

прегледни рад
достављен: 10. 04. 2022.
прихваћен за објављивање: 03. 05. 2022.
УДК 342.727(497.11)

Ања БЕЗБРАДИЦА*
Василије МАРКОВИЋ*

ТЕСТ(ОВИ) БАЛАНСИРАЊА И ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИСТУП ИНФОРМАЦИЈАМА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА У СРПСКОМ ПРАВУ

Апстракт

Аутори у раду анализирају теоријски и нормативни оквир теста јавног интереса, као централног места законског уређивања права на слободан приступ информацијама од јавног значаја. Циљ анализе усмерен је ка изналагању узрока и предлагању решења за значајан проблем уочен у пракси - непримењивање, чак игнорисање теста јавног интереса од стране првостепених органа у поступцима за остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја. До потврде овакве праксе аутори су дошли након спроведеног емпиријског истраживања на узорку од 97 случајева. За један од могућих узрока овог проблема, поред кадровских капацитета и недостатка професионалне оспособљености, у раду је посебно истакнута недовољна прецизност законског текста, али и у теорији присутна термилошко - појмовна конфузија. Конфузија се односи како на питање постоји ли уопште у српском Закону о слободном приступу информацијама од јавног значаја тест јавног интереса, тако и на питање каква је његова природа у односу на друге сличне тестове балансирања. У раду се стога полази од тога да српски Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја садржи тест јавног интереса у чл.8, те да је реч о једној од фаза класичног уставног теста пропорционалности.

Кључне речи: Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, тест јавног интереса, тест пропорционалности, тест штете, вагање интереса

* Истраживач приправник, Институт за упоредно право Београд, a.bezbradica@iup.rs

* Истраживач приправник, Институт за упоредно право Београд, v.markovic@iup.rs

1. УВОД

Према Глобалном рејтингу права на информације (*Global Right to Information Rating Map*), српски Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја (даље: ЗСПИЈЗ)¹ континуирано је оцењиван као један од најквалитетнијих законских текстова у области слободе приступа информацијама у конкуренцији 111 држава света.² И док овакво међународно признање без дилеме може (и треба) импоновати српском законодавцу, оно не значи да се протеком времена и примене једног законског акта не може учити простор за његово уобличавање и побољшавање, а све у циљу квалитетнијег остваривања уставног права на приступ информацијама од јавног значаја, као нужног предуслова транспарентности државе и развоја општег благостања друштва.³

Предмет овог рада стога управо јесте посвећен једном од најзначајнијих проблема уочених у пракси поводом остваривања права на слободан приступ информацијама од јавног значаја. Реч је о континуираном непримењивању тзв. теста јавног интереса од стране првостепених органа при доношењу решења о одбијању захтева за приступ информацијама од јавног значаја. Наиме, тест јавног налази се у самој сржи законског уређивања слободног приступа информацијама од јавног значаја.⁴ Неподношљива лакоћа којом првостепени органи прелазе преко њега, односно, речима *Кнежевић-Бојовић* - систематско игнорисање овог централног законског института,⁵ за последицу има, између осталог, и преоптерећивање Повереника као другостепеног органа, те у коначници и непотребно одуговлачење поступка

¹ Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, (*Сл. Гласник РС*, бр. 120/2004, 54/2007, 104/2009, 36/2010 и 105/2021)

² С.Гајин, „Одмеравање супротстављених интереса у примени Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја“ *Српска политичка мисао* год. 25 Вол. 62, 4/2018, 231. Иако више нема статус најквалитетнијег законског текста, законско решење у овој области и даље се на поменутој листи веома добро котира, на високом трећем месту, иза Авганистана и Мексика, са чак 135 од максималних 150 и са 26 од максималних 30 бодова у категорији изузетака и одбијања захтева за приступ информацијама од јавног значаја, *Global Right to Information Map*, <https://www.rti-rating.org/country-data/Serbia/>, 20. фебруар 2022.

³ С. Лилић, „Доступност јавних информација“, *Слободан приступ информацијама*, Комитет правника за људска права, Београд, 2003., 18.

⁴ N. Pirč Musar, „Weighing tests with emphasis on public interest test in accessing information of public character“, *Slovenian Law Review* Vol. 31, 6-7/2005, 1696.

⁵ А. Кнежевић-Бојовић, „Слободан приступ информацијама од јавног значаја“, у: *Правни механизми спречавања корупције у земљама југоисточне Европе са посебним освртом на систем одбране* (ур. А.Рабреновић), Институт за упоредно право, Београд, 2013, 140.

остваривања приступа информацијама од јавног значаја, до мере његовог обесмишљавања. Управо због тога је и предмет емпиријског истраживања које ће бити приказано у наставку фокусиран на анализу поступања првостепених органа. Добијени резултати усмерили су нас ка анализи законске формулације теста јавног интереса као једном од могућих узрока потпуног игнорисања овог института.

Пре самог указивања на могуће превазилажење недостатака нормативног оквира, биће неопходан и шири теоријски осврт и покушај систематизације појма теста јавног интереса и указивање на непостојање разлика у односу на прегршт других појмова и сличних тестова балансирања (отуд и наслов рада), који фигурирају у радовима појединих аутора, и који, по нашем мишљењу, само доприносе стварању осећаја опште пометње и неразумевања, па на концу и одустанка од примене теста јавног интереса у пракси.

2. ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ ПРАВА НА ПРИСТУП ИНФОРМАЦИЈАМА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА

Право на приступ информацијама од јавног значаја (или другачије: право јавности да зна) може бити посматрано у више равни. Једна раван јесте посматрање овог права као дела слободе информисања, кроз право опште јавности да има увид у јавне документе и информације од јавног значаја. Поред тога, право на приступ информацијама схвата се још и као део слободе изражавања, уз наглашавање његовог мултидимензионалног карактера, будући да се посматра као средство за борбу против корупције, али и поспешивање отворености државних институција и опште законитости и правилности у поступању органа јавне власти.⁶ Наведени ставови само потврђују комплексност природе овог права. Штавише, одређени аутори истичу да није реч о „обичном“ праву, већ о суштинском обележју правне државе, помоћу којег грађани задобијају улогу „четврте“ власти, кроз непосредну контролу државних органа,⁷ односно о праву у чијој самој сржи лежи јавни интерес, тј. његово остваривање.⁸

⁶ N. Odić, R. Galović, *Test razmjernosti i javnog interesa kao instrument uspostavljanja ravnoteže između prava na pristup informacijama (načela transparentnosti) i njegovih ograničenja u Republici Hrvatskoj*, Pravni fakultet, Zagreb, 2015, 4.

⁷ Д. Миленковић, „Управно процесна и други слични облици заштите права на приступ информацијама у компаративном праву“, *Страни правни живот*, Год. 59, 3/2015, 116, 129.

⁸ D. Milovanović, M. Davinić, V. Cucić, „Free Access to information in Serbia“ in: *The Laws of Transparency in Action: European perspective* (Eds. D.Dragoš, P.Kovač,

У чл. 51 ст. 2 Устава⁹ право на слободан приступ информацијама постулира се као део права на обавештеност, кроз прописивање да свако има право на приступ подацима који су у поседу државних органа и организација којима су поверена јавна овлашћења, у складу са законом.

