

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 75 | ГОДИНА LVI | 2017

**COLLECTION OF PAPERS  
FACULTY OF LAW, NIŠ**

Nº 75 | YEAR LVI | 2017

НИШ, 2017.

## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2017.

### Издавач

Правни факултет у Нишу

### За издавача

Проф. др Саша Кнежевић, декан

### Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

#### Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Драган Николић  
Проф. др Невена Петрушић  
Проф. др Мирослав Лазић  
Проф. др Марина Димитријевић  
Проф. др Небојша Раичевић  
Доц. др Душица Миладиновић  
Стефановић

#### Чланови Редакционог одбора из иностранства

Prof. dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија  
Проф. др Иванова Светлана Анатолевна, декан Правног факултета Финансијског универзитета Владе Руске федерације  
Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан Први, Скопље, Македонија  
Груцина Людмила Јуревна, доктор правних наука, Катедра грађанског права Финансијског универзитета Владе Руске федерације  
Проф. др Анатолий Капустин, професор Финансијског универзитета Владе Руске федерације  
Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног факултета Универзитета Бафалоа, Бафало, САД  
Селивон Николай Федосович, академик, председник Међународног трговинског арбитражног суда при Привредно-индустријској комори Украјине  
Проф. др Шагиева Розалина Васильевна, проректор Академије адвокатуре и нотаријата Руске федерације

**Секретар Редакционог одбора:** Доц. др Милош Прица

**Преводи:** Гордана Игњатовић (енглески)

**Лектура:** Александра Гојковић

**Технички уредник:** Ненад Милошевић

**Штампа:** Медивест Ниш, **Тираж:** 100

Зборник радова Правног факултета у Нишу  
под називом Collection of papers, Faculty of Law, Nis је у пуном тексту доступан  
у HeinOnline бази података, EBSCO бази Legal Source, као и у бази Central and Eastern  
European Online Library – CEEOL.

---

ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ Правног факултета Универзитета у Нишу  
18 000 Ниш, Трг краља Александра 11, тел. +381 18 200 501,  
zbornik@prafak.ni.ac.rs, www.prafak.ni.ac.rs

## COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

NIŠ, 2017

### **Publisher:**

Faculty of Law, University of Niš

### **For the Publisher:**

Prof. dr Saša Knežević, Dean

### **Editor-in-Chief:**

Prof. dr Irena Pejić

### Editorial Board of the Law Faculty Journal

#### **Editorial Board Members (Faculty of Law):**

Prof. dr Dragan Nikolić  
Prof. dr Nevena Petrušić  
Prof. dr Miroslav Lazić  
Prof. dr Marina Dimitrijević  
Prof. dr Nebojša Raičević  
Doc. dr Dušica Miladinović  
Stefanović

#### **Editorial Board Members (international):**

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria  
Prof. dr Ivanova Svetlana Anatol'evna, Dean, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation  
Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia  
Prof. dr Grucina Lyudmila Yur'evna, Civil Law Department, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation  
Prof. dr Anatolij Kapustin, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation  
Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of Buffalo, USA  
Selivon Nikolaj Fedosovich, Academician, Chairman of the International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, Ukraine  
Prof. dr Shagieva Rozalina Vasil'evna, Vice-Rector, the Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian Federation, Russian Federation

#### **Technical Secretary of the Editorial Board:**

Miloš Prica, LL.D.

**Translation:** Gordana Ignjatović (English)

**Proofreading:** Aleksandra Gojković

**Desktop publishing:** Nenad Milošević

**Print:** Medivest Niš, **Circulation:** 100

---

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201,

E-mail: [zbornik@prafak.ni.ac.rs](mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs)

Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>

<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-of-Law-Nis/?letter=C>

Central and Eastern European Online Library – CEEOL



# САДРЖАЈ

Уводна реч.....IX

## Г ЧЛАНЦИ

### У ФОКУСУ

### МЕЂУНАРОДНО ПОРЕСКО ПРАВО

**Дејан ПОПОВИЋ,**  
**Гордана ИЛИЋ ПОПОВ**  
Значај и ефекти BEPS мултилатералне  
конвенције у међународном пореском праву.....13

**Цвјетана ЦВЈЕТКОВИЋ**  
Улога пореза у управљању отпадом у  
државама чланицама Европске уније.....33

**Невена ПЕТРУШИЋ,**  
**Косана БЕКЕР**  
Дискриминација правних лица: феноменолошке  
карактеристике и правна заштита.....49

**Драган СТОЈАНОВИЧ,**  
**Драгиша Б. СЛИЕПЧЕВИЧ,**  
Заштита основних прав човека в  
Конституционном суде Србији .....71

**Ранко СОВИЉ,**  
Управљање кредитним ризиком у банкама  
са становишта судске праксе .....95

**Михајло ВУЧИЋ,**  
Правичност и коришћење заједничких водних добара..107

**Драган ЈОВАШЕВИЋ,**  
Условна осуда у немачком кривичном праву .....129

**Snežana SOKOVIĆ,**  
**Veljko TURANJANIN,**  
**Dragana ČVOROVIĆ,**  
Main Hearing according to the new Serbian Criminal  
Procedure Code: Survey in practice .....145

<b>Ивана СИМОНОВИЋ,</b> Утицај заблуде на правни посао – посебно о битним својствима предмета чинидбе .....	161
<b>Вељко ВЛАШКОВИЋ,</b> Право детета на мишљење и најбољи интерес детета са тежиштем на приступу комитета за права детета.....	183
<b>Дарко ДИМОВСКИ,</b> Мобинг – криминолошки и кривичноправни аспект....	203
<b>Жељко МИРКОВ,</b> О суочењу окривљеног у кривичном поступку.....	223
<b>Yury PUDOVCHIN, Georgy RUSANOV,</b> Crimes against Cultural Values as a basis of international criminal responsibility.....	235

## II СУДСКА ПРАКСА

<b>Филип МИРИЋ,</b> Повреда права на суђење у разумном року (случај Ристић против Србије) .....	255
---	-----

## III ПРИКАЗИ

<b>Нинослав С. СТАНОЈЛОВИЋ,</b> Бориша Радовановић, „Парламентарна историја србије у XIX веку. Скупштине у Крагујевцу 1813-1880“, Зборник радова, I, ауторско издање, Крагујевац 2014.....	267
---	-----

## IV РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

<b>Душан ДУБАЈИЋ,</b> Промењене околности и поновно преговарање у уговорима о страним инвестицијама.....	275
<b>Упутство за ауторе.....</b>	295

# CONTENTS

Editor's Introductory Note..... X

## I ARTICLES

### IN FOCUS

### INTERNATIONAL TAX LAW

- Dejan Popović,**  
**Gordana Ilić Popov**  
The Importance and Effects of BEPS Multilateral  
Convention in International Tax Law ..... 13
- Cvjetana Cvjetković**  
The role of Taxes in Waste Management in  
the European Union Member States..... 33
- Nevena Petrušić,**  
**Kosana Beker,**  
Discrimination of Legal Entities: Phenomenological  
characteristics and legal protection ..... 49
- Dragan Stojanović,**  
**Dragiša B. Slijepčević,**  
Zaštita osnovnih prava čoveka u Ustavnom sudu Srbije ..... 71
- Ranko Sovilj,**  
Credit Risk Management in Banks from  
the perspective of jurisprudence ..... 95
- Mihajlo Vučić,**  
Equity and the Use of Shared Water Resources ..... 107
- Dragan Jovašević,**  
The Suspended Sentence in German Criminal Law ..... 129
- Snežana Soković,**  
**Veljko Turanjanin,**  
**Dragana Čvorović,**  
Glavni pretres prema novom Zakoniku  
o krivičnom postupku: istraživanje u praksi..... 145

<b>Ivana Simonović,</b> The Influence of Mistake on contract validity, with specific reference to Error in substantia.....	161
<b>Veljko Vlašković,</b> The Right of the Child to Express Views and the Best Interests of the Child, in light of the Committee on the Rights of the Child approach .....	183
<b>Darko Dimovski,</b> Mobbing: the Criminological and the Criminal Law aspects ..	203
<b>Željko Mirkov,</b> On the confrontation of the Defendant in Criminal Proceedings .....	223
<b>Yury Pudovochkin,</b> <b>Georgy Rusanov,</b> Krivična dela protiv kulturnih dobara kao osnov krivične odgovornosti u međunarodnom pravu .....	235

## II JUDICIAL PRACTICE

<b>Filip Mirić,</b> Violation of the right to Trial within a Reasonable Time (Ristić v. Serbia) .....	255
---	-----

## III REVIEW

<b>Ninoslav S. Stanojlović,</b> Boriša Radovanović, Serbian Parliamentary History in the 19th Century: National Assemblies in Kragujevac 1813-1880, Collection of Papers I, Kragujevac, 2014.....	267
--	-----

## IV PHD STUDENTS' PAPERS

<b>Dušan Dubajić,</b> Changed circumstances and the Renegotiation of Foreign Investment Contracts .....	275
<b>Guidelines for Authors.....</b>	297



## Уводна реч

Поштовани читаоци,

Пред вама се налази прва свеска (бр. 75) научног часописа Зборник радова Правног факултета у Нишу у 2017. години, која обухвата 15 оригиналних и прегледних научних радова, као и један приказ књиге. У фокусу броја 75. налази се област Међународног пореског права, док се остали радови баве различитим темама из ужих правних области са теоријским разматрањем и критичком анализом позитивноправних прописа и ставова у научној литератури. Редакција часописа жели да вас информише да је Правни факултет у Нишу закључио уговор са Централном и источноевропском онлајн библиотеком (Central and Eastern European Online Library GmbH - CEEOL), што ће омогућити да Зборник радова Правног факултета у Нишу буде видљив у још једној интернет бази научних часописа, књига, периодике и других извора (<https://www.ceeol.com/search/journal-detail?id=1716>)). Такође, Центар за евалуацију у образовању и науци (CEON) обавестио нас је да је наш часопис прихваћен за индексирање у бази часописа са отвореним приступом (Directory of Open Access Journals – DOAJ, <https://doaj.org/toc/2560-3116>). Поред досадашњег присуства у сервисима EBSCO и HeinOnline, видљивост у CEEOL и DOAJ бази података отвара шире могућности за даље унапређење научног кредибилитета часописа.

У Нишу, септембар, 2017.

*Проф. др Ирена Пејић,  
главни и одговорни уредник*

## **Editor's Introductory Note**

Dear Readers,

This issue of the scientific journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš, (No. 75/2017) includes 15 original and review papers, and a book review. The focal point of this issue is the area of International Tax Law, while the other papers cover various subject-specific topics involving theoretical considerations and critical analysis of positive law provisions and standpoints in scientific literature. The editorial staff would like to inform the readership that the Law Faculty in Niš has entered into a contract with the Central and Eastern European Online Library GmbH (CEEOL), which will ensure the visibility of our LF journal in another Internet database of scientific journals, books, periodicals, and other resources (<https://www.ceeol.com/search/journal-detail?id=1716>). We have been informed by the Center for Evaluation in Education and Science (CEES) that the LF journal has been approved for indexing in the Directory of Open Access Journals (DOAJ - <https://doaj.org/toc/2560-3116>). In addition to being visible in the EBSCO and HeinOnline services, the LF journal visibility in the CEEOL and DOAJ databases will broaden the opportunities for further advancement of the LF journal scientific credibility.

Niš, September 2017

Prof. Irena Pejić, LL.D.

Editor-in-Chief

# ЧЛАНЦИ

---

**У ФОКУСУ**  
**МЕЂУНАРОДНО**  
**ПОРЕСКО ПРАВО**



**Др Дејан Поповић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Београду  
**Др Гордана Илић Попов,**  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Београду

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgpfi1775013P

UDK: 336.227.1.025

Рад примљен: 16.06.2017.  
Рад прихваћен: 29.06.2017.

## **ЗНАЧАЈ И ЕФЕКТИ BEPS МУЛТИЛАТЕРАЛНЕ КОНВЕНЦИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПОРЕСКОМ ПРАВУ**

**Апстракт:** У раду се анализира Мултилатерална конвенција за примену мера које се у циљу спречавања ерозије пореске основице и премештања добити односе на пореске уговоре, настала као један од резултата BEPS пројекта ОЕЦД и Г20. Предмет и циљ BEPS мултилатералне конвенције јесте брза и конзистентна примена решења, чији је циљ спречавање избегавања плаћања пореза у међународном контексту, кроз модификације постојећих билатералних пореских уговора, а уз обезбеђивање високог нивоа флексибилности у имплементацији. Аутори полазе од хипотезе да су у досадашњем развоју међународног пореског права мултилатерални уговори о избегавању двоструког опорезивања били веома ретки, пре свега због проблема усклађивања различитих интереса инволвираних држава. BEPS мултилатерална конвенција означава, међутим, сасвим нов инструмент, примерен условима глобализације, јер показује намеру готово сто држава које су учествовале у његовој припреми да у своје билатералне пореске уговоре уграде одредбе којима ће сузбити пореску евазију. Конвенција садржи два минимална стандарда, која сваки потписник мора да на неки од понуђених начина угради у своје обухваћене пореске споразуме: један се тиче спречавања *treaty-shopping* аранжмана, а други унапређења поступка заједничког договарања пореских власти. Флексибилност је обезбеђена правом сваке државе и јурисдикције да изабере које ће пореске уговоре „ставити на листу“, опцијом да се на широки круг спецификованих одредаба истакне резерва и

---

\* dejan.popovic@ius.bg.ac.rs  
gordana@ius.bg.ac.rs

*могућношћу опредељивања између допуштених алтернатива. У чланку је истражена позиција Србије, једне од потписница Конвенције, у односу на избор који је понуђен.*

**Кључне речи:** BEPS; билатерални порески уговори; двоструко опорезивање; клаузула о компатибилности; међународно пореско право; мултилатерална конвенција; пореско планирање.

## 1. Уводне напомене

У порескоправној литератури наводе се одређене предности мултилатералних конвенција у односу на билатералне уговоре о избегавању двоструког опорезивања дохотка и имовине. Оне обезбеђују једнообразност решења у националним пореским законодавствима држава уговорница за ситуације које настају у њиховим унакрсним међусобним односима. Отуда би се њима лакше разрешио проблем тзв. триангуларног случаја, када предузеће једне државе остварује доходак преко сталне пословне јединице лоциране у другој држави из треће државе (Kim, 2015: 237). Пошто мултилатерални споразум закључују најмање три државе, принципи којима би се разграничавала њихова субјективна пореска права, методе за елиминацију двоструког опорезивања и друга релевантна правила били би уједначени (Loukota, 1997: 96). Његова је предност и у томе што омогућује истовремено усклађивање различитих интереса држава уговорница, гарантујући одређену стабилност успостављеног правног режима. Коначно, поступак споразумевања пореских органа земаља уговорница и решења која се тичу спречавања злоупотребе конвенције у мултилатералном споразуму дају веће ефекте (Pires, 1990: 244–245).

Упркос наведеним предностима, врло мали број општих мултилатералних конвенција о избегавању двоструког опорезивања (Нордијска конвенција, Конвенција између држава чланица Карипске заједнице, Конвенција између држава чланица Уније арапског Магреба и Споразум између држава чланица Савета Арапске економске уније) могао би се, према нашем мишљењу, објаснити неколиким разлозима. Наиме, државе уговорнице нису у стању да предвиде ефекте такве конвенције на висину пореских прихода, док се билатерални уговор уобличава сходно спремности држава да се лише одговарајућег дела фискалних прихода. Уз то, државе нерадо пристају на ограничавање својих субјективних пореских права на широку, мултилатералној основи, па се порески системи, различити по својој структури (Поповић, 1997: 491–494) могу потпуније ускладити на билатералној основи (Knechtle, 1979: 189). Управо због специфичности националних пореских система, мултилатералне конвенције нису

довољно флексибилне (Ogow, 2005: 73). Најзад, поступак закључивања мултилатералних конвенција је не само дуготрајнији, већ и сложенији јер, по правилу, захтева одржавање међународне конференције, којој претходи припрема нацрта о којем ће се расправљати прво у преговарачкој групи, па на пленарној седници (Kim, 2015: 258–259).

