног акта.“

као и да према одредби члана 138а Закона о планирању и изградњи, инвеститор има право започињања градње одмах по подношењу пријаве, на основу правноснажне (коначне) грађевинске дозволе.

Следом наведеног, постојање активне легитимације тужиоца удружења за заштиту животне средине (заинтересована јавност, странка из члана 44. став 3. ЗУП-а) по тужби против решења о издавању грађевинске дозволе када је у питању пројекат за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину, цени се пре свега у односу на околност да ли је за издавање грађевинске дозволе као део документације прописана и студија о процени утицаја на животну средину (ово питање може да буде спорно када је у питању посебна грађевинска дозвола за припремне радове из члана 137. став 3. Закона о планирању и изградњи), те ако јесте да ли је ова студија достављена уз захтев за издавање грађевинске дозволе. С обзиром на то да важећи прописи не захтевају да се уз захтев за издавање грађевинске дозволе достави и сагласност на студију о процени утицаја на животну средину, то је достављање ове сагласности без утицаја на постојање активне легитимације за подношење тужбе.

Наведени закључак заснива се на томе, да је (у циљу заштите животне средине, а у складу са обавезама прописаним Законом о процени утицаја на животну средину) Законом о планирању и изградњи и то одредбом члана 135. став 1, у вези са одредбом члана 59. став 1. тачка 4. Правилника о садржини, начину и поступку израде и начину вршења контроле техничке документације према класи и намени објеката прописано да се студија о процени утицаја на животну средину доставља уз захтев за издавање грађевинске дозволе, када је у питању пројекат за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину. Сагласност на студију о процени утицаја на животну средину, међутим, у складу са одредбом члана 148. Закона о планирању и изградњи у вези са одредбом члана 30. став 2. тачка 2. Правилника о поступку спровођења обједињене процедуре електронским путем, доставља се уз пријаву радова, а не уз захтев за издавање грађевинске дозволе.

Имајући у виду све наведено, а какво је правно становиште изнето и у пресуди Врховног касационог суда Узп 132/2021 од 17.3.2023. године, у поступку издавања грађевинске дозволе, када је у питању пројекат за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину, повређен је интерес тужиоца удружења за заштиту животне средине, као представника заинтере-

соване јавности (и странке из члана 44. став 3. ЗУП-а) у вези са заштитом животне средине, чијом заштитом се, према свом статуту тужилац бави, у случају када уз захтев за издавање грађевинске дозволе није достављена и студија о процени утицаја на животну средину. Интерес у вези са заштитом животне средине, чијом заштитом се тужилац удружење за заштиту животне средине бави, има упориште у Закону о планирању и изградњи и наведеним правилницима, те је засновано на тим прописима, применом којих се грађевинска дозвола издаје. Ово из разлога, јер је наведеним прописима, управо ради заштите животне средине, утврђено да је студија о процени утицаја на животну средину саставни део документације на основу које се издаје грађевинска дозвола и да техничка документација мора бити усклађена са овом студијом, када је у питању пројекат за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину, а што је од значаја за законитост решења о издавању грађевинске дозволе.

Стога, удружење за заштиту животне средине, активно је легитимисано, на основу одредбе члана 11. став 1. ЗУС-а, као представник заинтересоване јавности (и као странка из члана 44. став 3. ЗУП-а) за подношење тужбе, у управном спору против решења о грађевинској дозволи када је у питању пројекат за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину, у сваком случају када уз захтев за издавање грађевинске дозволе није достављена и студија о процени утицаја пројекта на животну средину.[10]

У овом реферату, како је то већ наведено, разматрана су само она питања и околности, о којима се изјаснио Врховни касациони суд у наведеним пресудама, која су од значаја за активну легитимацију за подношење тужбе од стране удружења (из члана 4. став 2. Закона о удружењима), основаног према прописима, које се, према свом статуту, бави заштитом животне средине (заинтересована јавност, странка из члана 44. став 3. ЗУП-а), које није учествовало у управном поступку, против решења о грађевинској дозволи када је у питању пројекат за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину. Међутим, реферат није обухватио низ других питања, која јесу спорна, као што су на пример: активна легитимација удружења за заштиту животне средине за подношење тужбе против решења о грађевинској дозволи, у случају када је достављена сту-

[10] Овакво правно становиште изнето је у пресуди Врховног касационог суда Узп 132/2021 од 17.3.2023. године

дија о процени утицаја на животну средину и на којим околностима се у том случају заснива легитимација, као и да ли је ово удружење легитимисано за подношење тужбе против свих управних аката (и на којим околностима се легитимација заснива) који се доносе у поступку реализације пројекта за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину.

Такође, потребно је да се размотре и правна питања у вези одређења странке из члана 44. став 3. ЗУП-а, посебно ко се сматра заступником колективних интереса, односно заступником ширих интереса јавности, а имајући у виду и Архуску конвенцију и еколошке прописе, те у вези са тим који субјект може да оствари својство странке из наведене одредбе. С обзиром на то да управни поступак претходи управном спору, наведено је од значаја за активну легитимацију за подношење тужбе у управном спору када су у питању управне ствари (а не само издавање грађевинске дозволе) чије решавање може да буде од утицаја на животну средину, односно које су у вези са заштитом животне средине. Стога за активну легитимацију за подношење тужбе је од значаја и то да ли тужилац може да буде странка у управном поступку. При томе, ЗУП не утврђује појам колективног интереса, ни ширих интереса јавности, што даље намеће потребу да се размотре и ови појмови као и појам јавног интереса.

Имајући у виду значај животне средине и њену заштиту, неопходно је да, поред Управног суда и Врховног касационог суда и стручна јавност, кроз научне радове, размотри спорна правна питања од значаја за активну легитимацију за подношење тужбе од стране удружења за заштиту животне средине, као представника заинтересоване јавности из еколошких прописа, односно странке из члана 44. став 3. ЗУП-а, у управним споровима када су у питању управне ствари чије решавање може да буде од утицаја на животну средину.

Закључак

1. Животна средина (која обухвата и непокретна културна добра и заштићену околину културних добара) и заштита животне средине су од посебног значаја како за све грађане Републике Србије, тако и за саму државу. Устав Републике Србије одредбом члана 74. утврђује право свакога на здраву животну средину, као и да је свако, а посебно Република Србија и аутономна покрајина, одговоран за заштиту животне средине.

2. За заштиту животне средине, од посебне важности је да се омогући управносудска заштита и по тужби удружења које се бави заштитом животне средине (заинтересована јавност из еколошких прописа; заступници колективних интереса и заступници ширих интереса јавности из члана 44. став 3. ЗУП-а) против решења о грађевинској дозволи када су у питању пројекти за које је утврђена потреба процене утицаја на животну средину. Из ових разлога неопходне су измене и допуне Закона о управним споровима, као и усаглашавање овог закона са Законом о општем управном поступку, у погледу субјеката који имају тужилачку легитимацију у управном спору. Такође је потребно међусобно усаглашавање Закона о заштити животне средине и Закона о процени утицаја на животну средину, као и усаглашавање ових закона са Законом о општем управном поступку, пре свега у погледу појма јавности, односно заинтересоване јавности као странке у управном поступку и то имајући у виду Архуску конвенцију.

3. Удружење које се бави заштитом животне средине као представник заинтересоване јавност из еколошких прописа (и као странка из члана 44. став 3. ЗУП-а) и поред наведене нормативне неусклађености, може под одређеним условима, да оствари активну легитимацију за подношење тужбе у управном спору на основу одредбе члана 11. став 1. ЗУС-а, по тужби против решења о грађевинској дозволи када је у питању пројекат за који је утврђена потреба процене утицаја на животну средину.

Драгана Илчић
судија Управног суда

ПРАВО ЛИЦА КОЈЕ НИЈЕ УЧЕСТВОВАЛО У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ НА ПОДНОШЕЊЕ ТУЖБЕ У УПРАВНОМ СПОРУ

***Резиме**: Привредни систем једне земље заснива се на конкуренцији, која представља способност привредних субјеката да послују на слободном тржишту, с тим да процес конкуренције у условима тржишне привреде мора пратити одговарајуће законодавство усклађено са правом конкуренције Европске уније којој Република Србија тежи да постане пуноправна чланица. Закон о заштити конкуренције[1] донет 2009. године, уводи систем правне заштите тржишне конкуренције који је номинално усклађен са европским стандардима у погледу бројних питања материјалноправне и процесноправне природе. Закон је донет са циљем како би се пред административним телом, Комисијом за заштиту конкуренције[2], која води поступке због кршења права конкуренције, ефикасно доносиле одлуке и изрицале казне уколико би се утврдила повреда конкуренције, и на тај начин с једне стране, обезбедило јединствено тржиште и равноправан положај привредних субјеката, а са друге стране санкционисали они који крше правила трговине и елиминисале штетне последице, односно отклонили неповољни ефекти повреде конкуренције. Дакле, административном телу је законом поверена надлежност да покреће и води поступке испитивања повреде конкуренције, међутим, поред овог модела заштите конкуренције, учесницима на тржишту омогућена је и ефективна судска заштита пред Управним судом. У оквиру овог реферата, анализираће се постојећи модел судске заштите конкуренције, са посеб-*

[1] Закон о заштити конкуренције објављен је у "Службеном гласнику РС" број 51/2009, а измењен је и допуњен Законом о изменама и допунама Закона о заштити конкуренције "Службени гласник РС" број 95/2013, који је интегрисан у текст Закона.

[2] Законом о заштити конкуренције установљена је Комисија за заштиту конкуренције, као самостална и независна организација која врши јавна овлашћења.

ним освртом на процесну легитимацију и права лица која нису учествовала у управном поступку, на подношење тужбе у управном спору заштите конкуренције.

***Кључне речи**: право конкуренције, заштита конкуренције, решавање спорова, управни спор, активна легитимација, право на приступ суду, право на правично суђење.*

1. УВОД

Владавина права је незамислива без судске заштите, а основна улога судова је примена општих правила на конкретне животне ситуације у случају постојања неког спора, уз поштовање савремених принципа и начела, међу којима посебно место заузима принцип да се обезбеди што шира и једнака доступност судова, која се остварује и преко права на приступ суду, као елемента права на правично суђење. Следствено наведеном владавина права подразумева да се свакоме, ко сматра да му је неко право повређено омогући да потражи заштиту пред надлежним судом, у складу са законом и под одређеним условима који се односе на предвиђене рокове, форме поднеска, начин заступања, однос лица са конкретним спором и слично. Устав Републике Србије[3] као највиши правни акт у члану 32. став 1. јемчи право на правично суђење, прописујући да „свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, да се правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега“. Поред Устава и ратификовани међународни уговори, будући да се непосредно примењују и представљају део нашег правног система, утврђују обавезу поштовања људских права, као најзначајнији међу њима, је Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода измењена у складу с Протоколом број 11[4], која предвиђа да свако има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, односно да свако коме су повређена права и слободе у овој конвенцији има право на делотворни правни лек

[3] Устав Републике Србије "Службени гласник РС" број 98/2006 и 115/2021.

[4] Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода измењене у складу с Протоколом број 11; и др. (“Службени лист СЦГ-Међународни уговори“ број 9/2003, 5/2005 и 7/2005-испр.и “Службени гласник РС-Међународни уговори“ број 12/2010 и 10/2015).

пред националним властима. [5] Према томе, видљиво је да су право на приступ суду и право на правично суђење битни сегменти нашег правосудног система, обзиром да „право на правично суђење обухвата не само вођење поступка пред судом, већ и право на покретање таквог поступка. Према међународном праву приступ суду или трибуналу мора се делотворно гарантовати да би се обезбедило да ниједно лице не буде лишено свог права на правду. Ово се подједнако односи и на управне ствари, као и на кривичне ствари“.[6] Међутим, ово право није апсолутно и безгранично, напротив оно може бити ограничено законским оквирима, који се у пракси морају тумачити од случаја до случаја.

2. ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У НАШЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ

2.1. Законски оквир

Као што је на почетку овог реферата истакнуто прописи о заштити конкуренције у нашем законодавству представљају израз правне хармонизације са прописима Европске уније. Важећи прописи садрже правила конкуренције која су усаглашена са меродавним међународним правом, затим Уговорима о функционисању Европске уније, као и процесне и институционалне оквире за адекватну примену тих правила, али ипак основ за доношење закона садржан је у члану 97. став 1. тачка 6. Устава Републике Србије, према коме Република Србија уређује и обезбеђује јединствено тржиште; правни положај привредних субјеката; систем обављања појединих привредних и других делатности; робне резерве; монетарни, банкарски, девизни и царински систем; економске односе са иностранством; систем кредитних односа са

---

[5] Члан 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода измењена у складу с Протоколом број 11, прописује да „Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Пресуда се изриче јавно, али се штампа и јавност могу искључити с целог или с дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мери која је, по мишљењу суда, нужно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде.“ Поред наведеног и члан 13. Европске конвенције регулише делотворни правни лек и гласи: „Свако коме су повређена права и слободе у овој конвенцији има право на делотворни правни лек пред националним властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном положају и својству.

[6] Проф. др. Добросав Миловановић и проф. др. Ивана Крстић „Стандарди Европског суда за људска права од значаја за управни суд“, издавачи Управни суд и Правосудна академија, Београд 2021. године, стр.40-41.

иностранством; порески систем, као и у члану 84. ст. 1. и 2. којима се уређује да сви имају једнак правни положај на тржишту и да су забрањени акти којима се, супротно закону, ограничава слободна конкуренција, стварањем или злоупотребом монополског или доминантног положаја. Меродавно право, дакле, као што је већ наведено садржано је у Закону о заштити конкуренције[7] из 2009. године, са инкорпорисаним изменама из 2013. године, и њиме се уређује заштита конкуренције на нашем тржишту.

2.1.1. Управноправни модел заштите конкуренције

Комисија за заштиту конкуренције[8], установљена Законом о заштити конкуренције, представља самосталну, независну организацију која врши јавна овлашћењеа, чија је надлежност изричито прописана у члану 21. Закона, према коме је Комисија надлежна да: 1) решава о правима и обавезама учесника на тржишту у складу са законом; 2) одређује управне мере у складу са овим законом; 3) учествује у изради прописа који се доносе у области заштите конкуренције; 4) предлаже Влади доношење прописа за спровођење овог закона;5) доноси упутства и смернице за спровођење овог закона; 6) прати и анализира услове конкуренције на појединачним тржиштима и у појединачним секторима; 7) даје мишљење надлежним органима на предлоге прописа, као и на важеће прописе који имају утицај на конкуренцију на тржишту; 8) даје мишљења у вези са применом прописа у области заштите конкуренције; 9) остварује међународну сарадњу у области заштите конкуренције, ради извршавања међународних обавеза у овој области и прикупља информације о заштити конкуренције у другим државама; 10) сарађује са државним органима, органима територијалне аутономије и локалне самоуправе, ради обезбеђивања услова за примену овог закона и других прописа којима се уређују питања од значаја за заштиту конкуренције; 11) предузима активности на развијању свести о потреби заштите конкуренције; 12) води евиденцију о пријављеним споразумима, о учесницима који имају доминантан положај на тржишту, као и о концентрацијама, у складу са овим законом;13) организује, предузима и контролише спровођење мера којима се обезбеђује заштита конкуренције;14) обавља и друге послове у складу са законом. Поред ових таксативно наведених надлежности Комисија је орган надле-

[7] У даљем тексту: Закон

[8] У даљем тексту: Комисија

жан и за вођење управног поступка ради испитивања да ли одређени правни субјекти на домаћем тржишту крше норме конкуренције, па уколико утврди да је прекршено то право доноси одлуку и изриче одређену санкцију. Управни поступак пред Комисијом се води по одредбама Закона о заштити конкуренције, који је суштински *lex specialis*, у односу на општи управни поступак[9], с тим да се сагласно одредби члана 34. Закона о заштити конкуренције примењују правила општег управног поступка, посебно је то наглашено у самом законском тексту у погледу достављања писмена (позив, решење, закључак и сл.), као и у погледу понављања поступка пред Комисијом који се врши у складу и под условима прописаним правилима општег управног поступка.

Поступак испитивања повреде конкуренције Комисија покреће по службеној дужности, када на основу достављених иницијатива, информација и других расположивих података, основано претпостави постојање повреде конкуренције; као и када по сазнању за спроведену концентрацију, спроводи испитивање концентрације ако утврди да заједнички тржишни удео учесника у концентрацији на тржишту Републике Србије износи најмање 40%, односно ако основано претпостави да концентрација не испуњава услове дозвољености из члана 19. Закона[10], као и у случају друге концентрације која није одобрена у складу са Законом. Такође, може покренути поступак и по захтеву странке, односно по пријави концентрације, као и по захтеву за појединачно изузеће.

О повреди конкуренције, о појединачном изузећу и одобрењу или забрани концентрације, Комисија доноси решење, с тим да је дужна да пре доношења решења у поступку због повреде конкуренције, обавести странку о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на којима ће засно-

---

9 Напомена аутора: општи управни поступак се води по правилима Закона о општем управном поступку ("Службени гласник РС", број 18/16, 95/18 – аутентично тумачење и, 2/23 – одлука Уставног суда)

10 Чланом 19. став 1. Закона прописано је да су концентрације учесника на тржишту су дозвољене, осим ако би значајно ограничиле, нарушиле или спречиле конкуренцију на тржишту Републике Србије или његовом делу, а нарочито ако би то ограничавање, нарушавање или спречавање било резултат стварања или јачања доминантног положаја; док је ставом 2. прописано да се дозвољеност концентрације учесника на тржишту утврђује у односу на: 1) структуру релевантног тржишта; 2) стварне и потенцијалне конкуренте; 3) положај на тржишту учесника у концентрацији и њихову економску и финансијску моћ; 4) могућности избора добављача и корисника; 5) правне и друге препреке за улазак на релевантно тржиште; 6) ниво конкурентности учесника у концентрацији; 7) трендове понуде и потражње релевантне робе односно услуга; 8) трендове техничког и економског развоја; 9) интересе потрошача.

вати решење и позвати је да се изјасни у остављеном року. Закон прописује да је саставни део решења којим је утврђена повреда конкуренције и одлука о мери заштите конкуренције, односно друга управна мера коју одређује Комисија у складу са законом. Решење Комисије је коначно, а против њега се може покренути управни спор. Осим редовног поступка Закон предвиђа и скраћени поступак када председник Комисије може донети решење непосредно, без спровођења испитног поступка, ако у поступку покренутом по пријави концентрације на основу поднетих доказа и других чињеница познатих Комисији, може основано да се претпостави да та концентрација испуњава услове дозвољености у складу са Законом, осим ако се утврде или стекну услови за вођење поступка испитивања концентрације по службеној дужности. Посебан акценат треба ставити на то да пред Комисијом странка у поступку може бити само учесник на тржишту који је поднео пријаву концентрације или захтев за појединачно изузеће, односно учесник на тржишту против кога је покренут испитни поступак. Закон изричито прописује да својство странке у смислу тог закона немају подносиоци иницијативе за испитивање повреде конкуренције, даваоци информација и података, стручна лица и организације чије се анализе користе у поступку, као ни други државни органи и организације који сарађују са Комисијом у току поступка. У наставку управо наведено ће бити од утицаја, будући да се као спорно питање активне легитимације за подношење тужбе у управном спору у судској пракси јавило тумачење својства странке лица која нису имала то својство у управном поступку пред Комисијом, а управни спор су пред судом покренула тужбом.

За потребе овог реферата било је неопходно укратко навести модел заштите пред Комисијом, ово из разлога што исти претходи судској контроли, али из разлога што је наведени модел међу правним како теоретичарима, тако и практичарима изазвао многе полемике. Питање које се намеће јесте да ли је Комисија непристрасан орган или не? Једни сматрају да овакво решење није прихватљиво, из разлога што орган управе има вишеструку улогу што се још у доба римског права сматрало као владавина силе и записано је у сентенци „*Ubi iudicat, qui accusat, vis, non lex valet*“[11] или „кадија те тужи, кадија ти суди“ како би се рекло у народној изреци. „Поступак је инквизиторни, јер један исти орган покреће посту-

[11] „Где суди онај који тужи, онда влада сила, а не закон“

пак, спроводи истрагу, доноси одлуку о постојању повреде права и изриче санкцију. Тело за заштиту конкуренције обједињује улоге тужиоца и судије, што доводи у питање његову непристрасност у одлучивању.“[12] Други пак сматрају да је овакав модел заштите ефикаснији, бржи и економичнији, а донете одлуке подлежу судској контроли чиме ће бити отклоњена свака сумња у пристрасност приликом одлучивања, и где улога независног и непристрасног суда долази до изражаја.

2.1.2. Судска контрола заштите конкуренције

Као што је већ речено одлуке Комисије су коначне и против њих се може иницирати управни спор, подношењем тужбе суду у року од 30 дана од дана достављања решења странци, по којој одлучује Управни суд. У Закону је прописано да подношење тужбе не одлаже извршење решења.[13] У поступку пред судом ради испитивања законитости решења Комисије, примењују се одредбе закона којим се уређују управни спорови.[14] Поред наведеног у погледу накнаде штете која је проузрокована актима и радњама које представљају повреду конкуренције, а која је утврђена решењем Комисије, иста се остварује у парничном поступку пред надлежним судом, а законодавац је изричито прописао да решење Комисије не претпоставља да је штета наступила, већ се иста мора доказивати у судском парничном поступку.

3. ЗАШТИТА У УПРАВНОМ СПОРУ

Полазећи од класичне дефиниције предмета управног спора да је то спор у коме суд одлучује о законитости коначних управних аката, видљиво је да је значај управног спора од изузетне важности, јер суд врши контролу рада јавне управе, те иако органи јавне управе у суштини имају сличну

---

[12] Др. Дијана Марковић-Бајаловић „Заштита конкуренције у светлу Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода“, објављен у Часопису за привредноправну теорију и праксу – Право и привреда, издавач Удружење правника у привреди Србије, број 7-9/2019, Београд 2019. године, стр.202.

[13] Чланом 71. став 3. Закона о заштити конкуренције прописано је да Комисија може по захтеву подносиоца тужбе да одложи извршење решења до правоснажности судске одлуке, ако би извршење тог решења нанело ненадокнадиву штету за тужиоца, а нарочито ако би вероватно довело до стечаја или престанка обављања пословне делатности тужиоца, под условом да одлагање није противно јавном интересу

[14] Закон о управним споровима (“Службени гласник РС”, број 111/09)

функцију као и судови да обезбеђују примену права и изричу по потреби санкције, неопходно је да судови као посебна грана власти, у смислу традиционалне поделе[15], контролишу извршну власт и тиме заштите права и интересе како физичким, тако и правним лицима, штитећи принципе правне државе и владавине права. Поступак судске контроле у управноправном смислу прописан је у члану 72. Закона о заштити конкуренције, којим је у ставу 1. предвиђено да се у поступку пред судом ради оцене законитости донетог решења примењују одредбе закона којим се уређују управни спорови, ако тим законом није друкчије предвиђено, док ставови 4. и 5. наведеног члана предвиђају обавезу Управног суда да тужбу достави Комисији на одговор у року од 15 дана, а рок за достављање одговора је 30 дана од пријема тужбе на изјашњење. Суд је дужан да донесе одлуку по тужби у року од три месеца од дана пријема одговора на тужбу. Напоменимо, да је овакво законско решење редак пример, где се материјалноправним прописом одређује процесни рок који је другачији у односу на рок прописан процесним законом. Надаље, Закон прописује и да законитост решења Комисије, у делу одлуке о висини новчаног износа одређене управне мере, испитује се у односу на услове за ту одлуку прописане тим законом и подзаконским актима, те да уколико суд утврди да је оспорено решење Комисије незаконито само у делу који се односи на висину новчаног износа одређене управне мере, по правилу ће пресудом преиначити оспорено решење у том делу, под условима прописаним законом којим се уређују управни спорови.

3.1. Активна легитимација за подношење тужбе

Странке у управном спору су тужилац, тужени и заинтересовано лице.[16] Тужилац је лице, било физичко или правно, које иницира управни спор подношењем тужбе суду уколико сматра да му је управним актом повређено неко право или на закону засновани интерес. Дакле, тужилац мора бити процесно легитимисан за вођење спора, и мора имати способност странке да у сопствено име води поступак. „Стварна легитимација није процесно, већ материјално-правно питање од кога зависи основаност тужбеног захтева.... Активна процесна легитимација је могућност странке да своје право оствари покретањем конкретне парнице, односно овлашћење конкретног тужиоца да против конкретног туженог покрене парни-

[15] Класичан систем поделе власти на законодавну, извршну и судску

[16] Члан 10. Закона о управним споровима

цу.“[17] Питање активне легитимације подносиоца тужбе у управном спору заштите конкуренције захтева посебну пажњу, с обзиром да осим лица која су учествовала у поступку пред Комисијом за заштиту конкуренције и други правни субјекти се могу појавити као тужиоци у управном спору.