Подвлачење дела одредбе „у складу са законом“ нужно је зарад заокруживања појма права на приступ информацијама од јавног значаја, али овог пута из другог угла. Наиме, са ставом да конституционализација овог права оснажује и подиже значај овог права у друштву, али и да за његово уживање, због непосредног остваривања уставних права, није потребан било који други пропис,¹⁰ можемо се сагласити само делимично. Ово стога што је непосредна примена уставних права тек један од три начина прописивања људских права у уставном тексту, и то резервисан за апсолутна права. Право на приступ информацијама од јавног значаја, међутим, није апсолутно право. Други модалитет уставног прописивања људских права је да Устав предвиђа, а закон одређује начин, али не и услове остваривања људских права. И најзад, трећи начин је када Устав одређено право пропише, а разлоге и поступак ограничења препушта закону, те је закон тај који оивичава суштину тог права.¹¹ Из језичке формулације чл. 51 ст. 2 Устава, али и чињенице да Устав у погледу права на обавештеност не прописује ближе разлоге ограничења,

A.Marseille) PIAS, Palgrave Macmillan, 2019, 504. Иако појам јавног интереса представља један од комплекснијих појмова јавног права, поједини домаћи аутори нису устукнули пред његовом безобалношћу. Тако Димитријевић јавни интерес види као категорију ужу од општег, али ширу од државног интереса, коју краси извесна додатна вредност, а не само проста сума свих појединачних интереса (наведено према Б. Тодоровић, „Вагање између заштите јавног интереса и права на заштиту података о личности - примена европских стандарда у праву Републике Србије“ *Идентитетски преображај Србије*, Правни факултет, Београд, 2018, 92-93.) Према Томићу, у средишту јавног интереса лежи друштво и заједница, али и појединац, те легитиман јавни интерес, што је посебно важно за тему рада, не би смео да буде супротстављен појединцу. Напоследку, овај аутор конструкцију јавног интереса описује помоћу три градивна елемента- остваривање и заштиту људских права, пуно одвијање, уз нужне корекције, друштвеног живота и, напоследку, уредан рад државних органа и јавних тела. (З.Томић, „Јавни поредак- појам и структура“, *Анали Правног факултета*, LXVII 2/2019, 35-36)

⁹ Устав Републике Србије (*Сл. Гласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021)

¹⁰ С. Биен, „Значај приступа информацијама од јавног значаја у правном поретку“, у: *Анализа Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја са истраживањем о примени Закона у пракси* (ур. Д. Милутиновић) Америчко удружење правника, Иницијатива за владавину права, Београд, 2007, 27.

¹¹ Више о уставним моделима регулисања основних људских права види код З.Томић, „Уставна релативизација основних људских права“, *Преиспитивање класичних уставноправних схватања у условима савремене државе и политике* (ур. М.Ђорђевић), Институт за упоредно право, Београд, 2021, 311-312.

јасно је да право на обавештеност спада у трећи модел уставног регулисања основних људских права. Релативни карактер права на слободан приступ информацијама од јавног значаја неминовно доводи и до његовог укључивања у деликатне процесе вагања и балансирања спрам других релативних људских права, али и низа различито уобличених општих интереса.¹²

ЗСПИЈЗ у чл. 2 ст.1 прописује да је информација од јавног значаја информација којом располаже орган јавне власти, настала у раду или у вези са радом органа јавне власти, садржана у одређеном документу, а односи се на све оно о чему јавност има оправдан интерес да зна. У вези са оправданим интересом јавности да зна, у чл. 4. прописане су законске претпоставке. Тако је у погледу информација које се односе на угрожавање, односно заштиту здравља становништва и животне средине предвиђена необорива претпоставка интереса јавности, а у погледу свих других информација предвиђена је оборива претпоставка постојања интереса јавности, при чему терет доказивања (не)постојања оправданог интереса јавности не лежи на подносиоцу захтева, већ на органу власти.¹³

Када су у питању законски основи и услови ограничавања права на приступ информацијама од јавног значаја, ЗСПИЈЗ најпре у чл. 8 прописује да се право на приступ може изузетно подврћи ограничењима прописаним ЗСПИЈЗ ако је то неопходно у демократском друштву, ради заштите од озбиљне повреде претежнијег интереса заснованог на уставу или закону (ст.1), а да се ниједна одредба ЗСПИЈЗ не сме се тумачити на начин који би довео до укидања неког права које ЗСПИЈЗ признаје или до његовог ограничења у већој мери од оне која је прописана у ставу 1 овог члана. Даље, у посебном одељку

¹² Све то, наравно, условљено је непостојањем унапред дате хијерархије (релативних) људских права, те постојањем тзв. *вредносног плурализма* у оквиру ког друштвени значај сваког уставног права зависи од земље до земље, али и околности сваког конкретног случаја у ком се појединачна људска права остварују. (види М. Matijević, „Some Critical Reflections on the Broad human Rights Constitutionalisation“, *Constitutio Lex Superior* (eds. О. Nikolić, V. Čolović) Institute of Comparative Law, Belgrade, 2021, 166; L. Anđelković, „The Elements of Proportionality as a Principle of Human Rights Limitations“, *Facta Universitatis* Vol. 15, 3/2017, 241-242)

¹³ Овакво померање терета доказивања на орган власти донекле личи ономе што у оквиру европског права људских права Грир (*Greer*) назива „принципом давања приоритета праву“. Поменути принцип представља не дефинитивну, али процедуралну предност дату индивидуалном праву заштићеном Европском конвенцијом над колективним интересима, кроз, између осталог, и пребацивање терета доказивања државним органима да је уплитање у индивидуална права било оправдано. Наведено према F.Jizeng, „Rethinking the Method and Function of Proportionality Test in the European Court of Human Rights“, *Journal of Human Rights*, Vol. 15, 1/2016, 83.

који започиње чл. 9 ЗСПИЈЗ прописује претежније интересе чија озбиљна повреда може оправдати ограничење права на приступ информацијама од јавног значаја. Ти се претежнији интереси односе на: угрожавање живота, здравља, безбедности или другог важног добра неког лица (т.1), угрожавање, ометање или отежано спречавање или откривање кривичног дела, оптужење за кривично дело, вођење предистражног поступка, вођење судског поступка, извршење пресуде или спровођење казне, вођење поступака у смислу закона којим је уређена заштита конкуренције, или који други правно уређени поступак, или фер поступање и правично суђење, до окончања поступка (т.2), озбиљно угрожавање одбране земље, националне или јавне безбедности, међународних односа или кршење правила међународног арбитражног права (т.3), битно умањивање способности државе да управља економским процесима у земљи, или битно отежавање остварења оправданих економских интереса Републике Србије или угрожавање или могуће угрожавање спровођења монетарне, девизне или фискалне политике, финансијске стабилности, управљања девизним резервама, надзора над финансијским институцијама или издавања новчаница и кованог новца (т.4), чињење доступним информације или документа за који је прописима или службеним актом заснованим на закону одређено да се чува као тајни податак или представља пословну или професионалну тајну, или податак добијен у поступку заступања за чије објављивање заступани није дао одобрење, у складу са законом којим се уређује рад правобранилаштва, а због чијег би одавања могле наступити тешке правне или друге последице по интересе заштићене законом који претежу над правом јавности да зна (т.5), повреду права интелектуалне или индустријске својине, угрожавање заштите уметничких, културних и природних добара (т.6), те угрожавање животне средине или ретке биљне и животињске врсте (т.7). Ограничење права на приступ информацијама од јавног значаја предвиђено је и чл. 14 ЗСПИЈЗ, који прописује да ће се ово право ограничити уколико би се његовим остваривањем повредило право на приватност, право на заштиту података о личности, право на углед или које друго право лица на које се тражена информација лично односи, осим у случају да је лице на то пристало, да се ради о личности, појави или догађају од интереса за јавност, а нарочито ако се ради о јавном функционеру у смислу закона којим се уређује спречавање сукоба интереса при обављању јавних функција и ако је информација везана за вршење његове јавне функције, или ако се ради о лицу које је својим понашањем дало повода за тражење информације (ст.1). Законским изменама из 2021. године додат је и став 2 овом члану, према коме информације од јавног значаја из документа који садржи податке о личности могу бити учињене доступним тражиоцу на начин којим се обезбеђује да се право јавности да зна и право на заштиту података о

личности могу остварити заједно, у мери прописаној законом којим се уређује заштита података о личности и ЗСПИЈЗ.

Вагање горепомнутих интереса и права јавности да зна приликом одлучивања органа власти да ли да тражену информацију „отвори“ за јавност, јесте централно место овог рада.

3. ТЕСТ ПРОПОРЦИОНАЛНОСТИ

Према критеријуму могућности ограничења њиховог обима, људска права се уобичајено деле на апсолутна и релативна. Апсолутна су она права која не могу бити ограничена зарад остварења људског права оног другог, или неког опште друштвеног интереса¹⁴. Као примери таквих права наводе се забрана мучења (чл. 3) и забрана ропства или ропског положаја (чл. 4 ст. 1) из Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, или право на достојанство из чл. 1 Повеље Европске уније о основним правима. У уставима и међународним документима апсолутна права могуће је препознати по томе што не садрже тзв. рестриктивну клаузулу, тј. изричиту одредбу којом се прописује њихово ограничење.¹⁵ Ипак, недостатак рестриктивне клаузуле, сам по себи није гаранција да се у конкретном случају ради о апсолутном праву, већ је пре дефинитивног закључка неопходно применити не само језичко, већ и системско и циљно тумачење односне одредбе.¹⁶

Не улазећи дубље у проблематику апсолутних права, на овом месту битно је рећи да су она у свим правним порецима изузетак. Наиме, већина људских права подложна је ограничењима (тзв. релативна права). Разлог за ову „релативизацију“ крије у специфичној природи људских права, која су „захтеви оптимизације“, а не норме које захтевају нешто одређено.¹⁷ Да би се оваква концепција људских права разумела, неопходно је за тренутак осврнути се на теорију принципа Роберта Алексија (*Robert Alexy*).