У раду полазимо од хипотезе да у условима глобализације мултилатералне пореске конвенције добијају нову садржину и улогу. Анализи ћемо подврћи мултилатерални инструмент настао заједничким напорима готово сто држава у циљу да се у бројне билатералне пореске уговоре уграде норме које би требало да допринесу сузбијању избегавања плаћања пореза у међународном контексту. Намера нам је да покушамо да дамо оцену његових стварних домаћаја у међународном пореском праву.

## **2. Мере за спречавање ерозије пореске основице и премештања добити, повезаних са пореским уговором**

Идеја о „мултилатерализму“ код избегавања двоструког опорезивања постаје нарочито актуелна на нивоу ОЕЦД-а од средине друге деценије XXI века. Притисак на пореске приходе многих држава због распрострањеног искоришћавања „пореских рајева“ и преференцијалних режима у земљама са иначе високим порезима довео је, поготово по избијању глобалне финансијске кризе 2008. године, до координације напора да се домаћа пореска основица заштити од стратегија пореског планирања мултинационалних компанија. Године 2013. ОЕЦД је припремио BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) акциони план (*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013), подржан од стране лидера Г20, који је идентификовао 15 акција којима би се на свеобухватан начин супротставило ерозији основице и премештању добити. BEPS пројекат је добио подршку и значајног броја земаља у развоју, што је од суштинског значаја за успех акција против агресивног пореског планирања, које се одвија на глобалној основи (Arnold, 2016: 187). Акција 15 BEPS акционог плана упућивала је на анализу могућег развоја мултилатералног инструмента за имплементацију оних BEPS мера које су повезане са пореским уговорима, како би се омогућило државама и јурисдикцијама које, уколико желе, могу да примене те мере.

Закључено је да је тај „инструмент“ за примену BEPS мера повезаних са пореским споразумом, као правно обавезујућа конвенција међународног јавног права, пожељан, те да ће примена завршног BEPS пакета захтевати измене не само у модел-конвенцијама (ОЕЦД, УН и др.), него и у важећим билатералним пореским уговорима (*Developing a Multilateral Instrument*, 2015: 10). С обзиром на то да данас има преко 3.000 пореских

уговора, билатерална усклађивања би битно ограничила ефикасност мултилатералних напора.

До 2015. године усаглашена је садржина свих са пореским уговорима повезаних BEPS мера. То сумере из следећих акција: Акција 2 – Неутралисање ефеката аранжмана са неподударењем хибрида; Акција 6 – Спречавање пружања погодности из пореских споразума у неодговарајућим околностима; Акција 7 – Спречавање артифицијелног избегавања статуса сталне пословне јединице; и Акција 14 – Чињење механизма решавања спорова ефикаснијим.

Комитет за фискалне послове ОЕЦД-а је образовао *ad hoc* радну групу за израду мултилатералног инструмента (у којој је, међу представницима 99 држава, учествовала и Србија), чији је главни задатак био да пронађе начин како да се најефикасније модификују одредбе постојећих билатералних пореских уговора да би се примениле BEPS мере. Као резултат тих напора, ОЕЦД је 24. новембра 2016. године представио Мултилатералну конвенцију за примену мера које се у циљу спречавања ерозије пореске основице и премештања добити односе на пореске уговоре (даље: *BEPS мултилатерална конвенција* или *Конвенција*), а уз њу и Објашњење. Конвенција је, почев од 31. 12. 2016. године, отворена за потписивање свим државама, острвима Гернси, Џерси и Ман (зависним територијама британске Круне /енг. *Crown dependencies*/) и свакој другој јурисдикцији којој је консензусом страна и потписница признато право да буде страна. Церемонија потписивања одржана је 7. јуна 2017. године у Паризу, када је 68 држава и јурисдикција широм света, укључујући Србију, приступило Конвенцији. Још 9 држава је тим поводом исказало намеру да је ускоро потпишу, а очекује се да ће број потписника касније бити и већи.

BEPS мултилатерална конвенција функционише *упоредо* са постојећим споразумима о избегавању двоструког опорезивања, што је чини друкчијом од постојећих (малобројних) мултилатералних конвенција о избегавању двоструког опорезивања, које замењују све билатералне пореске споразуме који су постојали између држава које су је закључиле.

Прилично неодређене формулације у Завршном извештају о Акцији 15 могле су водити до два различита закључка: или да су предмет и циљ BEPS мултилатералне конвенције *конзистентна примена* правила пореских споразума, развијених током BEPS пројекта или пак да су они ограничени на *брзу примену* одређених модификација у уговорима, уз обезбеђивање високог нивоа флексибилности у имплементацији резултата BEPS пројекта (Bravo, 2016a: 293). Тумачење преамбуле Конвенције наводи на закључак да њен предмет и циљ представљају брза, али координисана и конзистент-



на имплементација. Претпостављамо да ће се у пракси током примене Конвенције ипак отворити дилема којом од та два приступа треба дати примат.

### 3. Минимални стандарди повезани са пореским споразумом

BEPS мултилатерална конвенција садржи норме о неподударану хибридних ентитета и хибридних финансијских инструмената, злоупотреби пореског споразума, избегавању статуса сталне пословне јединице, унапређењу механизма решавања спорова и арбитражи; прве четири групе одредаба имају билатерално дејство на односе између уговорних јурисдикција уређене њиховим обухваћеним пореским споразумима, док одредбе о арбитражи – које су опционог карактера – имају мултилатерални ефекат. Конвенција не представља скуп протокола који се додају сваком билатералном споразуму, већ самосталан инструмент међународног јавног права.

Да би могла да оствари свој циљ, тј. брзу, координисану и конзистентну примену, у мултилатералним оквирима, BEPS мера повезаних са пореским уговорима, у многим одредбама те конвенције понавља се одговарајући текст из Модел-конвенције ОЕЦД о двоструком опорезивању дохотка и имовине (*Model Tax Convention*), али уз више врста модификација (*Explanatory Statement: 4–5*). У том смислу, уочавамо промене у терминологији ради прецизирања поља примене Конвенције. Тако се термином „обухваћени порески споразум“ мењају различити називи за билатералне пореске уговоре. Када је у питању Србија, међу њеним пореским уговорима срећу се, између осталих, називи: уговор о избегавању двоструког опорезивања у односу на порезе на доходак (нпр. с Ирском), уговор о избегавању двоструког опорезивања у односу на порезе на доходак и на имовину (нпр. са Русијом), уговор о избегавању двоструког опорезивања и спречавању пореске евазије у односу на порезе на доходак (нпр. са Норвешком), уговор о избегавању двоструког опорезивања и спречавању пореске евазије у односу на порезе на доходак и на имовину (нпр. са Казахстаном) и др. Да би неки билатерални порески уговор имао својство „обухваћеног пореског споразума“, обе стране (уговорне јурисдикције) га морају доставити депозитару Конвенције (ОЕЦД), са свим подацима неопходним за идентификацију. Сем тога, приметна је и замена упућивања на одређене чланове и ставове обухваћених пореских споразума описом тих одредаба. Наиме, садржина норме, као и нумерација чланова и ставова у постојећим пореским уговорима су неуједначени (на пример, уместо позивања на чл. 13, ст. 4 Модел-конвенције ОЕЦД, чија је норма у пореском уговору Србије са Албанијом смештена у чл. 14, ст. 4, користи се нешто измењенија формулација). Такође, уочљиве су и

измене које одражавају разлике настале због тога што нека BEPS мера доноси решења за питања која произлазе из одређених одредаба Модел-конвенције ОЕЦД. На пример, код одређивања услова под којима компанија резидент једне уговорне јурисдикције може остварити погодност у виду снижене стопе пореза по одбитку на дивиденде које исплаћује резиденту друге уговорне јурисдикције, до сада се у чл. 10, ст. 2, тач. а) Модел-конвенције ОЕЦД захтевало само да је прималац дивиденди компанија која непосредно има најмање 25% капитала компаније која исплаћује дивиденде. Због пореског планирања могућег тако што би компанија која поседује мање од 25% капитала уочи дана када ће исплатити дивиденде повећала свој удео првенствено да би обезбедила погодност примене снижене стопе пореза по одбитку, у чл. 8, ст. 1 Конвенције садржана је BEPS мера против злоупотребе пореског уговора, која прописује да холдинг период мора трајати најмање 365 дана. Ваља приметити да Србија ни у једном од својих пореских споразума нема норму о минималном холдинг периоду, те је у 43 важећа и 2 потписана пореска уговора применила ту одредбу Конвенције. Уз то, у 29 важећих пореских уговора (и 4 само потписана) уградила је чл. 9, ст. 4 Конвенције, који предвиђа да се добици од отуђења акција или удела резидента једне уговорне јурисдикције који, у било којем моменту током 365 дана који претходе отуђењу, више од 50% своје вредности остварују непосредно или посредно од непокретности која се налази у другој уговорној јурисдикцији, могу опорезовати у тој другој јурисдикцији. Такође, код решавања проблема двојног резидентства лица осим физичког, Србија се определила за приступ из чл. 4, ст. 1 Конвенције, тј. надлежни органи ће настојати да постигну заједнички договор, а неће се аутоматски прихватити критеријум места стварне управе.

У преамбули Конвенције је, између осталог, истакнуто да је неопходно обезбедити да се постојећи билатерални порески споразуми тумаче тако да елиминишу двоструко опорезивање у погледу пореза које обухватају, а да се не стварају могућности за неопорезивање или за нелегитимно умањење пореза. У том смислу, у Конвенцији су постављена два *обавезна* минимална стандарда повезана са пореским споразумом, око којих су се усагласиле све стране у завршном BEPS пакету.

*Први минимални стандард* односи се на спречавање злоупотребе пореског уговора, уграђен у чл. 6, ст. 1 Конвенције, који налаже да се у преамбулу обухваћеног пореског споразума унесе изричита изјава да је заједничка намера обе стране да се елиминише двоструко опорезивање, без стварања могућности да дође до неопорезивања или сниженог опорезивања путем незаконите евазије или нелегитимне законите евазије, укључујући *treaty-shopping* аранжмане (Gustafson, 2006: 210–211), чији је циљ да олакшице

предвиђене у Конвенцији буду у индиректну корист резидената трећих држава. Уз такву формулацију, у преамбули се може исказати и намера двеју страна да даље развијају своје економске односе и унапређују сарадњу у пореској материји. Србија се определила за тај други приступ.

Таква намера уговорних страна може се остварити применом општег анти-абузивног теста главног циља трансакције или аранжмана (енг. *principal purpose test*, даље: *тест ГЦТ*), који показује да ће, имајући у виду све релевантне чињенице, ако је један од главних циљева трансакције или аранжмана да се остваре погодности из пореског уговора, оне бити ускраћене, осим уколико се не установи да би пружање погодности било у складу са предметом и циљем уговора.

Имплементација наведене заједничке намере је могућа и паралелном применом специјалне анти-абузивне мере у виду поједностављене клаузуле о лимитирању погодности (енг. *limitation of benefits* – LOB). Циљ такве клаузуле је ускраћивање пореских погодности компанији која је резидент једне од уговорних јурисдикција, али у ствари служи као „проточна“ (енг. *conduit*) компанија резидента треће државе (Guerra, 2011: 85). LOB клаузула разликује „квалификовано лице“ од „лица које није квалификовано“. Сваки резидент једне уговорне јурисдикције, без обзира на „квалификованост“, има право на погодности из обухваћеног пореског споразума у погледу одређеног прихода оствареног у другој уговорној јурисдикцији, под условом да је укључен у активно обављање пословања у првоименованој уговорној јурисдикцији, а приход, остварен из друге уговорне јурисдикције, произлази из тог пословања или је споредан за то пословање. У осталим ситуацијама, резидентно лице које није квалификовано нема право на погодности из обухваћеног пореског споразума. Изузетно, оно може имати такво право у погледу одређеног прихода уколико током најмање половине дана од дванаестомесечног периода, који укључује време када би се иначе пружила погодност, лица која иначе уживају право на ту погодност поседују најмање 75% акција тог резидентног лица.

Србија се определила за тест ГЦТ из чл. 7, ст. 1 и 2 Конвенције, али је обавестила депозитара да се у пореским споразумима са Казахстаном, Републиком Корејом и Норвешком већ налазе норме које садрже одређену формулацију теста ГЦТ. Ако и друга страна да реципрочност идентично обавештење (као што је то до сада учинила Република Кореја), постојећа одредба из обухваћеног пореског споразума биће замењена одредбом о тесту ГЦТ из Конвенције. У супротном, остаће на снази одредбе пореског споразума које нису у супротности са чл. 7, ст. 1 Конвенције.

*Други минимални стандард*, уграђен у чл. 16 и 17 Конвенције, треба да обезбеди да се обавезе из обухваћеног пореског споразума у погледу поступка заједничког договарања, укључујући случајеве из домена трансферних цена, у потпуности и у доброј вери примењују, чиме се обезбеђује сигурност и предвидивост, али и унапређује поступак решавања спорова. Тај минимални стандард због тога налаже да се у обухваћене пореске споразуме уграде одредбе које одговарају чл. 25, ст. 1-3 Модел-конвенције ОЕЦД (у верзији из 2014. године), уз одговарајућа прилагођавања (*Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective*, 2015: 13). Конвенција у том смислу предвиђа да се мора допустити да лице које сматра да мере једне или обе уговорне јурисдикције доводе или ће довести до тога да не буде опорезовано у складу с одредбама обухваћеног пореског споразума може, независно од правних средстава која му стоје на располагању у домаћем праву уговорних јурисдикција, изложити свој случај надлежном органу било које од две уговорне јурисдикције (а не само органу државе уговорнице чији је резидент – како предвиђа одговарајућа норма из Модел-конвенције ОЕЦД). Ако пак обухваћени порески споразум допушта да се захтев за поступком заједничког договарања достави само оној јурисдикцији чији је лице резидент, та јурисдикција може истаћи резерву да ће применити поступак билатералног обавештавања или консултовања са другом уговорном јурисдикцијом у случајевима када надлежни орган којем је захтев упућен не сматра да је обвезников приговор оправдан. Како ни у једном од својих пореских уговора Србија нема одредбу која би лицу које сматра да мере једне или обе уговорне стране доводе или могу довести до тога да не буде опорезовано у складу с одредбама тог пореског уговора допустила да изложи свој случај надлежном органу било које од две стране, она се определила за другу опцију. Србија, међутим, није ставила резерву на одредбу да се случај мора изнети пред надлежни орган у року од три године од првог обавештења о предузетој радњи, па је обавестила депозитара да је у уговору с Италијом (као и с Индонезијом, који још није ступио на снагу) предвиђен рок краћи од три године и доставила листу од 52 пореска уговора (уз 5 који нису на снази) у којима је услов у погледу рока испуњен.

Минимални стандард из чл. 16, ст. 2 Конвенције налаже да се заједнички договор којим је решен споран случај између две уговорне јурисдикције примењује без обзира на временска ограничења у њиховим унутрашњим правима. У неколико пореских уговора Србије (нпр. са Француском и Великом Британијом) не налази се, међутим, одредба о „временском неограничењу“, о чему је обавештен депозитар, тако да ће је заменити наведена норма из Конвенције.