Полазећи од одредбе члана 11. Закона о управним споровима којом је прописано да тужилац у управном спору може да буде физичко, правно или друго лице, ако сматра да му је управним актом повређено неко право или на закону засновани интерес, свакако је неспорно да странка која је имала то својство у поступку пред Комисијом, има својство странке, односно тужиоца и у управном спору. Поновимо да је странка у смислу Закона о заштити конкуренције, учесник на тржишту који је поднео пријаву концентрације или захтев за појединачно изузеће, односно учесник на тржишту против кога је покренут испитни поступак. „У смислу прописа о заштити конкуренције, предузеће или учесник на тржишту је свако правно или физичко лице које непосредно или посредно, стално, повремено или једнократно учествује у промету робе (добара и услуга), независно од његовог правног статуса, облика својине или држављанства, односно државне припадности.“ [18] Међутим, како у смислу наведеног Закона у поступку пред Комисијом немају својство странке подносиоци иницијативе за испитивање повреде конкуренције и даваоци информација и података, али и неки други правни субјекти на тржишту којима у конкретном није дата могућност да буду и учесници у поступку, то се с правом питање њихове активне легитимације у управном спору мора ценити од случаја до случаја, у склопу првенствено оцене да ли им је повређено неко њихово право или интерес, те сама чињеница да свој тужбени захтев заснивају управо на томе да сматрају да им је повређено право, односно на закону засновани интерес, суд мора, првенствено у зависности од конкретне садржине оспореног управног акта, да цени да ли постоји интерес на страни тужиоца, тј. да ли се посредно управним актом задире у његов интерес, да ли је тај интерес ограничен угрожавањем суштинског права или наступањем конкретне материјалне штете. Да ли се у оваквим споровима законска формулација „на закону засновани интерес“ мора рестрик-

[17] Др. Урош Здравковић „Активна легитимација у поступку решавања спорова пред Светском трговинском организацијом“, објављен у Зборнику радова Правног факултета у Нишу, број 79, Ниш 2018. године, стр.417.

[18] Бојан Ристић, Душан Поповић, Борис Беговић “Глосаријум права конкуренције“, издавач Универзитет у Београду – Правни факултет, Центар за издаваштво“, Београд 2021. године, стр.59.

тивно тумачити, или пак екстензивно, питање је које се мора решити приликом претходног испитивања тужбе, којом приликом би се морало оценити да ли је тужиоцу приступ у поступку пред Комисијом био ограничен на основу закона, или је у конкретном била ограничена суштина права које том правном субјекту припада. С тим у вези треба проценити да ли је повреда права, односно интереса реално учињена, или је то само субјективни став тужиоца, па тек онда донети одлуку, а не априори одбацити такву тужбу из строго формалних разлога позивањем на то да тужилац није имао својство странке у управном поступку. „Како је та њихова субјективна оцена о постојању повреде основ њиховог овлашћења за покретање управног спора, суд не би могао да одбаци тужбу ни када би она била очигледно другачије мотивисана – жељом да се одуговлачи са извршењем управног акта, да се шиканира противна страна и сл.“[19]

3.2. Примери из праксе

У досадашњој судској пракси било је више предмета у којима је на различите начине суд изразио своје правно становиште у оцени активне легитимације подносиоцима тужбе у управном спору који нису били учесници у управном поступку који је вођен пред Комисијом за заштиту конкуренције, управо ценећи све околности у сваком конкретном предмету. У наредним редовима указаћемо на неке примере из праксе.

Пре свега позваћемо се на сентенцу из пресуде Врховног касационог суда Узп.387/2019 од 24.01.2020. године, усвојену на седници Грађанског одељења од 16.03.2021. године, да је за подношење тужбе у управном спору против решења о концентрацији легитимисан само онај учесник на тржишту коме је оспореним актом повређен конкурентски положај на тржишту значајним ограничавањем, нарушавањем или спречавањем конкуренције. Према разлозима образложења наведене пресуде Врховног касационог суда произлази да је преиспитујући судску одлуку и то решење већа Управног суда којим је одбијен приговор против решења судије појединца тог суда о одбацивању тужбе због недостатка активне легитимације тужиоца, на основу члана 26. став 1. тачка 4) Закона о управним споровима, Врховни касациони суд нашао да је Управни суд правилно оценио да тужилац није активно легити-

[19] Проф. др. Зоран Томић „Коментар Закона о управним споровима са судском праксом“, Службени гласник РС, Београд 2012. године, стр. 361.

мисан за подношење тужбе. Ово с тога што у конкретном случају тужилац (АА) није био странка у поступку који је претходио доношењу оспореног решења, да је у управном поступку решавано о пријави концентрације коју је дана 13.03.2019. године поднело друго привредно друштво (ББ), тако што је одобрена у скраћеном поступку концентрација учесника на тржишту која настаје стицањем контроле привредног друштва над трећим Предузећем (ВВ), куповином удела. Имајући у виду да тужилац није учествовао у поступку који је претходио доношењу оспореног решења, као и да не спада у круг лица из члана 33. став 1. Закона о заштити конкуренције, суд је нашао да тужилац није легитимисан за подношење тужбе, па, стога, у конкретном случају нису испуњене процесноправне претпоставке за покретање управног спора од стране тужиоца. Због наведених разлога, тужилац нема правни интерес за подношење тужбе, а тиме ни легитимацију у управном спору. Полазећи од одредбе члана 11. став 1. Закона о управним споровима и одредбе члана 33. став 1. Закона о заштити конкуренције, које су цитиране, Врховни касациони суд налази да је у побијаном решењу Управни суд правилно оценио да тужилац, није активно легитимисан за подношење тужбе. Наиме, подносилац захтева није био странка у поступку покренутом по пријави концентрације учесника на тржишту коју је поднело привредно друштво (ББ). У том поступку није одлучивано о правима и обавезама подносиоца захтева, већ је одлучивано о праву привредног друштва (ББ) да стекне контролу над Предузећем (ВВ) и његовој обавези да плати прописану таксу. Не постоји ни на закону заснован интерес подносиоца захтева за подношење тужбе у управном спору. Субјективна оцена неког лица да му је управним актом повређено неко право, која утемељење налази у термину „сматра“ наведеном у члану 11. став 1. Закона о управним споровима, не може имати значај процесноправног услова из кога проистиче активна легитимација за подношење тужбе. Под интересом неког лица заснованим на закону не подразумева се сваки интерес, него само онај, који своје упориште има у закону. Основни интерес учесника на тржишту установљен Законом о заштити конкуренције јесте управо заштита конкуренције, под чијом повредом се, у смислу члана 9. овог закона, сматрају акти или радње учесника на тржишту које за циљ или последицу могу да имају значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције. Следом наведеног, за подношење тужбе у управном спору против решења о концентрацији може бити легитимисан само онај учесник на тржишту, коме је оспореним актом непосредно повређен конкурентски положај на тржишту значајним ограничавањем, нарушавањем или спречава-

њем конкуренције. У овом конкретном случају исход поступка вођеног по пријави привредног друштва (ББ), било позитиван – било негативан, није се могао непосредно одразити на пословање подносиоца захтева, нити је подносилац доказао да је оспорени акт имао за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције. Посредно „рефлектовање ефеката концентрације“ на пословање подносиоца не представља основ за активну легитимацију у управном спору, јер би, у противном, за подношење тужбе против решења о одобрењу концентрације били легитимисани и сви други учесници на тржишту на које се протежу ефекти концентрације – конкуренти, добављачи, потрошачи итд. У одговору на захтев се основано указује на то, да би то довело до ситуације „правне несигурности и неизвесности за спровођење свих концентрација које подлежу обавези пријаве“. Уколико би сваком лицу на које се протежу ефекти решења о одобрењу концентрације била призната активна легитимација у управном спору, то би могло имати за последицу да им се, противно изричитим одредбама члана 33. Закона о заштити конкуренције, призна и својство странке у поступку пред Комисијом у случају да у управном спору тужба буде уважена и решење о одобрењу концентрације поништено, а предмет враћен Комисији на поновно решавање. Указивање у захтеву на наводно различито поступање Комисије приликом одобравања концентрације подносиоцу захтева и привредном друштву (ББ), као на пример селективне примене закона, не садржи аргументе који се могу довести у везу са спорним правним питањем активне легитимације тужиоца о коме је одлучено побијаним решењем Управног суда. По оцени Врховног касационог суда, неосновани су наводи подносиоца да побијано решење није у довољној мери образложено. Врховни касациони суд констатује да мера у којој ће одлука бити образложена зависи од природе одлуке и околности сваког појединог случаја. Одлука мора бити образложена тако, да разлози који су у њој наведени буду засновани на меродавном процесном и/или материјалном праву и да омогућавају странкама ефективно коришћење правног лека. У образложењу морају бити размотрена суштинска питања, што је, по оцени Врховног касационог суда, у побијаној одлуци учињено. Управни суд је навео разлоге због којих сматра да тужилац, ту подносилац захтева, није легитимисан за подношење тужбе и при томе се позвао на меродавно процесно право. Природа решења о одбацивању тужбе којим је одлучено о кључном питању активне легитимације није захтевала да се посебно цене наводи тужбе. Врховни касациони суд сматра основаним наводе подносиоца захтева да је посебно веће Управног суда пре доношења побијаног

решења, сагласно одредби члана 27. став 2. Закона о управним споровима, морало да одржи усмену јавну расправу, што није учинило. Међутим, по налажењу Врховног касационог суда, наведени пропуст не представља повреду правила поступка која је могла бити од утицаја на решење ствари и због које би захтев требало уважити, имајући у виду разлоге због којих је тужба одбачена, односно приговор одбијен. Питање активне легитимације тужиоца, ту подносиоца захтева, о коме је одлучено побијаним решењем је правне, а не чињеничне природе (као што би, на пример, било питање благовремености тужбе), па одлучивање о тужби није изискивало саслушање странака и утврђивање чињеничног стања на расправи, те је са изложеног, Врховни касациони суд и одлучио као у диспозитиву пресуде.[20]

Затим, према образложењу пресуде Врховног касационог суда Узп.231/22 од 08.07.2022. године за подношење тужбе у управном спору против решења о изузећу од забране рестриктивног споразума може бити легитимисан само онај учесник на тржишту коме је оспореним актом непосредно повређен конкурентски положај на тржишту значајним ограничавањем, нарушавањем или спречавањем конкуренције. Наиме, Врховни касациони суд је у конкретном нашао да је у побијаном решењу Управни суд правилно оценио да тужилац, иначе подносилац захтева, није активно легитимисан за подношење тужбе. Ово са разлога, што подносилац захтева није био странка у поступку покренутом по захтеву друштва (АА) и друштва (ББ) за појединачно изузеће од забране Уговора о праву коришћења оптичких влакана. У том поступку није одлучивано о правима и обавезама подносиоца захтева. Не постоји ни на закону заснован интерес подносиоца захтева за подношење тужбе у управном спору. Субјективна оцена неког лица да му је управним актом повређено неко право, која утемељење налази у термину "сматра" наведеном у члану 11. став 1. Закона о управним споровима, не може имати значај процесно-правног услова из кога проистиче активна легитимација за подношење тужбе. Под интересом неког лица заснованим на закону не подразумева се сваки интерес, него само онај, који своје упориште има у закону. Основни интерес учесника на тржишту установљен Законом о заштити конкуренције јесте управо заштита конкуренције, под чијом повредом се, у смислу члана 9. овог закона, сматрају акти или радње учесника на тржишту које за циљ или последицу могу да имају значајно ограничавање, нарушавање

[20] Пресуда Врховног касационог суда Узп.387/2019 од 24.01.2020. године

или спречавање конкуренције. Следом наведеног, за подношење тужбе у управном спору против решења о изузећу од забране рестриктивног споразума може бити легитимисан само онај учесник на тржишту коме је оспореним актом непосредно повређен конкурентски положај на тржишту значајним ограничењем, нарушавањем или спречавањем конкуренције. У овом конкретном случају, подносилац захтева није пружио доказе да се изузеће од забране рестриктивног споразума о праву коришћења оптичких влакана закљученог између друштва (АА) и друштва (ББ) може непосредно одразити на пословање подносиоца захтева, нити је доказао да је оспорени акт имао за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције. Из решења које се тужбом оспорава произлази да предметни уговор о коришћењу оптичких влакана није ексклузиван, с обзиром на то да не постоје сметње да друштво (ББ) закључи уговор са истим предметом са подносиоцем захтева или са било којим трећим заинтересованим оператором, нарочито узимајући у обзир да у оптичкој инфраструктури друштва (ББ) постоји довољно капацитета да се истоветна услуга пружа већем броју оператора. Предметним уговором не дефинишу се малопродајне цене или било који други услови трговине ниједне од уговорних страна, не ограничава се нити контролише производња, тржиште, технички развој или инвестиције. У оспореном решењу се наглашава да ће уласком друштва (АА) на тржиште мобилне телефоније извесно доћи до веће ценовне конкурентности и конкуретности у погледу доступног садржаја за кориснике, те да ће се тиме повећати могућност избора добављача за кориснике, што ће утицати на пораст инвестиција на тржишту од стране свих оператора, јер ће постојећи и нови оператори настојати да унапреде своје услуге и на тај начин се боље позиционирају на релевантном тржишту. Поред тога, период трајања изузећа од забране рестриктивног споразума ограничен је на седам година, а друштво (АА) је обавезано да о праву коришћења оптичких влакана доставља шестомесечне извештаје како би се пратили стања и ефекти хоризонталних промена на релевантном тржишту, те спречило евентуално нарушавање конкуренције на релевантном тржишту.[21]

У предмету Управног суда, Одељења у Нишу У.16314/21 уважен је од стране већа Управног суда приговор подносиоца тужбе (АА) и поништено је решење судије појединца од 23.12.2021. године, а поступак пред Управним

[21] Пресуда Врховног касационог суда Узп.231/22 од 08.07.2022. године

судом по тужби од 26.07.2021. године, се наставља. Решењем судије појединца од 23.12.2021. године, одбачена је, на основу члана 26. став 1. тачка 4. Закона о управним споровима, у вези члана 11. став 1. истог Закона, тужба тужиоца, поднета ради поништаја решења Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије од 15.06.2021. године, због непостојања активне легитимације на страни тужиоца за вођење управног спора. Подносилац приговора оспорио је побијани акт наводећи да у конкретном случају није спорно да је решењем Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије од 15.06.2021. године, обустављен поступак испитивања повреде конкуренције из члана 10. Закона о заштити конкуренције против три лица, али не и у односу на тужиоца. Посебно веће Управног суда је нашло да је приговор основан, а из образложења истог произлази да су, услед испуњености услова из члана 35. Закона о заштити конкуренције, покренути испитни поступци против 16 друштава која су закључила уговоре о купопродаји са друштвом (АА), као продавцем, између осталих и против овде подносиоца приговора – тужиоца, ради испитивања повреде конкуренције из члана 10. наведеног закона, при чему је тужбом оспореним решењем од 15.06.2021. године, обустављен поступак испитивања повреде конкуренције из члана 10. Закона о заштити конкуренције, покренут по службеној дужности, против три учесника на тржишту. Према оцени посебног већа Управног суда, основано се наводима приговора побија законитост решења судије појединца Управног суда од 23.12.2021. године, којим је одбачена тужба тужиоца, овде подносиоца приговора, из разлога што су испитни поступци, у смислу члана 35. Закона о заштити конкуренције, покренути против 16 друштава, која су закључила уговоре о купопродаји са друштвом (АА), као продавцем, између осталих, и против овде подносиоца приговора – тужиоца, у ком смислу је тужилац активно легитимисан за подношење тужбе, јер његова активна легитимација, произлази из одредбе члана 33. став 1. наведеног закона, којом је прописано да је странка у поступку пред Комисијом учесник на тржишту који је поднео пријаву концентрације или захтев за појединачно изузеће, односно учесник на тржишту против кога је покренут испитни поступак. Чињеница да је оспореним решењем поступак обустављен у односу на три странке, али не и у односу на подносиоца приговора – тужиоца, по оцени посебног већа, не утиче на његову активну легитимацију, тј. на недостатак исте, имајући у вида да тужилац, како је то и напред наведено, своју активну легитимацију црпи из одредбе члана 33. став 1. наведеног закона, јер се ради о лицу, односно учеснику на тржишту, против кога је (као и против лица против којих је, по слу-

жбеној дужности, обустављен поступак испитивања повреде конкуренције), покренут испитни поступак. Тужилац се, у том својству помиње и у уводу и у образложењу тужбом оспореног решења, али се из диспозитива истог не види његов даљи статус, у поступку испитивања повреде конкуренције, као ни статус осталих лица у односу на које, поступак није обустављен. С обзиром да је тужбом оспореним решењем, обустављен поступак испитивања повреде конкуренције, покренут по службеној дужности у односу на само део лица против којих је тај поступак покренут (3 од 16) и да је странка у том поступку, у смислу цитиране одредбе наведеног закона, учесник на тржишту против кога је покренут испитни поступак, дакле и овде тужилац, то је тим решењем, морао бити познат и даљи статус осталих учесника на тржишту, против којих је покренут испитни поступак, између осталих и тужиоца. Имајући у виду да у диспозитиву решења мора бити садржана одлука о ономе због чега је поступак покренут и вођен и да је правило да се диспозитивом одлучује о ценили предмета поступка, а тиме, у овом случају, и о статусу свих лица против који је покренут испитни поступак, у диспозитиву тужбом оспореног решења, је морао бити утврђен даљи статус тужиоца, као и осталих лица против којих су, као учесника на тржишту, покренути испитни поступци, ради испитивања повреда конкуренције. Диспозитивом је морало бити одређено да ли се против наведених лица поступци настављају или ће у односу на њих бити одлучено другим решењем, тек по утврђивању чињеничног стања у односу на њих, што је морало бити и адекватно образложено, тј. да ли је само, из разлога целисходности, тј. из разлога што је тужени утврдио чињенично стање само у односу на лица против којих је поступак обустављен, одлучио само у односу на та лица, те да ће у зависности од тога, бити утврђен и даљи статус осталих лица против којих је, као учесника на тржишту, покренут наведени испитин поступак. Из свега напред наведеног, јасно произлази да је подносилац приговора странка – лице против кога се води управни поступак, тј. лице о чијим правима и обавезама се одлучује у управном поступку покренутом по службеној дужности, а чији правни интерес за подношење тужбе, проистиче из саме чињенице да се појављује као странка у напред наведеном управном поступку, у коме је у односу на део лица поступак обустављен, што му даје активну легитимацију за подношење тужбе у управном спору, јер је очигледно да се тужбом оспореним решењем, задире у право и на закону заснован интерес тужиоца.[22]

[22] Решење већа Управног суда Ув.26/22 од 08.07.2022. године

У предмету Управног суда У.3161/19, решењем већа Управног суда од 12.05.2020. године, у ставу првом диспозитива одбијен је приговор подносиоца тужбе (АА) поднет против решења судије појединца од 20.06.2019. године, док је ставом другим диспозтива одбијен захтев подносиоца приговора за накнаду трошкова поступка по приговору. Решењем судије појединца од 20.06.2019. године, одбачена је, тужба изјављена против тужене Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије, ради поништаја решења од 27.12.2018. године, којим се, ставом I диспозитива, одобрава у скраћеном поступку концентрације учесника на тржишту која настаје стицањем контроле привредног друштва (ББ), над друштвом (ВВ), куповином удела. Ставом II диспозитива утврђује се да је подносилац пријаве, привредно друштво (АА) дана 25.08.2018. године уплатио износ од 2.955.527,50 динара, на рачун Комисије за заштиту конкуренције, што представља динарску противвредност прописаног износа за издавање решења о одобрењу концентрације у скраћеном поступку према средњем курсу Народне банке Србије на дан уплате, а са разлога недостатка активне легитимације за покретање управног спора, јер тужилац није био странка у поступку који је претходио доношењу оспореног решења, па стога не може бити странка у управном спору. Из садржине тужбом оспореног решења и навода тужбе посебно веће Управног суда је утврдило, да тужилац није био странка у поступку који је претходио доношењу оспореног решења и да управни поступак није вођен по његовом захтеву, јер је истим решењем одлучено по пријави концентрације, коју је дана 30.11.2018. године поднело привредно друштво (АА) и којим се одобрава, у скраћеном поступку концентрација учесника на тржишту која настаје стицањем контроле привредног друштва (АА) над друштвом (ББ), куповином удела. Ценећи да тужилац у поступку који је претходио доношењу оспореног решења није учествовао у својству странке, као и да не спада у круг лица из цитиране одредбе члана 33. став 1. Закона о заштити конкуренције, правилно је по оцени посебног већа Управног суда, приговором побијаним решењем, судија појединац нашао да тужилац није активно легитимисан за подношење тужбе, због чега је тужбу одбацио, правилном применом одредбе члана 26. став 1. тачка 4. Закона о управним споровима.[23]

[23] Решење већа Управног суда Ув.321/19 од 12.05.2020. године

У предмету Управног суда, Одељења у Крагујевцу У.11514/17, решењем већа Управног суда од 27.10.2017. године, одбијен је приговор подносиоца тужбе друштва (АА) поднет против решења судије појединца од 02.08.2017. године, којим је одбачена тужба изјављена против тужене Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије, ради поништаја решења од 29.05.2017. године. У приговору, поднетом суду оспорава се закључивање судије појединца који сматра да се оспореним управним актом не дира очигледно у право тужиоца или у његов на закону засновани интерес, јер је тужбом оспорено решење Комисије за заштиту конкуренције којим се рестриктивни споразум изузима од забране, чиме сам рестриктивни споразум у пуном капацитету производи потпуно правно дејство. Друштво (АА) сматра да управо примена рестриктивног споразума, који је решењем Комисије за заштиту конкуренције изузет од забране, дира у права тужиоца и у његов на закону засновани интерес, јер се применом рестриктивног споразума тужиоцу поред осталог намеће обавеза плаћања накнаде за програм емитера са националном фреквенцијом, онемогућава му се равноправно учешће на тржишту, примењују се неједнаки услови пословања на исте послове у односу на различите учеснике на тржишту, чиме се подносилац приговора доводи у неповољнији положај у односу на конкуренте. Сматра да закон не тражи да се коначним управним актом решавало о повређеном праву или на закону заснованом интересу тужиоца, већ да је коначни акт тужиоцу заиста повредио неко право, или на закону засновани интерес, те да активну легитимацију у управном спору имају и лица која нису учесници управног поступка, уз услов да им је коначним управним актом повређено право или на закону засновани интерес. Међутим, након оцене навода приговора, веће Управног суда је нашло да је приговор неоснован, и да је правилно решењем Управног суда, Одељења у Крагујевцу У. 11514/17 од 02.08.2017. године одбачена тужба подносиоца приговора – тужиоца, применом одредбе члана 26. став 1. тачка 4. Закона о управним споровима, будући да тужилац нема правни интерес, ни активну легитимацију за подношење тужбе у управном спору јер није учествовао у поступку који је претходио доношењу тужбом оспореног решења, нити спада у круг лица из члана 33. став 1. Закона о заштити конкуренције, због чега није легитимисан за подношење тужбе, и да се активна легитимација тужиоца за покретање спора не може засновати на сходној примени члана 39. Закона о општем управном поступку.[24]

[24] Решење већа Управног суда Ув.298/17 од 27.10.2017. године

4. ЗАКЉУЧАК

Након указивања на нормативну регулативу и предочавања појединих примера из судске праксе може се извести закључак да законодавац у одредбама Закона о заштити конкуренције није таксативно навео лица, односно субјекте који би имали право на подношење тужбе Управном суду ради испитивања законитости решења Комисије за заштиту конкуренције, већ да се само овим Законом прописује поступак судске заштите. Такође, неспорно је да лица која су учествовала у поступку пред Комисијом јесу овлашћена на подношење тужбе суду, али се по аутоматизму не може извести закључак тумачењем *argumentum a contrario,* да привредна друштва или други субјекти који нису имали својство странке у поступку пред Комисијом, немају то својство ни пред Управним судом у управном спору. Активна легитимација таквих привредних субјеката није подложна претходној провери од стране административног органа, нити постоји могућност да се тим субјектима забрани покретање управног спора. Свако ко сматра да му је управним актом повређено неко право или на закону засновани интерес има право да покрене управни спор сагласно одредби члана 11. Закона о управним споровима у својству тужиоца. На суду је да цени у сваком конкретном случају да ли је тужилац активно легитимисан или не на подношење тужбе. Ипак на основу претходне анализе изводимо закључак да иако нису били странке у управном поступку активно легитимисани на подношење тужбе за заштиту конкуренције су они учесници којима је повређен конкурентски положај на тржишту значајним ограничавањем, нарушавањем или спречавањем конкуренције и који осим те тврдње суду доставе одговарајуће доказе којим тврдњу поткрепљују. Изнети аргументи указују да је неопходно да суд екстензивно тумачи одредбу Закона о управним споровима у погледу оцене повреде права или на закону заснованог интереса, посебно имајући у виду директно материјалним прописима зајамчена права и интересе тужилаца на приступ суду из члана 32. Устава Републике Србије, али и право на правично суђење предвиђено чланом 6. став 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода измењене у складу с Протоколом број 11, на којима се заснива независно и непристрасно судство, а самим тим и владавина права.