¹⁴Становиште о постојању апсолутних људских права није без својих критичара. Неки аутори, наиме, сматрају да чак и „најважнија“ људска права и слободе, као што је нпр. забрана тортуре, могу бити ограничена. Више о томе у А. Barak, *Proportionality - Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, 29-30.

¹⁵Рестриктивна клаузула може бити: 1) генерална - онда када није везана за конкретно право, већ се примењује на сва права у том документу (нпр. чл. 29 Универзалне декларације о људским правима), и 2) специјална, када се односи на тачно одређено право или групу права (нпр. чл. 8 Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода).

¹⁶А. Barak, *op. cit.* 134-137.

¹⁷R. Alexy, "Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak", *International Journal of Constitutional Law* Vol. 16 3/2018, 872.

Алекси све уставне норме дели на норме-принципе (*principles*) и норме-правила (*rules*). Под првима подразумева оне уставне норме које не захтевају нешто одређено, већ захтевају „да се нешто оствари у највећој могућој мери, с обзиром на правне и фактичке могућности“¹⁸. Алекси их назива још и „захтевима оптимизације“. За разлику од њих, тзв. норме-правила су увек конкретно одређене заповести. Оне су увек - или примењене у пуном свом обиму (под условом да су прошле тест важења и да су услови из њихове хипотезе испуњени) - или уопште нису. Због наведене разлике у природи ових двеју уставних норми, сматра Алекси, разликује се и начин њихове примене: док је облик примене норми-правила *супсумција*, дотле је облик примене норми-принципа *балансирање*.¹⁹ Иако се не можемо сагласити са Алексијем да је супсумција облик примене једино норми-правила, а не и норми-принципа,²⁰ унутрашња логика поделе на ове две врсте уставних норми чини се солидно утемељеном, а нама је на овом месту важна због питања ограничења уставних права: док се норме-правила ограничавају тако што се предвиђају изричито изузеци од ситуација обухваћених њиховом хипотезом (па се норма има применити на сваку ситуацију предвиђену у њеној хипотези, осим на ону описану изузетком), дотле се норме-принципи могу ограничити само након спроведеног поступка балансирања интереса заштићеног том нормом и супротстављеног му другог, општег или појединачног, интереса.²¹

Остављајући тренутно по страни проблематику разликовања норми-принципа и норми-правила, која заслужује посебну пажњу, зауставићемо се овде да бисмо закључили да Алексијева теорија принципа нуди задовољавајућу теоријску основу за разумевање поделе на апсолутна и релативна људска права, и важније, нуди објашњење зашто су нам при

¹⁸ R. Alexy, “Constitutional Rights and Proportionality”, *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 24, 2014, 52.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ На логичкој равни сматрамо да јуристички закључак увек има силогистичку форму, где се чињенично стање (*premissa minor*) подводи под општу норму (*premissa maior*), да би се донела одлука (*conclusio*). Он је има независно од тога да ли велику премису чини норма-правило или норма-принцип. Разлика је једино у томе што, у случају примене норми-принципа (за разлику од норми-правила где је ситуација једноставнија), велику премису чини и рестриктивна клаузула у чијем језгру се налази тест пропорционалности. Ово доводи до тога да се тежиште закључивања премешта на малу премису, коју сада постаје теже утврдити јер то захтева балансирање супротстављених интереса у конкретном случају и утврђивање који од њих има већу тежину. Но, ово се балансирање дешава пре дедукције, тако да јуристички закључак задржава силогистичку форму. Ипак, баш на примеру примене норми-принципа најбоље се види се оно о чему Саша Бован говори: да јуристички закључак нема само логичку страну, већ и аксиолошку и каузалну. Више о томе у: С. Бован, „Природа јуристичког закључка“, *Анали Правног факултета*, LXI, 2/2013, 43-68.

²¹ Према А. Варак, *op. cit.* 38.

ограничавању људских права неопходни посебни методолошки алати – тестови балансирања.

Један такав тест изнедрила је пракса пруског управног судства у 19. веку, потакнута идејом правне државе (*Rechstaat*). Реч је о тесту пропорционалности. Ово данас најважније начело ограничења људских права најједноставније се може дефинисати као критеријум оправдања за ограничење неког људског права.²² Потекло из управног права, тест пропорционалности је своју ренесансу доживео у уставном праву, тј. поратној пракси Савезног уставног суда Немачке, који је тестом пропорционалности настојао да помири сукоб уставних одредби које су са једне стране гарантовале људска права, а са друге стране давала парламенту овлашћење да их ограничи.²³

Тест пропорционалности појављује се у два вида: као „регулаторно начело“²⁴ за доношење прописа, и као интерпретативно начело за поступање у појединачним случајевима (судова и других органа јавне власти који доносе појединачне правне акте)²⁵. Другим речима, начело пропорционалности служи за утврђивање уставности закона којим се ограничава неко људско право, као и за тумачење законске норме којом се ограничава људско право приликом њене примене на конкретан случај. Тест пропорционалности је, дакле, уставно начело, методолошки алат и средство тумачења.

У правној теорији се најчешће наводи да се тест пропорционалности састоји из три дела: 1) теста подесности, 2) теста неопходности, и 3) теста пропорционалности у ужем смислу (*stricto sensu*).²⁶ Тест подесности служи за процену да ли је ограничење људског права уопште адекватно средство за заштиту циља који се штити односном нормом која ограничава то право. Уколико се ограничењем права уопште не може заштити тај легитиман циљ, ограничење права је непропорционално већ у првој фази, па се осталим фазама теста ни не приступа. Ако је ограничење права, пак, подесана мера за постизање легитимног циља, у наредној фази теста (тест неопходности) проверава се да ли се на неки други начин може постићи остваривање легитимног циља, уместо ограничавањем људског права. Другим речима - да ли је неопходно ограничити право да би се постигао жељени циљ, или је легитимни циљ могуће заштитити мање рестриктивном мером. Уколико се утврди да је неопходно ограничити право зарад заштите легитимног интереса,

²² M. Borovski, “Absolute Rights and Proportionality”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 56, 2013, 388.

²³ Упореди L. Anđelković, *op. cit.* 236 и F. Jizeng, *op. cit.* 48.

²⁴ N. Odić, R. Galović, *op. cit.* 40.

²⁵ A. Barak, *op. cit.* 240.

²⁶ R. Alexy (2014), 52.

приступа се спровођењу теста пропорционалности у ужем смислу, који се своди на балансирање између потребе да се оствари легитиман циљ и потребе да се људско право оствари у што већем (пожељно – пуном) обиму. Прецизније, балансирањем се процењује да ли је корист од остваривања легитимног циља довољно велика да оправда штету која ће као резултат тога настати по људско право. Поједини аутори овим фазама теста додају и четврту: постојање легитимног циља за ограничење права. Ова фаза хронолошки претходи поменути трима. Наиме, да би се уопште разматрало да ли је ограничење права подесно, неопходно, те да ли корист од ограничења права толика да оправда штету, потребно је утврдити да ли је циљ ограничења права оправдан (легитиман).²⁷

Посебно значајна за популаризацију начела пропорционалности била је, и и даље јесте, пракса Европског суда за људска права. Тест пропорционалности који Европски суд примењује имплицитно је садржан у формулацијама Конвенције које кажу да се неко људско право може ограничити *уколико је то неопходно у демократском друштву ради заштите одређених легитимних интереса*. Суд овај тест увек примењује на чл. 8-11 Конвенције, као и на чл. 2 Протокола 4 Конвенције, док у погледу ограничења осталих људских права Суд у аргументацији чешће позива на „*fair balance*“ и „*essence of the right*“.²⁸

У Уставу Републике Србије тест пропорционалности налази се у његовом члану 20, према којем људска права могу законом бити ограничена само ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права, те да су при ограничавању људских и мањинских права, сви државни органи, а нарочито судови, дужни 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. Уставни суд Републике Србије при одлучивању редовно користи овај тест, али је ауторима остало непознато у којој мери се исти користи у пракси судова опште и посебне надлежности, као и управних органа. Такође, исти тест налази се и у чл. 6 Закона о општем управном

²⁷ Ово значи да овлашћење које је устав дао законодавцу да може ограничити неко људско право, само по себи, није довољно, јер конституционална демократија поред поштовања начела легалности, захтева да ограничење људских права буде и легитимно. Барак сматра да се ове „легитимне сврхе“ налазе у уставу, било експлицитно набројане у некој од одредаба, било имплицитно када се дедукују из принципа демократије и владавине права. Више о томе у: A. Varak, *op. cit.* 246

²⁸ L. Anđelković, *op. cit.* 236-237

поступку.²⁹ Према ставу 1 овог члана, орган може ограничити право странке само поступањем које је неопходно да се њиме оствари сврха прописа и само ако та сврха не може да се оствари другачијим поступањем којим би се мање ограничавала права или у мањој мери утицало на правни интерес странке.