#### 4. Обезбеђивање флексибилности BEPS мултилатералне конвенције

Већ је констатовано да оба минимална стандарда могу бити испуњена на много различитих начина, тако да је због широког круга држава и јурисдикција укључених у припрему BEPS мултилатералне конвенције било неопходно да она буде довољно флексибилна како би одговарала позицијама различитих страна, а да остане конзистентна са својим циљем. Флексибилност је потребна и у односу на одредбе које не одражавају минималне стандарде, посебно у погледу начина на који оне међусобно делују с одредбама у обухваћеним пореским споразумима (*Explanatory Statement*: 3).

Флексибилност Конвенције обезбеђена је на неколико начина. Најпре је потребно спецификовати пореске уговоре на које се Конвенција примењује („обухваћене пореске споразуме“). Да би се избегла неизвесност у погледу пореских уговора које она обухвата, предвиђено је, поновимо, да Конвенција модификује само онај споразум који је појединачно идентификован у обавештењу које свака страна доставља депозитару. Србија је пријавила све своје пореске уговоре (њих 58 који су на снази, као и 6 само потписаних), али Немачка, Швајцарска и Шведска своје уговоре са Србијом нису сврстале међу обухваћене пореске споразуме. У кругу оригиналних потписника Конвенције налази се 36 држава које су своје пореске уговоре са Србијом сврстале међу обухваћене пореске споразуме.

Флексибилност је, такође, присутна у одредбама које се односе на минимални стандард. „Изразак“ (енг. *opting out*) из таквих одредаба могућ је само када је у неком обухваћеном пореском споразуму одређене стране већ испуњен тај стандард. Ако се минимални стандард може реализовати на различите начине – применом општег анти-абузивног правила, или комбинованом применом теста ГЦТ са специјалним анти-абузивним правилом, Конвенција не даје предност ниједном од тих начина. Али, уколико свака уговорна јурисдикција прихвати друкчији приступ испуњењу минималног стандарда, уговорне стране морају да пронађу обострано прихватљиво решење конзистентно са минималним стандардом (*Explanatory Statement*: 3).

Када се ради о материјалној норми која не одражава минимални стандард, страна може да оптира за „излазак“ из такве одредбе, у потпуности или делимично. „Изразак“ се остварује путем резерви, које су посебно уређене за сваки члан који садржи материјалне одредбе. Иако се резервама у литератури замера да нарушавају целовитост мултилатералног уговора, аргументи њима у прилог полазе од чињенице да оне омогућавају потенцијалним уговорницама да по својој мери „искроје“ уговор, тако да уговорни

режим обухвата већи број држава, што је управо циљ вишестраних уговора (Лукић, 2008: 215). Чл. 28, ст. 1 ВЕПС мултилатералне конвенције наводи листу допуштених резерви, што значи да, у складу с одредбом чл. 20, ст. 1 Бечке конвенције о уговорном праву, таква резерва не мора да буде доцније прихваћена од стране осталих држава уговорница. Међутим, накнадно прихватање резерви било би прикладно, јер би обезбедило сигурност у погледу нивоа привржености неке стране обавезама преузетим према другим странама (Bravo, 2016b: 340). Ако нека страна употреби резерву да би оптирала за „излазак“ из одређене одредбе Конвенције, таква одредба се неће примењивати између те стране и свих осталих страна Конвенције. Уколико би се применио приступ по којем резерва важи само за један уговор или за више њих, била би нарушена конзистентност у примени ВЕПС мера, а настале разлике отвориле би простор за агресивно пореско планирање (Bravo, 2016a: 295). Из тога произлази да се модификација садржана у одредби у односу на коју је примењена резерва неће спровести ни у једном обухваћеном пореском споразуму стране која се оградилa. Истакнута резерва не мења одредбе Конвенције за остале уговорне јурисдикције у њиховим односима *inter se*. Србија је истакла резерве у погледу чл. 3 (*Транспарентни ентитети*), чл. 5 (*Примена метода за елиминацију двоструког опорезивања*), чл. 10 (*Анти-абузивна правила за сталне пословне јединице лоциране у трећим јурисдикцијама*), чл. 11 (*Примена пореских споразума да би се ограничило право једне стране да опорезује своје резиденте*), као и прве реченице у ст. 1, чл. 16 (*Поступак заједничког договарања*). Чл. 17 (*Кореспондирајуће корекције добити*) Србија неће примењивати у односу на већину својих обухваћених пореских споразума, јер они већ садрже одговарајућу одредбу.

Флексибилност постоји и у погледу истицања резерве на поједине одредбе или њихове делове, како би се задржале постојеће специфичне одредбе из обухваћених пореских споразума, које су усвојене због посебних (пореско) политичких разлога. Када нека страна примени такву резерву, она важи само између те стране и свих уговорних јурисдикција које представљају другу страну обухваћених пореских споразума покривених резервом (*Explanatory Statement: 4*). На пример, чл. 14, ст. 1 Конвенције садржи норму којом се онемогуђује избегавање статуса „грађевинске сталне пословне јединице“ (Поповић, 2016: 281) путем поделе уговора на више њих како се не би прешао праг предвиђен обухваћеним пореским споразумом у погледу дужине трајања грађевинског или сличног пројекта. Страна може да изађе из целокупног чл. 14, али може и да стави резерву да се тај члан Конвенције не примењује само у односу на одредбе њених обухваћених пореских споразума које се тичу истраживања или искоришћавања

природних ресурса, што је Србија учинила у погледу чл. 21, ст. 3 пореског уговора са Норвешком.

Конвенција садржи један број опционих и алтернативних одредаба којима се третира одређени BEPS проблем, које ће бити примењене само ако се обе уговорне јурисдикције неког обухваћеног пореског споразума за то определе (*Explanatory Statement: 4*). Тако, чл. 13 Конвенције садржи норму којом се онемогућује избегавање статуса сталне пословне јединице путем изузећа одређених делатности наведених у чл. 5, ст. 4 Модел-конвенције ОЕЦД, при чему се та норма нуди у две опције. Један број страна, укључујући Србију, је става да је потребно изричито навести да наведене делатности не чине сталну пословну јединицу само уколико су припремног или помоћног карактера. Друге стране пак сматрају да су неке од тих делатности већ по својој природи припремног или помоћног карактера (нпр. одржавање залихе добара или робе која припада предузећу искључиво у сврху ускладиштења, излагања или испоруке) и да, због тога, не треба да се посебно поставља услов да су припремног или помоћног карактера, чиме се обезбеђује већа правна сигурност.

Конвенција не садржи клаузулу о саобразности (енг. *obedience clause*), односно одредбе Конвенције не доводе у питање право уговорних јурисдикција на накнадне модификације њихових обухваћених пореских споразума. Иако су поједини аутори били за то да се у Конвенцију унесе клаузула о саобразности (Kim, 2015: 261), њено изостављање може се објаснити околношћу да чл. 41, ст. 1 Бечке конвенције о уговорном праву предвиђа да је измена мултилатералног уговора могућа ако је предвиђена тим уговором (што овде није случај), или ако није забрањена, под условом да: (а) не иде на штету уживања права која остале стране изводе из мултилатералног уговора и извршавања обавеза; (б) се не односи на одредбу од које се не може одступити а да не дође до несагласности са ефективним остварењем предмета и циља мултилатералног уговора.

## **5. Клаузуле о компатибилности**

### ***5.1. Решавање конфликта између Конвенције и обухваћених пореских споразума***

Многе одредбе BEPS мултилатералне конвенције преклапају се с одредбама које се налазе у обухваћеним пореским споразумима, па када не постоји међусобни конфликт оне ће се једноставно применити. Међутим, ако конфликт постоји, у примени су два алтернативна приступа његовог решавања: примена општих правила међународног права (*lex posterior dero-*

*gat legi priori*), или изричито одређивање односа између мултилатералног инструмента и билатералних пореских уговора које он модификује. Постоје мишљења да је други приступ сувишан из два разлога (Bravo, 2016б; 335–336). Прво, одредбе о конфликту у мултилатералном инструменту имале би ефекат само између две стране које су већ закључиле билатерални порески споразум, што значи да су стране на које утичу конфликтне норме из мултилатералног инструмента идентичне онима из одговарајућег билатералног споразума. Тај фактор смањује број конфликта који се могу појавити између мултилатералног инструмента и одговарајућег билатералног споразума. Друго, пошто је циљ мултилатералног инструмента да измени или допуни неколико одредби у билатералним пореским споразумима, намера уговорних страна је она која је изражена у мултилатералном инструменту, па би требало применити правило *lex posterior derogat legi priori*. Проблем би настао и због неефикасности јер би, уместо једне конфликтне клаузуле општег карактера, требало формулисати конфликтну норму која би се изричито односила на сваку појединачну одредбу обухваћеног пореског споразума коју замењује нека одредба мултилатералног инструмента.

Упркос таквим *contra* аргументима, Завршни извештај за Акцију 15 опредељује се, ипак, за други приступ, „да би се сачувале јасноћа и транспарентност“. Експлицитно одређивање односа између мултилатералног инструмента и постојећих билатералних пореских уговора спроводи се уношењем клаузуле о компатибилности у мултилатерални инструмент. На пример, одредба чл. 12, ст. 3, тач. а) ВЕПС мултилатералне конвенције представља клаузулу о компатибилности која уређује однос између чл. 12, ст. 1. Конвенције и одредаба обухваћених пореских споразума, а у вези са спречавањем артифицијелног избегавања статуса сталне пословне јединице путем комисионих и сличних аранжмана. Клаузула о компатибилности, прихваћена од стране Србије у свим њеним обухваћеним пореским споразумима, предвиђа да се чл. 12, ст. 1 Конвенције примењује уместо одредаба обухваћеног пореског споразума које уређују услове под којима се сматра да предузеће има сталну пословну јединицу у уговорној јурисдикцији у односу на делатности које то лице, осим заступника са самосталним статусом, обавља за предузеће, али само у мери у којој се те одредбе односе на ситуацију у којој у тој уговорној јурисдикцији то лице има овлашћење да закључује уговоре у име предузећа. Такав концепт клаузуле о компатибилности, где се у мултилатералном споразуму јасно назначавача која ће се од његових одредаба модификовати или додати постојећим билатералним уговорима, није редак у међународном јавном праву.



## 5.2. Пратеће клаузуле о резервама и обавештавању

Клаузуле о компатибилности праћене су клаузулама које дефинишу допштене резерве у погледу сваке оне одредбе о одговарајућој BEPS мери за коју је постигнут договор да се дозволи опција изласка. Страна која прави резерву која се примењује на ужи круг обухваћених пореских споразума на основу објективних критеријума дужна је да преда листу постојећих одредаба у њеним обухваћеним пореским споразумима који потпадају под ту резерву (*Explanatory Statement*: 5). Поновимо да се, када је једна страна истакла резерву у погледу неке одредбе, та резерва примењује као да постоји између те стране и свих других страна које приступају Конвенцији.

Имајући у виду сложеност модификација у обухваћеним пореским споразумима, као и број таквих споразума, најефикасније решење којим се обезбеђује јасност постојећих одредаба које се налазе у оквиру клаузула о компатибилности састоји се у формулисању специфичне клаузуле о компатибилности за сваку одредбу Конвенције која утиче на обухваћене пореске споразуме. Супротан приступ, који би се заснивао на клаузули о компатибилности која само назначавала да Конвенција модификује или замењује постојеће билатералне споразуме, без навођења појединачних одредби које се модификују, имао би ефекат упућивања на *lex posterior* принцип, па би било тешко да се утврди које одредбе обухваћених пореских споразума треба сматрати модификованим (Bravo, 2016a: 296). Када нека одредба замењује или модификује одређену врсту постојећих одредаба обухваћеног пореског споразума, од страна се начелно тражи да пошаљу обавештење у којем ће спецификовати који обухваћени порески споразуми садрже одредбе тога типа. Учинак таквих обавештавања разликује се у зависности од типа клаузуле о компатибилности која се примењује на ту одредбу (*Explanatory Statement*: 5–6). Наиме, могуће је да се:

- одредба Конвенције примењује *уместо* постојеће одредбе обухваћеног пореског споразума (тј. не и када такве одредбе у споразуму уопште нема);
- одредбом Конвенције *модификује* постојећа одредба обухваћеног пореског споразума, тј. мења се њена примена, а не долази до замене;
- одредба Конвенције примењује *у одсуству* постојеће одредбе обухваћеног пореског споразума;
- одредба Конвенције примењује *уместо или у одсуству* постојеће одредбе обухваћеног пореског споразума.

Имајући у виду наведено, закључујемо да се одредба обухваћеног пореског споразума сматра некомпатибилном с одредбом Конвенције ако постоји

конфликт између те две одредбе, који се решава применом клаузуле о компатибилности. Тако је у чл. 17, ст. 1 Конвенције, који представља минимални стандард, прописано да „ако уговорна јурисдикција укључује у добит предузећа те уговорне јурисдикције добит за коју је предузеће друге уговорне јурисдикције опорезовано у тој другој уговорној јурисдикцији – и сходно томе је опорезује – и ако је тако укључена добит она добит коју би предузеће првопоменуто уговорне јурисдикције остварило да су услови договорени између та два предузећа били они које би договорила независна предузећа, та друга уговорна јурисдикција врши одговарајућу корекцију износа пореза који је у њој утврђен на ту добит. Приликом вршења те корекције, водиће се рачуна о осталим одредбама овог обухваћеног пореског споразума и, ако је то потребно, надлежни органи уговорних јурисдикција међусобно ће се консултовати.“ Чл. 17, ст. 2 Конвенције, као клаузула о компатибилности, прописује да се ст. 1 тога члана примењује *уместо* постојеће одредбе која не налаже обавезу спровођења кореспондирајуће корекције и консултација (када су потребне) или *у одсуству* норме која би такву обавезу наметала.

Србија је, поновимо, истакла резерву из чл. 17, ст. 3 да неће примењивати цео чл. 17 у односу на својих 47 обухваћених пореских споразума (од којих 6 још није ступило на снагу), јер они већ садрже одредбу тог типа. Међутим, у 16 својих пореских уговора (са Белгијом, Чешком, Финском, Француском, Холандијом, Италијом, Кипром, Мађарском, Малезијом, Немачком, Словачком, Сри Ланком, Швајцарском, Шведском, Великом Британијом и Вијетнамом) Србија нема норму из чл. 9, ст. 2 Модел-конвенције ОЕЦД која прописује кореспондирајућу корекцију у случају када због прописа о трансферним ценама једна држава уговорница укључи, у складу са принципом „ван дохвата руке“, у пореску основицу предузећа те државе добит за коју је предузеће друге државе уговорнице опорезовано у тој другој држави – и сходно томе је опорезује. Отуда није ставила резерву у односу на обухваћене пореске споразуме са тим државама, те ће, у одсуству норме, одредба чл. 17, ст. 1 BEPS мултилатералне конвенције бити унета у обухваћене пореске споразуме са државама на тој листи. Њима је, из нејасних разлога, прикључен и уговор са Литванијом, иако он већ садржи одговарајућу одредбу о кореспондирајућој корекцији добити.

## 6. Закључна разматрања

У преговорима који се довели до формулисања BEPS мултилатералне конвенције, стране су се сложиле да предмет и циљ тог мултилатералног инструмента није да се правила садржана у Завршном BEPS извештају у

идентичном тексту примене у целокупној мрежи обухваћених пореских споразума, па су се зато определиле за клаузуле о компатибилности, које ће омогућити да се флексибилно задрже неке норме из постојећих билатералних уговора које, иако различитим речима, већ задовољавају минималне стандарде или су ослоњене на Модел-конвенцију УН, која боље штити интересе земаља у развоју. Да је изабран супротан приступ, консензус би био ужи и циљ Конвенције, исказан у њеној преамбули формулацијом да стране „препознају потребу за ефективним механизмом за примену договорених измена на синхронизовани и ефикасан начин кроз мрежу постојећих споразума о избегавању двоструког опорезивања дохотка, а да није неопходно да се билатерално поново преговара о сваком споразуму“, не би било могуће остварити. Анализа је показала да је Конвенција резултат настојања да се пронађе баланс између захтева за конзистентношћу садржаних решења и захтева за флексибилношћу.