Љиљана Коруга
судија Управног суда

ПРАВО ЛИЦА КОЈЕ НИЈЕ УЧЕСТВОВАЛО У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ НА ПОДНОШЕЊЕ ТУЖБЕ У УПРАВНОМ СПОРУ

Сажетак: *У Србији се, међу последњим земљама у региону, тек 2011. године донео системски закон који регулише реституцију - Закон о враћању одузете имовине и обештећењу. Како је ово релативно нови правни институт у нашем правном систему, законска регулатива се донекле прилагодила општима правилима управног поступка на чија правила закон и упућује, али је и у одређеној мери од тих правила одступила прилагођавајући поступак специфичностима реституције, као и међународним стандардима. Са друге стране, донела је различите дилеме у поступању, а посебно код оцене права лица да буде странка у поступку, с обзиром на шири круг лица која могу бити учесници/странке у поступку реституције, који поступак је вишестраначки, а даље и у управном спору. Стога је задата тема управо тема која је актуелна у поступцима реституције где је управно-судска пракса и даље у усаглашавању.*

Кључне речи: *управни спор, тужба, активна легитимација, правни интерес*

1. Увод

Питање права на подношење тужбе у управном спору треба посматрати најпре кроз право на делотворни правни лек зајемчено чланом 13. Европске конвенције о људским правима (1953)[1] који прописује да свако

[1] Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са протоколом број 11, протокола уз конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, протокола број 4 уз конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе који нису укључени у конвенцију и први протокол уз

коме су повређена права и слободе предвиђени њоме „има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству”. Право на делотворни правни лек је субјективно право, али и претпоставка заштите свих осталих конвенцијских права. Наиме, обезбеђивање права на делотворни правни лек пред националним властима је од пресудног значаја за правилно функционисање читавог европског система људских права.

Такође право на подношење тужбе у управном спору треба посматрати и кроз право на правично суђење. Право на правично суђење, на начин на који је загарантовано чланом 6. став 1. Конвенције захтева да странке у спору имају на располагању делотворан правни лек који им омогућава да захтевају да се остваре њихова грађанска права, а чиме се постиже и правна сигурност. Наиме, приступ суду према члану 6. став 1. не може бити ограничен на такав начин да лиши појединце могућности оспоравања управних аката органа управе који утичу на њихова права. Међутим, ово право не може бити апсолутно и оно може бити ограничено и подвргнуто провери. Ускраћивање приступа суду у одређеним случајевима може бити и у складу са захтевима члана 6. став 1, под условом да тежи легитимном циљу[2].

Питање права на подношење тужбе у управном спору од стране лица које није учествовало у управном поступку је актуелно у различитим ситуацијама и код различитих основа спора и увек у вишестраначким управним стварима (управним стварима у којима учествују две или више странака са супротстављеним интересима), у којима се управним актом решава о праву или обавези једне од странака, а посредно се тим актом задире и у субјективну правну ситуацију неког другог лица које најчешће има и положај странке у управном поступку, али то може бити и лице које нема или није имало положај странке у управном поступку, те се први пут појављује и укључује у једну правну ситуацију подношењем тужбе и

њу, протокола број 6 уз конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, Сл. лист СЦГ - Међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 - испр. и "Сл. гласник РС - Међународни уговори", бр. 12/2010 и 10/2015

2 Добросав Миловановић, Стандради Европског суда за људска права од значаја за Управни суд, Управни суд, Правосудна академија, OEBS, Београд, 2021, стр.40-48

покретањем управног спора. Материја у којој је ово питање од посебног значаја је реституција односно враћање одузете имовине и обештећење.

2. Странке у поступку враћања одузете имовине и обештећења

Ако се пође од опште дефиниције странке из члана 44. став 1. Закона о општем управном поступку[3] према којој „странка у управном поступку јесте физичко или правно лице чија је управна ствар предмет управног поступка и свако друго физичко или правно лице на чија права, обавезе или правне интересе може да утиче исход управног поступка“ може се закључити да је појам странке у Закону о враћању одузете имовине и обештећењу[4] уже постављен. Наиме, одредбом члана 39. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу прописано је да је странка у поступку лице по чијем је захтеву покренут поступак или које има правни интерес, обвезник, као и републички јавни правобранилац. Како је ова одредба донекле бланкетног карактера, не даје нам јасан одговор на питање ко све може бити странка у поступку реституције. Да би се добио одговор на ово питање, неопходно је, системским тумачењем, сагледати све одредбе Закона о реституцији, а пре свега одредбу члана 5. Закона која прописује ко има право на враћање имовине или обештећење. Дакле, странка је најпре подносилац захтева за враћање одузете имовине односно обештећење и то су бивши власник одузете имовине, односно његов законски наследник и његов правни следбеник (члан 41. Закона).

Друго, лице које има правни интерес као странка је шири појам. Управо ова категорија лица је та која често не учествује у управном поступку, јер они нису подносиоци захтева, а могу да имају правни интерес заснован на закону па тиме и евентуално положај странке. То су лица која имају одређена, на закону или другом правном основу заснована права и у тој групи лица постоје значајне разлике у тумачењу њиховог правног интереса, јер немају сва та лица заиста на закону заснован интерес који их кандидује за странку у поступку. На пример, физичко лице које је власник одузете имовине на којој је право својине стекло законитим правним послом, има правни интерес да учествује у поступку враћања ради доказивања да у смислу члана 8. Закона није обвезник враћања, или привредно друштво или друго правно

[3] Службени гласник РС број 18/16, 95/18

[4] Службени гласник РС број 72/2011, 108/2013, 142/2014, 88/2015 - odluka US, 95/2018 i 153/2020

лице које је одузету имовину стекло теретним правним послом, има правни интерес да учествује у поступку ради доказивања да у смислу члана 7. став 2. Закона, није обвезник враћања. У том смислу Врховни касациони суд је заузео став да спорни станови, који су откупљени од Републике Србије, до окончања парничног поступка не могу бити предмет расправе код управних органа, будући да нису окончани поступци који се воде пред надлежним судом по тужби за поништај уговора о преносу права располагања и противтужби за поништај уговора о откупу стана, те да питање носиоца права својине на преосталим становима представља претходно питање без чијег се решавања не може решити ни ова управна ствар[5].

Обвезник враћања имовине у натуралном облику је Република Србија, аутономна покрајина, јединица локалне самоуправе, јавно предузеће, привредно друштво или друго правно лице чији је оснивач Република Србија, аутономна покрајина и јединица локалне самоуправе, привредно друштво са већинским друштвеним капиталом и задруга, укључујући и привредна друштва и задруге у поступку стечаја и ликвидације, а који је, на дан ступања на снагу овог закона, власник, држалац или носилац права коришћења, односно права располагања на подржављеној имовини. Обвезник враћања неизграђеног грађевинског земљишта за које није поднет захтев за конверзију у року од 60 дана од дана ступања на снагу Закона о планирању и изградњи[6], или се не изврши конверзија права коришћења у право својине уз накнаду у року од две године од дана подношења захтева за конверзију, је носилац права коришћења на грађевинском земљишту, под условом да је он, као купац у уговору о продаји капитала закљученим у поступку приватизације, прихватио враћање имовине. Република Србија је обвезник обештећења у виду обвезница или у новцу[7].

Републички јавни правобранилац[8] се јавља као странка у поступку и као законски заступник Републике Србије, као странке у поступку – обвезни-

---

[5] Из образложења пресуде Врховног касационог суда Узп 67/2013 од 28.3.2013. године којом је одбијен захтев за преиспитивање пресуде Управног суда У 22527/10 од 27.12.2012. године, којим је одбијена тужба против делимичног решења Дирекције за реституцију донетог у поступку реституције, у коме су поред подносиоца захтева и обвезника враћања учествовала и физичка лица, носиоци станарских права на одузетој имовини - становима за које се води спор о валидности откупа.

[6] Службени гласник РС бр. 72/09, 81/09-исправка, 64/10-УС и 24/11

[7] Члан 23. став 4. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу

[8] Последица неусаглашености Закона о реституцији са другим позитивним прописима, будући да је термин Републички јавни правобранилац не постоји дужи временски период, већ је основан нови орган – Државно правобранилаштво Републике Србије.

ка. Улога републичког јавног правобраниоца, као законског заступника Републике Србије, произлази из његових овлашћења прописаних у члану 9. Закона о јавном правобранилаштву ("Службени гласник РС" бр. 43/91). Међутим, републички јавни правобранилац може бити и странка у поступку, као државни орган који има самостално право и дужност да у своје име реагује у случају повреде закона на штету државе, државног органа или другог правног лица које по закону заступа, а о чијим се правима, обавезама или непосредном правном интересу решава у поступку.

2.1. Право на подношење жалбе у поступку враћања одузете имовине

Према одредби члана 48. став 1. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу, против првостепеног решења из члана 47. овог закона, подносилац захтева, обвезник и републички јавни правобранилац могу изјавити жалбу министарству надлежном за послове финансија, као другостепеном органу, у року од 15 дана од дана достављања решења. Управо су то лица којима се доставља првостепено решење Агенције за реституцију. Дакле, закон није предвидео да се лицу које има правни интерес, коме је на основу закона признато својство странке у поступку реституције, доставља решење којим се одлучује о захтеву за враћање одузете имовине и обештећењу. Осим тога, из садржине цитиране одредбе може се закључити да је круг лица којима закон признаје право на подношење жалбе експилицитно опредељен и сужен у односу на круг лица из члана 39. тог Закона, односно ускраћено је право на подношење жалбе лицу које има правни односно на закону заснован лични интерес. На тај начин недостављањем првостепеног решења и непрописивањем права на изјављивање жалбе, повређено је право лица које има правни интерес *ex lege* на правну заштиту, као његово уставом гарантовано право. С обзиром на овакву законску регулативу, лицу које има правни интерес као правни пут ради заштите својих права остаје подношење захтева Агенцији за признавање својства странке док траје првостепени поступак или подношење захтева за понављање поступка окончаног решењем против ког не може да се изјави жалба, по основу тачке 5. става 1. члана 176. Закона о општем управном поступку, али ово лице би се могло појавити први пут и као подносилац тужбе Управном суду и ту се отвара питање његове активне легитимације за подношење тужбе.

2.2. Признавање својства странке у поступку враћања одузете имовине

Тзв. стари Закон о општем управном поступку[9] је у погледу одлучивања о признавању својства странке имао другачију регулативу у односу на нови Закон о општем управном поступку[10]. Наиме, одредбом члана 129. старог ЗУП-а било је прописано да ако се у току поступка појави лице које до тада није учествовало у поступку као странка, па захтева да учествује у поступку као странка, службено лице које води поступак испитаће његово право да буде странка и о томе ће донети закључак; против закључка којим се не признаје то право допуштена је посебна жалба. Стога, када неко лице сматра да му припада право на учествовање у поступку у својству странке, може да тражи од органа да га укључи у поступак. Орган је дужан да такав захтев узме у испитивање, како би се установило да ли тражилац има страначку (стварну) легитимацију у датој управној ствари или не. Одлуком се може признати својство странке у конкретном поступку или се одбија захтев. У оба случаја орган доноси посебан закључак који се може побијати жалбом, а решење по жалби се касније може побијати тужбом којом се покреће управни спор.

Како је рок за подношење захтева за враћање одузете имовине и обештећење истекао 03.03.2014. године, то су поступци у реституцији покренути по старом ЗУП-у и против закључака којима се одбија или одбацује захтев за признавање својства странке постојала је могућност изјављивања посебне жалбе, а након тога и покретања управног спора. Стога, одлучивање о законитости решења којим је одлучено о жалби изјављеној против закључка којим је одлучено о признавању својства странке је честа ситуација у пракси Управног суда. Правноснажан закључак којим се одбија или одбацује захтев за признавање својства странке, искључиће то лице из круга лица која би имала право да поднесу тужбу суду против коначног решења у поступку враћања одузете имовине и обештећења, односно таква тужба би била одбачена као изјављена од неовлашћеног лица. Дакле, тужилац у управном спору може бити само оно правно или физичко лице коме је статус странке признат у управном поступку. Овакав став је заузет у пресуди ВСС У. 1590/2004 од 03.02.2005. године. Према образложењу те пресуде тужилац није изјавио

[9] Службени лист СРЈ бр. 33/97 и 31/01 и Службени гласник Републике Србије бр. 30/10

[10] Службени гласник РС број 18/16 и 95/18

жалбу против првостепеног решења, већ је оспореним решењем одлучено по жалбама других лица, при чему првостепено решење није измењено на штету овог тужиоца. Према томе, тужени орган није ни одлучивао оспореним решењем о правима и обавезама тужиоца, њему није ни признато својство странке у управном поступку па оспореним решењем нису повређена његова права нити на закону заснован интерес, због чега тужилац не испуњава процесноправне услове за подношење тужбе у управном спору, па је тужба одбачена као недозвољена.

Нова законска регулатива може бити од значаја у поступцима где се, сходно члану 213. новог ЗУП-а, поступак спроводи према одредбама новог ЗУП-а. У складу са одредбама чланова 93, 146. и 152. новог ЗУП-а, надлежни орган о захтеву лица за признавање својства странке у управном поступку одлучује закључком, против кога није дозвољена жалба, нити се може покренути управни спор, већ се правна заштита остварује коришћењем прописаних правних средстава против решења.[11] У тој ситуацији ће се моћи десити да лице којем није признато својство странке поднесе тужбу Управном суду. Стога, уколико би се то лице први пут појавило са тужбом Управном суду ради заштите својих права и правних интереса, а да претходно није користило право на жалбу против решења из члана 47. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу, основано би се поставило питање његове активне легитимације.

2.3. Понављање поступка

Одредбом члана 176. став 1. тачка 5. ЗУП-а прописано је да се поступак који је окончан решењем против којег не може да се изјави жалба (коначно решење) понавља ако лицу које је могло да има својство странке није пружена прилика да учествује у поступку. Овде се ради о праву индиректне странке, заинтересованог лица у поступку, за које се или није знало или је орган пропустио да га позове да учествује у поступку. Странка која није учествовала у управном поступку може побијати првостепено решење жалбом, све док тече рок за жалбу у погледу странке, односно странака које су у поступку учествовале (члан 151. став 6. ЗУП-а). Уколико је решење постало коначно (или чак правноснажно) у односу на странке које су у поступку уче-

[11] Из пресуде Управног суда 1 У 609/19 од 04.07.2019. године – Сентенца, Судија Зорица Китановић, Билтен Управног суда број 9 из 2022. године, стр. 157-159

ствовале, лице које је требало да учествује у поступку као странка искључено је од могућности подношења жалбе и оно тада може да предложи понављање поступка. Пожељно би било да се лице које није учествовало у поступку, а сматра да је требало да има положај странке, најпре обрати органу, како жалбом, тако и захтевом за понављање поступка у зависности од фазе у којој се поступак у том моменту налази, односно да ли је окончан или не. Међутим, у управносудској пракси није реткост да и тужба лица које није учествовало у управном поступку (мада је за то било легитимисано) буде узета у разматрање, а да оно претходно није тражило понављање поступка. На тај начин се заобилази управни поступак у коме је требало утврдити релевантне чињенице као подлогу за решавање о правима и обавезама односног лица. Управни поступак је свакако бољи избор за утврђивање чињеница и евентуално касније избегавање управног спора. Стога, лице са правним интересом би могло да тражи да му се уручи решење како би могло да тражи понављање поступка. Уручење решења могу да траже и правни следбеници лица које је евентуално могло да буде странка у поступку. Све ово имајући у виду да се евентуално достављање коначног решења у управном поступку не може уподобити омогућавањем учешћа у поступку, уколико у управном поступку више није имала друго правно средство осим предлога за покретање обнове поступка окончаног тим решењем[12].

3. Странке у управном спору

Странке у управном спору јесу тужилац, тужени и заинтересовано лице (члан 10. Закона о управним споровима). Одредбом члана 11. Закона о управним споровима прописано тужилац у управном спору може да буде физичко, правно или друго лице, ако сматра да му је управним актом повређено неко право или на закону засновани интерес (став 1). Државни орган, орган аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, организација, део привредног друштва са овлашћењима у правном промету, насеље, група лица и други који немају својство правног лица, могу покренути управни спор ако могу да буду носиоци права и обавеза о којима се решавало у управном поступку (став 2). Ако је управним актом повређен закон на штету јавног интереса, управни спор може да покрене надлежни јавни тужилац (став 3). Ако су управним актом повређена имовинска права и интереси Републике

[12] Став XXXVIII заједничке седнице СС, врховних судова и ВВС од 27.09.1988. године

Србије, аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, управни спор може да покрене и надлежно јавно правобранилаштво (став 4). Тужени у у управном спору јесте орган чији се управни акт оспорава, односно орган који по захтеву, односно по жалби странке није донео управни акт (члан 12). Заинтересовано лице јесте лице коме би поништај оспореног управног акта непосредно био на штету (члан 13). Странке у управном спору дакле неће бити сва лица која су учествовала и у управном поступку. То ће осим тужиоца и туженог бити само лице коме би поништај оспореног управног акта непосредно био на штету.

4. Активна легитимација за подношење тужбе у управном спору

Одредбе члана 11. ЗУС-а опредељују круг лица која имају право да поднесу тужбу суду при чему то право не ограничавају нити условљавају њиховим учешћем у управном поступку. Да ли ће неко лице имати право на подношење тужбе цени се у односу на то да ли је оспореним управним актом повређено неко његово право или на закону засновани интерес, независно од тога да ли је то лице заиста и учествовало као странка у управном поступку или не. У зависности од врсте правног интереса лица појавиће се и различите правне ситуације. Дакле, одређујући услов за активну легитимацију према Закону о управним споровима је повреда на закону заснованог, превасходно правног интереса. Ради одређења на закону заснованог интереса треба поћи од одредбе члана 4. ЗУС-а која дефинише управни акт као појединачни правни акт којим надлежни орган, непосредном применом прописа, решава о одређеном праву или обавези физичког или правног лица, односно друге странке у управној ствари, али изоставља интерес заснован на закону. Са друге стране, ЗУП у одредби члана 16. дефинише управни акт као сваки појединачни правни акт којим орган, непосредно примењујући прописе из одговарајуће управне области, одлучује о праву, обавези или правном интересу странке, или о процесним питањима. Свакако, право на подношење тужбе имају и лица са правним интересом, али је то терен који изазива највише дилема у тумачењу.

Најчешће се у пракси ради о посредном интересу и то код вишестраначких управних ствари. У тим стварима се управним актом решава о праву или обавези једне од странака, а посредно се тим актом задире и у субјективну правну ситуацију друге странке односно посредно се решава о њеном правном интересу, који тако може бити евентуално повређен.

„На закону засновани интерес“ као услов за активну легитимацију у смислу члана 11. став 1. није у пракси увек лако одредив. Стога би се у сваком конкретном случају требало ценити постојање превасходно непосредног личног интереса заснованог на неком материјалном пропису[13], али и то да ли је правни интерес заиста и повређен управним актом.

Тужбу подносе лица онда када сматрају да им је повређено неко право или правни интерес, а да ли је таква повреда стварно и учињена, оцењује суд у управном спору. Ту долазимо до питања да ли би суд требало да одбаци тужбу онда када уочи да нема повреде права или правног интереса. За одговор би могао бити релевантан став Врховног суда Србије према коме: „недостатак легитимације за понављање управног поступка не значи истовремено недостатак легитимације за подношење тужбе у управном спору против закључка којим се одбацује предлог странке за понављање поступка“[14].

4.1. Тужба против коначног решења по захтеву за признавање својства странке

Лицу, које сматра да има правни интерес и којем је закључком Агенције за реституцију одбачен захтев за признавање својства странке, није ускраћена правна заштита и право на подношење тужбе против другостепене одлуке којом је одбијена његова жалба изјављена на закључак првостепеног органа којим је одбачен или одбијен његов захтев за признавање својства странке и о таквим тужбама суд је мериторно одлучивао. Пракса Управног суда је уједначена у случају закупца стана као непокретности која је предмет враћања, са становиштем да се решавањем у поступку по захтеву за враћање имовине не мења правни положај нити правна ситуација тог лица, односно не мења се обим његових личних, непосредних и на закону заснованих права. Пример је пресуда Управног суда У. 18730/17 од 11.03.2021. године којом је одбијена као неоснована тужба поднета решења туженог Министарства финансија Републике Србије, Сектора за имовинско-правне послове, у предмету признавања својства странке, у поступку по захтеву за враћање одузете имовине, са позивом на одредбу члана 27. став 3. Закона о враћању одузете имовине и обештеће-

[13] Зоран Томић, Коментар Закона о управним споровима са судском праксом, ЈП Службени гласник, Београд, 2012, стр. 360-362

[14] ВСС, Увп. бр. 1288/2002 од 27.11.2002. године

њу, којом је прописано да се стамбене зграде, куће и станови на којима постоји законом заштићено станарско право, враћају у својину бившем власнику који од дана извршности решења о враћању постаје закуподавац заштићеном станару под условима утврђеним законом којим се уређује становање у Републици Србији, уређено у време подношења захтева Законом о становању ("Службени гласник РС", бр. 50/92....99/2011), који у члану 1. прописује да се коришћење станова, одржавање стамбених зграда и станова и откуп станова вршу у складу са тим законом. Наиме, суд је образложио да тужиља није лице по чијем захтеву је поступак покренут и да јој се као члану породичног домаћинства закупца непокретности која би у поступку реституције била враћена бившем власнику, не мења правни положај нити правна ситуација коју има закупац стана, с обзиром да остаје у својству закупца на предметној непокретности са истим обимом права, односно не мења се обим њених личних, непосредних и на закону заснованих права, због чега је суд оценио да је њен захтев за признавање својства странке правилно одбачен због недостатка правног интереса[15]. Дакле, када говоримо о закупцима стана, њихов правни интерес није непосредан и није директно повређен управним актом.

4.2. Тужба лица које није учествовало у поступку враћања одузете имовине

Што се тиче ситуације када лице које није учествовало у управном поступку сматра да има правни интерес и подноси тужбу против коначне одлуке донете у управном поступку којом се решава о предмету поступка односно мериторне одлуке по захтеву за враћање имовине, Управни суд је стао на становиште да уколико оспорено решење није донето по жалби тужиоца, већ по жалби другог лица, при чему тужиоцу није признато својство странке и омогућено учешће у поступку, то тужилац није овлашћен за подношење тужбе управном спору. Суд је своје одлуке у овим ситуацијама образлагао тако што је констатовао да подносилац тужбе, а касније и приговора, није и подносилац захтева за враћање одузете имовине, односно обештећење и да није учествовао у првостепеном поступку, нити је изјавио жалбу против првостепеног решења, већ да је оспореним решењем одлучено по жалби другог, заинтересованог лица, при чему тужени орган оспореним решењем није

[15] Пресуда Управног суда У. 18730/17 од 11.03.2021. године

одлучивао о правима и обавезама тужиоца, а тужиоцу није признато својство странке у управном поступку или је захтев за признавање својства странке одбачен, због чега се управним актом који се тужбом оспорава, не дира очигледно у право тужиоца, или у његов на закону засновани интерес, у смислу члана 11. став 1. ЗУС-а, те та лица нису активно легитимисана за подношење тужбе у управном спору, у смислу цитиране одредбе члана 26. став 1. тачка 4. Закона о управним споровима[16]. Ово утолико, јер је и одредбом члана 5. став 1. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу прописано која то лица имају право на враћање имовине или обештећење, а закупац спорног земљишта/некретнине, према образложењу одлуке Управног суда Ув 129/21 од 01.06.2021. године, није лице из одредбе члана 5. став 1. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу.