4. УОПШТЕНО О ОГРАНИЧЕЊУ ПРАВА НА ПРИСТУП ИНФОРМАЦИЈАМА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА

С обзиром на релативни карактер права о на приступ информацијама од јавног значаја, у свим законодавствима предвиђени су изузетни случајеви када се ово право може ограничити. Ови изузеци тичу се угрожавања одређених општедруштвених (одбрана земље, међународни односи, важни економски интереси државе и сл.) и појединачних (људска права) интереса, које законодавац перципира као потенцијално претежније у односу на интерес јавности да зна.³⁰ У многим законодавствима су наведени интереси предвиђени као апсолутни изузеци од права на приступ информацијама од јавног значаја (Норвешка, Данска, Словачка, Молдавија, Исланд, Канада, Уједињено Краљевство итд)³¹, што значи да би поступајући орган одбио захтев за приступ информацијама од јавног значаја, довољно је да утврди да постоји угроженост неког од ових интереса. У другим законодавствима, пак, ти су изузеци релативни, у ком случају није довољно да орган утврди да би чињењем информације доступном јавности дошло до повреде неког од законом прописаних интереса, већ је неопходно да након тога спроведе тзв. тест јавног интереса, како би се ограничење права на приступ информацији од јавног значаја додатно оправдало узев у обзир и околности конкретног случаја, а не само апстрактну претпоставку законодавца да је неки интерес *увек* претежнији од права јавности да зна.³² У том смислу Република Србија представља светао

²⁹ Закон о општем управном поступку (Сл. Гласник РС, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење)

³⁰ У већини законодаваста интереси који се предвиђају као основ за потенцијално ограничење (до искључења) права на приступ информацијама одговарају онима из Препоруке Савета Европе, а то су: национална и јавна безбедност, тајност одређених правно уређених поступака, приватност и друга права личности, комерцијални и други економски интереси, равноправност страна у судском поступку, економска и монетарна политика државе итд. *Препорука Р (2002) 2 Комитета министара СЕ о увиду у службене документе*

³¹ Д. Миленковић, *Приступ информацијама, заштита података о личности и тајност информација: актуелна питања законодавства у Србији*, Комитет правника за људска права – Досије студио, Београд 2009, 20.

³² Слично о томе види М. Давинић, „Сукоб између права јавности да зна и права на приватност“ *Правни живот*, 10/2016, 167-168.

пример који све изузетке третира као релативне, односно подложне тесту јавног интереса.

Тест јавног интереса је, дакле, својеврсни методолошки алат који служи за балансирање права на приступ информацијама од јавног значаја и супротстављених му појединачних и општих интереса који су законом предвиђени као *потенцијално* важнији од права на приступ информацијама. У ЗСПИЈЗ (чл. 8) тест јавног интереса дефинисан је на следећи начин: „Права из овог закона могу се изузетно подврћи ограничењима прописаним овим законом ако је то неопходно у демократском друштву ради заштите од озбиљне повреде претежнијег интереса заснованог на уставу или закону“ (став 1), а затим: „ниједна одредба овог закона не сме се тумачити на начин који би довео до укидања неког права које овај закон признаје или до његовог ограничења у већој мери од оне која је прописана у ставу 1. овог члана“ (став 2). Повереник у приручницима за примену ЗСПИЈЗ наведени тест образлаже на следећи начин: „испитивање (тест) да ли орган јавне власти у складу са законом ускраћује тражени приступ, има, зато, три дела: 1) да ли се тражени приступ ускраћује ради заштите неког од Законом набројаних интереса (чл. 9 и 14), и, ако се утврди да је тако, 2) да ли би омогућавањем траженог приступа тај интерес био озбиљно повређен у конкретном случају, 3) и да ли је по мерилима демократског друштва неопходно ускратити приступ информацији”³³, те последњу синтагму даље прецизира: „У демократском друштву није неопходно ускратити тражени приступ: ако се тиме и онако не могу заштити интереси набројани у Закону, или ако се заштита набројаних интереса може подједнако остварити на други начин, или ако се тиме ускраћује приступ информацији у већој мери него што је довољно за заштиту побројаних интереса”³⁴.

Док се интереси који су основ за потенцијално ограничење (до искључења) права на приступ информацијама у законима најчешће прописују таксативно, дотле се ситуације у којима постоји интерес јавности да зна информације из поседа органа јавне власти, најчешће не прописују на тај начин,³⁵ већ се претпоставља да интерес јавности постоји у погледу свих информација у поседу органа власти.

³³ *Водич кроз закон о слободном приступу информацијама*, Повереник за информација од јавног значаја и заштиту података о личности, https://www.poverenik.rs/images/stories/Dokumentacija/16_cdok.pdf, приступљено: 28. март 2022.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Другачије, мада и даље само примерично решење садржи закон у БиХ. Види чл. 9 ст.2 Закона о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини (*“Службени гласник БиХ”*, бр. 28/00, 45/06, 102/09, 62/11 и 100/13)

Поред теста јавног интереса, у правној теорији и пракси као тестови балансирања који се спроводе при ограничењу права на приступ информацијама помињу се и „троделни тест“ и „тест штете“. Прегледом стручне литературе и водича за примену прописа из области слободе приступа информацијама различитих држава и међународних организација³⁶ примећује се да је тест јавног интереса најчешће коришћен термин. Повереник у образложењима својих одлука за наведени тест балансирања доследно користи термин тест јавног интереса³⁷, али у приручницима за примену ЗСПИЈЗ објављеним на својој званичној веб-презентацији помиње и термине „троделни тест“³⁸ и „тест пропорционалности“³⁹, очигледно као синониме за тест јавног интереса⁴⁰. Осим наведеног, у литератури се среће и појам теста штете⁴¹, који се дефинише као методолошко средство за процену да ли би се чињењем доступним информације од јавног значаја нанела штета одређеног интензитета неком од интереса заштићених законом⁴². Ова термилошка шареноликост буни чак и оне који се уско баве облашћу слободе приступа информацијама од јавног значаја. Наиме, ниједан од наведених појмова, осим теста пропорционалности који је сада већ традиционално уставно начело, у литератури, или уопште није дефинисан, или уколико јесте, дефинисан је тако да није јасно у чему се састоји његова специфична разлика у односу на остале тестове балансирања. Ипак, није реткост да у науци, па и правној, различити аутори утврде постојање исте појаве и назову је различитим именом. Неки ће рећи да су у том смислу термилошке расправе излишне. Или, као што Р. Лукић каже: „Име је ствар погодбе. Важно је знати шта стоји у стварности као

³⁶ Види нпр. Access NFO, *Legal Analysis: Access to Decision-Making Information in Europe*, <https://www.access-info.org/open-decision-making/legal-analysis/>, 30. март 2022. као и Information Commissioner Office, *The public interest test- Freedom of Information Act*, https://ico.org.uk/media/fororganisations/documents/1183/the_public_interest_test.pdf 30. март 2022.

³⁷ Види извод из праксе повереника *Ставови и мишљења Повереника*, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, <https://www.poverenik.rs/sr/publikacije/%D0%BF%D1%80%D0%B8%D1%80%D1%83%D1%87%D0%BD%D0%B8%D1%86%D0%B8.html> 30. март 2022.

³⁸ С. Биен, *op. cit.* 40.

³⁹ Види нпр. Д.Миленковић, *Приручник за примену Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја*, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, Београд, 2010, 44.

⁴⁰ Д.Миленковић у свом Приручнику наводи да су „најзначајније одредбе оне које се односе на ограничење права на слободан приступ информацијама, јер се иза њих крије тест пропорционалности, односно троделни тест“ *Ibid.*

⁴¹ С. Биен, *op. cit.* 36.