Остаје дилема у којој ће мери Мултилатерална конвенција за примену мера које се у циљу спречавања ерозије пореске основице и премештања добити односе на пореске уговоре допринети постизању циља садржаног у њеном називу. Порески саветници ће у *post-BEPS* амбијенту свакако имати тежи задатак, али ће „судбину“ будућег међународног пореског планирања одредити реакција држава и јурисдикција на ову мултилатералну конвенцију. Може се очекивати да нпр. САД неће пристати на клаузулу о тесту ГЦТ из чл. 7, ст. 1 Конвенције, јер је „субјективна, непрецизна и додаје несигурност споразуму“ – како је Сенат констатовао у поступцима ратификације неких билатералних пореских уговора у којима је постојала слична норма (Maisto, 2016). Код примене LOB клаузуле, Европска комисија је обавестила Холандију да покреће поступак пред Судом правде ЕУ због повреде основних слобода из Споразума о функционисању ЕУ, уколико Холандија не измени члан који садржи LOB клаузулу у пореском споразуму са Јапаном, јер та норма фаворизује компаније чији су акционари холандски резиденти, односно чијим се акцијама тргује на холандској берзи, у односу на упоредиве компаније чији су акционари резиденти других држава чланица ЕУ, односно чијим се акцијама тргује на берзама у другим чланицама ЕУ. Одбијање појединих држава да прихвате неке од одредаба BEPS Мултилатералне конвенције може, према нашем мишљењу, довести до већих разлика између обухваћених пореских споразума, као и до ширег простора за међународно пореско планирање.

Сматрамо да се могу појавити и проблеми у ситуацији када Конвенција модификује неку одредбу обухваћеног пореског споразума суштински повезану са другом одредбом која се не налази у пољу примене Конвенције. На пример, чл. 12 BEPS Мултилатералне конвенције модификује одредбе

чл. 5 Модел-конвенције ОЕЦД (и пореских споразума који прате тај модел) о сталној пословној јединици. Кадгод се, на основу модификоване одредбе, утврди да постоји стална пословна јединица биће неопходно да јој се припише добит у складу са чл. 7 Модел-конвенције ОЕЦД, а на тај члан BEPS Мултилатерална конвенција уопште не утиче. У већину постојећих билатералних пореских уговора није укључена најновија верзија чл. 7 Модел-конвенције ОЕЦД (из 2010. године), а у неким уговорима тај члан није обликован према Модел-конвенцији ОЕЦД. Због тога ће се последице модификовања чл. 5 разликовати од државе до државе, у зависности од тога како гласи чл. 7 односног обухваћеног пореског споразума, као и од начина примене правила о приписивању добити сталној пословној јединици у домаћем праву (Silberstein, Tristram, 2016: 353).

Ступање на снагу BEPS мултилатералне конвенције не значи, према нашем мишљењу, да се ради о најави новог мултилатералног пореског поретка. У питању су политички осетљива питања која се тичу фискалног суверенитета преко 200 држава и јурисдикција, од којих неке неће бити спремне да приступе Конвенцији која само флексибилно модификује, али задржава обухваћене пореске споразуме. На то се наслања проблем избора међународног форума кроз који би се расправљало о глобалним пореским питањима и управљало њима на међувладиној основи. ОЕЦД се, наравно, намеће као очигледно решење, али не треба изгубити из вида да та организација обухвата само 34 државе чланице, па не може имати пун легитимитет, чак ни подржана од стране Г20 и уз партиципацију једног броја држава које не припадају тим групацијама. Развијене државе не би прихватиле да улогу тог међународног форума имају УН, не желећи да ризикују да буду прегласаване од земаља у развоју, тако да нам изгледа да је ера пуног пореског мултилатерализма ипак још прилично далеко.

### **Литература (References)**

*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (2013). Paris: OECD.

Arnold, B. J. (2016). *International Tax Primer*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

Bravo, N. (2016a). The Multilateral Tax Instrument and Its Relationship with Tax Treaties. *World Tax Journal*. 8 (3), 279–304.

Bravo, N. (2016b). "The Proposal for a Multilateral Tax Instrument for Updating Tax Treaties". in M. Lang et al. (ed.). *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*. Vienna: Linde.

*Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties. Action Plan 15: Final Report* (2015). Paris: OECD.

Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. Доступно на <http://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>.

Guerra, J. C. (2011). Limitation on Benefits Clauses and EU Law. *European Taxation*. 51 (2/3), 85–96.

Gustafson, C. H. (2006). "Tax Treaties in the Americas: The United States Experience". in A. Amatucci (ed.). *International Tax Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer.

Kim, J.-h. (2015). A New Age of Multilateralism in International Taxation?. *Seoul Tax Law Review*. 21 (2). 227–278.

Knechtle, A. A. (1979). *Basic Problems in International Fiscal Law*. Deventer: Kluwer.

Loukota, H. (1997). "Multilateral Tax Treaty Versus Bilateral Treaty Network". in M. Lang et al. (ed.). *Multilateral Tax Treaties. New Developments in International Tax Law*. Vienna: Linde.

Лукић, М. (2008). Резерве и интерпретативне изјаве – појам и могућност њихове примене на Споразум о стабилизацији и придруживању. *Анали Правног факултета у Београду*. 56 (1). 211–231.

Maisto, G. Shall International Tax Planning Drop Dramatically by Virtue of BEPS? It Depends, Kluwer International Tax Blog. Доступно на <http://kluwertaxblog.com/2016/02/03/shall-international-tax-planning-drop-dramatically-by-virtue-of-beps-it-depends/>.

*Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective. Action Plan 14: 2015 Final Report* (2015). Paris: OECD.

Model Tax Convention on Income and on Capital (2014). Paris: OECD.

Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. Доступно на <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>.

Orow, N. (2005). Comparative Approaches to the Interpretation of Double Tax Conventions. *Adelaide Law Review*. 26 (1). 73–102.

Pires, M. (1990). *International Juridical Double Taxation of Income*. Deventer: Kluwer.

Поповић, Д. (1997). *Наука о порезима и пореско право*. Београд: Савремена администрација.

Поповић, Д. (2016). *Пореско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Silberztein, С., J.-В. Tristram (2016). OECD: Multilateral Instrument to Implement BEPS. *International Transfer Pricing Journal*. 23 (5). 347–353.

**Dejan Popović, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Belgrade,*

**Gordana Ilić-Popov, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Belgrade*

## **THE IMPORTANCE AND EFFECTS OF BEPS MULTILATERAL CONVENTION IN INTERNATIONAL TAX LAW**

### **Summary**

*The Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting is a result of the BEPS project carried out by the OECD and G20. The object and purpose of the BEPS Multilateral Convention is swift and consistent implementation of the agreed solutions aimed at preventing tax evasion or avoidance via modifications of the existing bilateral tax treaties, while providing for a high level of flexibility in the implementation. Signed on 7 June 2017, the Convention encompasses provisions on hybrid mismatches, treaty abuse, avoidance of permanent establishment status, improving dispute resolution and arbitration. The first four groups of norms have a bilateral impact on the relations between contracting jurisdictions regulated by their covered tax agreements; the effect of the optional provisions on arbitration is multilateral. The Convention contains two minimum standards each party is required to include in its covered tax agreements in an offered manner. The first one refers to the prevention of treaty shopping arrangements, while the second one concerns improvements in the dispute resolution. The flexibility is assured by granting each party the right to specify the tax treaties to which the Convention applies, to opt out of a wide range of provisions (apart from the minimum standards) set out in the Convention as eligible for reservations, as well as to select an offered alternative. Serbia's position vis-à-vis the given choices has been elaborated. Serbia specified all its tax treaties as the "covered tax agreements" but Germany, Switzerland and Sweden did not do the same with their respective treaties with Serbia. Serbia opted out of five articles of the Convention. While not contesting its importance, one may conclude that the Convention does not represent an announcement of a new multilateral tax order but rather a multilateral agreement of a number of states motivated by practical considerations.*

**Keywords:** *BEPS, bilateral tax treaties, compatibility clause, double taxation, international tax law, multilateral convention, tax planning.*





**Др Цвјетана Цвјетковић,\***

Асистент са докторатом

Правни факултет, Универзитет у Новом Саду

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrpfni1775033C

UDK: 336.221:351.777.61](4-672EU)

Рађ примљен: 24.05.2017.

Рађ прихваћен: 21.06.2017.

## **УЛОГА ПОРЕЗА У УПРАВЉАЊУ ОТПАДОМ У ДРЖАВАМА ЧЛАНИЦАМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

**Апстракт:** У раду се разматрају најважнији порески облици који се примењују у државама чланицама Европске уније како би се стало на пут све већем стварању отпада. Ту се, пре свега, мисли на порез на одлагање отпада, порез на спаљивање отпада и порезе на амбалажу. Циљ рада је да се кроз анализу ових пореских облика утврди да ли су подесан инструмент за смањивање количине произведеног отпада и подстицање његове прераде.

**Кључне речи:** порез на одлагање отпада; порез на спаљивање отпада, порез на амбалажу; порез на пластичне кесе; „пикник“ порез.

### **1. Увод**

Једна од последица потрошачке грознице, која је својствена за савремена друштва, јесте и прекомерно стварање отпада. Према подацима из 2014. године у чланицама Уније створено је око 2,5 милијарди тона отпада. Ако се има у виду количина отпада по глави становника, убедљиво, на првом месту је Бугарска (око 25.000 kg), а на последњем Хрватска (око 1.200 kg).<sup>1</sup> Уочена је и тенденција пораста количине отпада, па се према неким проценама очекује да ће до 2020. године количина произведеног отпада бити за 45% већа у односу на ниво из 1995. године (Shinn, 2005: 79).

Одлагање отпада на депоније узрокује еколошке проблеме, јер су оне значајан емитент гасова који изазивају ефекат стаклене баште. Штетне материје из депонија, међутим, не доспевају само у ваздух, него и у воду и земљиште, узрокујући њихово загађење. На тај начин посредно улазе и у ланац исхране људи и животиња. Посебан проблем, ако се на адекватан

\* ccvjetkovic@pf.uns.ac.rs.

<sup>1</sup> Waste Statistics. Преузето 8.2.2017.

[http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Waste\\_statistics](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Waste_statistics).

начин претходно не третирају, представљају специфичне врсте отпада, као што су пластика, батерије, електронски и електрични уређаји (Shinn, 2005: 81–83).

Ни спаљивање отпада, као алтернатива одлагању, није лишено недостатака, и то због доспевања загађујућих материја у ваздух које се ослобађају приликом његовог сагоревања.

У највећем броју случајева одлагање отпада је профитабилније у односу на његову прераду. Дакле, због тога што се отпад третира као јефтин „артикал“, производе се његове прекомерне количине, и то кроз неефикасан процес производње, кратак животни век производа и прекомерне обрасце потрошње (Giblin, 2002: 5).

## 2. Економски инструменти у политици управљања отпадом

Животна средина је јавно добро које, услед раста становништва и повећаног коришћења технологија, постаје све више угрожено, те се интервенција државе у овој области намеће као неминовност. Инструменти које савремене државе примењују у политици заштите животне средине се могу поделити на административне (различите забране и ограничења), друштвене (промовисање заштите животне средине, подизање еколошке свести, итд.) и економске.

У финансијској литератури не постоји сагласност у погледу тога шта све спада у економске инструменте заштите животне средине. Тако, срећу се становишта да се ту сврставају: порези и накнаде, дозволе за загађивање животне средине, уклањање тржишних баријера и субвенција које промовишу економски неефикасно понашање, као и оно које није „пријатељски настројено“ према животној средини (Stavins, Whitehead, 1992: 192). Постоје и гледишта да се у економске инструменте сврставају: еколошки порези, субвенције, систем повраћаја депозита (енг. *deposit refund system*), преносиве дозволе, таксе за непоштовање еколошких стандарда и еколошких пореза, као и административне таксе (Илић-Попов, 2000: 212–218). Често се наведеним економским инструментима додају још и тзв. гаранције извршења (енг. *performance bonds*), одштете (енг. *liability payments*), као и различити видови одговорности произвођача (OECD, 1999: 15–49).

У области управљања отпадом од економских инструмената најчешће се примењују различити видови одговорности произвођача за специфичне врсте отпада (нпр. електрични и електронски уређаји), систем повраћаја депозита, као и порези и накнаде. Одговорност произвођача подразумева

њихову обавезу да обезбеде подршку различитим видовима рециклирања, односно њихову обавезу да узму од потрошача одређене производе чији је век трајња истекао, како би се поново употребили, рециклирали или одложили уз поштовање еколошких стандарда (Watkins *et al.*, 2012: 101, 125), док је за систем повраћаја депозита својствено да се уводи обавеза плаћања додатне накнаде (депозита) на производе који су еколошки неподобни, с тим да се у случају испуњења одређених услова, односно уколико загађивање бива избегнуто, плаћени депозит враћа (Илић-Попов, 2000: 215). За еколошке порезе својствена је интернализација екстерних трошкова који настају као последица угрожавања животне средине, односно повећање трошкова производње или активности које нису пријатељски настројене према животној средини (Publications Office of the European Union, 2013: 18). Што се тиче накнада, иако линију разграничења са порезима није увек једноставно повући, основне разлике се огледају у томе да су накнаде, првенствено, наменски јавни приход, да се њихова висина одређује у еквивалентном износу према трошковима одржавања и унапређивања употребних својстава добара која се користе, да их плаћају само одређене категорије обвезника, да нису приход буџета, итд. (Цвјетковић, 2014: 387–389).

Порези који се примењују у области управљања отпадом су еколошки порези, која год њихова дефиниција да се прихвати. Наиме, опорезивањем отпада повећава се цена његовог одлагања, а све како би што мања количина отпада завршила на депонијама, односно како би се највећи његов део претворио у секундарне сировине, компостирао или употребио као извор енергије (Bartelings *et al.*, 2005: 4).

Еколошким порезима се реализује принцип – загађивач плаћа. Но, у случају отпада може се поставити питање ко је загађивач, односно да ли је то потрошач, субјект који производи или пакује производ. Није једноставно одговорити на ово питање. Неки аутори попут Годарда (Goddard) сматрају да је најоптималније да у улози обвезника буде оно лице које је у најбољој позицији да контролише правац кретања (прилив) отпада. У том смислу постоје препоруке да то треба да буде потрошач, јер руководећи се ценом располагања, донеће одлуку о томе колико ће отпада одложити на депоније, а колико рециклирати, поново употребити и сл. (Bartelings *et al.*, 2005: 4).

Основни извор којим се на нивоу Уније успоставља оквир за управљање отпадом је тзв. Директива о отпаду,<sup>2</sup> која се дотиче и економских

---

2 Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on Waste and Repealing Certain Directives, *Official Journal of the European Union* L 312 of 22 November 2008.

инструмената, с тим да не садржи одредбе о обавези њиховог увођења, већ је то, у складу са принципом субвенционости, препуштено самим чланицама. Тако, Директива о отпаду уводи принцип загађивач плаћа тј. прописује да трошкове управљања отпадом треба да понесу изворни произвођачи или тренутни или претходни држаоци отпада. У контексту економских инструмената од значаја је и принцип проширене одговорности произвођача, који може обухватати обавезу прихватања враћања производа или отпада који преостане након њихове употребе, као и накнадно управљање отпадом и финансијску одговорност за те активности за сва лица која професионално развијају, производе, прерађују, обрађују, продају или увозе производе. Важно је нагласити да Директива о отпаду подстиче и примену хијерархије управљања отпадом. Реч је о томе да чланице треба да дају приоритет превенцији, а уколико отпад већ настане, припреми за поновну употребу, рециклирању и другим поступцима поновног искоришћења (нпр. у циљу добијања енергије). Дакле, на последњем месту треба да буде његово одлагање. Иако је успостављена хијерархија опционог карактера у њеној имплементацији су најдаље одмакле државе северне Европе (Williams, 2015: 1–2).