Посебну категорију тужилаца могли би да представљају правни следбеници подносилаца захтева који нису учествовали у управном поступку и појављују се први пут са тужбом Управном суду, ради поништаја решења којим је одлучено по жалби на решења из члана 47. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу. Ове ситуације теоретски су ретке јер до њих долази када подносилац захтева умре у периоду пре подношења тужбе. Његови правни следбеници, било да су законски или тестаментални наследници, имали би право на подношење тужбе суду односно били би активно легитимисани док би се питање основаности њихове тужбе ценило према релевантним законским одредбама. Што се тиче правних следбеника подносиоца захтева, основна претпоставка је да су они и оглашени за наследнике иза покојног подносиоца захтева, чиме они доказују своју активну легитимацију за подношење тужбе. Међутим, у пракси Управног суда је забележен и случај у ком је, између осталих, тужбу поднео и потомак подносиоца захтева који није оглашен за његовог наследника и у управном поступку није поднео жалбу, односно у управном поступку није ни учествовао, па се конкретним оспореним решењем не дира очигледно у право тог лица и у његов на закону засновани интерес, због чега је суд оценио да на његовој страни нема активне легитимације за подношење тужбе за оцену законитости оспореног решења у смислу одредбе члана 11. став 1. Закона о управним споровима[17].

---

[16] Решење Управног суда Ув 129/21 од 01.06.2021. године и Ув 99/22 од 20.01.2023. године

[17] Пресуда Управног суда У. 10541/19 од 02.12.2021. године

4.3. Тужба обвезника враћања одузете имовине

Одредбом члана 9. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу прописано је ко су обвезници враћања подржављене имовине. Дакле, обвезници враћања су титулари државне односно друштвене својине. Лице које има право располагања или право коришћења на непокретности у друштвеној својини, као обвезник враћања преноси оно право које има, али оно суштински подразумева преношење права својине и права државине на одузетој имовини. Обвезник је увек странка у поступку, под условом да му је право да учествује у поступку и омогућено, што је најчешће и случај, имајући у виду досадашњу праксу органа управе. Најчешће је то Република Србија као власник. У ситуацији када Р. Србија као странка није учествовала у управном поступку, не би требало да буде спорно њено право на подношење тужбе у управном спору. Околност да је Р. Србији достављено оспорено решење није аутоматски довољно за закључак да јој је учешће у поступку омогућено у својству странке, имајући првенствено у виду да учешће подразумева не само достављање већ и омогућавање изјашњавања. Ту свакако најпре треба имати у виду да је делотворније и ефикасније правно средство понављање поступка, али и тако поднета тужба може бити разматрана у меритуму.

4.4. Тужба корисника непокретности које су предмет реституције

Осим обвезника враћања, у пракси се често појављују не само закупци већ и лица којима је пренето неко овлашћење у вези са коришћењем и управљањем над предметним, најчешће пољопривредним и шумским земљиштем, јер их је Агенција за реституцију укључивала у поступак од почетка и мериторно одлучивала о њиховим жалбама, па су они самим тим против одлуке по њиховој жалби активно легитимисани да покрену управни спор. Свакако, друга је ситуација када оспореним решењем није одлучивано о њиховој жалби, јер се онда може поставити питање њихове активне легитимације за подношење тужбе у управном спору. Тако је одређени број тужби суду поднела нпр. Управа за пољопривредно земљиште Министарства пољопривреде, шумарства и водопривреде Републике Србије ради поништаја решења којима је одлучено по жалби других лица која су учествовала у поступку реституције. У овим случајевима суд је становишта да Управа није активно легитимисана за подношење тужбе у управном спору, те су донете одлуке којима се тужба одбацује као изја-

вљена од неовлашћеног лица, применом одредбе члана 26. став 1. тачка 4) Закона о управним споровима. Наиме, суд је образложио да је тужбу поднео в.д. директора Управе за пољопривредно земљиште, која је орган у саставу Министарства пољопривреде, шумарства и водопривреде Републике Србије и о чијим правима и обавезама није одлучивано диспозитивом тужбом оспореног решења, нити о жалби Управе, то је суд нашао да је тужба поднета од стране неовлашћеног лица[18]. У ситуацији да тужбу поднесе ово Министарство, могло би се оправдано поставити питање његове активне легитимације за подношење тужбе у управном спору против одлуке којом није решавано о правима и обавезама или правном интересу овог Министарства. Чињеница је да Министарство управља и користи већину земљишта које је предмет реституције. Министарство као државни орган може да покрене управни спор ако је носилац права и обавеза о којима се решавало у управном поступку. Ако тај услов није испуњен, њихова тужба се може одбацити применом члана 26. став 1. тачка 4. ЗУС-а. Разуме се, и ови правни субјекти ће, кад иначе испуњавају наведени услов, покренути управни спор само ако сматрају да им је управним актом повређено какво право или на закону засновани интерес, а суд у сваком конкретном случају цени да ли заиста постоји повреда на закону заснованог интереса и да ли Министарство као корисник земљишта у конкретној управној ствари има право на подношење тужбе или би се то право ипак могло признати само власницима чија су права јача.

Интересантан је случај из праксе Управног суда у ком је предмет оцене била законитост решења којим је одбијена жалба Друштва за изнајмљивање некретнина "Н.Н." д.о.о. изјављена против закључка Агенције за реституцију којим је одбачен захтев жалиоца, ради признавања својства странке у поступку покренутом по захтеву законских наследника бившег власника за враћање одузете имовине, односно обештећење, због непостојања правног интереса, као и захтев за понављање тог поступка као поднет од неовлашћеног лица. Управни суд је закључио да је подносиоцу тужбе закључком Владе Републике Србије дато привремено право коришћења, управљања и одржавања предметног објекта у власништву Републике Србије, са детаљним описом послова које може да обавља у вези предметних некретнина, али да то лице не спада у категорију држа-

[18] Решење Управног суда У. 13809/21 од 09.11.2022. године

лаца или носилаца права коришћења предметне непокретности у смислу члана 9. Закона о враћању одузете имовине и обештећењу, те да нема правни интерес, па самим тим му се не може признати ни својство странке у поступку враћања предметних непокретности наследницима бивших власника. Истом пресудом, суд је одбацио тужбу Р. Србије поднету против истог оспореног решења јер је тим решењем одлучено по жалби тужиоца "Н.Н." д.о.о. против првостепеног закључка којим је решено о његовом захтеву за признавање својства странке и предлогу за понављање поступка у коме је законски заступник тужиоца Републике Србије учествовао као странка, те по оцени суда није повређено право или на закону заснован интерес тужиоца Републике Србије, због чега није легитимисан за подношење тужбе у смислу члана 11. Закона о управним споровима[19].

Мишљење аутора је да тужбе корисника и других лица којима је дато право управљања на непокретностима које су предмет враћања, могу имати и други циљ. Стога је преиспитивање процесних претпоставки, а пре свега процесне легитимације и правног интереса од посебног значаја. Може се десити да то лице подноси тужбу и онда када зна какав ће бити исход спора, јер је већ упознат са одлукама не само Управног већ и Уставног суда у истим или сличним чињеничним и правним ситуацијама, али тиме одлаже моменат правоснажности одлуке о враћању имовине у ком периоду евентуално може прибавити извесну корист. Све ово има и штетне последице по друге странке из поступка реституције.

4.5. Право јавног тужиоца и државног правобраниоца на подношење тужбе

Ставом 3. члана 11. Закона о управним споровима прописано је, ако је управним актом повређен закон на штету јавног интереса, управни спор може да покрене надлежни јавни тужилац. Дакле, циљ управног спора је, поред заштите права грађана и других правних субјеката, и обезбеђење законитости (члан 1. став 2. Закона о управним споровима). Како појединачним управним актом закон може бити повређен и у корист тих правних субјеката, а на штету јавног интереса, не може се очекивати да они покрећу управни спор ради уклањања тих незаконитих аката, па је у таквим случајевима закон предвидео да се обезбеђење законитости оства-

[19] Пресуда Управног суда У. 20364/18 од 30.09.2020. године

рује тужбом надлежног јавног тужиоца. Услов за легитимацију јавног тужиоца за покретање управног спора је, таква његова оцена, а да ли повреде закона има, о томе одлучује суд у управном спору. Међутим, према подацима из уписника суда, када се ради о поступцима реституције, оваквих тужби до сада није било.

Чланом 11. став 4. ЗУС-а предвиђено је и право јавног правобраниоца на покретање управног спора, али као државног органа, а не законског заступника, јер у тој улози правобранилаштво нема право на тужбу. Његово самостално право на тужбу у управном спору ЗУС садржински везује за повреду имовинских права и интереса државе (Републике Србије), аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе које јавни правобранилац по закону заступа. Иако се у управном спору не решава о имовинско-правним односима (осим изузетно и акцесорно, члан 16. ЗУС-а), предмет управног спора може бити и одређени имовински интерес странке, посредно или непосредно. Међутим, ни оваквих случајева нема када су у питању поступци реституције и правобранилаштво се јавља увек у улози законског заступника државног органа.

5. Рок за подношење тужбе

С обзиром на тему реферата, посебно је значајно питање рока за подношење тужбе од стране лица које није учествовало у управном поступку. Ту се могу разликовати две ситуације. Прва, када је том лицу коначно решење донето у поступку реституције достављено, иако то лице у поступку није учествовало, а то је најчешће случај када су у питању корисници или закупци непокретности, најчешће Министарство пољопривреде, шумарства и водопривреде. У том случају питање благовремености тужбе се лако може оценити и рок за подношење тужбе је 30 дана од дана достављања решења – члан 18. ЗУС-а. Друга ситуација је када тужбу подноси лице које у поступку није учествовало нити му је коначно решење донето у поступку реституције достављено, јер одредба члана 18. ЗУС-а није предвидела ситуацију када одређеном лицу, које је евентуално могло имати положај странке у управном поступку, решење није достављено, па и странка која није учествовала у управном поступку, може да поднесе тужбу у управном спору у року у коме и странка која је учествовала[20].

[20] Решење ВСС-а У. 724/2007 од 13.06.2007. године

Стога, пре упуштања у питање оцене активне легитимације тужиоца односно његовог овлашћења за подношење тужбе, суд ће испитати питање благовремености поднете тужбе.

6. Закључак

Полазећи од теме овог реферата, циљ је био да се укаже да кључан проблем поступка реституције, који се даље преноси и на управни спор, управо питање страначке легитимације. Суштина проблема је однос правила општег управног поступка према посебном – поступку реституције. Закон о општем управном поступку је имао за циљ да гарантује и успостави минимум заштите права и правних интереса странака у поступку, а да га посебни закони даље прошире и надограде. Међутим, Закон о враћању одузете имовине и обештећењу, сузио је круг лица која могу да буду странке у том поступку, регулишући питање страначке легитимације суштински на штету самих странака, првенствено оних лица које имају "на закону заснован правни интерес". Управо ове неусаглашености су даље довеле до ситуације да се одређена лица која сматрају да је требало да учествују у поступку реституције и која имају на закону заснован правни интерес, појаве као тужиоци у управном спору, а што је даље изискује озбиљну и свеобухватну оцену активне легитимације тог лица. У том смислу суд је тај који треба да утврди о каквом се интересу одређеног лица ради и да ли је он и повређен у конкретном случају, али и да утврди однос између штете и користи коју својим остваривањем права постиже подносилац тужбе, односно да ли тиме наноси и какву штету другом лицу. Стога, потребно је у сваком конкретном случају посебно испитати процесне претпоставке, процесну легитимацију и правни интерес.

Тема: ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА НА ПОДНОШЕЊЕ ЗАХТЕВА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ И НА ПОДНОШЕЊЕ ТУЖБЕ У УПРАВНОМ СПОРУ

Катарина Манојловић Андрић
судија Врховног касационог суда у пензији

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА НА ПОДНОШЕЊЕ ЗАХТЕВА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ И НА ПОДНОШЕЊЕ ТУЖБЕ У УПРАВНОМ СПОРУ

У протеклих пет година судови у Републици Србији се суочавају са енормним порастом броја предмета у парничној и управној материји. Као огромни таласи цунамија судове свакодневно преплављују стотине нових тужби за које су у парничној материји карактеристични мали новчани износи који се њима потражују и трошкови поступка који вишеструко превазилазе вредност главног потраживања, а у управној материји покретање спорова због ћутања управе. Управни спорови због ћутања управе се из године у годину удвостручују и њихов тренутни број онемогућава Управни суд да у примереним роковима одлучује о тужбама странака у другој врсти спорова. То последично доводи до нових судских поступака због повреде права на суђење у разумном року, црпећи додатно људске ресурсе у судовима који поступају у таквим предметима и буџетска средства која се исплаћују на име новчаног обештећења и адвокатских трошкова када се утврди да је право на суђење у разумном року повређено.

У овом тексту је приказана оптерећеност Управног суда споровима због ћутања управе и дати су примери масовног подношења захтева

појединим органима као потенцијална опасност генерисања спорова због ћутања управе, а затим указано на злоупотребу права као основни узрок огромног повећања броја управних спорова због ћутања управе, као и на могућа решења овог акутног проблема *de lege lata* и *de lege ferenda*.

1. Оптерећеност Управног суда споровима због ћутања управе

Управни суд је специјализовани суд који на основу члана 29. став 1. Закона о уређењу судова[1] суди у управним споровима. Од свог конституисања 01.01.2010. године, овај суд се суочава са непрекидним растом прилива предмета. Значајан раст броја примљених предмета нарочито је уочљив у последњих шест година, тако да је 2022. године примљено 63.534 предмета, што је за 292% више него 2017. године, када је примљен 21.741 предмет. У истом периоду и број нерешених предмета се утростручио од 30.754 на крају 2017. године до 103.198 на крају 2022. године.

У евиденцијама Управног суда разликује се 107 основа спора који су у надлежности овог суда. Најчешћи управни спорови годинама су се односили на материју пензијског и инвалидског осигурања, пореза, радних односа државних службеника, инспекцијског надзора, катастра и враћања имовине одузете по различитим основима. Спорови због ћутања управе су до 2015. године били ретки – нарочито у материји пензијског и инвалидског осигурања.

Од 2017. године у Управном суду је евидентиран континуиран раст новопримљених предмета ћутања управе, тако да је у 2021. години примљено 394% више тужби због ћутања управе него у 2017. години (5.201 предмет 2017. године, 7.305 предмета 2018. године, 8.023 предмета 2019. године, 13.331 предмет 2020 године и 25.696 предмета 2021. године). Од укупног броја примљених тужби у току 2021. године, 66% се односи на тужбе због ћутања управе. Број примљених тужби због ћутања управе против Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање представља преко три петине укупног прилива предмета због ћутања управе, а 2021. године је износио 80%. [2] Према подацима изнетим на Округлом столу „Ка ефикаснијој управ-

[1] „Службени гласник РС“, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11-др. закон, 78/11-др. закон, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15-др. закон, 13/16, 108/16, 113/17, 65/18-Одлука УС, 87/18 и 88/18-Одлука УС

[2] Извор података у овом делу текста су годишњи извештаји о раду Управног суда и Функционална анализа Управног суда Републике Србије коју је 2023. године сачинио експертски тим (др Марина Матић Бошковић, Ана Крнић Кулушић, Светлана Ђуковић, др Милош Марковић и др Марко Новаковић) уз подршку Немачке развојне сарадње ГИЗ, кроз пројекат „Јачање владавине права у Србији“

ној правди – старосне пензије“[3], Управном суду је у току 2022. године поднето 48.235 тужби против Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање, при чему се 96% тужби односи на ћутање управе, а само 4% тужби је изјављено против коначних аката којима је решавано о остваривању права из пензијског и инвалидског осигурања.

Тужба због ћутања управе може се, према одредбама члана 19. Закона о управним споровима („Службени гласник РС“, бр. 111/09 – у даљем тексту: ЗУС), поднети у два случаја: ако другостепени орган, у року од 60 дана од дана пријема жалбе или у законом одређеном краћем року, није донео решење по жалби странке против првостепеног решења, а не донесе га ни у даљем року од седам дана по накнадном захтеву странке поднетом другостепеном органу или ако првостепени орган по захтеву странке није у року предвиђеном законом којим се уређује општи управни поступак, донео решење против којег није дозвољена жалба, а не донесе га ни у даљем року од седам дана по накнадном захтеву странке.

2. Примери масовног подношења захтева појединим органима

2.1. Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање

Имајући у виду да се више од половине предмета у раду Управног суда односи на тужбе због ћутања управе против Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање (у даљем тексту: Фонд ПИО), основано се поставља питање који су узроци таквог стања. Најбољи путоказ за давање тачног одговора на ово питање јесте број и врста захтева који су подношени Фонду ПИО у периоду од 2015. године до данас, а поводом којих су затим подношене жалбе и тужбе због ћутања управе.

Очигледно је да 2015. година означава почетак незаустављивог раста броја захтева који се подносе Фонду ПИО, а иницијална каписла за овај тренд је било доношење једног закона. Народна скупштина је на Петој седници Другог редовног заседања у 2014. години одржаној 26.10.2014. године, донела Закон о привременом уређивању начина исплате пензија, који је објављен у „Службеном гласнику РС“, бр. 116/14, а ступио је на снагу наредног дана од дана објављивања. Наведеним законом прописано је да ће се корисницима пензија чија је висина пензије одређена у складу са законом већа од 25.000,00 динара, пензије исплаћивати у

[3] Округли сто је одржан 06.03.2023. године у организацији Комитета правника за људска права YUCOM

мањим износима ближе прописаним одредбама чл. 2. – 5. Народна скупштина је 2016. године донела Закон о допуни Закона о привременом уређивању начина исплате пензија („Службени гласник РС“, бр. 99/16), којим је у основни текст Закона после члана 5. додат члан 5а, а према коме се износи утврђени у чл 2. и 3. овог закона од 15.000,00, 25.0000,00 и 40.000,00 динара, повећавају, почев од обрачуна и исплате пензије за децембар 2016. године за проценат усклађивања пензија утврђен законом којим се уређује буџетски систем. Закон о привременом уређивању начина исплате пензија престао је да важи на основу члана 53. став 1. Закона о изменама и допунама Закона о пензијском и инвалидском осигурању („Службени гласник РС“, бр. 73/18 од 29.09.2018. године).

Уставни суд је 23.09.2015. године донео решење I Уз-531/2014, којим су одбачене иницијативе за покретање поступка за оцену уставности и сагласности са потврђеним међународним уговорима Закона о привременом уређивању начина исплате пензија и одбачени захтеви за обуставу извршења појединачних аката или радњи донетих, односно предузетих на основу оспореног Закона. У вези са наводима подносилаца иницијативе да је свака законска промена висине утврђеног износа пензије „недопуштено задирање и укидање стечених права“, Уставни суд је стао на становиште да се појам тзв. „стечених људских и мањинских права“ односи на права и слободе које су зајамчене самим Уставом, а њихов „достигнути ниво“ на врсту права и слобода које су зајемчене. Према ставу Уставног суда, то, *a contrario,* значи да се законом прописани начин остваривања једног Уставом зајамченог људског или мањинског права или слободе не може сматрати стеченим правом, те се зато ни промене у законском уређивању начина на који се конкретно људско или мањинско право (слобода) „остварује“ не би могле довести у уставноправну везу са одредбом члана 20. став 2. Устава. Полазећи од тога да се „оспореним Законом не уређују нека нова или друга права из пензијског осигурања, већ је Законом предвиђено да ће се, у случајевима и на начин прописан тим законом, приликом исплате пензије износ чија је висина већ била утврђена Законом о пензијском и инвалидском осигурању процентуално умањити“, Уставни суд је нашао да се схватање иницијатора о потреби доношења посебних решења заснива на правно неутемељеном полазишту да се корисницима пензија оспореним Законом утврђују нова, другачија права из пензијског осигурања.

Фонд ПИО у првих шест месеци примене Закона о привременом уређивању начина исплате пензија није поступао по захтевима корисника пензија за доношење управних аката који би били основ за измењени начин исплате пензија, због чега су се многи корисници пензије притужили Заштитнику грађана. Поступајући по притужбама, Заштитник грађана је 29.07.2015. године упутио Фонду ПИО Мишљење у коме је, поред осталог, наведено да је Фонд ПИО у обавези да у извршењу Закона, у сваком конкретном случају, по службеној дужности, донесе одговарајући управни акт – решење, којим ће утврдити нов начин исплате пензије. У складу са таквим мишљењем, Фонду ПИО је упућена Препорука да без одлагања сваком кориснику пензије коме се, у складу са Законом, привремено мења начин исплате пензије, донесе појединачно решење којим ће утврдити тачан износ који се привремено исплаћује, образложити начин обрачуна наведеног износа и поучити га о правном средству које има право да користи уколико сматра да наведено решење није донето сагласно закону.

Поводом наведеног Мишљења са препоруком, Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања је дописом број 01-00-00664/2015-07 од 06.07.2015. године, указало Заштитнику грађана да предмет Закона не представља самосталну управну ствар и да се непосредно примењује, пошто није реч о утврђивању износа пензија, као и да су корисници пензија обавештени о умањеном износу пензије тако што им је на исплатном чеку назначен „пун“ износ пензије са обрачуном умањења у складу са Законом. Сходно томе, истакнуто је да не би било целисходно водити 600.000 управних поступака, односно поступака по жалби и евентуално толико управних спорова. Фонд ПИО се 30.09.2015. године обратио Заштитнику грађана дописом сличне садржине. У међувремену, донето је и Решење Уставног суда I Уз-531/2014 у коме је, такође, изречен став да Законом извршено умањење пензија не представља одлучивање о новом праву или обавези, већ само математичку (рачунску) примену законских критеријума и да стога није морало бити праћено доношењем посебних решења.

Све наведено није утицало на Заштитника грађана да промени Мишљење од 29.06.2015. године, већ је 16.12.2015. године Фонду ПИО упутио допис у коме је поново истакао да је Фонд ПИО „у обавези да, у извршењу Закона о привременом уређењу начина исплате пензија, у сваком конкретном случају, по службеној дужности, донесе појединачно решење којим ће утврдити нов начин исплате пензије“.

Фонд ПИО није по службеној дужности донео појединачна решења за све кориснике којима је пензија исплаћивана у мањем износу, али је поступао по захтевима за доношење таквих решења које су поднели сами корисници. Прецизна евиденција о броју поднетих захтева не постоји, јер се захтеви нису односили само на доношење решења о висини умањене пензије након ступања на снагу Закона о привременом уређивању начина исплате пензија. Многи корисници пензија су подносили и по десетак различитих захтева у вези са применом наведеног закона, као што су: захтеви за доношење посебних решења о умањењу пензије за 2014, 2015, 2016, 2017. и 2018. годину, захтеви за утврђивање појединачних новчаних износа за које је пензија умањена у свакој од наведених година, захтеви о повраћају појединачних износа пензије „одбијених“ за сваку од наведених година, захтеви за повраћај укупног износа за који је пензија умањена у периоду од новембра 2014. до октобра 2018. године, захтеви да се утврди износ пензије на дан 01.10.2018. године итд. Иако је било очигледно да подношење таквих захтева није имало за сврху остваривање права, већ да се њиховом масовношћу онемогући доношење решења по захтевима у законском року, а затим поднесу жалбе и тужбе због ћутања управе ради остваривања крајњег циља – наплате адвокатских трошкова, Фонд ПИО такве захтеве није одбацивао и одлучивао је о њима мериторно. Управни суд је уважавао тужбе због ћутања управе када другостепено решење није донето у законском року, налагао доношење решења и тужиоцима досуђивао трошкове управног спора на име ангажовања адвоката као пуномоћника, или је доносио решења о обустављању поступка у случају доношења другостепеног решења по истеку законског рока које тужиоци нису оспоравали и тужиоцима досуђивао трошкове поступка. Управни суд је у својим одлукама ценио само испуњеност формалних услова за ћутање управе (протек законског рока за одлучивање о захтеву, односно жалби и о накнадном захтеву странке за доношење решења), не упуштајући се у потребу доношења решења по поднетим захтевима у складу са правним ставовима изнетим у Одлуци Уставног суда I Уз-531/2014 од 23.09.2015. године, које је заузео и Европски суд за људска права у Одлуци од 17.01.2023. године у предмету *Жегарац и други против Србије* (представка број 54805/15 и др.).