⁴² N. Pirc Musar, *op. cit.* 1697-1698.

чињеница која се означава односим именом⁴³. Иако се нећемо сагласити са тим да термилошке расправе саме по себи немају извештај значај, јер циљ је сваке науке, па и правне, да развије јасан појмовно-термилошки апарат, ипак је ова термилошка збрка била само повод да се упустимо у анализу природе института који стоји иза члана 8 ЗСПИЈЗ. А како ћемо исти на крају назвати, секундарно је важно, мада је пожељно да се користимо већ постојећим термином за наведену појаву, уколико он постоји.

Из поменутог језичког и појмовног шаренила проистекао је и закључак по коме српски ЗСПИЈЗ уопште не садржи тест јавног интереса у чл. 8, у горем, односно садржи само његову *квази* варијанту, у бољем случају.⁴⁴ У овом раду, пак, настојаћемо да тест пропорционалности повратимо у воде управног права, управо кроз оповргавање овог става, односно доказивање да тест јавног интереса постоји у чл. 8 ЗСПИЈЗ. Више од тога, указаћемо да је институт из чл. 8 ЗСПИЈЗ ништа друго до класично уставноправно начело (тест) пропорционалности, чија је једна од фаза управо тест јавног интереса. Показаћемо и да је тзв. тест штете (*harm test*) део теста пропорционалности. Другим речима, постулираћемо да је тест балансирања из члана 8 ЗСПИЈЗ истоветан тесту пропорционалности из чл. 20 Устава, ни по чему специфичан, те у том смислу логички вишак (дупла норма), али номотехнички и практички оправдан.

5. ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИСТУП ИНФОРМАЦИЈАМА ОД ЈАВНОГ ЗНАЧАЈА У ЗСПИЈЗ

Да институт из члана 8 ЗСПИЈЗ јесте тест пропорционалности, говори једноставна чињеница да су у овој одредби садржани сви они делови (фазе) за које се најчешће сматра да чине тест пропорционалности. Тако се делу одредбе чл. 8 ЗСПИЈЗ, која каже да се права из овог закона могу изузетно подврћи ограничењима ради заштите од повреде „претежнијег *интереса заснованог на уставу или закону*“ открива прва фаза теста, и то она у којој се трага за легитимним циљем за ограничење права. Овде су то, како то законодавац каже: интереси засновани на уставу и закону. Који су то интереси, и чиме су прописани, видећемо касније. Тест неопходности крије се иза речи *неопходно* из формулације: „уколико је то *неопходно* у демократском друштву“. Тест

⁴³ Р. Лукић, *Теорија државе и права* II том, БИГЗ, Београд 1995, 13.

⁴⁴ Н. Пирц-Мусар, „Тест интереса јавности са становишта Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја“, у: *Анализа Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја са истраживањем о примени Закона у пракси* (ур. Д. Милутиновић) Америчко удружење правника, Иницијатива за владавину права, Београд, 2007, 80, 91.

адекватности не види се из језичке формулације одредбе, али логички следи из ње: наиме, не може неко средство бити неопходно за заштиту одређеног циља, а да претходно није утврђено да је подесно за то. *Тест пропорционалности у ужем смислу (stricto sensu)* налазимо у речи *претежнији* из формулације: „ради заштити од озбиљне повреде *претежнијег* интереса“. Ово из разлога што се претежнији интерес откива управо балансирањем штете настале ограничењем права на приступ информацијама, и користи од заштите супротстављеног интереса. Одредба чл. 8. ЗСПИЈЗ садржи и синтагме које логички нису неопходне. Тако у делу који гласи: „ако је то неопходно у демократском друштву“, синтагмом у *демократском друштву* законодавац је изгледа намеравао додатно да ограничи оног ко примењује тест, обавезујући га да приликом процене да ли је ограничење права на приступ неопходно зарад заштите легитимног интереса, узме у обзир вредности демократског (тачније: либерално-демократског) друштва, јер је то идеолошки оквир овог закона. Синтагма је вишак, не само јер стилски не одговара језику закона (за разлику од устава који због свог политичко-програмског карактера боље трпи овакве идеолошке фразе, закон се по правилу користи језиком који је више „технички“), већ најпре из разлога што је тумач и иначе у обавези да сваку норму тумачи циљно, што подразумева да правилно захвати и њену аксиолошку компоненту. Даље, реч *озбиљна* из формулације „*озбиљна* повреда претежнијег интереса“ (тзв. тест штете), вишак је из разлога што се процена озбиљности штете која би „отварањем“ информације наступила по супротстављени интерес, подразумева у финалној фази теста пропорционалности (тест пропорционалности у ужем смислу), када се мери да ли је корист од остваривања заштићеног интереса већа од штете која би настала по право јавности да зна. Ово значи да је тзв. тест штете, онако како се дефинише у литератури, заправо саставни део теста пропорционалности у ужем смислу.

Но, где се у структури теста балансирања из чл. 8. ЗСПИЈЗ, крије тест јавног интереса, уколико смо рекли да није реч о засебном тесту, већ о фази теста пропорционалности? Тест јавног интереса, наиме, саставни је део теста *пропорционалности у ужем смислу* и проистекао је из њега⁴⁵, па се налази у оном делу одредбе чл. 8. ЗСПИЈЗ у којем је изражена та фаза теста. Наиме, како у овој фази теста пропорционалности балансирамо између интереса заштите људског права које ограничавамо (овде: права јавности да зна) и другог легитимног интереса (овде: оних из чл. 9. и 14. ЗСПИЈЗ), како бисмо утврдили који је у конкретном случају претежнији, то значи да неминовно спроводимо тестирање колики је интерес јавности. Дакле, управо то тестирање јачине

⁴⁵ N. Odić, R. Galović, *op. cit.* 40.

интереса јавности да зна називамо *тестом јавног интереса*. Интерес јавности ће по правилу бити велики уколико је значај питања велики (заштита животне средине, јавног здравља, јавне безбедности, располагање јавним финансијама и сл.), уколико се информација тиче великог броја људи, ако већ постоји дебата о том питању у јавности, уколико је велики ниво „контровезности“ информације, ако је количина јавног новца велика (када се информација тиче располагања истим), уколико је питање актуелно, уколико ће домет одашиљања информације након њеног сазнања бити велики (случај када је тражилац информације медиј) итд.⁴⁶. Међутим, колика год била тежина јавног интереса, одлука о „отварању“ информације може се донети тек након стављања истог у однос са супротстављеним му интересом, те процене који од њих је претежнији.

Неки аутори, пак, сматрају да српски закон не садржи тест јавног интереса јер „у ЗСПИЈЗ не постоји интерес јавности међу добрима, односно аргументима у корист отварања информација“⁴⁷. Није нам јасна тврдња да у ЗСПИЈЗ не постоји интерес јавности као заштићено добро, када је читав смисао постојања овог закона да заштити интерес јавности да зна. Уколико се, пак, мислило на то да српски законодавац није прецизирао ситуације у којим постоји интерес јавности да зна, што јесте тачно, сматрамо да је то добро. Наиме, обрнут, казуистички приступ, потенцијално је опасан из разлога што је немогуће да законодавац унапред предвиди све ситуације у којима постоји оправдан интерес јавности да зна. Зато чак и у законима који таксативно наводе такве ситуације (попут законског решења у БиХ), таква енумерација је примерична.

Дакле, у ЗСПИЈЗ тест јавног интереса недвосмислено проистиче из чл. 8, и то оног његовог дела који говори о потреби проналажења *претежнијег* интереса, а то је фаза *stricto sensu* теста пропорционалности, јер управо да би пронашли који је интерес претежнији морамо тестирати релативну тежину интереса јавности да зна. У овој тачки се види још нешто: иако је законодавац забранио поступајућем ограну да утврђује постојање интереса јавности, прописујући чланом 4. претпоставку (сматрамо - необориву⁴⁸) у корист

⁴⁶ Office of the Ombudsman, Public interest A guide to the public interest test in section 9(1) of the OIA and section 7(1) of the LGOIMA, New Zealand Ombudsman, 2019, 18. https://www.ombudsman.parliament.nz/sites/default/files/2020-07/Public_interest_August_2019.pdf 30. март 2022.

⁴⁷ Н. Пирц-Мусар (2007), 84-85.