На нивоу Уније усвојена је и Директива о спаљивању отпада,<sup>3</sup> чији је циљ да спречи или ограничи негативне утицаје спаљивања и суспаљивања отпада на животну средину и по здравље људи. Како би се остварили наведени циљеви прописани су различити механизми (нпр. прописивање одговарајућих услова за рад, прописивање граничних вредности емисије постројењима за спаљивање отпада), али не и економски инструменти.

Иако нису обавезане регулативом Уније, поједине чланице су се определиле, да у циљу повећања трошкова одлагања отпада, уведу порезе као што су порез на одлагање отпада, порез на спаљивање отпада, порез на амбалажу у коју се пакују различити производи, порез на пластичне кесе и порез на једнократни прибор за јело (Adolf, Röhrig, 2016: 28). Дакле, у категорију пореза који служе као инструмент управљања отпадом сврставају се и посебни порези на производе који по својој природи стварају повећан отпад (Илић-Попов, 2000: 182), односно порези на производе чије збрињавање по протеклу века трајања негативно делује на животну средину.

---

3 Directive 200/76/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2000 on the Incineration of Waste, *Official Journal of the European Communities* L 332/91 of 28 December 2000.

## 2.1. Порез на одлагање отпада

Порез на одлагање отпада (енг. *landfill tax*) има за циљ да стимулише обвезнике да се окрену ка различитим видовима рециклирања отпада. Да би се то постигло, његове стопе треба да буду довољно високе, а све како би алтернативе одлагању отпада биле економски исплативије за обвезнике.

По правилу, у улози обвезника овог пореза јављају се они субјекти који у оквиру обављања своје делатности одлажу отпад на депоније (енг. *landfill site operators*), тј. субјекти који имају одговарајуће дозволе за одлагање отпада на депоније. Такво решење присутно је, примера ради, у УК, Француској, Пољској, Летонији и Ирској (Fischer *et al.*, 2012: 41, 45, 65, 70, 89). Међутим, у улози обвезника могу да буду и власници депонија, што је случај у Данској, Финској и Шведској (Bragadóttir *et al.*, 2014: 43, 61, 121).

Висина стопа овог пореза зависи од различитих фактора. Највећи број земаља, попут Аустрије, Естоније, Италије, Летоније, Холандије, Португала, Словеније и УК, прописује различите стопе у зависности од врсте отпада (Fischer *et al.*, 2012: 3, 34, 51, 55, 58, 70, 73). Примера ради, у УК стандардна стопа у износу од 84, 4 £/t се примењује на активан отпад (нпр. пластику), а на мање загађујући, неактиван, отпад (нпр. грађевински) 2, 65 £/t. У Словенији је диференциран порески третман предвиђен чак и за различите категорије активног отпада, у смислу да се прави разлика између опасног и неопасног отпада и степена њихове биоразградивости (Fischer *et al.*, 2012: 73). Диференцирање пореских стопа у зависности од врсте отпада је потпуно оправдано, јер њихово збрињавање проузрокује различите трошкове (Bartelings *et al.*, 2005: 5). Поједине земље приликом одређивања висине стопа, поред врсте отпада, воде рачуна и о неким другим факторима. Примера ради, у Аустрији висина стопе зависи и од техничких карактеристика депонија, па се знатно нижи износи пореза плаћају ако се отпад одлаже на депоније које примењују врхунске технологије обраде отпада (Fischer *et al.*, 2012: 13). С друге стране, изузетак, у смислу да је истоветан порески третман предвиђен за све врсте отпада, јесте Шведска (Fischer *et al.*, 2012: 82).

Што се тиче пореских олакшица, срећу се различита решења. Тако, од опорезивања може да буде изузет радиоактиван отпад (нпр. у Аустрији и Шведској), отпад настао као последица природних катастрофа (нпр. у Аустрији), опасан отпад (нпр. у Бугарској и Финској), пепео настао спаљивањем отпада (Португал, Аустрија), муљ<sup>4</sup> извађен из речних токова

---

4 У Холандији је 2002. године уведен порез на муљ извађен из водених путева. Циљ је био да се спречи одлагање муља на депоније, тј. да се подстакне његова поновна употреба и други начини обраде. Муљ у коме је удео песка био мањи од 60% (скоро 90%

(Шведска, УК), итд. (Fischer *et al.*, 2012: 13, 24, 70, 82, 89; European Environment Agency, 2005: 73). Пореске олакшице се могу јавити и у облику пореског кредита. Тако, у УК прописан је порески кредит, и то у износу од 20% пореске обавезе, у случајевима када обвезници изврше донације у еколошке сврхе, кроз одговарајући систем (Giblin, 2002: 6).

Када је у питању висина пореског оптерећења, оно је најниже у Бугарској (1.53 €/t), а највише у Француској (150 €/t).<sup>5</sup> Неке од земаља које се налазе на средини у погледу висине пореског оптерећења (око 63 €/t, односно 50 €/t) јесу Данска и Финска (Hennlock *et al.*, 2014: 35, 38).

Што се тиче употребе прихода од овог пореза, у појединим земљама прикупљена средства се сливају у буџет централне (нпр. у Данској и Шведској), односно локалних власти (нпр. у Шпанији и Шведској), док се у другима (нпр. у Аустрији) користе за финансирање еколошких пројеката (нпр. чишћење, тј. одржавање депонија), или неке друге намене (нпр. у УК се користе не само за еколошке сврхе, него и за смањење доприноса које плаћају послодавци) (European Environment Agency<sup>2005: 63</sup>).

Ако се имају у виду циљеви овог пореза (смањење количине отпада на депонијама и повећање обима рециклирања), поједина истраживања су показала да су у највећем броју земаља ови циљеви остварени, с тим да постоје и земље у којима су његови еколошки дometи прилично скромни. Тако, у Словенији је након његовог увођења дошло до благог пораста поновне употребе отпада, али је његова количина на депонијама остала мање-више иста. Ни у Француској није довео до значајаног повећања рециклирања, јер је константан пораст био забележен и пре његовог увођења, односно повећања стопа (European Environment Agency, 2014: 14). У Италији је, такође, дејство пореза на одлагање отпада ограничено, првенствено из разлога што су стопе ниске (European Environment Agency 2013a: 14).<sup>6</sup> С друге стране, у категорији земаља у којима је имплементација овог пореза била успешна налазе се, примера ради, Холандија, Данска, Шведска и УК. Тако, у УК се количина отпада која завршава на депонијама

---

загађеног муља је такво) није био подвргнут порезу, због непостојања алтернативних начина одлагања. Овај порез је укинут због неефикасности. Подршка је била минимална, а и сам порез је било тешко имплементирати. Осим тога, стопа није била довољно висока да стимулише даљу прераду муља. Његови критичари су истицали да ствара подстицај да се загађени муљ не вади из водених токова. Отуда је замењен административним инструментом, тј. прописивањем минималних стандарда у погледу његове обраде.

5 *Landfill Taxes & Bans*. Преузето 1.2.2017.

[http://cewep.eu/media/cewep.eu/org/med\\_557/1200\\_2014-02-06\\_cewep\\_-\\_landfill\\_inctaxesbans.pdf](http://cewep.eu/media/cewep.eu/org/med_557/1200_2014-02-06_cewep_-_landfill_inctaxesbans.pdf).

6 Стопа се разликује од региона до региона и креће се у распону од 14-18 евра по тони.

готово преполовила у првих 12 година његове примене, док је у Шведској, током првих шест година примене, за око 13% умањена количина отпада која завршава на депонијама и за око 4,5% повећан обим рециклаже. У Аустрији је овај порез, у периоду од 2003. до 2010. године, у садејству са порезом на спаљивање отпада, допринео смањењу количине одложеног отпада за око 28%. Такође, допринео је и модернизацији депонија (Fischer *et al.*, 2012: 91, 76, 56, 53, 43, 39, 27, 14). Један од показатеља његове успешности у Аустрији је и чињеница да су приходи од овог пореза опали, упркос томе што је дошло до повећања његових стопа (European Environment Agency, 2013b: 13–14). Дакле, искустава са порезом на одлагање отпада се разликују од земље до земље.

Поједина истраживања доводе у питање подстицајну улогу пореза на одлагање отпада, тј. у њима се истиче да на обим рециклирања више утичу вредносни ставови појединаца, агресивни програми рециклирања, као и њихова доступност и једноставна изводљивост (Bartelings *et al.*, 2005: 6, 14).

О утицају овог пореза на повећање илегалног одлагања отпада не постоји јединствено становиште. Тако, у појединим спроведеним студијама је истакнуто да нема доказа да овај порез повећава количину отпада на „дивљим“ депонијама, док је у другима истакнуто да је смањење количине отпада на депонијама, које се често приписује овом порезу, у ствари, резултат повећаног обима илегалног одлагања отпада (Bartelings *et al.*, 2005: 5). Отуда поједини аутори тврде да би, због високих друштвених трошкова уклањања отпада са илегалних депонија, било боље њихово одсуство из пореских система (Nagy, 2013; 519).

## **2.2. Порез на спаљивање отпада**

Порез на спаљивање отпада (енг. *incineration tax*) је знатно мање распрострањен од пореза на одлагање отпада. Штавише, и оне земље које су га имале у својим пореским системима, укинуле су га, углавном због незадовољавајућих перформанси (Шведска, Норвешка), али и из неких других разлога<sup>7</sup> (Hennlock *et al.*, 2014: 35; Bragadóttir *et al.*, 2014: 122).

Имајући у виду да се и приликом спаљивања отпада емитују штетне материје, циљ овог пореза је, по правилу, повећање обима рециклаже и смањење емисије угљен-диоксида, али и повећање когенерације, тј. истовремене производње електричне енергије и топлоте. Његова висина,

---

<sup>7</sup> Примера ради, порез на спаљивање отпада је у Данској постојао све до 2009. године, када је замењен порезом заснованим на енергетском садржају отпада, тј. порезом на енергенте, чија је основица специфична и изражава се у GJ. Идеја је била да се обезбеди једнак порески третман отпада који се спаљује и фосилних горива за грејање.

по правилу, зависи од количине спаљеног отпада или садржаја угљеника, с тим да се може водити рачуна и о количини произведене електричне енергије која настане спаљивањем отпада, као што је својевремено био случај у Шведској (Bragadóttir *et al.*, 2014: 121–122). По правилу, његове стопе су ниже од стопа пореза на одлагање отпада,<sup>8</sup> па обвезници имају подстицај да отпад спаљују уместо да га одлажу на депоније (European Environment Agency, 2013b: 13–14). Порез на спаљивање отпада среће се и у пореским системима Француске, као и у појединим деловима Шпаније и Белгије. Тако, у Француској стандардна стопа износи 15 €/t, с тим да постоје пореске олакшице (њих ужива око 90% обвезника) у случајевима енергетски ефикасног спаљивања, као и у случајевима када се спаљивањем отпада добија енергија (European Environment Agency, 2014: 14). Пореске олакшице у ситуацијама када се спаљивањем отпада добија енергија срећу се и у Белгији, тј. у Валонији и Фландрији (European Environment Agency, 2013c: 36–37).

Што се тиче података о ефектима овог пореза, иако су релативно скромни (Hennlock *et al.*, 2014: 35, 50), они указују на то да се чак и оне земље које га нису укинуле не могу похвалити његовим добрим еколошким перформансама. Тако, сматра се да у Француској није допринео већем степену рециклирања (European Environment Agency, 2014: 14), а да у белгијским регионима није утицао на смањење спаљивања отпада (European Environment Agency, 2013c: 36–37). Томе су, свакако, допринеле и релативно ниске пореске стопе (European Environment Agency, 2013b: 13; European Environment Agency, 2013c: 17, 36).

### 2.3. Порези на амбалажу

Коришћење амбалаже проузрокује еколошке проблеме. Они се везују за сам процес њихове производње (због емисије угљен-диоксида и коришћења оскудних ресурса), али и за њено збрињавање по окончању употребе. Збрињавање амбалажног отпада захтева примену одређених мера, између осталих и економских инструмената. У државама чланицама Уније у употреби су најчешће: проширена одговорност произвођача, систем повраћаја депозита и порези на амбалажу (Kjær *et al.*, 2012: 8).

Порез на амбалажу тренутно се примењују у веома малом броју чланица.<sup>9</sup> Финска и Данска су државе које су на веома сличан начин конципирале овај порез, тј. у њима је његово плаћање повезано са системом повраћаја

8 Примера ради, у Аустрији износи 8 €/t, наспрам 30 €/t, колико је стопа пореза на одлагање отпада.

9 Неке од њих, попут Холандије и Шведске, недавно су га укинуле.



депозита, и то тако да се у Финској наплаћује само на амбалажу за пиће која није у овом систему (0,51 €/l), а у Данској су пореске стопе ниже (DKK 0,05-0,64 наспрам стандардне стопе DKK 0,13-1,60) ако је амбалажа обухваћена системом повраћаја депозита (Hennlock *et al.*, 2014: 35, 38). Произвођачи и увозници у обе земље плаћају одговарајућу накнаду за чланство у систему повраћаја депозита,<sup>10</sup> с тим да у Данској од воље обвезника не зависи да ли ће бити у овом систему, већ то зависи од врсте амбалаже, тј. амбалажа за одређена пића (нпр. за воћне сирупе, жестока алкохолна пића) није обухваћена повраћајем депозита.<sup>11</sup> На сличан начин конципиран је и у Естонији и Литванији, тј. порез на амбалажу не плаћају они произвођачи и увозници који су укључени у PRO схеме,<sup>12</sup> што умањује његов еколошки домет (Hogg *et al.*, 2014: 124, 203).

Упоредноправна анализа је показала да се порез на амбалажу примењује под рестриктивним условима, тј. да је постављен тако да буде подстицај произвођачима и увозницима да се укључе у системе поновне употребе и рециклаже амбалаже. Имајући у виду оскудне ресурсе који се користе приликом њихове производње, с једне стране, и њихов велики рециклажни потенцијал,<sup>13</sup> с друге стране, такво решење је оправдано.

### 2.3.1. Порези на пластичне кесе

Неке државе чланице Уније су се определиле да, уместо пореза на сву амбалажу, опорезивању подвргну само одређене типове амбалаже, попут пластичних кеса, једнократног прибора за јело и сл.

---

10 *Waste Taxes and Charges*. Преузето 1.2.2017. [http://www.ymparisto.fi/enUS/Consumption\\_and\\_production/Waste\\_and\\_waste\\_management/Waste\\_charges\\_and\\_taxes](http://www.ymparisto.fi/enUS/Consumption_and_production/Waste_and_waste_management/Waste_charges_and_taxes).

11 *Packaging Waste Legislation in Denmark*. Преузето 2.2.2017. <http://www.pro-e.org/Denmark>.

12 PACKAGING RECOVERY ORGANISATION EUROPE је европска организација за поновну употребу и рециклирање амбалаже и амбалажног отпада, која је главни издавалац трговачке ознаке „Green Dot”. Она означава начин финансирања, тј. подразумева да је за такву амбалажу плаћен одређени новчани износ одговарајућој националној организацији за поновну употребу амбалажног отпада, која је основана у складу са Директивом о амбалажи и амбалажном отпаду. *PRO Europe*. Преузето 31.1.2017. <http://www.pro-e.org/Overview.html>.

13 Примера ради, алуминијумске конзерве су одличан материјал за рециклирање, јер 100% прикупљених конзерви може да буде искоришћено за производњу нових, а и процес њиховог рециклирања може да буде понављан скоро унедоглед. Слично важи и за стаклене и пластичне боце. *Different Types of Beverage Packages*. Преузето 31.1.2017. <https://www.palpa.fi/beverage-container-recycling/beverage-container-types/>.