Сви поступци по захтевима у вези са применом Закона о привременом уређивању начина исплате пензија још увек нису правноснажно окончани. Предмети који су правноснажно окончани након подношења тужби због ћутања управе Управном суду, а у којима су тужиоцима при-

знати трошкови заступања од стране адвоката, били су подстрек за подношење на хиљаде нових, сличних захтева Фонду ПИО. Корисници пензија таквим захтевима најчешће траже: доношење решења о износу пензије након сваког усклађивања пензије (иако се износ усклађене пензије исказује на пензијском чеку); доношење решења о најнижем износу пензије (иако се тај износ јавно објављује у „Службеном гласнику РС“); доношење решења о исплати поштанских трошкова за које се пензија умањује корисницима који је примају на руке; доношење решења о исплати банкарских трошкова који се наплаћују приликом исплате пензија преко Поштанске штедионице или банке; доношење решења о усклађивању пензије за 2022. годину применом „швајцарске методе“; доношење решења о посебном стажу по основу учешћа у оружаним акцијама у случајевима када је решењем већ утврђен посебан стаж осигурања; доношење решења о подацима унетим у матичну евиденцију и уверења о подацима унетим у матичну евиденцију осигураника у случајевима када је правноснажним решењем донесеним на основу тих података већ утврђено право на пензију и висина пензије подносиоца захтева и сл. Према подацима Фонда ПИО изнетим на поменутом Округлом столу, у предметима појединих корисника пензије постоји и по 18 различитих захтева, а из године у годину повећава се број адвоката који у њихово име подносе те захтеве. У таквим ситуацијама, имајући у виду укупан број захтева и жалби које се месечно подносе органима Фонда ПИО, неминовно је да о свим захтевима и жалбама не буде одлучено у законском року и поред ангажовања свих расположивих људских ресурса, поготово онда када се предмет не налази код надлежног органа Фонда ПИО јер је достављен другостепеном органу ради одлучивања по жалби или Управном суду ради одлучивања по тужби (што је подносиоцима захтева, односно жалби, познато).

Претраживањем САПС-а[4] лако се могу пронаћи подаци о десетинама спорова због ћутања управе који се пред Управним судом воде по тужбама истог тужиоца, поднетих од стране истог адвоката као пуномоћника, против туженог Фонда ПИО. Овом приликом биће наведено само неколико таквих примера.

***Први пример*:** Адвокат СМ је као пуномоћник тужиље ПД у периоду од 20.01.2021. до 05.10.2022. године поднео Управном суду 27 тужби због

[4] Стандардизована апликација правосуђа Србије

ћутања управе. Три управна спора су решена обуставом поступка применом члана 29. став 3. ЗУС-а[5], а тужени обавезан да тужиљи накнади трошкове управног спора у износу од по 24.750,00 динара. Сва три спора су вођена поводом захтева тужиље за доношење решења о подацима унетим у матичну евиденцију. О првом захтеву од 19.03.2021. године је донето решење 25.03.2021. године на које је тужиља изјавила жалбу, а док су се списи предмета налазили код другостепеног органа ради доношења одлуке по жалби, тужиља је првостепеном органу поднела још два идентична захтева 22.06.2021. и 25.06.2021. године. Овај пример указује на вишеструко подношење истоветних захтева чија сврха очигледно није остваривање било каквог права тужиље по основу пензијског и инвалидског осигурања, већ досуђивање адвокатских трошкова у спору због ћутања управе.

***Други примери*:** Адвокат МЈ је као пуномоћник СВ у периоду од 06.11.2021. до 08.12.2022. године поднео Управном суду 20 тужби због ћутања управе, као пуномоћник СР у периоду од 24.11.2020. до 09.12.2021. године поднео 15 тужби због ћутања управе, као пуномоћник ЂР у периоду од 06.11.2020. до 06.12.2022. године поднео 26 тужби због ћутања управе, а као пуномоћник РЖ у периоду од 06.11.2020. до 03.06.2022. године 25 тужби због ћутања управе.

На основу до сада окончаних поступака по поднетим тужбама може се закључити: да су у 19 предмета донесена решења о обустави поступка на основу члана 29. став 3. ЗУС-а тужени Фонд ПИО обавезан на плаћање трошкова поступка у износу од по 24.750,00 динара; да су два предмета окончана пресудом којом су тужбе уважене, туженом Фонду ПИО наложено да у року од 30 дана донесе решење по жалби тужиоца и тужени обавезан да плати трошкове поступка у износу од по 16.500,00 динара; да су спорови због ћутања управе настали поводом захтева за разгледање списа, захтева за издавање уверења о подацима унетим у матичну евиденцију, захтева за доноше-

[5] Одредбама члана 29. ЗУС-а је прописано: да ако тужени у току судског поступка донесе други акт којим се мења или поништава управни акт против којег је управни спор покренут, као и ако у случају из члана 19. овог закона накнадно донесе првостепени, односно другостепени управни акт, тај орган ће, поред тужиоца, истовремено известити и суд (став 1); да ће у случају из става 1. овог члана суд позвати тужиоца да у року од 15 дана од дана пријема позива достави суду писану изјаву о томе да ли је накнадно донетим актом задовољан или остаје при тужби и у ком обиму, односно да ли тужбу проширује и на нови акт (став 2); да ако тужилац благовремено достави суду писану изјаву да је накнадно донетим актом задовољан или ако не да изјаву у року из става 2. овог члана, суд ће донети решење о обустављању поступка (став 3); да ако тужилац изјави да новим актом није задовољан, суд ће наставити поступак (став 4).

ње решења о најнижем износу пензије пољопривредника, захтева за доношење решења о усклађеном износу пензије, захтева за доношење решења о „износу одбијених делова пензије“; да су захтеви тужилаца за разгледање списа и издавање уверења из матичне евиденције понављани у више случајева. На основу садржине и великог броја захтева упућених Фонду ПИО од стране истог лица, њиховог вишеструког понављања, броја тужби због ћутања управе поднесених од стране адвоката у име истог тужиоца и чињенице да у управном спору због ћутања управе тужба није проширена на накнадно донети управни акт због чега су судски поступци обустављени, може се закључити да се масовношћу и учесталошћу подношења захтева очигледно онемогућавало њихово решавање у законском року, а то је, у до сада окончаним управним споровима, имало као исход обавезивање туженог Фонда ПИО да тужиоцима накнади адвокатске трошкове.

У многим сличним предметима ћутања управе основано се поставило питање валидности пуномоћја које прилажу адвокати, односно питање да ли су лица у чије име су поднети бројни захтеви, жалбе и тужбе због ћутања управе уопште упозната са њиховим подношењем, јер је у пракси било случајева да су означени тужиоци преминули још пре подношења иницијалног захтева, као и да су пуномоћја за различита лица потписана истим рукописом.

Пракса показује да је у многим предметима тужени Фонд ПИО донео и отправио решења по жалби у законском року од 60 дана, али да достављање решења није могло бити извршено у том року зато што су пуномоћници – адвокати избегавали њихов пријем све до протека рока, како би остварили формалне услове за подношење тужбе због ћутања управе.

2.2. Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности

У последњих неколико година бележи се пораст захтева за давање информација од јавног значаја, а нарочито након доношења Закона о изменама и допунама Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја, којим је из Закона брисан институт злоупотребе права.

Поједина физичка лица лично или преко адвоката као пуномоћника подносе десетине, па и стотине истоветних захтева месним заједницама, школама, предшколским установама, стоматолошким ординацијама, удружењима грађана и другим правним лицима, која очигледно нису

кадровски оспособљена да на захтеве благовремено одговоре, што доводи до подношења жалби због ћутања управе чији број представља сметњу за ефикасан рад запослених код Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности (у даљем тексту: Повереник). Ево неколико карактеристичних примера таквих захтева: од месних заједница (па и оних на Старој Планини) тражене су информације да ли имају регистрован фудбалски клуб и у којој лиги се такмичи, а уколико га немају да ли су га и када имали и у којој лиги се такмичио; од стоматолошких служби и ординација тражене су информације да ли су суви стерилизатор и аутоклав за брзу стерилизацију тренутно у исправном стању, када је вршен последњи ремонт аутоклава за брзу стерилизацију, као и у којим периодима у 2021. години је вршена контрола његове исправности и који су бројеви свих налога о вршењу контроле; од ловачких удружења тражене су информације за период од 2017. до 2022. године о службеним возилима која поседују, колико литара дизел горива, а колико литара бензина је купљено за возила, колико километара је прешло свако возило и колико путних налога за службена возила је издато по годинама.

***Пример злоупотребе права подношењем захтева Поверенику*:**

Подношење масовних захтева за давање информација од јавног значаја није мимоишло ни самог Повереника. У публикацији Повереника „Слободан приступ информацијама“ број 8/2019 приказан је случај коришћења формалне процедуре за остваривање права на приступ информацијама (подношењем захтева органу јавне власти у смислу члана 15. Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја) у циљу изражавања незадовољства ранијим одлукама органа, а не у сврху остваривања смисла и духа тог права, као пример злоупотребе права на приступ информацијама, који ће за потребе овог текста бити изнет у скраћеном облику.

Дана 26.04.2019. године АА је поднео Поверенику захтеве за приступ информацијама од јавног значаја означене редним бројевима од 1 до 10, којима је тражио информације, односно документе који се односе на: укупно утрошен новац за куповину средстава за чишћење тоалета које користе запослени у Служби Повереника, у периоду од 01.04.2011. до 01.04.2018. године, за сваки месец појединачно, новац утрошен за куповину папира А3 и А4 формата, у периоду од 12.02.2015. до 09.06.2018. године, појединачно по месецима, као и копије решења Повереника донетих у периоду од 2016. до 2019. године којима је налагано основним јавним тужилаштвима да доставе

копије списа кривичних предмета или делова предмета (захтев бр. 1); број управних спорова покренутих против Повереника од 01.01.2011. до 25.04.2019. године, због кршења закона односно недоношења одлука по жалби и копије решења Повереника донетих у периоду од 2016. до 2019. године којима је налагано основним јавним тужилаштвима да доставе копије списа кривичних предмета, формираних по кривичним пријавама или делове докумената садржаних у списима, у предметима који су у моменту доношења одлуке по изјављеној жалби били у току (захтев бр. 2); средства која су запослени у Служби Повереника потрошили на службена путовања у периоду од 12.02.2016. до 09.03.2019. године, појединачно за сваког запосленог (захтев бр. 3); информације о томе да ли је Повереник и под којим условима у периоду од 01.01.2011. до 25.04.2019. године издао службене просторије физичким или правним лицима за потребе пружања сексуалних услуга (захтев бр. 4); број жалби по месецима које су изјављене Поверенику у периоду од 12.02.2017. до 17.03.2019. године против решења или због непоступања по захтеву Пореске управе РС, као и исход поступака по тим жалбама (захтеви бр. 5 и 6); број предмета по жалбама изјављеним Поверенику у којима је одлучивала „госпођа у позним годинама“ Станојла Мандић, заменица Повереника, појединачно за јануар, фебруар и октобар 2016. године, март, април, јун, новембар и децембар 2018. године и април 2019. године, као и деловодне бројеве свих предмета које решава „стара госпођа Мандић“ у означеном периоду (захтев бр. 7); називе свих медија, јавних гласила, интернет портала и других правних лица која су Поверенику поднели жалбе због повреде права на слободан приступ информацијама од јавног значаја, у периоду од 01.01.2006. до 25.04.2019. године, број захтева за приступ информацијама од јавног значаја који су поднети Поверенику путем електронске поште, у периоду од 15.10.2015. до 15.05.2019. године, као и дан, час и минут сваког поднетог захтева (захтев бр. 8); број жалби решених (са приоритетом) у периоду од 15.03.2019. до 25.04.2019. године са деловодним бројевима тих предмета, број поступака по жалби који су у току, односно нису окончани (захтев бр. 9); захтеве за покретање прекршајног поступка и кривичне пријаве поднете од стране Повереника за период од 17.01.2017. до 23.04.2019. године (захтев бр. 10). Поступајући по наведеним захтевима (осим по захтеву број 4). Повереник је тражиоцу, дописима од 10.05.2019. и 28.05.2019. године, доставио тражене информације. Наведене информације су биле садржане у 610 докумената, на преко 1000 страна. Поступајући по захтеву (означеном бр. 4), којим је подносилац тражио информације о томе да ли је Повереник издавао

службене просторије за потребе пружања сексуалних услуга, Повереник је 10.05.2019. године донео решење којим је тај захтев одбио због злоупотребе права на слободан приступ информацијама од јавног значаја. Поднеском од 29.04.2019. године подносилац захтева је обавестио Повереника да ће до краја године поднети 1000 захтева за слободан приступ информацијама од јавног значаја... Дана 20.05.2019. године подносилац је поднео још осам нових захтева којима је, поред осталог, тражио копије свих одлука донетих по жалбама у току 2018. и 2019. године, свих захтева за обезбеђење извршења решења која је Повереник поднео Влади РС, за период од 2015. до 2019. године, као и документа у којима су садржани бројеви службених мобилних телефона запослених у Служби Повереника. Следећи захтев је поднет 30.05.2019. године, а 31.05.2019. године подносилац је поднео још један захтев којим је, поред осталог, тражио копије свих жалби које је Поверенику од 01.01.2007. до дана подношења захтева изјавио НВО Савет за мониторинг, људска права и борбу против корупције – Транспарентност, свих захтева за приступ информацијама од јавног значаја које је Републички геодетски завод поднео Поверенику до данас, као и свих копија докумената која су достављена Републичком геодетском заводу по захтевима које је Повереник решио позитивно.

Повереник је нашао да у конкретном случају захтеви АА поднети 20.05, 30.05. и 31.05.2019. године представљају злоупотребу права на слободан приступ информацијама од јавног значаја, будући да су неразумни, као и да се њима тражи превелик број информација. Омогућавање приступа траженим информацијама значило би прегледати: 6.982 предмета формираних по жалбама изјављеним Поверенику; 210 предмета у којима се Повереник обратио Влади РС ради извршења решења; 2.113 предмета у којима се Повереник обратио Управној инспекцији; 240 предмета у којима су захтеви поднети Поверенику; 217 предмета у којима је НВО Савет за мониторинг, људска права и борбу против корупције – Транспарентност изјавио жалбу Поверенику. Поступање по наведеним захтевима значило би издвајање, копирање, анонимизирање, поновно копирање и претварање у електронски документ минимум 44.000 страница различитих докумената, што би захтевало минимум 11.000 радних сати, односно ангажовање свих запослених у Служби Повереника да по наведеним захтевима тражиоца поступају више од три месеца. Стога је на основу одредаба члана 13. и члана 16. став 10. Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја донето решење о одбијању поднетих захтева.

***Пример злоупотребе права подношењем великог броја жалби због ћутања управе Поверенику*:**

Пет међусобно повезаних лица са пребивалиштем у истој стамбеној згради у Врању, које заступа исто лице, у периоду од 01.08. до 26.09.2022. године, изјавила су Поверенику укупно 5.028 жалби због ћутања управе свесно неистинито приказујући чињенице да органи јавне власти нису поступили по њиховим захтевима за приступ информацијама, да би одмах након тога у истим предметима подносили жалбе против одговора органа јавне власти. Број примљених жалби значајно је превазишао годишњи просек од 4.121 жалбе, колико је Повереник примао у последњих пет година. Анализом поднетих жалби због ћутања управе утврђено је да су изјављене одмах по протеку рока од 15 дана од дана када је захтев упућен препоручном поштом, без чекања да евентуално стигне одговор поступајућих органа поштом, што указује на то да тражиоцима информација није био циљ добијање тражених информација. Повереник је у периоду од 01.08. до 26.09.2022 године од укупно 5.028 приспелих жалби решио 4.224 жалбе. Повереник је решивши првих 1.667 предмета утврдио да су нетачни наводи жалиоца да органи јавне власти нису поступили по њиховим захтевима, па је тако 951 жалба изјављена због ћутања управе одбијена као неоснована, а у 716 предмета је обустављен поступак јер су првостепени органи доставили тражене информације након изјављене жалбе. Повереник је 2.523 жалбе одбио због заштите права и правних интереса трећих лица, као и због заштите јавног интереса, а 34 жалбе је одбацио из формалних разлога.

Решења којима су жалбе одбијене због заштите права и правних интереса трећих лица, као и због заштите јавног интереса, заснивају се на следећим разлозима: „Одредбом члана 7. Закона о општем управном поступку прописано је да је орган дужан да омогући странци да што лакше заштити и оствари своја права и правне интересе, али не на штету права и правних интереса трећих лица, нити јавног интереса. Имајући у виду да из напред утврђеног чињеничног стања произилази да су жалилац у овој правној ствари и с њим четири повезана жалиоца у кратком временском периоду поднели велики број жалби, који превазилази петогодишњи просек свих изјављених жалби свих жалилаца; да међусобно повезани жалиоци суштински нису заинтересовани за исход жалби (да ли ће жалбе бити усвојене или одбијене, јер свесно подносе очигледно неосноване жалбе, да у жалбама против „одлука органа власти“ не наводе конкретне разлоге чиме су незадовољни, да раз-

личити жалиоци од наведених пет повезаних жалилаца истим органима понављају исте захтеве и др.), већ су искључиво заинтересовани да поднесу што већи број жалби свесни да тиме могу оптеретити рад Службе Повереника у мери да Повереник не може да реши све жалбе у законом прописаном року што би последично могло довести до испуњености услова за подношење тужби Управном суду због тзв. ћутања управе и потенцијално великих расхода из буџета на име трошкова заступања странке...; да је Повереник да би спречио такву штету по буџет грађана Републике Србије све друге жалиоце (новинаре, грађане и сл.) ставио у неповољан положај у односу на пет међусобно повезаних жалилаца из Врања, јер се жалбе других жалилаца не решавају по уобичајеној динамици решавања предмета..., Повереник налази да је у конкретном случају оправдано одбити жалбу у овој управној ствари због заштите права трећих лица (свих других жалилаца), али и због заштите јавног интереса (омогућавање нормалног функционисања и рада институције Повереника која штити два Уставом зајамчена права – право на приступ информацијама и право на заштиту података о личности; онемогућавања додатног оптерећења Управног суда и стварање додатних огромних расхода по јавни буџет како пред Повереником, тако и пред Управним судом), а све у смислу члана 7. Закона о општем управном поступку. Повереник налази да је овакво поступање неопходно и да се само њиме може остварити сврха Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја (заштита интереса јавности да зна и остварење слободног демократског поретка и отвореног друштва из члана 1. став 1. Закона), те да се та сврха не може остварити другачијим поступањем којим би се мање ограничавала права жалиоца у овој управној ствари (члан 6. Закона о општем управном поступку)... Осим тога, права из Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја припадају свима под једнаким условима (члан 6. Закона) и Повереник не сме стављати било ког жалиоца у неравноправан положај. Тако је Повереник, у ситуацији када је пет међусобно повезаних лица из Врања изјавило 5.028 жалби (што потенцијално уколико се ти предмети не би решили у року може довести до тога да се само на име трошкова заступања странке пред Управним судом исплати износ из буџета од 124.443.000,00 динара...), приморан да преко реда решава њихове жалбе, чиме ставља у неповољан положај све остале жалиоце, Повереник налази да је у овом конкретном случају нужно одбити жалбу због заштите права трећих лица. Осим тога, могућност свих да под једнаким условима остварују своја права је такође један важан јавни интерес... Приликом доношења ове одлуке, Повереник је разматрао чињени-

цу да се тражене информације односе на јавне набавке, које су *par excellance* информације од јавног значаја, али је нашао да то није од утицаја на другачију одлуку у овој управној ствари. Ово из разлога што из целокупног понашања и држања пет међусобно повезаних жалилаца из Врања произлази да њихов циљ није коришћење права на приступ информацијама од јавног значаја у смислу остваривања његовог смисла и духа (остваривања права јавности да зна), већ су у питању други нечасни мотиви... Дакле, у конкретном случају је реч о прекорачењу правне и моралне границе примене права на приступ информацијама, где пет међусобно повезаних жалилаца из Врања користи законита и легитимна средства (захтев за приступ информацијама и жалба Поверенику) у сврхе које су супротне смислу и духу закона, што резултира несразмерним и неоправданим оптерећењем рада и функционисања Повереника, без остваривања јавног интереса (права јавности да зна) који би превазилазио такво оптерећење. Напротив, то отежава остваривање права свих других жалилаца и додатно проузрокује велико повећање трошкова и расхода из буџета Повереника, тј. од јавног новца (огромно повећање утрошка канцеларијског материјала...), трошкови ради уручења писмена, закуп додатних штампача и канцеларијске опреме, ангажовање додатних запослених преко омладинске задруге ради копирања списа, трошкови на име прековременог рада запослених и др.)... Даље, Повереник је приликом доношења ове одлуке разматрао конкретни случај и у складу са чланом 18. став 3. Устава Републике Србије... У том смислу, и Европском конвенцијом о људским правима прописана су ограничења права, која се суштински заснивају на томе да је већина права ограничена правима и слободама других лица. Са тим у вези, ни право на приступ информацијама од јавног значаја није апсолутно право. Пракса Европског суда за људска права познаје институт злоупотребе права на представку (члан 35. став 3. Европске конвенције о људским правима).

Наведени пример показује да се у одсуству начела забране злоупотребе права у Закону о општем управном поступку, након брисања тог института из Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја, Повереник позвао на начело заштите права и правних интереса трећих лица и јавног интереса, ради чијег остварења је ограничио очигледну злоупотребу права странке на приступ информацијама од јавног значаја јер је то било неопходно да би се остварила сврха закона. Повереник је приликом доношења своје одлуке разматрао конкретни случај и у складу са чланом 18. став 3. Устава Републике Србије, позивајући се на праксу

Европског суда у примени института злоупотребе права на представку из члана 35. став 3. Конвенције.

3. Злоупотреба права као узрок спорова због ћутања управе

Институт злоупотребе права има свој материјалноправни и процесноправни аспект. Различитим видовима злоупотребе права у грађанскоправној материји се у нашој правној теорији најдетаљније бавио проф. др Владимир В. Водинелић у књизи „Такозвана злоупотреба права“[6]. У овом значајном делу, аутор наводи следеће: Израз „злоупотреба“ имплицира негативан став правног поретка према неком виду вршења (употребе) права – његову недопуштеност. Основни посао правника састоји се свуда у томе да разграниче, како се то уобичајено каже „допуштено вршење права“ од „злоупотребе“, од „недопуштеног вршења права“. Свака злоупотреба права јесте недопуштена. Али, није свако недопуштено вршење права злоупотреба права пошто злоупотреба права није једини облик недопуштеног вршења права...“[7]

Према мишљењу В. Водинелића, с обзиром на разлоге (конституенсе, критеријуме) недопуштености који су основи појединог вида злоупотребе права, вршење права је недопуштено:

1) зато што се при вршењу права титулар руководи намером да нашкоди другоме (шиканозно вршење права);

2) зато што се право врши без икаквог оправданог или иоле значајног интереса (бескорисно вршења права);

3) зато што се вршењем права остварује интерес који је несразмерно мање вредан од интереса другога коме се при томе шкоди (несразмерно вршење права);

4) зато што се право врши ради остваривања интереса који није у складу са циљем права (вршење права противно циљу);

5) зато што се право врши на начин који је за другога непотребно тегобан (непримерено вршење права);

6) зато што се право врши на начин противречан другом титуларевом понашању (противречно вршење права);

---

[6] др Владимир В.Водинелић, Такозвана злоупотреба права, Издавачко предузеће „Nomos“ DOO Београд, 1997.

[7] Ibid, страна 3

7) зато што је вршење права у супротности са друштвеним моралом (неморално вршење права);

8) зато што се вршење права коси са правичношћу (неправично вршење права).[8]

Већина наведених видова злоупотребе права јавља се и у процесном праву, али су ретко предмет уређивања у нашим законима.