⁴⁸ Иако законодавац у чл. 4 ЗСПИЈЗ каже да оправдан интерес јавности постоји увек када се ради о информацијама којима располаже орган власти које се односе на угрожавање, односно заштиту здравља становништва и животне средине, а ако се ради о другим информацијама, сматра се да исти постоји, осим ако орган власти докаже супротно - системски и логички тумачећи ову одредбу, долази се до тога да је она

постојања интереса јавности, то не значи да поступајући орган уопште неће смети да процењује тежину јавног интереса. Напротив, он ће то морати да учини у финалној фази теста (фаза *stricto sensu* теста пропорционалности), јер другачије неће моћи да одреди претежнији интерес. Сматрамо да је интенција законодавца овде била да онемогући поступајући орган да злоупотребљава велики дискрециони маневарски простор који би имао уколико би му било допуштено да у старту доказује постојање интереса јавности да зна. Законодавац је, дакле, установивши необориву претпоставку да јавни интерес увек постоји када су у питању информације у поседу органа власти, оставио потупајућем органу једино да утврђује његову релативну јачину у сваком конкретном случају. „Отварање“ тражене информације јавности зависиће, не од постојања интереса јавности (јер он увек постоји), већ од његове јачине у односу на јачину супротстављеног му интереса.

И док је интенција законодавца, сматрамо, на правом трагу, дотле је њен номотехнички израз лош. Наиме, није јасно у каквом односу стоји чл. 8 са члановима 9 и 14 ЗСПИЈЗ, којима су прописани интереси због чијег угрожавања поступајући орган може ускратити приступ информацији од јавног значаја (живот, здравље, вођења поступка, одбрана земље, међународни односи, приватност лица, углед лица итд.). Прецизније, није јасно да ли се тест пропорционалности из члана 8 ЗСПИЈЗ има применити само на изузетке из та два члана, или можда, поред ових, и на неке предвиђене неким другим прописом. Ово из разлога што је законодавац члан 8 ЗСПИЈЗ формулисао као бланкетну норму, када је на крају формулације која каже да се права из тог закона „могу ограничити ради заштите од озбиљне повреде претежнијег интереса“, додао: „*заснованог на уставу или закону*“. Овако формулисана, ова одредба има облик генералне рестриктивне клаузуле какве се обично налазе у уставу, а која препушта прописивање ограничења права закону или другој уставној одредби. Ипак, ова норма се некако нашла у законском тексту. Уколико бисмо се зауставили на језичком тумачењу ове одредбе, то би довело до закључка да је интересе због којих се право на приступ информацијама од јавног значаја може ограничити могуће пронаћи и у неком другом закону⁴⁹, односно да листа интереса из чл. 9 и 14 није исцрпна. Ипак, сматрамо да је

противречна норми из чл. 8. ЗСПИЈЗ, која прописује да ће орган моћи да ускрати приступ информацији ако докаже да је то неопходно зарад заштите неког од интереса из чл. 9 и 14 ЗСПИЈЗ. Доказивање да би се отварањем информације повредио неки легитимни интерес не представља обарање претпоставке о постојању интереса јавности да зна. Наиме, интерес јавности да зна може опстојати заједно са неким другим, њему супротстављеним интересом. Противречност, сматрамо, треба решити у корист члана 8 ЗСПИЈЗ, који је ближи духу закона.

⁴⁹ Повратно упућивање на Устав не би имало смисла, јер Устав не прописује ограничења овог права, већ, као што смо рекли, то препушта закону.

интенција законодавца била да се сва ограничења права на приступ информацијама од јавног значаја нађу у закону који на генерални начин регулише материју. Дакле, у ЗСПИЈЗ. Објаснићемо зашто.

Наиме, чл. 20 ст. 1 Устава прописује да се људска права могу законом ограничити ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта. Међутим, чланом 51 ст. 2 Устава, којим је прокламовано право на приступ информацијама од јавног значаја, те сврхе нису прописане, већ је то делегирано закону. Таква законска норма, која прописује сврхе ради којих се може ограничити право на приступ информацијама, с обзором на то да регулише оно што је *materia constitutionis* (ограничење људског права), у материјалном смислу је уставна норма. Управо свесни овог пропуста уставотворца, да сам пропише сврхе ограничења права, те чињенице да се једна, у материјалном смислу, уставна норма, нашла у формалном закону, морамо инсистирати на томе да нормирање тих сврха не прелази границе *lex generalis*-а, јер је реч о ограничењу права уставне категорије. Због свега наведеног сматрамо да синтагму „заснованог на уставу или закону“ треба брисати из чл. 8 ст. 1 ЗСПИЈЗ, те норму „затворити“, везујући је за члан 9 и члан 14 тог закона.

Посебну забуну ствара чл. 14 ЗСПИЈЗ, који прописује да орган власти може тражиоцу ограничити остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја ако би тиме повредио право на приватност, право на заштиту података о личности, право на углед или које друго право лица на које се тражена информација лично односи, осим у три случаја: 1) ако је лице на то пристало; 2) ако се ради о личности, појави или догађају од интереса за јавност, а нарочито ако се ради о јавном функционеру у смислу закона којим се уређује спречавање сукоба интереса при обављању јавних функција и ако је информација везана за вршење његове јавне функције; 3) ако се ради о лицу које је својим понашањем дало повода за тражење информације.

Најпре сама чињеница да законодавац наведене интересе издваја у засебан члан у односу на друге легитимне интересе (који се сви налазе у чл. 9 ЗСПИЈЗ), отвара питање да ли је постојала намера да се овим интересима да посебан статус, односно да се поступајући орган ослободи обавезе примене теста пропорционалности када би „отварање“ информације угрозило ове интересе. Не видимо разлог зашто би ови интереси априорно били постављени као битнији од, рецимо, интереса јавне безбедности или вођења судског поступка, те сматрамо да се тест пропорционалности има применити и у случају угрожавања интереса из чл. 14 ЗСПИЈЗ.

Међутим, уколико се тест пропорционалности има применити и приликом угрожавања приватности, заштите података о личности, угледа лица, односно другог права лица на које се тражена информација лично

односи, поставља се питање да ли су онда изузеци из тачака 1, 2 и 3 овог члана, *numerus clausus*, или је реч о некаквој отвореној (могуће примеричној) енумерацији? Језичка формулација иде у прилог затвореној енумерацији. Ово, међутим, не одговара приступу за који се законодавац стартно определио. Наиме, све до спорног члана 14 ЗСПИЈЗ, чини се да је интенција законодавца да не примењује казуистички приступ и не „прејудицира“ ситуације у којима је претежнији интерес јавности да зна, већ да препусти оном ко примењује закон да, користећи тест пропорционалности, одмери који од два супротстављена интереса претеже. Међутим, у члану 14 законодавац чини управо супротно: не само да казуистички прописује ситуације у којима постоји оправдан интерес јавности да зна, већ судећи по језичкој формулацији, чини и више од тога – он предвиђа у којим ситуацијама ће он бити претежнији. Иако наведена три изузетка, чини се, покривају вероватно већину ситуација које се могу наћи пред поступајућим органом, заиста је немогуће унапред рећи да ли постоји још нека ситуација која није обухваћена овим трима тачкама, а у којој ће интерес јавности да зна бити претежнији у односу на заштиту података о личности, углед или неко друго право лица на које се информација односи. Такође, хипотетички није немогуће замислити ни ситуацију у којој не постоји јак интерес јавности да зна информације, а постоји велика повреда приватности или угледа лица које врши јавну власт (рецимо државног службеника), премда ово вероватно неће бити чест случај.

Због наведеног, сматрамо да је потребно је уклонити ова 3 изузетка из чл. 14 ЗСПИЈЗ и препустити, као у случају члана 9, поступајућем органу да сам процењује, с обзиром на околности конкретног случаја, тежину интереса јавности наспрам интереса заштите приватности, односно података о личности, угледа итд. Ово нарочито због правила да се изузеци имају тумачити уско. Примењујући доследно ово важно логичко правило тумачења на спорни чл. 14 дошло би се у ситуацију да односну норму тумачимо следећи начин: *ако и само ако* постоји пристанак лица или се ради се о личности, појави или догађају од интереса за јавност, односно о лицу које је својим понашањем дало повода за тражење информације - има се информација учинити доступном јавности (и нити у једном другом случају). То другим речима значи да, ако се зауставимо на логичком тумачењу ове одредбе (што је најчешћи случај у пракси), примена теста пропорционалности је искључена када су у питању интереси из чл. 14 ЗСПИЈЗ.