Пластичне кесе, несумњиво, спадају у производе који нису пријатељски настројени према животној средини. Оне свој животни век не завршавају само на депонијама, него и у природи, па тако, неретко, кроз земљиште и воду, улазе у ланац исхране (Bio Intelligence Service, 2011: 25–26, 32). Представљају еколошки проблем, јер да би се разградиле у природи неопходно је да прође неколико векова. Често се виде као симбол потрошачког друштва, јер се због ниске цене производње углавном бесплатно дистрибуишу на продајним местима, па се, самим тим, користе у прекомерним количинама, и то најчешће само једном.

Пластичне кесе представљају озбиљан проблем и у Европској унији. Према неким проценама у 2010. години око 99 милијарди пластичних кеса је стављено на тржиште, што значи око 200 пластичних кеса по становнику Уније (European Parliamentary Research Service, 2014: 1–2).<sup>14</sup> Имајући у виду да се пластичне кесе са дебљином мањом од 50 микрона (лагане пластичне кесе), знатно ређе поново употребљавају, па, самим тим, брже постају отпад, на нивоу Уније усвојена је одговарајућа директива која за циљ има смањење њихове потрошње.<sup>15</sup> Иако информисање потрошача о штетности пластичних кеса по животну средину има кључну улогу у постизању наведеног циља, државе чланице треба да предузимају и друге мере, па и економске инструменате. Које год мере да се примењују, битно је да државе чланице остваре барем један од следећих циљева: а) ниво годишње потрошње од 31. 12. 2019. године не сме да премаши 90 пластичних кеса по особи, а од 31. 12. 2025. године 40 кеса по особи;<sup>16</sup> б) пластичне кесе од 31. 12. 2018. године не смеју бити бесплатне на продајним местима, осим ако се предузму једнако делотворни инструменти.

Пристипи држава чланица Уније у погледу смањења употребе пластичних кеса су различити. Неке од њих, попут Данске, Француске, Ирске, Бугарске и Енглеске су увеле посебне порезе, друге, попут Чешке и Естоније, их опорезују порезом на амбалажу, док се у појединим, попут Немачке, Холандије и Мађарске, наплаћују кесе, иако за то не постоји законска обавеза (Kasidoni, Moustakes, Malamis, 2015: 419–420).

---

14 Потрошња пластичних кеса у самим чланицама се разликује и креће се од 20 кеса по становнику у Луксембургу, до чак 400 кеса по становнику у Бугарској.

15 Directive (EU) 2015/720 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 amending Directive 94/62/EC as regards Reducing the Consumption of Lightweight Plastic Carrier Bags, *Official Journal of the European Union* L 115 of 6 May 2015 – Директива 2015/720.

16 Државе чланице из опсега примене мера могу да искључе „врло лагане пластичне кесе“, чија је дебљина мања од 15 микрона, које су потребне због хигијенских разлога или које служе као примарана амбалажа.

У улози обвезника пореза на пластичне кесе може да буде трговац на велико (Белгија) или произвођач (Ирска и Румунија). У појединим земљама попут Белгије и Румуније биоразградиве кесе су искључене из обухвата овог пореза, док, примера ради, у Ирској нису. Висина пореза у Белгији и Данској се креће у распону од 1-10 центи по кеси (у зависности од њене тежине), у Румунији износи 4 цента, а у Ирској чак 22 цента по кеси (European Regional Development Fund, 2011a: 1-14; European Regional Development Fund, 2011b: 1-14; European Regional Development Fund, 2011c: 1-9; Danish Ecological Council, 2016: 1-2; Convery, McDonnell, Ferreira, 2007: 3-4).

Што се тиче ефеката увођења овог пореза, истраживања су показала да се они разликују од земље до земље. Тако, након његовог увођења, употреба пластичних кеса у белгијским супермаркетима је драстично опала, док је мање успеха забележено у мањим радњама, пекарама, апотекама, бутицима и сл., где су оне и даље обезбеђиване бесплатно. Крајњи резултат је био да је захваљујући овом порезу у периоду од 2003. године до 2010. године дошло до смањења њихове употребе за 80%. Овај порез доживео је велики успех у погледу еколошких перформанси и у Ирској. Најбољи показатељ тога је чињеница да је пре његовог увођења сваки становник Ирске употребљавао 328 кеса годишње, а 2010. године свега 18 пластичних кеса. Један од разлога због којег је овај порез тако успешан у Ирској јесте и подршка јавности (Convery, McDonnell, Ferreira, 2007: 1-2). С друге стране, очекивани ефекти овог пореза су изостали у Румунији, тј. у њој није дошло до смањења њихове употребе након увођења пореза, већ напротив њихово коришћење је повећано, тако да је у 2009. години, првој години његове примене, продато 27 милиона пластичних кеса, а наредне године око 60 милиона (European Regional Development Fund, 2011c: 9).

### 2.3.2. „Пикник“ порез

Као врста пореза на амбалажу, у појединим пореским системима среће се и тзв. пикник порез, тј. порез који се плаћа на једнократни прибор за јело, пластичну и алуминијумску фолију. Једна од земаља која га има у свом пореском систему је и Белгија, у којој је након увођења овог пореза дошло до значајног повећања цене једнократног прибора за јело, пластичних и алуминијумских фолија, али не и до смањења њихове тражње. Као добра страна овог пореза, поред фискалног ефекта, наводи се и његов допринос подизању еколошке свести (European Regional Development Fund, 2011a: 1-14).

### 2.3.3. Остали порези на амбалажу

У појединим земљама, попут УК, предлагало се увођење посебног пореза на једнократне шоље за кафу. Као главни аргумент за то истицана је чињеница да је одвајање пластике од папира, од којих су направљене ове шоље, скоро немогуће, тако да су оне само изузетно предмет уобичајеног процеса рециклирања. На изненађење већег дела јавности, предлог о увођењу пореза чија би висина била 5 пенија по шољи за кафу није усвојен. С друге стране, противници увођења овог пореза сматрали су да је таква одлука очекивана, с обзиром на то да један број највећих ланаца (*Starbucks, Caffè Nero*) охрабрује понашање које је пријатељски настројено према животној средине, тј. одобрава попусте ако муштерије донесу своје шоље.<sup>17</sup>

Иако су подаци о фискалном значају пореза у области управљања отпадом у државама чланицама Уније прилично скромни, они указују на то да је реч о врсти најмање издашних еколошких пореза (Publications Office of the European Union, 2013: 12–13).<sup>18</sup> Порези у области управљања отпадом се, заједно са порезима на емитовање загађујућих материја у воду и ваздух, као и са порезима на буку, сврставају у посебну врсту еколошких пореза – порези на загађивање. У периоду 2000–2011. године, удео пореза на загађивање и пореза на природне ресурсе у укупним приходима од пореза и доприноса држава чланица Уније се кретао од 0,22% до 0,27% (Publications Office of the European Union, 2013: 36).

## 3. Закључак

Упоредноправна анализа је показала да је код пореза у области управљања отпадом њихова подстицајна улога доминантна, као и да они без одговарајућих система превенције и примене других економских инструмената не могу да дају задовољавајуће ефекте.

Еколошке перформансе пореза у области управљања отпадом се разликују од земље до земље. Успех њихове имплементације зависи од дејства већег броја фактора. Ако се имају у виду порези на спаљивање отпада и порези на одлагање отпада, важно је постојање адекватних алтернатива одлагању, односно спаљивању отпада. Несумњиво је да они не могу обезбедити задовољавајуће еколошке перформансе уколико нису праћени адекватним

---

17 *The British Government Just Rejected a Tax on Disposable Coffee Cups*. Преузето 1.2.2017. [https://munchies.vice.com/en\\_uk/articles/the-british-government-just-rejected-a-tax-on-disposable-coffee-cups](https://munchies.vice.com/en_uk/articles/the-british-government-just-rejected-a-tax-on-disposable-coffee-cups).

18 Према класификацији коју је спровео EUROSTAT, еколошки порези се деле у четири групе: порезе на енергенте, порезе у области саобраћаја, порезе на загађивање и порезе на природне ресурсе.

програмима рециклирања, тј. рециклирање би морало да буде доступно и лако изводљиво. Ако се имају у виду различити облици опорезивања амбалаже, поред програма рециклирања, неопходно је обезбедити и подршку кроз одговарајуће системе повраћаја депозита, односно упоредноправана анализа је показала да ове порезе треба схватити само као пратећи инструмент неких других економских инструмената. У раду се дошло до закључка да се незадовољавајуће еколошке перформансе пореза у области управљања отпадом могу приписати и недовољно високим пореским стопама, недовољно развијеној еколошкој свести и неприхваћености од стране обвезника. С обзиром на то да степен развитка еколошке свести зависи од социоекономских фактора, попут образовања и нивоа дохотка, јасно је да мање развијене земље не могу рачунати на то да ће ови порези допринети смањеној производњи отпада. Случајеви Бугарске и Румуније су најбољи пример за то.

### Литература

- Adolf, C., Röhrig, K. (2016). *Green Taxes as a Means of Financing the EU Budget: Policy Options*. Brussels: The Greens, European Free Alliance.
- Bartelings, H. et al. (2005). *Effectiveness of Landfill Taxation*, Amsterdam: Institute for Environmental Studies.
- Bio Intelligence Service. (2011). *Assessment of Impacts of Options to Reduce the Use of Single-Use Plastic Bags*. Final report Prepared for European Commission – DG Environment. Paris 2011.
- Bragadóttir, H. et al. (2014). *The Use of Economic Instruments in Nordic Environmental Policy*. Copenhagen: TemaNord.
- Giblin, W. (2002). *Landfill Levies and Other Ecological Truths*. Auckland: Waste Management Institute New Zealand.
- Danish Ecological Council. (2016). *Fact Sheet: Tax on Plastic Bags*. Copenhagen. *Different Types of Beverage Packages*. Преузето 31.1.2017.
- <https://www.palpa.fi/beverage-container-recycling/beverage-container-types/>.
- Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on Waste and Repealing Certain Directives, *Official Journal of the European Union* L 312 of 22 November 2008.

Directive 200/76/EC of the European Parliament and of the Council of 4 December 2000 on the Incineration of Waste, *Official Journal of the European Communities* L 332/91 of 28 December 2000.

Directive (EU) 2015/720 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2015 amending Directive 94/62/EC as regards Reducing the Consumption of Lightweight Plastic Carrier Bags, *Official Journal of the European Union* L 115 of 6 May 2015.

Directive 94/62/EC of the European Parliament and of the Council of 20 December 1994 on Packaging and Packaging Waste, *Official Journal of the European Communities* L 365 of 31 December 1994.

European Environment Agency. (2005). *Market-based instruments for environmental policy in Europe*. Copenhagen.

European Environment Agency. (2013a). *Municipal Waste Management in Italy*. Copenhagen.

European Environment Agency. (2013b). *Municipal Waste Management in Austria*. Copenhagen.

European Environment Agency. (2013c). *Municipal Waste Management in Belgium*. Copenhagen.

European Environment Agency. (2014). *Municipal Waste Management in France*. Copenhagen.

European Parliamentary Research Service. (2014). *Reducing the Use of Lightweight Plastic Carrier Bag*. Brussels.

European Regional Development Fund. (2011a). *Eco-taxation on Disposable Plastic Bags, Kitchen Utensils, Food Wrap & Aluminium Foil (Pic-nic tax) Belgium*. Brussels.

European Regional Development Fund. (2011b). *Levy on Plastic Bags in Ireland*. Brussels.

European Regional Development Fund. (2011c). *Eco-tax on plastic bags in Romania*. Brussels.

Илић-Попов, Г. (2000). *Еколошки порези*. Београд: Правни факултет у Београду.

Kasidoni, M., Moustakes, K., Malamis, D. (2015). The Existing Situation and Challenges regarding the Use of Plastic Bags in Europe. *Waste Management & Research*. 5 (33). 419–428.

Kjær, B. *et al.* (2012). *Effectiveness of Economic Instruments for Packaging*. Copenhagen: European Topic Centre on Sustainable Consumption and Production.

Nagy, Z. (2013). The Role of Environmental Taxation in Environmental Policy. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 3 (XLVII). 515–528.

OECD. (1999). *Economic Instruments for Pollution Control and Natural Resources Management in OECD Countries: A Survey*. Paris.

*Packaging Waste Legislation in Denmark*. Преузето 2.2.2017.

<http://www.pro-e.org/Denmark>.

PRO Europe. Преузето 31.1.2017.

<http://www.pro-e.org/Overview.html>.

Publications Office of the European Union. (2013). *Environmental Taxes – A Statistical Guide*. Luxembourg.

Shin, M. (2005). Waste. In Scheuer, S. (ed.). *EU Environmental Policy Handbook*. Brussels: European Environmental Bureau. 77–119.

Stavins, R., Whitehead, B. (1992). Pollution Charges for Environmental Protection: A Policy Link between Energy and Environment. *Annual Review of Energy and Environment*. 17. 187-210.

*The British Government Just Rejected a Tax on Disposable Coffee Cups*. Преузето 1.2.2017. [https://munchies.vice.com/en\\_uk/articles/the-british-government-just-rejected-a-tax-on-disposable-coffee-cups](https://munchies.vice.com/en_uk/articles/the-british-government-just-rejected-a-tax-on-disposable-coffee-cups).

Fischer, C. *et al.* (2012). *Overview of the Use of Landfill Taxes in Europe*. Copenhagen: European Topic Centre on Sustainable Consumption and Production.

Hennlock, M. *et al.* (2014). *Economic Policy Instruments for Plastic Waste – A review with Nordic Perspectives*. Copenhagen: TemaNord.

Hogg, D. *et al.* (2014). *Study on Environmental Fiscal Reform Potential in 12 EU Member States*. Final Report to DG Environment of the European Commission. Bristol: Eunomia Research & Consulting Ltd.

Цвјетковић, Ц. (2014). Еколошке накнаде као инструмент заштите животне средине. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 2 (XLVIII). 385–400.

Convery, F., McDonnell, S., Ferreira, S. (2007). The Most Popular Tax in Europe? Lessons from the Irish Plastic Bags Levy. *Environmental and Resources Economics*. 38. 1–11.

Williams, I. (2015). Forty Years of the Waste Hierarchy. *Waste Management*. 40. 1–2.

*Waste Statistics*. Преузето 8.2.2017.

[http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Waste\\_statistics](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Waste_statistics).

*Waste Taxes and Charges*. Преузето 1.2.2017.

[http://www.ymparisto.fi/enUS/Consumption\\_and\\_production/Waste\\_and\\_waste\\_management/Waste\\_charges\\_and\\_taxes](http://www.ymparisto.fi/enUS/Consumption_and_production/Waste_and_waste_management/Waste_charges_and_taxes).

Watkins, E. *et al.* (2012). *Use of Economic Instruments and Waste Management Performances*. Final Report. Brussels: European Commission.

***Cvjetana Cvjetković, LL.D.***

*Teaching Assistant,*

*Faculty of Law, University of Novi Sad*

## **THE ROLE OF TAXES IN WASTE MANAGEMENT IN THE EUROPEAN UNION MEMBER STATES**

### ***Summary***

*Excessive waste production is a serious ecological problem in the European Union member states. In order to solve that problem, the EU member states apply different forms of economic instruments, such as: deposit refund system, producer responsibility schemes for specific waste streams, taxes and charges. Taxes on waste provide an incentive to produce less waste and to recycle more by increasing the price of waste disposal. In the EU member states, the most important taxes in the field of waste management are the landfill tax, the incineration tax and different forms of the packaging tax. They cannot provide satisfactory effects without the application of preventive measures and other economic instruments; namely, their success in achieving environmental targets will depend on many factors, such as the existence of alternatives to landfill and incineration of waste, the existence of deposit refund system, the height of tax rates, the public support, the development of environmental awareness, etc.*

***Keywords:*** *landfill tax, incineration tax, packaging tax, tax on plastic bags, picnic tax.*



**Др Невена Петрушић,\***  
Редовна професорка Правног факултета,  
Универзитет у Нишу  
**Косана Бекер\***

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1775049P

UDK: 347.191:342.72/.73

Рад примљен: 19.06.2017.  
Рад прихваћен: 09.07.2017.