Међутим, институт злоупотребе права на појединачну представку уређен је чланом 35. став 3. Европске конвенције за заштиту људских права (у даљем тексту: Конвенција), тако што је предвиђено да Суд проглашава неприхватљивом сваку појединачну представку поднету на основу члана 34. ако сматра да је представка неспојива са одредбама Конвенције или Протокола уз њу, очигледно неоснована, или представља злоупотребу права на представку. Суд, на основу члана 35. став 4. Конвенције одбацује сваку представку коју сматра неприхватљивом у смислу овог члана и то може учинити у свакој фази поступка.

Под „злоупотребом права на представку“ не подразумева се само злоупотреба права на обраћање Европском суду за људска права (у даљем тексту: Европски суд) ради заштите неког конвенцијског права, већ се мисли на злоупотребу субјективних процених права подносиоца представке у било којој фази поступка. Концепт „злоупотребе“ у смислу члана 35. став 3. Конвенције се „...мора разумети у његовом уобичајеном значењу у складу са општом правном теоријом - наиме, штетна примена 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“. [9]

Подносилац представке Европском суду је у потпуности одговоран за понашање свог адвоката или било којег другог лица које га заступа пред тим судом. Било који пропуст од стране заступника у начелу се може приписати самом подносиоцу представке, те може узроковати одбацивање представке због злоупотребе права.

---

[8] Ibid, стр. 4 и 5

[9] Одлука Европског суда за људска права у предмету *Михаило Петровић против Србије* од 18. октобра 2011. године, представка бр. 56551/11, објављена у „Службеном гласнику РС“, бр. 89/11

До утврђивања да је конкретно процесно поступање активно легитимисане странке злоупотреба процесног права, односно права на представку, долази најчешће по приговору тужене државе. Али Европски суд има право и обавезу да надзире поштовање процесних права узимајући у обзир све релевантне информације, било да су обезбеђене од стране самих странака или су на други начин јавно доступне.

У пракси Европског суда несумњиво се могу препознати четири вида злоупотребе права на представку због којих се представка одбацује као недопуштена:

1) изигравање права на представку;

2) довођење Суда у заблуду прикривањем или изостављањем битних информација; 3) коришћење погрдних и увредљивих израза у представци;

4) повреда правила о поверљивости преговора о пријатељском поравнању.

За расветљавање проблема који је окосница овог текста, од изузетног значаја је први вид злоупотребе права на представку (изигравање права на представку) и његови појавни облици које Европски суд у својој пракси санкционише.

Европски суд ће утврдити да постоји злоупотреба права на представку ако утврди да је она лишена сваке реалне сврхе и да подносилац нема правни интерес да поднесе представку или остане при поднетој представци. Изостанак интереса мора постојати и по објективним и по субјективним мерилима, јер у одређеним случајевима непостојање интереса у објективном смислу не искључује постојање субјективног интереса због афективне вредности предмета спора о коме се одлучује. Поред очигледног одсуства интереса за исход поступка, битно је да подносилац представке није претрпео било какву знатну штету као резултат наводне повреде свог права. [10] Ова врста злоупотребе права спада у категорију бескорисног вршења права.

Подносилац представке злоупотребљава право на представку и онда када поднесе злонамерну представку искључиво или претежно са намером да вршењем права на представку нанесе штету другоме или суду, што је про-

[10] Одлука Европског суда у предмету *Спасић против Србије* од 03.02.2015. године, представка бр. 21477/13-званични превод одлуке није објављен

тивцијално и шиканозно вршење права. У предмету *Bock против Немачке*[11], подносилац представке се жалио због дужине парничног поступка који је повео ради накнаде трошкова неког дијетског препарата који му је преписао лекар, за износ од 7,99 евра. Европски суд је приметио да је већ затрпан изузетно великим бројем представки по којима је поступак у току и који отварају озбиљна питања из области људских права, нагласивши да постоји несразмера између тривијалности наведених чињеница 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 који фармацеутски производ у смислу лека, већ на дијетски препарат. Европски 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.

Европски суд неће разматрати ни представке које су већ биле предмет разматрања – било по питању прихватљивости или у меритуму, због повреде начела *res iudicata*.

Ако се има у виду све оно што се у правној теорији и пракси Европског суда сматра злоупотребом права, може се закључити да је управо злоупотреба права основни узрок наглог повећања броја управних спорова због ћутања управе у Управном суду – нарочито оних спорова који се воде против Фонда ПИО као туженог, што не значи да такви спорови нису присутни и против других органа.

На овакав закључак најпре упућује врста захтева поводом којих спорови због ћутања управе настају. Ради се о захтевима којима подносиоци не траже признавање неког права из пензијског и инвалидског осигурања, него доношење решења у којима ће се констатовати одређене чињенице које су подносиоцима већ познате (висина исплаћеног умањеног износа пензије применом Закона о привременом уређивању начина исплата пензија, новчани износ за који је пензија умањена у одређеној години, укупан износ умањења за време примене наведеног закона, висина увећаног износа пензије након усклађивања, износи поштанских и банкарских трошкова који су одбијени приликом исплате пензије и сл.), издавање уверења о подацима унетим у матичну евиденцију који корисницима пензије нису

[11] Одлука Европског суда *Bock против Немачке* од 19.01.2010. године, представка број 22051/07

потребни, или су у питању захтеви за разгледање списа. Велики број захтева поднетих од стране истог лица, понављање истоврсних захтева у кратком временском периоду, подношење жалби због ћутања управе и тужби због ћутања управе одмах након протека рокова за доношење решења по захтеву или жалби, изостанак коришћења права да се тужба за ћутање управе прошири на накнадно донето решење којим је жалба одбијена и при томе обавезно истицање захтева за накнаду трошкова поступка на име заступања од стране адвоката, несумњиво указује на поступање подносилаца које се може оквалификовати као злоупотреба права на подношење захтева у управном поступку и тужбе због ћутања управе у управном спору. Злоупотреба права која је иманентна таквом деловању има видове бескорисног, противцилног, шиканозног, па чак и неморалног вршења права које је противно савесности и поштењу јер је крајњи циљ вођења поступака остваривање имовинске користи опредмећене у трошковима поступка.[12]

4. Могући начини спречавања злоупотребе права у управном поступку и управном спору *de lege lata*

Нема сумње да констатоване видове злоупотребе права треба спречити, али се поставља питање начина на који се то може учинити применом постојећих норми, а да се тиме не повреди право странака на приступ суду.

Иако право на приступ суду није експлицитно назначено приликом нормирања права на правично суђење из члана 32. Устава Републике Србије, оно чини његов неодвојиви део, као нужни услов да би се право на правично суђење уопште могло остварити. Ако се странци онемогући расправљање и одлучивање пред судом или другим државним органом, односно организацијом која врши јавна овлашћења, сви остали елементи структурално сложеног и вишеслојног права на правично суђење постају илузорни и беспредметни.

Право на приступ суду није апсолутно, него је подложно допуштеним ограничењима. Сагласно одредби члана 20. став 3. Устава, при ограничавању људских и мањинских права, сви државни органи, а нарочито

[12] У свим пуномоћјима достављеним Управном суду уз поднете тужбе, адвокат коме је издато пуномоћје овлашћен је, поред осталог, да покрене поступак принудне наплате потраживања и да потраживање наплати на свом рачуну, а једино потраживање које може проистећи из одлука донесених у овој врсти управних спорова односи се на трошкове поступка.

судови, дужни су да воде рачуна о суштини права које се ограничава, важности сврхе ограничења, природи и обиму ограничења, односу ограничења са сврхом ограничења и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права.

Европски суд за људска права је у великом броју својих одлука поновио став да би било незамисливо да члан 6. став 1. Конвенције описује процесна јемства која се пружају странкама у поступку који је у току, а да при том прво не штити оно што само по себи у ствари омогућује коришћење тих јемстава, а то је приступ суду јер карактеристике које судски поступак описују као правичан, јаван и брз уопште немају никакву вредност ако судског поступка нема.[13]

Разматрајући наводне повреде права на приступ суду, као релативно заштићеног права, Европски суд не спроводи тест равнотеже између права на приступ суду и јавног или општег интереса који се примењује код квалификованих права[14], већ примењује тест саме суштине права – испитујући јесу ли наметнута ограничења онемогућила или умањила приступ суду на такав начин или у толикој мери да је била нарушена сама бит права.

Одредбама члана 92. Закона о општем управном поступку (у даљем тексту: ЗУП) прописани су случајеви у којима орган одбацује захтев којим је покренут поступак, а међу њима није злоупотреба права на подношење захтева.[15] У Нацрту ЗУП-а било је предвиђено начело забране злоупотребе права, тако што је чланом 11. било прописано: „Орган је дужан да спречи сваку злоупотребу права странке и другог учесника у управном поступку“. Наведено начело је изостало у усвојеном тексту ЗУП-а, који прописује само злоупотребу извођења доказа увиђајем у члану 133. став 9.

---

[13] Види поред осталих: пресуду *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1975), став 36 и пресуду *Hornsby protiv Grčke* (1997), став 52

[14] Квалификована конвенцијска права су права која држава уговорница може ограничити ради заштите одређених општих интереса или вредности, као што су: слобода мишљења, савести, вероисповести, изражавања, окупљања, удруживања и др.

[15] На основу одредаба члана 92. Закона о општем управном поступку („Службени гласник РС“, бр. 18/16 и 95/18 – Аутентично тумачење), орган решењем одбацује захтев којим је покренут поступак ако: 1) није реч о управној ствари; 2) није надлежан за одлучивање о управној ствари, а не може да одреди ко је надлежан; 3) подносилац захтева очигледно није ималац права или правног интереса о коме се одлучује у управном поступку; 4) захтев није поднет у року; 5) у истој управној ствари већ се води управни или судски поступак или је о њој већ правноснажно одлучено решењем којим је странци признато право или наложена нека обавеза; 6) захтев не буде уређен у року који је одредио орган (члан 59 став 2. овог закона)

Закон о управним споровима (у даљем тексту: ЗУС)[16] не садржи било коју одредбу која се односи на злоупотребу процесних овлашћења странака и других учесника у управном поступку, па ни злоупотребу права на подношење тужбе.

Законом о слободном приступу информацијама од јавног значаја („Службени гласник РС“, број 120/04), у члану 13, било је прописано да орган власти неће тражиоцу омогућити остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја ако тражилац злоупотребљава права на приступ информацијама од јавног значаја, нарочито ако је тражење неразумно, често, када се понавља захтев за истим или већ добијеним информацијама или када се тражи превелик број информација. Одредбом члана 6. Закона о изменама и допунама Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја брисани су наслов изнад члана 13. (Злоупотреба слободног приступа информацијама од јавног значаја) и члан 13. основног текста закона.

Одредбом члана 9. Закона о парничном поступку[17] прописано је да су странке дужне да савесно користе права која су им призната овим законом (став 1) и да је суд дужан да спречи и казни злоупотребу права које имају странке у поступку (став 2). С обзиром на то да злоупотреба права није наведена у члану 294. ЗПП као разлог за одбацивање тужбе, очигледно је да се одредбе члана 9. тог закона не односе на злоупотребу права на подношење тужбе већ на дужност странака да савесно користе своја процесна овлашћења у току поступка и задатак суда да онемогући сваку злоупотребу права која странкама припадају у поступку, што суд постиже предузимањем радњи управљања поступком. Имајући у виду да одредбе члана 9. ЗПП суштински представљају једно од начела парничног поступка, оне се не би могле сходно примењивати на питања поступка у управним споровима применом члана 74. ЗУС-а.

Изостанак постојећег нормативног уређивања забране злоупотребе права у управном поступку и управном спору могао би се надоместити стандардима изграђеним у пракси Европског суда који се односе на забрану злоупотребе права на представку из члана 35. став 3. Конвенције. Наиме, чланом 18. став 3. Устава утврђено је да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно

[16] Закон о управним споровима објављен је у „Службеном гласнику РС“, бр. 111/09

[17] Закон о парничном поступку („Службени гласник РС“, бр. 72/11, 49/13-Одлука УС, 74/13-Одлука Ус, 55/14, 87/18 и 18/20)

важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.

У пракси Повереника већ је примењен овакав приступ ради спречавања злоупотребе слободног приступа информацијама од јавног значаја, с тим што је забрана злоупотребе права доведена у везу са потребом да се, у складу са начелом из члана 7. ЗУП-а, заштите права и интереси трећих лица, као и јавни интерес. Такво поступање чини се у потпуности оправданим и прихватљивим у случају подношења 5.028 жалби од стране пет повезаних лица, који је као пример за одлучивање о жалбама од стране Повереника приказан у овом тексту.

Заједничко за све управне спорове због ћутања управе против Фонда ПИО јесте формално поступање странака у складу са законским овлашћењима – почев од подношења захтева органу, преко подношења жалбе на првостепено решење или жалбе због ћутања управе, до подношења тужбе због ћутања управе Управном суду, што је било довољно за успех у поступку или спору и наплату трошкова поступка. Ово стога што приликом доношења одлука, Фонд ПИО и Управни суд нису испитивали реалну сврху и правни интерес за подношење захтева, циљ који се желео постићи подношењем десетине захтева у кратком временском периоду од стране истог лица, нити штету која је причињена онемогућавањем прописног функционисања органа и суда.

Примена стандарда Европског суда који се односе на забрану злоупотребе права на представку из члана 35. став 3. Конвенције не би могла да доведе до одбацивања захтева у управном поступку или тужбе у управном спору (као што је случај са представком), јер злоупотреба права није прописана нашим законима као разлог за одбацивање захтева, односно тужбе, па би се довело у питање право на приступ суду. Међутим, примена стандарда и праксе Европског суда могла би да води одбијању захтева, односно тужбе, или одбијању захтева за накнаду трошкова поступка, уколико се утврди постојање злоупотребе права.

Када су у питању захтеви за доношење решења о новом начину исплате пензија поднети након ступања на снагу Закона о привременом уређивању начина исплата пензија, Фонд ПИО је био дужан да таква решења донесе поступајући по обавезујућој Препоруци Заштитника грађана. Али, Мишљење и Препорука Заштитника грађана нису обавезивали Управни суд, који је био дужан да поступа у складу са правним ставовима

Уставног суда израженим у Решењу I Уз-531/2014, зато што су, у смислу члана 166. став 2. Устава, одлуке Уставног суда коначне, извршне и опште обавезујуће. Прихватање правног става Уставног суда да Законом извршено умањење пензија није морало бити праћено доношењем посебних решења, у ситуацији када је Фонд ПИО ипак таква решења донео, морало би да има за последицу одбијање захтева тужилаца да им се исплати накнада трошкова у споровима због ћутања управе насталим поводом доношења таквих решења. Уколико подношење захтева за доношење решења о новом начину исплате пензија није имало реалну сврху, јер су корисници пензија о начину исплате пензија упознати јавним објављивањем Закона о привременом уређивању начина исплате пензија у „Службеном гласнику РС“, а о висини умањене пензије приказивањем тог износа на пензијском чеку, онда се показују као непотребни и трошкови поступка настали ангажовањем адвоката да се исходује решење чије доношење није било неопходно. Странци која је успела у управном спору не припада аутоматски право на накнаду трошкова поступка на основу члана 153. став 1. ЗПП, ако трошкови поступка нису били потребни у смислу члана 154. ст. 1. и 2. ЗПП. Овакво становиште би требало применити и у другим предметима ћутања управе у којима су управни спорови проистекли из неразумних захтева лишених сваке сврхе у вези са применом Закона о привременом уређивању начина исплате пензија.

Претходно наведено становиште о оправданости трошкова требало би да важи и у поступку по жалби. Одредбом члана 85. став 6. ЗУП-а прописано је да трошкове другостепеног поступка сноси орган који је одлучивао у првом степену, ако жалба буде усвојена. Али, таква обавеза се, у складу са одредбом члана 84. став 1. ЗУП-а, не може односити на трошкове заступања странке који нису неопходни и оправдани. У поступцима који нису сложени, који не захтевају посебно правничко знање неопходно за образлагање захтева, односно жалбе, и за које постоје формулари захтева и жалбе чијим преузимањем и попуњавањем странке стичу могућност подношења уредног захтева и жалбе (као што је случај са поступцима пред Повереником), не постоји потреба за ангажовањем пуномоћника из реда адвоката. Самим тим, без обзира на успех у жалбеном поступку и право странке да у том поступку ангажује адвоката по свом нахођењу, захтев за накнаду трошкова на име заступања би био неоснован.

Након престанка важења Закона о привременом уређивању начина исплате пензија, број захтева који се подноси Фонду ПИО није смањен, већ је напротив повећан „рађањем“ нових основа за њихово подношење. За све те захтеве, као што је већ наведено, заједничко је то да се њима не тражи остваривање права из пензијског или инвалидског осигурања него доношење решења којима ће се утврдити чињенице о којима подносиоци захтева већ имају сазнања, а за чије доношење немају оправдани интерес. У ту групу спадају захтеви за доношење решења о висини усклађеног износа пензије, које поједини корисници подносе након сваког усклађивања.

Одредбама члана 51. Статута Фонда ПИО („Службени гласник РС“, број 48/21) прописано је да се о извршеном усклађивању пензије и новчане накнаде по прописима о пензијском и инвалидском осигурању, кориснику посебно не доноси решење, већ се даје писано обавештење на чеку којим се врши исплата усклађене пензије, односно новчане накнаде (став 1), као и да се решење о усклађивању пензије, односно новчане накнаде доноси на захтев корисника права, а по потреби, по службеној дужности (став 2). Цитирану одредбу члана 51. став 2. Статута требало би тумачити тако да за доношење решења о усклађивању пензије подносилац захтева мора имати и доказати правни интерес[18]. У супротном, Фонд ПИО би био дужан да на захтев сваког од 1.646.903 пензионера (према подацима из октобра 2022. године) донесе решење о усклађивању пензије. Подношење таквих захтева лишено реалне сврхе и правног интереса подносиоца, чијим одбијањем корисник пензије не би претрпео било какву штету, могло би се у складу са стандардима Европског суда за људска права окарактерисати као злоупотреба права на обраћање органу. Како су ти захтеви, по правилу, праћени бројним другим захтевима истог лица, постоје и додатни разлози да се сматрају злоупотребом права због злонамерног оптерећивања органа, а затим и Управног суда, са крајњим циљем да се исходују трошкови поступка.

Кад је реч о захтевима за доношење решења или издавање уверења о подацима унетим у матичну евиденцију, треба имати у виду да је одредбама члана 142. Закона о пензијском и инвалидском осигурању прописана дужност Фонда ПИО да осигуранику, у року од 15 дана од дана пријема захтева, изда уверење о подацима унесеним у матичну евиденцију о осигураницима. Спорови због ћутања управе настали у вези са оваквим захтевима нај-

[18] Решење може бити потребно за остваривање права из социјалног осигурања, добијање кредита и сл.

чешће су поднети од стране пензионера (а не осигураника) којима подаци из матичне евиденције уопште нису потребни јер су на основу тих података већ остварили право на пензију.[19] Стога, приликом одлучивања треба имати у виду ту чињеницу и ценити је у склопу свих осталих околности случаја, како би се утврдило да ли се ради о злоупотреби права.

Вођење спорова због ћутање управе проистеклих из нереализованих захтева за разгледање списа је све учесталије и својствено је оним тужиоцима који су против Фонда ПИО покренули на десетине других спорова. Уобичајено је да странке подносе захтеве за разгледање списа онда када знају да се списи не налазе код органа Фонда ПИО коме се обраћају, а коме накнадно у кратким роковима подносе нове захтеве са циљем да изазову спорове због ћутања управе како би исходовали трошкове поступка. И овакво поступање требало би спречити као вид злоупотребе права у складу са праксом Европског суда.

Може се закључити да злоупотреба права на подношење захтева у управном поступку и тужби у управном спору представља горући проблем који у одсуству одговарајућих санкција све више нараста, а који се не може решити применом постојећих закона. Времена за чекање нових законских решења нема, јер су штетне последице злоупотребе права која до сада није спречена вишеструке и тешке. Управни суд и поједини органи управног решавања су преоптерећени бројем предмета који онемогућавају њихово прописно функционисање, продужено је време трајања поступака и онемогућено да странке које савесно користе своја процесна овлашћења остваре своја права и интересе, изазван је велики број поступака ради заштите права на суђење у разумном року који додатно исцрпљују људске и финансијске ресурсе, те створени огромни расходи у буџету на име исплате трошкова поступка. Могући начин да се уочени видови злоупотребе права у овом моменту спрече, који је при том у складу са уставним налогом, јесте примена стандарда установљених у пракси Европског суда приликом решавања у управном поступку и управном спору.

Предложени приступ у решавању проблема злоупотребе права нужно би довео до промена у пракси Фонда ПИО и Управног суда, али то не значи и повреду начела законитости и предвидивости из члана 5. став

[19] Подаци из матичне евиденције могу бити потребни пензионерима којима је пензија призната на основу привременог решења или оним пензионерима који и даље остварују приходе обављањем самосталне делатности.

3. ЗУП-а. Према становишту З.Томића, „Раније одлуке – управне, али и судске – у истоврсним управним стварима не обавезују строго орган: он је само дужан да води рачуна о њима приликом управног одлучивања, као и да образложи евентуална одступања од дотадашње праксе (по дефиницији, уједначене, тј. доследне)“.[20]

Европски суд је у својим одлукама више пута поновио да захтеви за правном сигурношћу и заштитом легитимног поверења јавности, не дају стечено право на доследност судске праксе[21], те да развој судске праксе није сам по себи противречан исправној примени правде јер пропуст да се одржи динамичан и развојни приступ могао би довести до ризика ометања реформе или напретка[22]

5. Спречавање злоупотребе права у управном поступку и управном спору *de lege ferenda*

Огромне размере и последице злоупотребе права странака у управном поступку и управном спору имају свој извор и у системским пропустима да се питање злоупотребе права правовремено идентификује и нормативно уреди, што захтева хитну законодавну интервенцију - првенствено у процесним законима.

У ЗУП-у су неопходне следеће измене и допуне:

- Забрана злоупотребе права странака и свих других учесника у поступку мора бити уграђена у основна начела овог закона;

- Злоупотребу права на подношење захтева требало би предвидети као додатни разлог за одбацивање захтева у члану 92;

- Због злоупотребе права на заступање, требало би допунити члан 49. одредбама да се у случају сумње у истинитост писаног пуномоћја, закључком може наложити пуномоћнику да, у року од осам дана, достави оверено пуномоћје, те да против закључка није допуштена посебна жалба;

- Требало би другачије формулисати одредбу члана 153. став 2, како би се спречило избегавање пријема решења до истека рока за његово издавање и на тај начин „куповином“ времена исходовали услови за изја-

[20] Проф. др Зоран Р. Томић, Коментар Закона о општем управно поступку, ЈП „Службени гласник РС“, Београд, 2017, стр. 115 и 116

[21] Види: *Unedic против Француске*, број представке 20153/04, став 74, 18.12.2008. године

[22] Види: *Atanasovski против БЈРМ*, број представке 36815/03, став 38, 14.01.2010. године

вљивање жалбе због ћутања управе, тако да реч „изда“ у постојећој одредби буде замењена речима „отправи странкама“[23].

У ЗУС-у би требало извршити следеће измене и допуне:

- У Глави I Основне одредбе, требало би додати члан којим би забрана злоупотребе права у управном спору била уређена на сличан начин као у члану 9. ЗПП;

- Злоупотребу права на подношење тужбе требало би прописати као нови разлог за одбацивање тужбе у члану 26. став 1;

- Требало би детаљно уредити питање трошкова управног спора, које у пракси Управног суда представља један од већих проблема јер је сходна примена одредаба ЗПП о трошковима поступка често врло тешка и упитна имајући у виду правну природу управног спора, посебно спора због ћутања управе.

Овом приликом неће бити указивано на друге измене и допуне ЗУП-а и ЗУС-а које је потребно извршити, као и на неопходност усклађивања ова два закона.

У Закону о слободном приступу информацијама од јавног значаја је потребно извршити допуну поновним уношењем одредбе о забрани злоупотребе приступа информацијама од јавног значаја, која би била формулисана на другачији начин него у брисаном члану 13. тог закона.

Законодавна активност у овој области представља само један од корака да се стане на пут недопуштеном, противцељном и штетном вршењу права, а остале кораке морају предузети судови и сви други органи у чијој надлежности је да такво поступање спрече ради заштите Уставом и законом гарантованих права свих странака у управним и судским поступцима, као и ради заштите буџетских средстава неопходних за подмиривање јавних потреба.