6. НАЛАЗИ ЕМПИРИЈСКОГ ИСТРАЖИВАЊА

Анализа примене теста из члана 8 ЗСПИЈЗ од стране првостепених органа рађена је кроз анализу њихових одлука донетих по захтевима за приступ

информацијама, против којих је изјављена жалба Поверенику у 2020. години.⁵⁰ Популацију је чинило 737 негативних првостепених одлука, до којих смо дошли увидом у списе предмета које је Служба Повереника формирала по жалбама тражилаца информација.

У прелиминарној фази одређен је узорак од 97 негативних одлука (решења о одбијању и закључака о одбацивању). Узорак⁵¹ је одређен методом компјутерски генерисаних случајних бројева, примењеном на листу са деловодним бројевима предмета формираних по жалбама. Из узорка је затим искључено 11 закључака о одбацивању захтева, 1 одлука погрешно донета у форми решења, 1 решење којим је орган одбио приступ информацији због неплаћања нужних трошкова издавања копије документа који садржи информацију и 2 одлуке у којима није ни било места примени теста пропорционалности.

Анализом 82 решења о одбијању захтева за приступ информацијама од јавног значаја, утврђено је да су у 27 првостепени органи грубо прекршили претпоставку постојања оправданог интереса јавности да зна, очигледно погрешним тумачењем иначе лоше формулисане одредбе члана 4 ЗСПИЈЗ, те одбили захтеве са образложењем да интерес јавности да зна не постоји. У наведеним случајевима, због стартне грешке, примењујући тзв. обрнути тест јавног интереса, у коју је замку лако упасти уколико се не примени системско тумачење члана 4, првостепени органи нису ни дошли (нити могли доћи) у ситуацију да примене тест пропорционалности.

Од преосталих 55 решења којима су одбијени захтеви тражилаца из разлога повреде неког од интереса из чланова 9-14 ЗСПИЈЗ⁵²: у 44 органи власти не само да нису применили тест пропорционалности из чл. 8, него наведени члан нису нити поменули, било кроз цитирање, било кроз парафрзирање; у 8 одлука члан 8 је цитиран али није примењен, или је примењен, али погрешно (најчешће само прве две фазе теста

⁵⁰ Анализа је, дакле, рађена на одлукама донетим пре последњих измена и допуна закона, али су њени резултати једнако релевантни и данас, с обзиром на то да новелама из 2021. године ЗСПИЈЗ није мењан у делу који је предмет наше анализе (члан 8 Закона).

⁵¹ Напомена: удео одређене категорије (нпр: највиши републички органи, правосудни органи, јавна предузећа, здравствене установе, органи јединица локалне самоуправе итд.) у популацији свих органа власти, није узет у обзир приликом узорковања, што смањује репрезентативност узорка.

⁵² У претходној верзији ЗСПИЈЗ, чланом 13 била је прописана злоупотреба права на приступ, на коју се, по ставу Повереника, такође примењивао тест пропорционалности. О томе види: *Слободан приступ информацијама: Ставови и мишљења Повереника – Публикација бр.10*, Поверник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности- Службени гласник, Београд 2021, 241-245.

пропорционалности); и напоследку, у свега 3 одлуке правилно је спроведен тест пропорционалности.

Дакле, у 96,3% анализираних случајева првостепени органи нису применили тест пропорционалности. Од тога у чак 89,9% долази до потпуног игнорисања одредбе чл. 8, тако да се она нити не помиње, док су је у 10,1% случајева поступајући органи изгледа свесни, али је не примењују како треба.

Напомињемо да ово истраживање није имало за циљ да оцени законитост одлуке (јер побијано решење може бити законито иако се темељи на погрешној аргументацији⁵³), већ искључиво да измери учесталост примене теста пропорционалности приликом ограничења права на приступ информацијама.

Добијени резултати, који говоре о готово потпуном игнорисању члана 8 ЗСПИЈЗ од стране првостепених органа, не могу нам, међутим, ништа рећи о узроку такве лоше праксе. Ипак, у комбинацији са нормативном анализом која је показала мањкавости законске формулације теста пропорционалности, наведено може указати на корелацију између те две појаве (непримене одредбе и њене нејасне формулације), те послужити за формулисање нове хипотезе, чија би се истинитост проверавала у неком будућем, комплекснијем истраживању, применом одговарајућих метода емпиријског истраживања, као што су анкета или интервју.

7. ЗАКЉУЧАК

Значај јасноће законског текста увек је неспоран – то је један од основних предуслова за остваривање начела законитости. Јасан законски израз посебно је важан када се њиме формулишу институти какав је тест пропорционалности. Поред тога што је релативно нов у правној науци и пракси, у питању је институт таквих карактеристика да доживљава природан отпор у правним порецима у којима влада правни формализам и у којима се изрицају правде и даље приступа готово искључиво са становишта механичке јуриспруденције. Наиме, примена једног овако комплексног правног начела, у први план избацује одавно очигледну чињеницу да судија не може бити само логички аутомат чија се улога своди на правилно извођење правног силогизма, већ је његова најважнија, а уједно и најтежа улога, утврђивање истинитости премиса које чине тај силогизам. На примеру деликатног процеса вагања супротстављених интереса приликом примене теста пропорционалности, најбоље се види комплексност јуристичког закључивања, које од оног ко примењује норму тражи не само да правилно утврди вредности на којима се

⁵³ Види чл. 170 ст. 1 т. 3. Закона о општем управном поступку (*Сл. Гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење)

темељи горња премиса правног силогизма, већ и да буде, како то Х. Канторович каже, „специјалиста чињеничног стања“,⁵⁴ онда када одмерава чињенице случаја и доводи их у однос формирањем једног микрокаузалног контекста.⁵⁵

Све док је примена једног овакво комплексног начела непознаница судијама, који би због природе свог посла требало да располажу највећим знањима међу правницима-практичарима, илузорно је очекивати да ће стање бити другачије међу овлашћеним лицима за поступање по захтевима за приступ информацијама од јавног значаја. За почетак, овлашћена лица за поступање по захтевима за приступ информацијама од јавног значаја чине једну хетерогену скупину која обухвата: од државних службеника највиших органа државне управе, преко запослених у јавним предузећима, до секретара основних школа и запослених у месним заједницама. Штавише, многа од ових лица уопште нису, нити морају да буду правници по струци. Осим тога, ни природа поступка у којем поступају, који као и сваки други управни поступак захтева брзину и ефикасност, и који је последично омеђен (кратким) законским роковима, не оставља им много времена за бављење комплексним тумачењима недовољно јасних одредаба закона.⁵⁶ Кад на ово додамо и то да је за највећи број овлашћених лица, поступање по захтевима за приступ информацијама од јавног значаја само један од послова (често не примарни) које обављају у органу, као и да највећи број органа власти, без обзира на величину и оптерећеност пословима из свог најужег делокруга, упошљава само по једно лице на овим пословима,⁵⁷ бива очигледно да међу факторима који утичу на неефикасност остваривања права на приступ информацијама од јавног значаја у Републици Србији, јесте и недовољно јасан законски текст, који само додатно

⁵⁴ Наведено према С. Бован, „Фундаменталне тековине европског права људских права“, у: *Људска права – између идеала и стварности* (ур. М.Крвавац), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2016., 270.

⁵⁵ Више о томе види С. Бован (2013), 65-66.

⁵⁶ На овом месту чини нам се интересантним указати на решење присутно у хрватском праву, по коме је спровођење теста јавног интереса један од поименице означених разлога за продужетак рокова за остваривање права на приступ информацији од јавног значаја, и то за 15 дана од дана када је првостепени орган требао одлучити о захтеву за приступ информацији. (Види чл. 22 ст.1 т.4. Закона о праву на приступ информацијама, *Народне новине* бр. 25/13, 85/15) Сматрамо да слично прецизирање овог без сумње оправданог разлога за продужење рока за поступање првостепеног органа по захтеву у чл. 16 ст.4 ЗСПИЈЗ не би имало значајнијег ефекта, те да би представљало *de lege ferenda* одговор на последицу, а не на један од узрока проблема, који је, као што је у раду приказано, недовољно јасан и прецизан законски текст.

⁵⁷ М. Милошевић, „Капацитети и аутономија рада институција“, у: *Слободан приступ информацијама од јавног значаја: теорија и пракса*“ (ур. М.Милошевић, П.Петровић) Београдски центар за безбедносну политику, Београд 2013, 40-42.

подрива већ недовољне капацитете овлашћених лица за бављење комплексним правним питањима.