## **ДИСКРИМИНАЦИЈА ПРАВНИХ ЛИЦА: ФЕНОМЕНОЛОШКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ И ПРАВНА ЗАШТИТА\*\***

**Апстракт:** У раду је анализирано право правних лица на недискриминацију и заштиту од дискриминације, у контексту општих начела људских права и специфичних карактеристика самог феномена дискриминације која се врши према правним лицима. У првом делу рада укратко је размотрен правни субјективитет правних лица и указано је на домете и лимите њихове заштите од дискриминације на домаћем и међународном нивоу. Други део рада посвећен је феноменолошким карактеристикама дискриминације правних лица. Посебна пажња посвећена је личним својствима на којима дискриминација правних лица може бити заснована. У том контексту размотрено је да ли правна лица могу бити дискриминисана само на основу личних својстава сопствене правне личности или и на основу личних својстава својих чланова.

**Кључне речи:** људска права, правна лица, дискриминација, правна заштита од дискриминације, лична својства.

### **1. Увод**

Савремени систем људских права заснован је на идеји о слободи, урођеном достојанству и неотуђивим правима која припадају свим људским бићима. На том основу изведено је начело једнакости и забрана дискриминације људи на основу њихових личних својстава, као што су националност, вера, пол, инвалидитет, родни идентитет, политичко уверење или било која друга лична особеност. Зато су начело једнакости и забрана

\* nevena@prafak.ni.ac.rs

\* kosana@beker.rs

\*\* Коауторски допринос Невене Петрушић резултат је рада на пројекту бр. 179046: Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

дискриминације<sup>1</sup> „две стране исте медаље“ и „срж целокупног концепта људских права“ (Пауновић, Кривокапић, Крстић, 2007: 137). Као људско право, једнакост има карактер „потпорног права“, јер је услов уживања других људских права, али је оно временом еманциповано и прерасло у самостално људско право – право на недискриминацију (Маринковић, 2012: 40).

Иако је идеја људских права тесно везана за појединце (физичка лица), они су упућени на заједницу у којој живе и многа права могу да остваре само у заједници са другима. Један израз тог заједништва јесте колективно уживање људских права, као и признавање колективних права појединим групама,<sup>2</sup> којима се чува њихов посебан идентитет, али која у крајњем служе правима припадника тих група. Друштвена природа људи подстиче их да се удружују и заједнички остварују циљеве које појединачно не би могли да остваре. Као један од правних модалитета тог удруживања настају правна лица – посебни ентитети који поседују сопствени правни субјективитет независан од субјективитета њихових чланова. У складу са принципом универзалности људских права, поједина права из корпуса људских права, она чија природа то допушта, уживају и правна лица (Петрушић et al., 2016: 34). Тако правним лицима, баш као и физичким, припада право на углед (пословну репутацију), право на имовину, право на приватност, право на удруживање и др.

Правна лица су титулари и права на недискриминацију. Суштина дискриминације огледа се у недозвољеном разликовању заснованом на неком личном својству, као што су раса, националност, пол, сексуална оријентација, инвалидитет и друге личне особености. Највећи број заштићених личних својства иманентан је људским бићима, па би дискриминација правних лица могла да изгледа бесмислено, с обзиром

---

1 О односу начела једнакости и забране дискриминације, шире: Маринковић, Т., Правна и суштинска једнакост – концептуална разграничења, у: Судска грађанскоправна заштита од дискриминације, (Невена Петрушић ур.), Београд, Повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија, 2012, стр. 41

2 Иако свако право има колективну димензију, колективна права су посебна категорија људских права. Ради се о правима трајног карактера, која су усмерена на очување идентитетских разлика између група. У литератури се наводи да колективна права претпостављају постојање групе [...] као јединственог корпоративног ентитета са одговарајућим моралним статусом који је „логички предуслов“ и претходи интересима и правима групе“ [...]. (Јовановић, 2008: 101). Мада колективна права истичу посебан идентитет групе, она у крајњем служе правима појединих припадника групе. Наиме, према доминантном либералном схватању, колективна права служе остваривању и очувању права појединаца, па зато не смеју бити оправдање за групу да на основу њих одлучује о правима појединаца (Fleck, 2001: 11).

на то да правна лица немају пол, националност, инвалидитет и друга лична својства. Због тога је потребно размотрити специфичности које се тичу самог феномена дискриминације јер оне утичу и на обим заштите од дискриминације ове категорије правних субјеката. У том контексту посебну пажњу заслужује питање која и чија лична својства могу бити основ за дискриминацију правних лица.

Преглед литературе у области антидискриминационог права показује да ова питања нису била предмет шире пажње и да специфичности које се јављају у погледу дискриминације и заштите од дискриминације правних лица нису у довољној мери истражена и теоријски елаборирана. Један од узрока слабог интересовања за ова питања лежи у чињеници да правна лица много ређе траже заштиту од дискриминације у односу на физичка лица,<sup>3</sup> а неким међународним форумима надлежним за разматрање случајева дискриминације уопште немају приступ. У настојању да постагнемо ширу научну и стручну расправу о специфичностима заштите правних лица од дискриминације, овај рад посветиле смо теоријским и практичним проблемима који извиру из специфичних карактеристика дискриминације правних лица. Циљ рада је да се евидентирају и сагледају основне феноменолошке карактеристике неједнаког третмана правних лица и укаже на изазове у пружању правне заштите у случајевима њихове дискриминације.<sup>4</sup>

## **2. Заштита правних лица од дискриминације**

### ***2.1. Правни субјективитет правних лица***

Правна лица су једна од правних форми удруживања људи ради остваривања циљева које појединачно не би могли да остваре. Иако постоје различите теоријске дефиниције правних лица,<sup>5</sup> опште је прихваћено да

3 Према подацима из годишњих извештаја Повереника за заштиту равноправности, проценат притужби које су овом независном телу поднела правна лица у просеку износи око 4% (1,3% у 2013. 8,7% у 2014. 2,5% у 2015. 5,4% у 2016. Годишњи извештаји Повереника. Retrieved 1. June 2017 from <http://ravnopravnost.gov.rs/izvestaji/>.

4 Имајући у виду циљ рада, предмет разматрања нису законска овлашћења организација које се баве заштитом људских права, односно права одређене групе лица, као и синдиката да покрећу поступке за заштиту од дискриминације појединаца и група лица. Наиме, организацијама, односно синдикатима је ово овлашћење признато не ради њихове сопствене заштите од дискриминације, већ заштите лица, односно група за чија се права залажу.

5 У правној теорији још увек нема сагласности о правној суштини правног лица. Присталице негаторске теорије одбацују појам правног лица, полазећи од става да су појединци (физичка лица) једини реални правни субјекти и да су правна лица само

су основни и заједнички елементи правних лица, без обзира на њихов организациони и својински облик, *организациона самосталност*, која подразумева да правно лице према трећим лицима иступа као посебан правни субјекат (спољна самосталност) и да је самостално у односу на своје осниваче и чланове (унутрашња самосталност), *имовинска самосталност* – поседовање посебне имовине различите од имовине оснивача и чланова, *циљ*, који мора бити у складу са законом и моралом друштвене заједнице, као и *признање правног субјективитета* од стране правног поретка ( Попов, 1997: 39–44).

Правна лица су посебне правне личности и имају своју самосталну правну егзистенцију, која је јасно раздвојена од правне егзистенције њихових оснивача и чланова, тако да воде свој „самосталан правни живот“ (Станковић, Водинелић, 1996: 72). Правни поредак признаје правни субјективитет различитим врстама правних лица,<sup>6</sup> при чему их подвргава и различитом правном режиму у погледу услова оснивања, делатности и др. Упркос разликама, свим правним лицима призната је правна и пословна способност, што им омогућава да ступају у приватноправне и јавноправне односе и стичу права и обавезе.

## **2.2. Право правних лица на недискриминацију: домети и лимити**

Данас је сасвим неспорно да су правна лица титулари људских права чија природа то допушта, иако сам термин „људска права“ асоцира на физичка лица као њихове „природне“ бенефицијаре. Сагласно принципу универзалности људских права, она припадају *свакоме*: појединцима (физичким лицима), социјалним групама, као и правним лицима. У пракси Европског суда за људска права (ЕСЉП) евидентан је тренд да се поједина права која се традиционално везују за физичка лица, признају и правним лицима. Тако је, нпр., ЕСЉП „динамичним тумачењем“ правних појмова садржаних у Европској конвенцији за заштиту људских права и слобода (ЕКЉП),<sup>7</sup> коју сматра „живим инструментом“, правним лицима признао многа права која се традиционално везују за појединце, као што је право

---

правна фикција. Теоретичари који признају реалност правних лица дају различита објашњења суштине правних лица (органска теорија, теорија правне реалности, теорија установе и др.). Шире, видети: (Ковачевић-Куштримовић, Лазић, 2008: 154–157; Станковић, Водинелић, 1996: 99–100; Попов, 1997: 36–39).

6 Привредна друштва, удружења, установе, задужбине, фондације, фондови и др., од којих су нека јавноправне природе, нека делују у домену приватног права, а нека су мештовитог карактера. О различитим врстама правних лица, детаљно: (Ковачевић-Куштримовић, Лазић, 148–154).

7 „Службени гласник СЦГ“, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр.

на поштовање приватног живота,<sup>8</sup> а у случају повреде права гарантованих конвенцијом досуђује правним лицима и накнаду нематеријалне штете.<sup>9</sup>

Као и физичка лица, и правна лица су титулари (људског) права на недискриминацију, које обавезује сваког и подразумева дужност државе да правним лицима обезбеди делотворну заштиту од дискриминације. Право на недискриминацију правних лица црпи свој смисао у разлозима због којих се правна лица оснивају. Удруживањем, појединци се саглашавају да посредством правног лица учествују у привредном, друштвеном или политичком животу. Иако тако створено правно лице ступа у правне односе независно од својих чланова, забраном његове дискриминације, право обезбеђује гаранције да ће правно лице бити у могућности да ефективно и под једнаким условима остварује своје циљеве. Сагласно томе, пружањем правне заштите правном лицу изложеном дискриминацији, пружа се заштита колективном интересу чланова правног лица, који би у противном остао незаштићен.

Нема никакве сумње да су у домаћем антидискриминационом праву правна лица титулари права на недискриминацију и да једнако као и физичка лица имају право на ефикасну заштиту од дискриминације. Принцип једнакости и недискриминације прокламован у чл. 21 Устава

---

8 У предмету *Case of Société Colas Est and others v. France*, представка бр. 37971/97, одлука од 16. 7. 2022. ЕСЉП заузео је став да израз „*domicile*“ који се користи за означавање дома у француској верзији текста члана 8 Европске конвенције има шире значење од енглеске речи „*home*“, те да обухвата и пословни простор. Зато, по схватању ЕСЉП, гаранције које пружа чл. 8 ЕКЉП у погледу поштовања приватног живота обухватају и „право на поштовање седишта, филијале и осталих просторија компаније“.

9 Суд је временом проширивао и примену одредбе чл. 41 ЕКЉП којом је прописано да суд може да одреди правично задовољење оштећеној странци због повреде неког права гарантованог конвенцијом или протоколима. Накнада материјалне штете досуђивана је правним лицима дуги низ година, док је накнада нематеријалне штете први пут досуђена 1999. године правном лицу (политичкој партији), као компензација због фрустрације коју су чланови и оснивачи партије претрпели као последицу кршења права на слободу удруживања (Видети: *Case of freedom and democracy party (ÖzdeP) v. Turkey*, представка бр. 23885/94) пресуда од 8. 12. 1999. Retrieved 1. June 2017 from ). Ово је био случај у којем је накнада нематеријалне штете досуђена правном лицу, али је основ за накнаду штете, у ствари, била штета коју су претрпела физичка лица, чланови и оснивачи правног лица. Међутим, недуго затим је суд је досудио накнаду нематеријалне штете правном лицу због повреде права на правично суђење из члана 6, став 1 ЕКЉП, а ова накнада штете досуђена је правном лицу, независно од чланова и/или оснивача (*Case of Comingersoll S.A. v. Portugal*, представка бр. 35382/97, пресуда од 6. 4. 2000. Retrieved 1. June 2017 from [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["696439"\],"itemid":\["001-58562"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)).

Републике Србије<sup>10</sup> односи се на све правне субјекте.<sup>11</sup> Сама садржина уставне норме о забрани дискриминације, у чијој су формулацији употребљени изрази „*сви*“, „*свако*“, недвосмислено упућује на закључак да је забрана дискриминације универзалне природе и да су титулари права на недискриминацију и физичка и правна лица, као и социјалне групе. Такав приступ има и Закон о забрани дискриминације, којим је у чл. 4 прописано: „*Сви су једнаки и уживају једнак положај и једнаку правну заштиту, без обзира на лична својства,*“ а у чл. 3 да „*Свако има право да га надлежни судови и други органи јавне власти Републике Србије ефикасно штите од свих облика дискриминације*“. Сам израз „*свако*“, односно „*лице*“ законски је прецизиран прописивањем да се њима означава онај „*ко борави на територији Републике Србије или на територији под њеном јурисдикцијом, без обзира на то да ли је држављанин Републике Србије, неке друге државе или је лице без држављанства*“, али и свако „*правно лице које је регистровано, односно обавља делатност на територији Републике Србије*“.

Сви механизми намењени заштити од дискриминације у унутрашњем праву доступни су и правним лицима, која могу покренути парницу за заштиту од дискриминације,<sup>12</sup> поднети притужбу Поверенику за заштиту од дискриминације,<sup>13</sup> као и пријаву због кривичних, односно прекршајних дела са елементом дискриминације,<sup>14</sup> а овлашћени су и на подношење уставне жалбе због дискриминације.<sup>15</sup>

10 „Сл. гласник РС“, бр. 98/2006. У чл. 21 под рубромом „забрана дискриминације“ прописано је да су пред Уставом и законом сви једнаки, да свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације, као и да је забрањена свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета.

11 Сама садржина уставне норме о забрани дискриминације, у чијој су формулацији употребљени изрази „*сви*“, „*свако*“, недвосмислено упућује на закључак да је забрана дискриминације универзалне природе и да су титулари права на недискриминацију и физичка и правна лица, као и социјалне групе.

12 У члану 41, ст. 1 ЗЗД прописано је да *свако* ко је повређен дискриминаторским поступањем има право да поднесе тужбу суду.

13 Према члану 35 ЗЗД, лице које сматра да је претрпело дискриминацију подноси Поверенику притужбу писмено или, изузетно, усмено у записник, без обавезе плаћања таксе или друге накнаде.

14 О кривичноправној и прекршајној заштити од дискриминације, видети: (Миладиновић: 2016: 144–171)

15 Према одредбама члана 83 Закона о Уставном суду („Сл. Гласник РС“, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – одлука УС, 103/2015 и 40/2015 – др. закон) право на изјављивање уставне жалбе признато је „*сваком*“, али из услова за изјављивање уставне жалбе

Када је реч о праву правних лица на недискриминацију и заштиту од дискриминације пред међународним форумима успостављеним међународним уговорима о људским правима, ситуација је различита.