[23] Према важећој одредби члана 153. став 2. ЗУП-а, кад орган не изда решење у законом прописаном року жалба може да се поднесе после истека тог рока, а најкасније у року од годину дана од истека тог рока. У смислу члана 145. став 1. истог закона, издавање решења је доношење и обавештавање странке о донетом решењу.

Јасмина Минић
судија Управног суда

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА НА ПОДНОШЕЊЕ ЗАХТЕВА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ И НА ПОДНОШЕЊЕ ТУЖБЕ У УПРАВНОМ СПОРУ СА ОСВРТОМ НА ЗАКОН О СЛОБОДНОМ ПРИСТУПУ ИНФОРМАЦИЈАМА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА

Абстракт: *Важећи Закон о општем управном поступку, Закон о управним споровима и Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја не познају појам злоупотребе права. Међутим, начин на који се право на подношење захтева у управном поступку, односно тужбе у управном спору, користи у појединим случајевима, намеће размишљање о потреби и могућности да се у Закон о општем управном поступку и Закон о управним споровима уведе, а у Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја врати појам злоупотребе права, у циљу онемогућавања коришћења наведених права на начин који се противи њиховој суштини и сврси.*

Кључне речи: *Управни спор, управни поступак, ћутање управе, информације од јавног значаја.*

Појам злоупотребе права

Закон о општем управном поступку[1] и Закон о управним споровима[2] не познају појам злоупотребе права па самим тим, у управном поступку и управном спору, не постоје законом прописани критеријуми на основу којих би се утврдило да странка у конкретном случају злоупотребљава право, не постоје законом прописане санкције за евентуално утврђену

[1] "Службени гласник РС", број 18/16.
[2] "Службени гласник РС", бр. 11/09.

злоупотребу права, нити је забрана злоупотребе права уврштена у начела управног поступка и управног спора.

Са друге стране, члан 35. став 3. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода[3], прописује да суд проглашава неприхватљивом сваку појединачну представку поднету на основу члана 34. ако сматра да је представка неспојива са одредбама Конвенције или Протокола уз њу, очигледно неоснована, или представља злоупотребу права на представку.

Европски суд за људска права је у одлукама које се односе на злоупотребу права на представку навео шта сматра злоупотребом процесног права, односно да се концепт „злоупотребе“, у смислу члана 35. став 3. Конвенције, 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[4].

Ћутање управе

Како у домаћем законодавству, када су у питању управни поступак и управни спор, нема законског основа за закључивање да се у конкретном случају ради о злоупотреби права, то се подношење захтева у управном поступку и подношење тужбе у управном спору ни у једном случају не може подвести под појам злоупотребе права, али се може указати на коришћење законом прописаног права на подношење захтева, односно тужбе на начин који би, у смислу наведеног схватања Европског суда за људска права, могао бити очигледно супротан сврси права на подношење захтева, односно тужбе и који би, евентуално, могао спречити прописно функционисање суда, односно органа, или прописно вођење поступка пред њим.

Законом о општем управном поступку прописано је да се поступак покреће захтевом странке или по службеној дужности[5]; да је, када је

---

[3] “Службени лист Србије и Црне Горе-Међународни уговори”, број 9/03.

[4] 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.

[5] Члан 90.

поступак покренут по захтеву странке или по службеној дужности, а у интересу странке, и када се о управној ствари одлучује у поступку непосредног одлучивања, орган дужан да изда решење најкасније у року од 30 дана од покретања поступка[6]; да је, када је поступак покренут по захтеву странке или по службеној дужности, а у интересу странке, и када се о управној ствари не одлучује у поступку непосредног одлучивања, орган дужан да изда решење најкасније у року од 60 дана од покретања поступка[7];да се жалба подноси у року од 15 дана од дана обавештавања странке о решењу, ако законом није другачије прописано[8]; да када орган не изда решење у законом прописаном року жалба може да се поднесе после истека тог рока, а најкасније у року од годину дана од истека тог рока[9].

Законом о управним споровима прописано је да ако другостепени орган, у року од 60 дана од дана пријема жалбе или у законом одређеном краћем року, није донео решење по жалби странке против првостепеног решења, а не донесе га ни у даљем року од седам дана по накнадном захтеву странке поднетом другостепеном органу, странка по истеку тога рока може поднети тужбу због недоношења захтеваног акта[10]. Ако првостепени орган по захтеву странке није у року предвиђеном законом којим се уређује општи управни поступак, донео решење против којег није дозвољена жалба , а не донесе га ни у даљем року од седам дана по накнадном захтеву странке, странка по истеку тога рока може поднети тужбу због недоношења захтеваног акта[11].

Институт “ћутања управе” је заправо законом прописани механизам заштите странака у случају непоступања органа јавне управе у законом прописаним роковима, односно у случају недоношења, у законом прописаним роковима, аката чији циљ доношења је остваривање права и на закону заснованих интереса странака на које се ти акти односе. Ради се о нарочито важном институту имајући у виду да се са једне стране налази подносилац захтева, најчешће појединац, а са друге стране орган јавне управе, у случају чијег неблаговременог и неефикасног поступања, које је

6 Члан 145. став 2.
7 Члан 145. став 3.
8 Члан 153. став 1.
9 Члан 153. став 2.
10 Члан 19. став 1.
11 Члан 19. став 2.

супротно начелима управног поступка, а нарочито начелу делотворности и економичности поступка[12], подносилац захтева мора имати адекватне механизме правне заштите. Из цитираних законских одредаба произлази да се о сваком захтеву странке мора одлучити у законом прописаним роковима, чије непоштовање од стране органа коме је захтев поднет, за последицу има могућност подношења жалбе, односно накнадног захтева, а у случају непоступања по жалби и накнадном захтеву у законом прописаним роковима, подношење тужбе Управном суду.

Међутим, проблем у пракси се јавља када странке органу поднесу велики број најразличитијих захтева и када орган коме су захтеви поднети није у могућности, имајући у виду своју надлежност и број запослених, да у законом прописаним роковима одлучи о свим тим захтевима. Наравно, странка никако не сме бити ограничена у погледу броја и садржине захтева који ће поднети органу, нити на било који начин треба да се, приликом подношења захтева, руководи могућностима органа, у организационом смислу, да на њене захтеве одговори, али се мора правно регулисати и онемогућити коришћење права на подношење захтева, а након тога и тужбе због ћутања управе, које за сврху нема остваривање неког права и на закону заснованог интереса.

У споровима који се пред Управним судом воде због ћутања управе, уочава се, увидом у списе тужених органа, најчешће Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање, да су странке, у периоду од годину, две или више, туженом органу подносиле десетине најразличитијих захтева, од којих многи не воде управном одлучивању, те да су, први наредни дан након истека законом прописаног рока за одлучивање по захтеву, подношене жалбе због неодлучивања по захтеву, а затим и накнадни захтеви након којих су, први дан након протека рока за поступање по поднетом накнадном захтеву подношене тужбе Управном суду. Све наведено је у складу са законом датим могућностима странке у случају неодлучивања о њеном захтеву, односно жалби у законом прописаним роковима, али оно на шта се мора указати је чињеница да је у Управном суду, од укупног броја решених предмета по тужбама ради ћутања управе у периоду од 2010. до 2023. године, односно од 51.583 решених предмета, 28.481 предмет решен обустављањем поступка, и то у случају када се тужилац, који

[12] Члан 9. Закона о општем управном поступку.

је, у смислу члана 29. Закона о управним споровима, од стране суда питан да се изјасни да ли је задовољан накнадно донетим актом туженог органа којим је о његовој жалби одлучено, изјасни да је задовољан накнадно донетим актом или ако се не изјасни. У највећем броју случајева тужиоци се изјашњавају да су задовољни накнадно донетим актом туженог органа, којим се такође у највећем броју случајева, њихова жалба одбија, и траже да суд обавеже туженог да им на име састављања тужбе досуди износ од 16.500,00 динара и на име састављања поднеска којим се изјашњавају на питање суда у смислу поменутог члана 29. Закона о управним споровима, износ од 8.250,00 динара. Дакле, у описаним ситуацијама, којих је у пракси највише, и то треба нагласити, поставља се питање како странка може бити задовољна актом којим је о њеној жалби одлучено одбијањем исте и да ли је сврха подношења жалбе само да се о њој одлучи у законом прописаним роковима, каква год одлука била, и да ли могућност наплате трошкова управног спора, и чињеница да се у предметима са основом спора ћутање управе не наплаћују судске таксе[13], може бити разлог који је допринео, осим наравно унапређене свести грађана о њиховим правима, подношењу великог броја најразличитијих захтева органима и последично, уколико о њима не буде одлучено у законом прописаним роковима, великог броја тужби због ћутања управе Управном суду.

Наведено питање се намеће и када се анализирају статистички подаци Управног суда, у коме је формиран и посебан уписник Уућ (ћутање управе), из којих произлази да је број примљених предмета са основом спора ћутање управе у 2010. години био 1, у 2012. години 490, у 2013. години 720, у 2014. години 1.779, у 2015. години 3.388, у 2016. години 3.606, у 2017. години 5.201, у 2018. години 7.306, у 2019. години 8.203, у 2020. години 13.331, у 2021. години 25.697 и у 2022. години 47.936 предмета. Дакле број наведених предмета се из године у годину увећава до мере која прети да, имајући у виду број судија и запослених у Управном суду, те укупан број предмета који судије имају у раду, онемогући прописно функционисање суда. Како се једноставни предмети каквим се, према пракси Управног суда, сматрају предмети са основом спора ћутање управе, у смислу Закона о заштити права на суђење у разумном року, решавају најкасније у року од две године од датума подношења тужбе, уколико се

[13] "Службени гласник РС", број 28/94...95/18.

настави из године у годину, наведеним подацима приказани раст броја предмета са основом спора ћутање управе, може се довести у питање ефикасност поступања суда у осталим, ништа мање битним предметима.

Све наведено наводи на размишљање о потреби измене постојећих закона и начина рада органа јавне управе, који би уочене проблеме, чије постојање је очигледно, бар умањили до мере која омогућава прописно функционисање суда и органа управе, а све са циљем да се, уз пуно поштовање права странке на поступање органа управе у законом прописаним роковима, спречи коришћење наведеног права на начин који се противи његовој суштини и сврси.

Информације од јавног значаја

У савременим државама које теже остварењу принципа демократије и отвореног друштва, информација је препозната као кисеоник демократије[14] који омогућава грађанима да постану четврта власт која контролише оне којима је на изборима поверена управљачка функција[15], а све у циљу смањења корупције и побољшања квалитета и ефикасности рада органа јавне власти.

Право на приступ информацијама од јавног значаја није изричито прописано Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, али је Европски суд за људска права у предмету *Tarsasag a Szabadsagjogokert protiv Мађарске* (2009), пресудио да је повређен члан 10. Конвенције и у образложењу пресуде истакао да је напредовао према ширем тумачењу појма "слобода примања информација"(у предмету *Sdruženi Jihočeske matku protiv Češke*), и тиме, према признавању права на приступ информацијама". Након наведене пресуде, Европски суд за људска права донео је низ пресуда у којима је утврдио да је дошло до повреде наведеног члана 10. Конвенције који прописује: "1. Свако има право на слободу изражавања. То право обухвата слободу мишљења и слободу примања и ширења информација и идеја без мешања јавне власти и без

[14] Freedom of Information – Training Manual for Public Officials, Article XIX, Chapter One: What is Freedom of Information?, London, 2004, p. 10., доступно на www.article19.org., очитано 21.03.2023. године

[15] Д.Миленковић, Приручник за примену закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја, Београд 2010, с. 23, доступно на https://uap.gov.rs/wp-content/uploads/2016/06/prirucnik.pdf, очитано 21.03.2023. године.

обзира на границе. Овај члан не спречава државе да захтевају дозволе за рад телевизијских, радио и биоскопских предузећа”.[16]

У Уставу Републике Србије[17] право на приступ информацијама од јавног значаја гарантовано је као саставни део права на обавештеност, а начин остваривања тог права регулисан је Законом о слободном приступу информацијама од јавног значаја, с тим што се, у смислу члана 21. Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја, на поступак пред органом власти примењују одредбе закона којим се уређује општи управни поступак, а које се односе на решавање првостепеног органа, осим ако овим законом није другачије одређено, док се у смислу члана 23. наведеног закона на поступак пред Повереником примењују одредбе закона којим се уређује општи управни поступак, а које се односе на решавање другостепеног органа по жалби, осим ако овим законом није другачије одређено.

Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја (“Службени гласник РС”, број 120/04...36/10), предвиђао је, као један од изузетака од права на слободан приступ информацијама од јавног значаја, злоупотребу права на приступ информацијама. Наиме, чланом 13. тог закона прописано је да орган власти неће тражиоцу омогућити остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја, а нарочито уколико је тражење: неразумно; често; када се понавља захтев за истим или већ добијеним информацијама или када се тражи превелики број информација. Наведени изузетак се, према ставу Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, односио на ситуације када је захтев неопредељен и очигледно неразуман, па би поступање по захтеву представљало недопуштено велико оптерећење органа, несразмерно интересу јавности да зна, при чему орган власти улаже додатне напоре да тражиоцу удовољи захтеву у мери и на начин који не би реметио нормалан рад органа или у ситуацији када се захтев понавља за већ добијеним или доступним информацијама, што је у случају жалбе, односно управног спора, орган дужан и да докаже. Из наведеног произлази да је орган власти, према изнетом ставу Повереника, морао у сваком конкретном случају да спроведе тест јавног интереса и да, онда када постоји интерес јавности да

[16] Kenedi v. Hungari, Application no. 31475, 26 may 2009; Youth Initiative for Human Rights v. Serbia, Application no. 48135/06, 25 june 2013 i dr.

[17] "Службени гласник РС”, бр. 96/2006,115/2021, члан 51.

зна, омогући приступ информацијама тражиоцу информација и онда када утврди да се, у конкретном случају ради о злоупотреби права.

Важећи Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја ("Службени гласник РС", број 120/04...105/21), не познаје ни тако рестриктивно тумачен појам злоупотребе права будући да је Законом о изменама и допунама Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја ("Службени гласник РС", број 105/21 од 08.11.2021. године), брисан цитирани члан 13. Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја. Имајући у виду значај права на приступ информацијама од јавног значаја како за појединца тако и за друштво у целини, а који је несумњиво велики, неспорно је да ситуације у којима се остварење тог права може ограничити, као и услови који морају бити испуњени како би се тражиоцу ускратио приступ информацији, морају бити јасно и таксативно у закону наведени. Међутим, може се поставити питање оправданости изостанка, у важећем закону, могућности да се захтев тражиоца информација подведе под законом дефинисани појам злоупотребе права, на који начин којим би се ускратила могућности да се ово право користи у сврхе које су неспојиве са његовом суштином и сврхом. Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности је у свом извештају о раду за 2021. годину указао да су током 2021. године информације тражиоцима најчешће биле ускраћене са образложењем да постоји злоупотреба права од стране тражиоца информација, да су информације поверљиве, или да би давање информација повредило нечију приватност, а све то, веома често, без адекватне аргументације и доказа.[18] Оно што је свакако потребно, након измене Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја од 08.11.2021. године, је анализа која би показала до каквих ефеката у практичној примени закона је довело брисање одредбе члана 13. Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја и да ли би, евентуално, имајући у виду број, садржину захтева који се у периоду од измене закона подносе, као и објективну могућност органа да на исте одговоре, с обзиром на број запослених и њихову обученост за поступање по захтевима, било потребно да се поново, кроз измену Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја, злоупотреба права врати у закон као један од разлога на основу којих се може одбити приступ информацијама од јавног значаја. Ово јер одговор на поједине захтеве, као што је на

[18] Извештај о раду Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности за 2021. годину

пример захтев за достављање свих одлука суда донетих у периоду од десет и више година са конкретним основом спора, а којих има и више хиљада и које одлуке морају бити анонимизиране, подразумева ангажовање великог броја запослених до мере која би могла спречити прописно функционисање суда, а орган јавне власти нема могућности да, чак и онда када процени да се ради о злоупотреби права, такав захтев, уз спровођење теста јавног интереса, одбије из наведеног разлога. Чак је и сам Повереник, у саопштењу од 02.09.2022. године, а поводом 4.614 жалби изјављених у периоду од 01.08.2022. године до 02.09.2022. године у области приступа информацијама, навео да се намеће закључак да је реч о тешкој злоупотреби права на приступ информацијама, супротно смислу и духу закона[19]. Такође, повећање броја захтева за приступ информацијама од јавног значаја и њихова сложеност захтевају и озбиљну анализу потребе повећања броја запослених који ће бити овлашћени за поступање по тим захтевима, обавезног умањења обима њихове ангажованости на пословима које редовно обављају, уз такође обавезне обуке за сва овлашћена лица, а посебно за она која нису правници, као и разматрање потребе да се измени законско решење које предвиђа новчано кажњавање за прекршај руководиоца органа власти и овлашћеног лица лично[20] а не органа јавне власти.

ЗАКЉУЧАК

Предности и недостаци одређеног законског решења најбоље се виде у практичној примени закона, а имајући у виду специфичности конкретног друштва у коме се примењују, јер се добри закони ипак, колико год савршени били и у складу, а можда чак и идентични законима који важе у неким другим државама, морају прилагодити времену и друштву у коме ће се примењивати, наравно уз поштовање важећих начела и стандарда. У вези с тим, потребно је активно ангажовање свих релевантних чинилаца у друштву и њихова сарадња у области препознавања, дефинисања и решавања конкретних проблема у примени важећих закона како би се смањила или потпуно искључила могућност да се било које право користи противно његовој суштини и сврси, а грађанима који се у законе и правну државу уздају, омогућило да питања која се тичу њихових права и интереса буду решена у временском периоду који неће довести до обесмишљавања истих.

[19] Доступно на https//www.poverenik.rs, очитано 22.03.2023. године

[20] Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја, чл. 46. и 47.

Наташа Коцић Филиповић
судија Управног суда

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА НА ПОДНОШЕЊЕ ЗАХТЕВА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ И НА ПОДНОШЕЊЕ ТУЖБЕ У УПРАВНОМ СПОРУ

I

Појам злоупотребе права препознат је као концепт најпре у судској пракси у 19. веку и првобитно је дефинисан као вршење сопственог субјективног права на такав начин да то шкоди другом субјективном праву, односно омета другог у вршењу његовог субјективног права. Током правног развитка уочено је да се вршење субјективних права мора ограничити, како кроз кодификовање конкретних правних правила, тако и кроз деловање судске праксе, при чему је развој концепта злоупотребе права заснован не на тежњи да индивидуа жртвује један део свог права у корист заједнице, или других лица, већ је тежња да се сваком субјекту омогући вршење његовог права, односно да се омогући коегзистенција субјективних права свих индивидуа. Првобитно је појам злоупотребе права препознат и схваћен кроз субјективни однос вршиоца права, који своје право врши злонамерно, на такав начин да то смета другом субјекту права, преко мере која је уобичајена и прихватљива. У том духу је забрана злоупотребе права кодификована у грађанским законицима из тог периода и то пре свега у Немачком грађанском законику, али и у Имовинском законику за Црну Гору од 1888, којим је, у члану 1000 било прописано: „Ни својим се правом служит' не мо'ш, тек другоме на штету ил досаду".

Почев од друге половине 19. века, паралелно са прописивањем норми о забрани злоупотребе права, у правној теорији и судској пракси развијани су критеријуми, субјективни и објективни, према којима се препознаје и утврђује постојање злоупотребе права. Док субјективна теорија у први план изводи субјективни однос носиоца права према вршењу пра-

ва и његовим последицама, према објективној теорији, која је усвојена у нашем законодавству и за који се определила наша судска пракса, злоупотреба права постоји ако се право врши противно циљу због кога је оно установљено или признато. Дакле, један од препознатих видова злоупотребе права, према објективној теорији, јесте вршење права противно циљу због кога је оно установљено или признато, при чему претеже схватање да није важно на шта титулар права циља, већ да ли је његово вршење права антисоцијално, те да ли се врши из законитих интереса. Мишљења сам да се, код разматрања злоупотребе права на подношење захтева у управном поступку и подношење тужбе у управном спору, ово схватање мора допунити и одређеним субјективним елементима, а то је наношење штете или стицање личне користи, која би у овом случају била противправна, јер проистиче из злоупотребе права.

II
Злоупотреба права у јавно-правној материји

Иако ова тема захтева да се начелно крене од разматрања појма злоупотребе права у класичном смислу, у управном поступку разматрање појма злоупотребе права има својих специфичности, из разлога што управни поступак, у својој бити, има однос јавноправног карактера, односно тиче се захтева који правни субјекти (физичка или правна лица) упућују органима јавне власти, односно вршиоцима јавних овлашћења. Досадашња разматрања појма злоупотребе права, у највећој мери односила су се на злоупотребу субјективних имовинских права из области грађанскоправне материје, односно из сфере приватног права, када се међусобно "сукобљавају" субјективна права физичких или правих лица. Оно што се у судској пракси може уочити јесте да живот често надилази правну регулативу, а поступање правних субјеката, између осталог, може бити усмерено на изналажење нових, "креативних" начина за изигравање правних норми. Када смо на терену управног поступка и управног спора, потребно је питање злоупотребе права проширити на сагледавање злоупотребе процесних норми које омогућавају странкама одређена права, пре свих право на подношење захтева у циљу покретања управних поступака.

Према члану 2. став 1. Закона о општем управном поступку ("Службени гласник РС", број 18/16, 95/18, 2/23) управна ствар, у смислу овог закона, је појединачна ситуација у којој орган, непосредно примењујући

законе, друге прописе и опште акте, правно или фактички утиче на положај странке тако што доноси управне акте, доноси гарантне акте, закључује управне уговоре, предузима управне радње и пружа јавне услуге.

Члан 90. став 1. истог закона прописује да се поступак покреће захтевом странке или по службеној дужности.

Уз напомену да постоји тенденција, односно покушаји увођења забране злоупотребе права у самим материјалним прописима (нпр. у Закону о слободном приступу информацијама од јавног значаја ("Сл. гласник РС, бр. 120/2004) је у члану 13, који је брисан изменама закона број 115/2021, било прописано да орган власти неће тражиоцу омогућити остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја ако тражилац злоупотребљава право на приступ информацијама од јавног значаја, нарочито ако је тражење неразумно, често, када се понавља захтев са истим или већ добијеним информацијама или када се тражи превелики број информација), препознавање и евентуално санкционисање злоупотребе права у управном поступку, односно у управном спору, остаје превасходно посао судске праксе. На овакав закључак упућује чињеница да поменути Закон о општем управном поступку, нити у делу који се односи на основна начела управног поступка, нити у својим осталим одредбама, не дефинише начело злоупотребе права у смислу дужности органа да спречи злоупотребу права странке, односно учесника у управном поступку, нити такве одредбе садржи Закон о управним споровима ("Службени гласник РС", број 111/09). Међутим, Закон о управним споровима у члану 74. упућује на сходну примену одредаба Закона о парничном поступку, који у члану 9. прописује да су странке дужне да савесно користе права која су им призната законом (став 1.); а суд је дужан да спречи и казни сваку злоупотребу права које имају странке у поступку (став 2.).

Сходна примена одредаба Закона о парничном поступку, у управном спору, подразумева да се примењују само оне одредбе тог закона које одговарају природи управног спора, на начин прилагођен управном спору. С обзиром на то да је у цитираној одредби члана 9. Закона о парничном поступку у форми опште/начелне одредбе прописана дужност странака на савесно поступање у коришћењу процесних права признатих овим законом, као и дужност суда да спречи и казни злоупотребу права, сматрам да је потпуно оправдано разматрање и евентуално шире сагледавање, да ли је ову одредбу закона, у недостатку адекватније и потпуније

одредбе, могуће применити и у управном спору, иако досадашња пракса Управног суда не садржи овакве примере. Ово је вероватно због тога што је прописивање дужности странака на савесно поступање, као и дужност суда да спречи злоупотребу права у парничном поступку превасходно усмерено на коришћење процесних права странака током овог поступка (предлагање доказа, предујмљивање трошкова за извођење доказа, подношење захтева за изузеће и сл.), које не сме бити усмерено на одуговлачење поступка и проузроковање несразмерних и непотребних трошкова, а не на подношење иницијалних аката и жалби, што је неспорно право учесника поступка. Због наведених разлога је заиста тешко и упитно на који начин би се дужност суда да спречи и казни сваку злоупотребу права странака могла применити у управном спору, односно у разматрању злоупотребе права странака на подношење тужби у управном спору, што је довело до дога да Управни суд, до сада, није на овај начин посезао за сходном применом одредбе члана 9. Закона о парничном поступку.