Свесни да су институционални разлози и ниска правна свест вероватно доминантни узроци неефикасној примени ЗСПИЈЗ, сматрамо да, иако недовољно, најмање (и примарно) што се може учинити за унапређивање остваривања овог људског права јесте инсистирање на побољшању законског текста у његовом најкомплекснијем и истовремено најважнијем делу.

ЛИТЕРАТУРА:

Alexy R., “Constitutional Rights and Proportionality”, *Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Vol. 24, 2014, 51-65.

Alexy R., “Proportionality, constitutional law, and sub-constitutional law: A reply to Aharon Barak”, *International Journal of Constitutional Law* Vol. 16 3/2018, 871-879.

Andelković L., „The Elements of Proportionality as a Principle of Human Rights Limitations“, *Facta Universitatis* Vol. 15, 3/2017, 235-244.

Barak A., *Proportionality - Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012.

Биен С., „Значај приступа информацијама од јавног значаја у правном поретку“, у: *Анализа Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја са истраживањем о примени Закона у пракси* (ур. Д. Милутиновић) Америчко удружење правника, Иницијатива за владавину права, Београд, 2007, 27-45.

Бован С., „Природа јуристичког закључка“, *Анали Правног факултета*, LXI, 2/2013, 43-68.

Бован С., „Фундаменталне тековине европског права људских права“, у: *Људска права – између идеала и стварности* (ур. М.Крвавац), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2016, 263-281.

Borovski M., “Absolute Rights and Proportionality”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 56, 2013, 385-423.

Гајин С., „Одмеравање супротстављених интереса у примени Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја“, *Српска политичка мисао* Вол. 62, 4/2018, 231-248.

Давинић М., „Сукоб између права јавности да зна и права на приватност“ *Правни живот*, 10/2016, 165-180.

Jizeng F., „Rethinking the Method and Function of Proportionality Test in the European Court of Human Rights“, *Journal of Human Rights*, Vol. 15, 1/2016, 47-86.

Кнежевић-Бојовић А., „Слободан приступ информацијама од јавног значаја“, у: *Правни механизми спречавања корупције у земљама југоисточне Европе са посебним освртом на систем одбране* (ур. А.Рабреновић), Институт за упоредно право, Београд, 2013, 123-142.

Лиљић С., „Доступност јавних информација“, *Слободан приступ информацијама*, Комитет правника за људска права, Београд, 2003., 15-33.

Лукић Р., *Теорија државе и права* II том, БИГЗ, Београд, 1995.

Matijević M., „Some Critical Reflections on the Broad human Rights Constitutionalisation“, *Constitutio Lex Superior* (eds. O. Nikolić, V. Čolović) Institute of Comparative Law, Belgrade, 2021, 155-172.

Миленковић Д., „Управно процесна и други слични облици заштите права на приступ информацијама у компаративном праву“, *Страни правни живот*, Год. 59, 3/2015, 115-131.

Миленковић Д., „Право на слободан простип информацијама као фундаментално људско право“, *Слободан приступ информацијама*, Комитет правника за људска права, Београд, 2003, 44-48.

Миленковић Д., *Приступ информацијама, заштита података о личности и тајност информација: актуелна питања законодавства у Србији*, Комитет правника за људска права – Досије студио, Београд 2009.

Миленковић Д., *Приручник за примену Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја*, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, Београд, 2010.

Milovanović D., Davinić M., Cucić V., „Free Access to information in Serbia“ in: *The Laws of Transparency in Action: European perspective* (Eds. D. Dragoš, P. Kovač, A. Marseille) IIAS, Palgrave Macmillan, 2019, 501-541.

Милошевић М., „Капацитети и аутономија рада институција“, у: *Слободан приступ информацијама од јавног значаја: теорија и пракса*“ (ур. М. Милошевић, П. Петровић) Београдски центар за безбедносну политику, Београд 2013, 38-50.

Odić N., Galović R., *Test razmjernosti i javnog interesa kao instrument uspostavljanja ravnoteže između prava na pristup informacijama (načela transparentnosti) i njegovih ograničenja u Republici Hrvatskoj*, Pravni fakultet, Zagreb, 2015.

Pirc Musar N., „Weighing tests with emphasis on public interest test in accessing information of public character“, *Slovenian Law Review* Vol. 31, 6-7/2005, 1694-1704.

Пирц-Мусар Н., „Тест интереса јавности са становишта Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја“, у: *Анализа Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја са истраживањем о примени Закона у пракси* (ур. Д. Милутиновић) Америчко удружење правника, Иницијатива за владавину права, Београд, 2007, 78-92.

Тодоровић Б., „Вагање између заштите јавног интереса и права на заштиту података о личности - примена европских стандарда у праву Републике Србије“ *Идентитетски преображај Србије*, Правни факултет, Београд, 2018, 89-118.

Томић З., „Јавни поредак- појам и структура“, *Анали Правног факултета*, LXVII 2/2019, 34-48.

Томић З., „Уставна релативизација основних људских права“, *Преиспитивање класичних уставноправних схватања у условима савремене државе и политике* (ур. М.Ђорђевић), Институт за упоредно право, Београд, 2021, 307-318.

Правни прописи:

Устав Републике Србије (*Сл. Гласник РС*, бр. 98/2006, 115/2021)

Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, (*Сл. Гласник РС*, бр. 120/2004, 54/2007, 104/2009, 36/2010 и 105/2021)

Закон о општем управном поступку (*Сл. Гласник РС*, бр. 18/2016 и 95/2018 – аутентично тумачење)

Закон о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини (*"Службени гласник БиХ"*, бр. 28/00, 45/06, 102/09, 62/11 и 100/13)

Закон о праву на приступ информацијама, *Народне новине* бр. 25/13, 85/15)

Препорука Р (2002) 2 Комитета министара СЕ о увиду у службене документе

Остали извори:

Global Right to Information Map, <https://www.rti-rating.org/country-data/Serbia/>, 20. фебруар 2022.

Водич кроз закон о слободном приступу информацијама, Повереник за информација од јавног значаја и заштиту података о личности, https://www.poverenik.rs/images/stories/Dokumentacija/16_cdok.pdf, приступљено: 28. март 2022.

Access NFO, *Legal Analysis: Access to Decision-Making Information in Europe*, <https://www.access-info.org/open-decision-making/legal-analysis/>, 30. март 2022.

Information Commissioner Office, *The public interest test- Freedom of Information Act*, https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1183/the_public_interest_test.pdf 30. март 2022

Ставови и мишљења Повереника, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, <https://www.poverenik.rs/sr/publikacije/%D0%BF%D1%80%D0%B8%D1%80%D1%83%D1%87%D0%BD%D0%B8%D1%86%D0%B8.html> 30. март 2022.

Office of the Ombudsman, *Public interest A guide to the public interest test in section 9(1) of the OIA and section 7(1) of the LGOIMA*, New Zealand Ombudsman, 2019, 18.

https://www.ombudsman.parliament.nz/sites/default/files/2020-07/Public_interest_August_2019.pdf 30. март 2022.

Слободан приступ информацијама: Ставови и мишљења Повереника – Публикација бр.10, Поверник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности- Службени гласник, Београд 2021

Anja BEZBRADICA

Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade

Vasilije MARKOVIĆ

Research Assistant, Institute of Comparative Law, Belgrade

WEIGHING TEST(S) AND LIMITATION OF THE RIGHT TO ACCESS INFORMATION OF PUBLIC IMPORTANCE IN SERBIAN LAW

Summary

The authors analyze the theoretical and normative framework of the public interest test, as the very core of legal regulation of the right to free access to information of public importance. The analysis is aimed at finding the causes and proposing solutions to a significant problem identified in practice - non-implementation, even ignoring the public interest test by first instance bodies in procedures for exercising the right to access information of public importance. The authors came to the confirmation of this practice after conducting an empirical study on a sample of almost 100 cases during 2020. As one of the possible reasons for this issue, in addition to personnel capacities and lack of professional training, the paper emphasizes the lack of precision of the legal text, but also the conceptual and terminological confusion present in theory. The confusion refers to the question of whether there is a test of public interest in the Serbian Law on Free Access to Information of Public Importance, as well as its nature in relation to other similar balancing tests. Authors therefore assume that the Serbian Law on Free Access to Information of Public Importance contains a test of public interest in Article 8, and that it is actually a phase of constitutional proportionality test.

Key words: Law on Free Access to Information of Public Importance, public interest test, proportionality test, harm test, weighing of interests.