Сагледавање злоупотребе права на основу података из праксе Управног суда

У тражењу одговора на питање да ли је присутна злоупотреба права на подношење захтева у управном поступку и тужбе Управном суду, како је препознати и спречити, морамо се ослонити на постојећу праксу Управног суда и на егзактне податке сакупљене и обрађене у информационом систему суда, као и на искуства у раду судија. Оно што намеће ову тему, у актуелном тренутку, јесте чињеница да је у Управом суду дошло до драстичног повећања броја предмета и то у мери да је угрожена ефикасност управног спора и делотворност судске заштите, и то не због неажурности и непоступања судија, већ због апсолутне немогућности савладавања прилива примљених предмета. Иако је од почетка формирања Управног суда број предмета у суду био несразмерно велики у односу на број судија које су поступале, енормно повећање броја предмета, односно броја поднетих тужби пред Управним судом, нарочито је изражено у последњих неколико година, што нужно доводи до потребе разматрања узрока за овакву ситуацију. Одговор на постављено питање свакако није једноставан и лако уочљив и делимично лежи у томе да се надлежност суда константно проширује, али се због обрађивања конкретне теме, овде

сагледава један други аспект, а то је врста спорова који су покренути пред овим судом.

Према подацима Управног суда, само у прва два месеца ове године формирано је укупно 11.834 нових предмета, од чега су 9224 тужбе поднете због тзв. ћутања управе, односно недоношења захтеваног акта од стране управних органа, што чини 78% од укупног броја поднетих тужби. Подаци из претходне 2022. године су слични, те је тако од укупно 63.008 нових предмета, поднето 46.588 тужби због "ћутања управе", што је око 74% од броја поднетих тужби. У 2021. години од укупно укупно 38.478 поднетих тужби, примљено је 24.809 предмета због "ћутања управе", дакле око 64%, а у 2020. години, од укупно 32.469 предмета, по основу "ћутања управе" поднето је 12.834 тужби, што је око 40% од укупног броја поднетих тужби. Оно што је на први поглед уочљиво јесте да је дошло до драстичног раста броја предмета поднетих због "ћутања управе", реално и процентуално у односу на укупан број поднетих тужби, а важан је и податак да су, у великој већини, тужбе због ћутања управе поднете против истог туженог органа, а то је Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање. Због несразмерно великог броја поднетих тужби због "ћутања управе", у односу на број поднетих тужби по осталим основима, поставља се питање узрока за овакву ситуацију, односно питање да ли је посреди неефикасно и неажурно поступање, односно изостанак поступања управних органа по захтевима странака, или је у питању злоупотреба права на коришћење овог правног средства, установљеног пре свега у циљу заштите права странака на правовремено решавање њихових захтева истакнутих у управном поступку.

Сагледавање злоупотребе права кроз институт "ћутања управе"

Институт "ћутања управе" представља пропуштање органа да, у роковима прописаним у члану 145. Закона о општем управном поступку, изда решење у поступку покренутом по захтеву странке или по службеној дужности, а у интересу странке, као и пропуштање надлежног органа да, у року из члана 174. истог закона, одлучи по изјављеној жалби, а такође се може применити када је орган пропустио да, у прописаним роковима, предузме управне радње из члана 29. и 30. истог закона.

Када странка поднесе одређени захтев органу јавне власти, односно вршиоцима јавних овлашћења, она врши своје субјективно право, ставља га у функцију, те су органи дужни да, поштујући основна начела управног поступка, поступају у оквиру својих законских овлашћења, те да о сваком захтеву донесу одговарајућу одлуку. При том је важно да органи поступају у законом предвиђеним роковима, јер рокови за поступање органа нису инструкциони, већ протеком рокова за издавање решења странка стиче право да употреби правна средства, и то право на подношење жалбе због недоношења захтеваног акта, односно подношење тужбе Управном суду, по истом основу.

Злоупотреба права, како је у правној теорији дефинисана, најпре захтева да странка врши своје право формално поступајући у оквиру садржине тог права, односно у оквиру својих законских овлашћења, што управо чини јасну разлику између кршења права и злоупотребе права. Оно што указује на постојање злоупотребе јесте постојање одређених субјективних и објективних елемената у понашању странке, због којих се може утврдити да странка право врши на штету другог лица и/или противно сврси и намени због које је то право странке установљено. Потпуно је легитимно да странка, у ситуацији када орган јавне власти не поступа по њеном захтеву, делује у оквиру својих законских овлашћења, а у циљу заштите својих права. На терен могуће злоупотребе права долазимо када се, кроз рад на појединачном предмету и стање у судским списима, наметне питање да ли странка своје право врши у циљу заштите свог права на правовремено одлучивање по њеном захтеву или жалби, или у вршењу овог права поступа противправно, противно начелу савесности, непоштено и друштвено штетно.

Један исти акт не може у исто време бити и праван и противправан, па стога право престаје, тамо где злоупотреба почиње. Управо ту ступа на снагу судијско одлучивање, утемељено на утврђеним чињеницама. Разграничење између онога што је легитимно вршење субјективног права и злоупотребе вршења права није лак посао већ “ход по танкој жици” и због тога захтева постављање јасних стандарда. Постављање стандарда мора бити утемељено на ономе што је до сада препознато у раду суда као целине, односно у поступању судија по појединачним предметима, као распрострањена пракса, тј. устаљено деловање.

Сматрам да је важно напоменути и то да, иако је неопходно увести разматрање овог питања у управној материји, утврђивање злоупотребе права мора се рестриктивно тумачити. Ово стога што је превасходни интерес друштва, као целине, заштита права странака на законито и правовремено деловање органа јавне власти, а ефикасна и делотворна јавна управа је предуслов за бољитак у многим друштвеним сферама. Са друге стране, уколико у одређеном случају буде препознато и утврђено да поступање странке представља злоупотребу права на подношење захтева у управном поступку и последично права на подношење тужбе суду, тако нешто мора бити санкционисано од стране суда. Изазов је управо у постављању јасних критеријума који ће даље, у примени током управног спора бити цењени у сваком конкретном случају. Једно понашање не може бити истовремено правно дозвољено и противправно, па уколико постоје индиције да одређено понашање није усмерено ка остваривању права и правних интереса странке, већ је усмерено на стицање имовинске користи, кроз наплату трошкова судског поступка, такву би злоупотребу требало спречити.

Овде долазимо до два основна проблема у практичној примени института забране злоупотребе права у управном поступку, односно у управном спору, а то су:

1. да ли је могуће установљавање критеријума, објективних и субјективних на основу којих би суд могао да јасно утврди да се у одређеном случају злоупотребљава право на подношење захтева у управном поступку и подношење тужбе у управном спору и

2. да ли и које правне инструменте, у оквиру постојећих законских прописа, суд има на располагању да би злоупотребу права могао да санкционише.

Критеријуми за утврђивање злоупотребе права у управном спору

Оно што је чињеница, од које би требало поћи, јесте да је далеко највећи број тужби због "ћутања управе" у Управном суду поднет против једног туженог органа Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање, као другостепеног органа, с`тим што је у раду одељења Управног суда у Нишу, а где је прилив оваквих предмета, до краја прошле године,

био највећи, уочено да су захтеви странака подношени првостепеним органима, филијалама РФ ПИО на територији коју покрива ово одељење и то истовремено или у кратком временском периоду, у том броју да су првостепени органи буквално затрпани захтевима странака. Последица тога је да Дирекција Републичког фонда ПИО, као другостепени орган који поступа по свим изјављеним жалбама, преоптерећена изузетно великим бројем жалби због "ћутања управе" и жалби на првостепена решења, због чега се поставља питање да ли је у техничком, организационом и кадровском смислу у стању да одговори овом изазову, односно да у законском року од 60 дана одлучује о жалбама. Поред тога, уочено је да једна иста странка, у великом броју случајева, истовремено или у кратком временском периоду, Управном суду поднесе преко 20 тужби због "ћутања управе", а поводом неодлучивања по захтевима које је претходно подносила првостепеним органима. У свим оваквим предметима странке заступа пуномоћник адвокат, углавном из исте адвокатске канцеларије. Оно што је врло карактеристично у оваквим предметима је и то да се странка никада не користи својим правом, прописаним у члану 29. став 4. Закона о управним споровима, да када јој суд, преко пуномоћника, достави акт туженог органа којим је решена жалба странке, да изјаву да није задовољна накнадно донетим актом, иако је у највећем броју случајева та жалба одбијена као неоснована. Насупрот томе, странка изјављује да је задовољна самим тим што је њена жалба решена и тражи накнаду трошкова поступка, према адвокатској тарифи.

Ово је само начелно и уопштено приказивање стања ствари из конкретних предмета, мада када би се ушло у дубљу анализу врсте поднетих захтева првостепеним органима, као и чињенице да су поводом сваког поднетог захтева изјављене барем две жалбе (једна због неодлучивања од стране првостепеног органа у законом прописаном року, а друга на донето првостепено решење), те да су све жалбе, односно све законом предвиђене радње које претходе подношењу тужбе у управном спору, као и тужба суду, поднете одмах по истеку законом прописаних рокова, јасно се намеће сумња да поступање странака, преко овлашћених пуномоћника, није усмерено на заштиту права странака на правовремено одлучивање од стране управних органа, већ на постизање имовинске користи кроз наплату трошкова управног спора од туженог органа.

Дакле, иако се понашање странака креће у оквиру онога што је законом признато право странке, односно странка формално поступа на начин како то закон прописује, овде ипак постоје индиције да се странка користи својим правом противно циљу због кога је то право признато. Међутим, оно што је специфично код препознавања злоупотребе права на подношење захтева управном органу, односно подношење тужбе суду, јесте да се исто не може сагледати, нити препознати, кроз поступање у сваком појединачном предмету, већ се мора узети у обзир свеукупно понашање странке пред органом управе и пред судом. Дакле, тешко се може утврдити постојање злоупотребе права странке посматрајући сваки појединачни предмет тог истог лица, јер би и орган управе и суд морао да пође од претпоставке да постоји оправдан и легитиман интерес странке на подношење захтева органу, односно суду, већ би се могло утврдити постојање злоупотребе права тог лица на подношење захтева у управном поступку, односно тужбе управном суду, кроз сагледавање броја и врсте захтева које је једно лице поднело, кроз чињеницу да су ови захтеви поднети у веома кратком временском периоду, односно кроз чињеницу да ли странка заиста, кроз управни спор који је покренула, настоји да оствари право за које сматра да јој припада.

Подношење захтева управном органу и издавање решења по том захтеву, односно предузимање управне радње, не може бити само себи циљ, већ је циљ остваривање одређеног права које странци припада. Иако је у неким, додуше ретким, случајевима сасвим очигледно да странка злоупотребљава право на подношење захтева органу управе (нпр. када корисник пољопривредне пензије подноси захтев да му се призна најнижи износ пољопривредне пензије од 11.447,81 динара, иако му је претходно признато право на пензију у већем износу), та злоупотреба може бити најпотпуније сагледана и утврђена управо у судском поступку, након што дође до подношења тужбе због "ћутања управе". Органи управе, у примерима које сам навела, немају могућност да преиспитују оправданост захтева странке нити да утврђују и санкционишу злоупотребу права на подношење захтева, већ је орган дужан да у сваком конкретном случају донесе одлуку о захтеву странке. Међутим, оно што се током поступка пред Управним судом може уочити јесте да крајњи циљ оваквог поступања, није остваривање права пред органом управе, већ остваривање права на накнаду трошкова у судском поступку.

На овакав закључак упућује најпре врста захтева који се масовно подносе, нпр. захтев да се изда решење о одбијеним износима од пензије по основу поштарине (за кориснике пензије који пензију примају на руке), или захтев да се изда решење којим ће се утврдити одбијени износи пензије по основу примене Закона о привременом уређивању начина исплате пензија, као и захтеви за разгледање списа предмета туженог органа. Захтеви могу бити различити, ово су само неки од примера, а оно што је уочљиво је да исти пуномоћник - адвокат подноси истоврсне захтеве за сва лица која заступа, да већи број захтева подноси истовремено или у кратком временском периоду, те да се одмах по истеку рока за одлучивање, односно управно поступање, подносе жалбе због "ћутања управе", као и да се странка никада не користи својим правом, прописаним у члану 29. став 4. Закона о управним споровима, да тужбу прошири и настави управни спор побијајући решење туженог органа који је одбио жалбу због "ћутања управе", односно жалбу на првостепено решење, већ је странка задовољна наплатом трошкова управног спора, од туженог органа. Такође сматрам да је важно напоменути, да је у свим пуномоћјима која се достављају Суду уз поднете тужбе, пуномоћник адвокат овлашћен и да покрене поступак принудне наплате потраживања и да потраживање наплати на свом рачуну.

Када се на овакав начин сагледају ствари јасно је да постоје објективни показатељи да је посреди врло организовано деловање, које у својој основи има злоупотребу права на подношење захтева у управном поступку, које последично води до злоупотребе права на подношење тужбе и покретање управног спора. Оно што је заједничка нит у свим оваквим предметима, а тренутно у Управном суду има више десетина хиљада оваквих предмета, јесте да се формално поступање странака креће у оквиру законом прописане процедуре, почев од подношења захтева органу, подношења жалбе због "ћутања управе", односно жалбе на првостепено решење којим је решен захтев, до подношења тужбе суду. Међутим, у својој суштини, овакво поступање није усмерено на остваривање неких субјективних права странака, већ се кроз формално законито деловање и право сваког правног субјекта па покретање управног поступка, по основу члана 90. став 1. Закона о општем управном поступку, остварује имовинска корист, јер странка, применом одредаба члана 153. став 1. Закона о парничном поступку ("Службени гласник РС", број 72/11,... и 18/20), на

чију примену у управном спору упућује одредба члана 74. Закона о управним споровима, остварује право на накнаду трошкова управног спора.

Дакле, директна последица и сврха оваквог поступања странака, преко овлашћених пуномоћника, јесте остваривање имовинске користи, на штету управног органа, која је, имајући у виду број поднетих тужби због "ћутања управе", значајно велика. Посебно је питање, које се овде не може истраживати, нити поуздано утврдити, да ли непосредну имовинску корист, у сваком конкретном случају, остварују саме странке, или овлашћени пуномоћници, с обзиром на дату могућност у овлашћењима, да пуномоћници наплаћују потраживања по основу трошкова поступка преко својих рачуна, без икаквог сазнања странака о томе.

Могућност спречавања злоупотребе права на основу постојећих законских решења

Уколико се може постићи сагласност да овакво понашање странака представља злоупотребу процесних овлашћења, из разлога што је објективно противно циљу због кога су странкама дата овлашћења на покретање управног поступка и управног спора, онда је и имовинска корист остварена на овакав начин противправна. Како је понашање појединаца, иако формално сагласно праву, суштински противно духу закона, онда такво понашање представља злоупотребу права и друштвено штетно понашање, које за своју директну последицу има остваривање противправне имовинске користи.

До злоупотребе субјективних права долази због непотпуности и несавршености објективног права, јер иако субјективна права имају одређену сврху и намену, односно призната су субјектима ради постизања правно дозвољених интереса, њихова садржина не може материјалним прописима у свакој конкретној животној ситуацији бити прецизно одређена. Препознавање и санкционисање злоупотребе права је, како сам претходно наводила, поникло у сфери грађанскоправних односа, при чему материјални прописи из ове материје садрже бројне примере ограничавања субјективних права странака, све у тежњи коегзистенције права и омогућавања свим носиоцима субјективних права једнаких могућности на вршење сопствених права. Може се рећи да је, у сфери приватног права, субјективно право сваког појединца омеђено субјективним правом другог лица. На терену јавноправних односа, односно конкретно ове теме о злоу-

потреби процесних права у управном поступку, до сада је изостало уношење забране злоупотребе права у Закон о општем управном поступку, па уколико таква ограничења нису унета у одредбе материјалних прописа, органи јавне управе немају могућност да оцењују сврсисходност и оправданост подношења захтева у управном поступку.

Интересантан је податак да у упоредном праву суседних држава, конкретно у Закону о управном поступку Републике Црне Горе, који је у примени од 01. јула 2017. године, постоји одредба о забрани злоупотребе права, те је у члану 15. овог закона прописано да је јавноправни орган дужан да спречи сваку злоупотребу права странке у управном поступку.

У нашем правном систему, питање утврђивања и евентуална могућност санкционисања злоупотребе права на подношење захтева у управном поступку и подношења тужбе ради покретања управног спора, остаје за сада посао судске праксе, а због претходно наведених разлога сматрам да је неопходно отворити дебату о томе како спречити ову веома штетну појаву, која, по мом дубоком уверењу, представља организовано деловање појединаца, усмерено на остваривање имовинске користи од Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање, уз напомену да се овакво поступање, за сада спорадично, појављује и према другим органима државне управе.

У пракси се показало да је питање препознавања, па и доказивања злоупотребе права "мањи" проблем, у односу на друго важно питање а то је, које правне инструменте суд има на располагању да би ову злоупотребу могао да спречи и санкционише.

Како сам претходно наводила, Закон о управним споровима на садржи одредбе о забрани злоупотребе права, али у члану 74. упућује на сходну примену одредаба Закона о парничном поступку, који у члану 9. прописује да су странке дужне да савесно користе права која су им призната законом, као и да је суд дужан да спречи и казни сваку злоупотребу права које имају странке у поступку.

Ова одредба садржана је у делу закона који се односи на основна начела поступка и широко је постављена, па је питање њеног конкретизовања и примене у појединачним предметима веома захтеван посао. Уопште се поставља питање да ли је ову одредбу Закона о парничном поступку могуће применити на управни спор. Ако се пође од тога да је у питању

једно од основних начела поступка и једно од темељних начела правног система уопште, те стога није противно природи управног спора, полазна претпоставка је да нема сметње да се ова одредба примени у пракси у управном спору.

Даље се мора сагледати које су правне последице злоупотребе права у управном поступку и управном спору, односно која је сврха оваквог поступања странака, а то је остваривање права на наплату трошкова управног спора од туженог органа.

У конкретном случајевима, када дође до обустављања поступка због "ћутања управе", на основу одредбе члана 29. став 3. Закона о управним споровима из разлога што је странка, преко пуномоћника, доставила суду писану изјаву да је накнадно донетим актом задовољна, или ако не да изјаву у прописаном року из става 2. овог члана, одлука о трошковима поступка доноси се применом одредба чланова члана 153. став 1, 154. и 163. став 2. Закона о парничном поступку. Оваква одлука суда утемељена је на успеху странке - тужиоца у спору, односно на одредби члана 153. став 1. Закона о парничном поступку да је странка која у целини изгуби спор дужна да противној странци надокнади трошкове поступка.

Следом наведеног, дужност суда да спречи и казни сваку злоупотребу права које имају странке у поступку, у конкретно изложеним примерима, требало би да буде усмерена на онемогућавање странке да, из поступка покренутог злоупотребом субјективних права на покретање поступка пред органом управе, односно права на подношење тужбе суду, оствари имовинску корист, односно наплати трошкове поступка. Овакав закључак произилази из полазне претпоставке да странци не може бити ограничено право на подношење захтева, тј. тужбе, али се може оценити да је подношењем захтева и покретањем управног и последично судског поступка, странка злоупотребила своје право, користећи га не због тога што је орган неблаговремено поступао по њеном захтеву, већ супротно законом установљеном циљу за ово правно средство, ради наплате трошкова судског поступка од органа коме се првобитно обратила.

Закон о управним споровима не прописује одредбе које конкретизују право странака на наплату трошкова управног спора, већ се, како сам претходно навела, сходно примењују одговарајуће одредбе Закона о парничном поступку.

Члан 153. став 1. Закона о парничном поступку прописује да је странка која у целини изгуби парницу дужна да противној странци надокнади трошкове поступка. У ставу 2. истог члана закона прописано је да ако странка делимично успе у парници, суд може, с обзиром на постигнути успех да одреди да свака странка сноси своје трошкове или да једна странка надокнади другој сразмеран део трошкова.

Члан 154. став 1. истог закона прописује да ће суд приликом одлучивања који ће трошкови да се накнаде странци да узме у обзир само оне трошкове који су били потребни ради вођења парнице. О томе који су трошкови били потребни, као и о износу трошкова, одлучује суд ценећи све околности.

Из наведених одредаба закона јасно је да, због различите природе и структуре парничног поступка и управног спора који се води по тужби због ћутања управе пред Управним судом, одредбе Закона о парничном поступку не дају адекватно и лако примењиво решење за конкретан проблем, јер се право на накнаду трошкова поступка везује за успех странке у спору и резултат доказивања. Стога није могуће, применом цитираних одредаба чланова 153. став 1. и 2. и 154. Закона о парничном поступку, донети одлуку о трошковима управног спора, која би ишла у правцу онемогућавања странака да остваре противправну имовинску корист, проистеку из злоупотребе права на подношење захтева у управном поступку и подношење тужбе у управном спору.

У светлу начелне обавезе суда да спречи и казни сваку злоупотребу права, остаје отворено питање да ли је овакву одлуку, дакле одлуку о одбијању захтева за накнаду трошкова поступка, могуће донети директном применом одредбе члана 9. Закона о парничном поступку, у вези са чланом 74. Закона о управним споровима, или би такво одлучивање суда представљало прешироко тумачење и увело арбитрерност у одлучивање.

III

Када се сумирају резултати претходно изнете анализе, може се закључити да постоје јасне индиције да је на делу злоупотреба права великих размера. Мишљења сам да се злоупотреба права на подношење захтева у управом поступку, односно злоупотреба права на подношење тужбе у управном спору, у пракси суда може препознати и да се могу установити

одређени објективни показатељи и јасни критеријуми, не само за утврђивање злоупотребе, већ и за јасно разграничење поступања које представља злоупотребу права, од потпуно легитимног поступања странака које своје право користе на начин и у циљу због кога је то право признато.

Друго је питање да ли се, у оквиру постојећих законских решења, ова злоупотреба може спречити, односно да ли се могу спречити штетне последице злоупотребе права. Сврха обрађивања ове теме није била да имплицитно пружи готова решења, већ да се, кроз теоријску обраду појма и приказивање стања ствари "баци светло" на овај растући проблем, који утиче на делотворност судске заштите у управном спору и умногоме оптерећује рад Управног суда. Смисао управног спора је судска контрола законитости рада јавне управе, а превасходни циљ је заштита права странака од арбитрерног мешања државе и прекорачења овлашћења извршне власти. Стога је поступање странака, преко овлашћених пуномоћника адвоката, које представља злоупотребу процесних овлашћења, не само оптерећујуће за рад суда, већ штетно за друштво у целини.

Због свега наведеног сматрам да је потребно, кроз отворену дебату у самом суду, али и шире, размотрити не само критеријуме за утврђивање постојања злоупотребе права у сваком појединачном случају, већ и законска решења за спречавање уочене злоупотребе. Промена постојећих законских решења, да ли кроз измене и допуне Закона о управним споровима, или кроз доношење новог закона, која би ишла у правцу установљавања конкретних правних механизама у циљу утврђивања и санкционисања злоупотребе права, свакако јесте потребна, али је истовремено то решење "за будућност", односно не би се могло применити на десетине хиљада предмета који су тренутно у раду у Управном суду, а могли бити разматрани као примери злоупотребе права на подношење захтева у управном поступку, односно тужбе у управном спору.

С обзиром на то која су законска решења тренутно у примени, сматрам да је неопходно да, не само суд, већ и предлагачи закона, препознају потребу измене постојећих законских решења, пре свих измене Закона о управним споровима, те да евентуална будућа решења морају ићи у корак са животом, односно морају, између осталог, омогућити да суд има конкретне механизме на основу којих би могао да онемогући злоупотребу права на подношење захтева у управном поступку и подношење тужбе у управном спору, а самим тим и превенира даљу злоупотребу.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

БИЛТЕН Врховног касационог суда / главни и одговорни уредник *Јасминка Станојевић. - 2010, бр. 1-.... - Београд* (Алексе Бачванског 6) : Intermex, 2020 - (Београд : "Cicero")

Тромесечно. - Је наставак: Билтен судске праксе Врховног суда Србије = ISSN 0354-4109
ISSN 2217-3676 = Билтен судске праксе Врховног касационог суда
COBISS.SR-ID 178980876