Универзални међународни уговори о људским правима засновани су на индивидуалистичком концепту људских права, као природних и неотуђивих права појединаца, а сама забрана дискриминације има различиту природу. У неким међународним уговорима она је искључиво „потпорно право“ јер се односи само на она људска права и слободе које међународни уговор гарантује.<sup>16</sup> Међутим, већина УН уговора о људским правима гарантује право на недискриминацију и као самостално људско право које важи у погледу свих права која државе уговорнице признају правним субјектима.<sup>17</sup> Ипак, када је реч о подношењу индивидуалних представки уговорним телима због кршења права гарантованих међународним уговорима о људским правима, активна легитимација призната је појединцима, а не колективитетима. Тако представку Комитету за људска права, који је установљен Пактом о грађанским и политичким правима, могу упутити само лица која су жртве кршења права, тј. која су лично и директно погођена, при чему то у њихово име могу учинити и невладине организације. С обзиром на то да се правна лица не квалификују као титулари права које овај уговор гарантује,<sup>18</sup> не могу се јавити ни као

произлази да то мора бити лице коме је оспореним актом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода, тј. титулар људског или мањинског права и слободе зајамчене Уставом, односно лице о чијем се праву, обавези или на закону заснованом интересу оспореним актом одлучивало. Неспорно је да уставну жалбу могу изјавити физичка лица, правна лица, као и колективитети, ако су титулари Уставом гарантованих права и слобода (Шире: Симовић, 2012: 203–223). Иако се у процесном праву овлашћење на покретање поступка уобичајено назива процесном легитимацијом, у литератури се овлашћење на подношење уставне жалбе понекад назива и „жалбеном способношћу“ (Стојановић, 2016: 232). Овај израз није сасвим адекватан јер није реч ни о каквој посебној способности, већ правном овлашћењу.

16 Тако Пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966. године („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, 7/1971) у чл. 2, ст. 2 ограничава забрану дискриминације само на права која су њиме гарантована.

17 Пакт о грађанским и политичким правима из 1966. године садржи несамосталне (зависне) одредбе (енг. *dependent provision*) којима се забрањује дискриминација у погледу поштовања људских права зајамчених овим Пактом (чл. 2 и 3), али и самосталну (независну) одредбу (енг. *free-standing*) којом је прописана обавеза држава да законом забране дискриминацију у уживању свих права и обезбеде једнаку и ефикасну заштиту од дискриминације по основу било ког личног својства (чл. 26) (Раичевић, 2017: 25). Метод забране дискриминације путем самосталних и несамосталних одредби о забрани дискриминације примењен је и у другим међународним уговорима.

18 Такав став Комитет је експлицитно изразио у многим својим одлукама: *A newspaper publishing company v. Trinidad and Tobago*, Comm. 360/1989, par. 3.2 (company); HRC,

подносиоци представке (Van Kempen, 2010: 2–3). С друге стране, није допуштено ни апстрактно оспоравање правне норме, политике или праксе којима се крше права гарантована Пактом о грађанским и политичким правима (*actio popularis*) (Раичевић, 2016: 40). Зато правна лица немају приступ Комитету за људска права.

Европска конвенција о људским правима садржи несамосталну одредбу о забрани дискриминације у погледу уживања права и слобода који су њоме гарантовани (чл. 14),<sup>19</sup> а који могу припадати и физичким и правним лицима. Поље примене забране дискриминације проширено је Протоколом бр. 12, којим је дискриминација забрањена у погледу сваког права које закони државе уговорнице гарантују правним субјектима (чл. 1),<sup>20</sup> чиме је право на недискриминацију добило статус самосталног људског права. Када је реч о заштити људских права пред ЕСЉП, иако је чл. 34 ЕКЉП активна легитимација призната физичким лицима, невладиним организацијама и групама лица који тврде да су жртве повреде права зајемчених конвенцијом или протоколима уз њу, ЕСЉП је проширио појам невладиних организација на сва правна лица, осим оних која су носиоци јавноправних овлашћења.<sup>21</sup> Да би представка правног лица била прихватљива, поред општих услова за прихватљивост представке, правно лице, као и физичко лице, мора бити жртва кршења неког права гарантованог конвенцијом и њеним протоколима, односно мора бити директно погођено неком радњом или

---

View of 6 April 1983, *J. R. T. & the W. G. Party v. Canada*, Comm. 104/1981, par. 8(a) (political party); HRC, View of 9 April 1981, *Hartikainen v. Finland*, Comm. 40/1978, par. 3. Наведено према: (Van Kempen, 2010: 2).

19 Члан 14 гласи: „Уживање права и слобода предвиђених у овој конвенцији обезбеђује се без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, веза с неком националном мањином, имовно стање, рођење или други статус“.

20 Према пратећем објашњењу уз Протокол 12, заштита од дискриминације пружа се у случајевима дискриминације у погледу уживања било ког права гарантованог националним прописима, као и права које се може извести из јасне обавезе органа јавне власти према националном праву, тј. када је орган јавне власти према националном праву дужан да се понаша на одређени начин; у ситуацијама када јавна власт врши дискреционо овлашћење, као и приликом било ког другог деловања или неделовања органа јавне власти. Шире: (Krstić, Marinković, 2016: 101; Раичевић, 2016: 47–48).

21 У литератури се наводи да такав став ЕСЉП оправдава и енглеска верзија Конвенције „која предвиђа да Европски суд може примити, између осталог, индивидуалну представку од било ког лица (*from any person*), не прецизирајући да ли је оно физичко или правно“, иако „француски изворник Конвенције, с друге стране, изричито наводи да било које физичко лице (*toute personne physique*), поред невладиних организација и других група лица, има право подношења представке. Својом праксом Суд је синхронизовао обе званичне верзије Конвенције“ (Krstić, Marinković, 2016: 40).



пропуштањем, јер ни Европски суд за људска права не прихвата апстрактне представке (Krstić, Marinković, 2016: 41; Раичевић, 2016: 51).

У пракси ЕСЉП заштита правних лица од дискриминације установљена је у погледу остваривања одређених права цркава и верских заједница. У случајевима Католичке цркве у Грчкој и Румунији<sup>22</sup> суд је утврдио повреду члана 14 у вези са чланом 6 конвенције, због дискриминаторних препрека при остваривању права на приступ правди.<sup>23</sup> Такође, у случају Јеховиних сведока против Аустрије<sup>24</sup>, суд је утврдио повреду члана 14 у вези са чланом 9 конвенције, због дискриминације у вези са различитим пореским третманом цркава и верских заједница.<sup>25</sup>

У европском антидискриминационом праву нема посебних одредаба које се односе на правна лица, осим у Директиви 2000/43/ЕЗ о примени принципа једнаког третмана без обзира на расно или етничко порекло (тзв. Расна директива)<sup>26</sup>. Овом директивом се од држава чланица Европске уније захтева да успоставе судски и/или управни поступак којим ће се омогућити жртвама расне дискриминације да траже заштиту и задовољење (чл. 7, ст. 1), као и да обезбеде да удружења, организације и друга правна лица која имају правни интерес да државе поступају у складу са одредбама ове директиве, могу да покрену ове поступке у име подносиоца представке или као подршка подносиоцу представке, уз његову/њену сагласност (чл. 7, ст. 2)<sup>27</sup>. Иако је Расном директивом правним лицима омогућено подношење представке само у име одређене жртве дискриминације, имајући у виду да се захтева сагласност жртве, то не значи да државе не могу прописати

---

22 Case of Canea Catholic Church V. Greece, представка бр. 25528/94, пресуда од 16.12.1997 Retrieved 5. June 2017 from [23 Извештај о борби против дискриминације на основу религије, Парламентарна скупштина Савета Европе, документ бр. 12788 од 10. новембра 2011. године, Tudor Panțigu, известилац Комитета за правна питања и људска права, Retrieved 1. June 2017 from <https://www.strasbourgconsortium.org/content/blurp/files/Combating%20all%20forms%20of%20discrimination.pdf>.](http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&key=31838&portal=hbkm&source=external&table=285953B33D3AF94893DC49EF6600CEBD49;Affaire Paroisse Greco-Catholique Sâmbata Bihor c. Roumanie, представка бр. 48107/99, пресуда од 12. 4.2010 Retrieved 5. June 2017 from .</a></p></div><div data-bbox=)

24 Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria, представка бр. 40825/98, пресуда од 31. 7. 2008. Retrieved 1. June 2017 from [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["40825/98"\],"itemid":\["002-1986"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

25 Извештај о борби против дискриминације на основу религије, op.cit.

26 Директива о расној једнакости (2000/43/ЕЗ), Official Journal L 180, 19. 7. 2000.

27 Written comments of the Open Society Justice Initiative in the European Court of Human Rights Application No. 53461/15 – Kósa v. Hungary od 20. oktobra 2016. године, Retrieved 1. June 2017 from

повољније услове од оних прописаних директивом.<sup>28</sup> У том смислу, Суд правде ЕУ утврдио је да одредбе члана 7 Расне директиве нису препрека државама чланицама да омогуће организацијама да покрећу судске или управне поступке без услова да морају да поступају у име одређене особе или у случају немогућности проналажења особе која је жртва дискриминације.<sup>29</sup> У досадашњој својој пракси Суд правде ЕУ је у неколико случајева утврдио дискриминацију правних лица.<sup>30</sup>

### 3. Феноменологија дискриминације правних лица

Од самог настанка<sup>31</sup> па све до престанка, правна лица могу бити изложена разноврсним облицима непосредне и посредне дискриминације. Дискриминација правних лица обухвата широк спектар дискриминаторских активности, како у приватној, тако и у јавној сфери друштвених односа. Као и дискриминација која се врши према физичким лицима, и дискриминација правних лица огледа се у њиховом недозвољеном разликовању заснованом на неком личном својству, а може бити директна (непосредна) или индиректна (посредна).<sup>32</sup> Имајући у виду општи појам непосредне дискриминације,<sup>33</sup> до непосредне дискриминације правних лица долази када се према правном лицу неједнако (неповољније) поступа, због његових личних својстава, у односу на поступање према другом правном лицу у

---

28 *Ibid.*

29 *Ibid.* Case C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racisme bestrijding v. Firma Feryn VN*, [2008] ECR I-5187 од 10. јул 2008, пара. 27.

30 У предмету C-17/03 – *VEMW and Others (Vereniging voor Energie, Milieu en Water and Others v. Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie, ECLI:EU:C:2005:36* суд је утврдио да додела преференцијалног приступа прекограничној мрежи за пренос електричне енергије предузећу које је претходно имало монопол на тржишту, на основу уговора који су закључени пре либерализације тржишта представља дискриминацију забрањену Другом директивом о интерном тржишту струје. Retrieved 1. June 2017 from <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-17/03/> Такође, у предмету C-385/12 – *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (Hervis Sport- és Divatkereskedelmi Kft. v Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága, ECLI:EU:C:2014:47)* суд је заузео став да опорезивање које је неповољније за предузећа која су повезана у групу предузећа основаних у другој држави чланици, представља индиректну дискриминацију на основу седишта предузећа. Retrieved 1. June 2017 from <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=147342&doclang=EN>.

31 До дискриминације може да дође и приликом самог оснивања правног лица. Међутим, у том случају дискриминацији су изложени оснивачи, а не само правно лице.

32 Детаљно о непосредној и посредној дискриминацији: (Петрушић et al., 2016: 41–55); (Тасић, 2016: 29–34); (Павловић, 2012: 158–181).

33 Члан 6 ЗЗД.

аналогној ситуацији, које то својство нема (упоредник – *comparator*). Када је у питању посредна дискриминација<sup>34</sup> правних лица, до ње долази када неко неутрално правило, критеријум или пракса правно лице са одређеним личним својством ставља у неповољнији положај у односу на друго правно лице у аналогној ситуацији, које то лично својство нема.<sup>35</sup>

Анализа могућих случајева дискриминације правних лица показује да феноменологија дискриминације правних лица није битно различита од феноменологије дискриминације физичких лица, иако могу постојати извесне специфичности. Као и дискриминација која се врши према физичким лицима и групама лица, и дискриминација према правним лицима може бити извршена тако што се правном лицу ускраћује неко право које је другим правним лицима доступно, или му се неко право ограничава, а другим правним лицима се признаје у пуном обиму, или се правно лице ставља у гори положај тиме што се другим правним лицима даје првенство, тј. нека привилегија. Нема суштинских разлика ни у погледу начина извршења дискриминације према правним лицима: она може бити извршена чињењем или пропуштањем, предузимањем неке фактичке или правне радње, говором, гестикулацијом и сл., онако како се врши и према појединцима (Весић-Антић: 2012: 28–30).

Генерално посматрано, правна лица могу бити жртве свих облика непосредне и посредне дискриминације, чак и оних за које се на први поглед може чинити да могу бити извршени само према физичким лицима. Тако, говор мржње<sup>36</sup> који садржи поруке мржње или нетрпељивости може бити уперен према самом правном лицу. Пример таквог облика дискриминације пружа случај отварања Фејсбук странице „Стоп куповини хрватских производа”, на којој је била постављена слика једног од маркета трговинског ланца „Идеа” са натписом „Не купуј овде! Не финансирај геноцидну државу Хрватску!”.<sup>37</sup> Ипак, жртве неких посебних случајева дискриминације<sup>38</sup> по природи ствари могу бити искључиво физичка лица, јер само она могу бити субјекти односа у оквиру кога долази до дискриминације. Такав је случај

---

34 Члан 7 ЗЗД.

35 Код директне дискриминације ради се о различитом (неповољнијем) поступању, док се код индиректне дискриминације не разликује само поступање, већ се разликују последице, које су несразмерно неповољније у односу на одређеног појединца или групу (тзв. дискриминаторни ефекат) (Arnardóttir, 2012: 3).

36 Члан 11 ЗЗД.

37 Видети: Raste netrpeljivost Srba i Hrvata, Retrieved 1. June 2017 from <http://www.vesti.rs/Facebook/Raste-netrpeljivost-Srba-i-Hrvata.html>.

38 Посебни случајевим дискриминације регулисани су у чл. 15–28. Шире: Бекер, 2012: 201–217).

са сексуалним узнемиравањем, сегрегацијом у образовању, нарушавањем једнаких могућности за заснивање радног односа и другим посебним случајевима дискриминације који су инхерентни физичким лицима. Могло би се рећи да су физичка лица „ексклузивне жртве“ дискриминације само када је у питању дискриминација која се тиче оних права, односно оних односа чији су ексклузивни титулари, односно субјекти.

Правно лице може бити жртва поновљене, продужене и вишеструке (укрштене) дискриминације – дискриминације по основу два или више личних својстава, као и других тешких облика дискриминације, као што је, нпр., дискриминација извршена од стране органа јавне власти или у поступцима пред органима јавне власти.<sup>39</sup> Исто тако, правно лице може бити изложено виктимизацији,<sup>40</sup> тј. непријатностима и проблемима због тога што је затражило заштиту од дискриминације, на сличан начин на који виктимизацију могу трпети и физичка лица.

За правилну примену прописа о забрани дискриминације правних лица од изузетне важности је да се дискриминација самог правног лица јасно разграничи од дискриминације чланова правног лица. Тако, нпр., ако би предузећу било ускраћено учешће у поступку јавне набавке због тога што је његов власник лице ромске националности, у питању би била дискриминација предузећа. Ако би, међутим, лицу ромске националности запосленом у том предузећу радник обезбеђења забранио да уђе у зграду и преда документацију предузећа ради учешћа у поступку јавне набавке, у питању би била дискриминација запосленог, а не самог предузећа. Правно лице има право на заштиту од дискриминације ако је оно само непосредна жртва дискриминације, а не и када је дискриминација извршена према његовим члановима.<sup>41</sup>

Дискриминацију правног лица треба разликовати и од дискриминације корисника услуга правног лица. Тако, нпр., ЗЗД забрањује дискриминацију васпитних и образовних установа које обављају делатност у складу са законом и другим прописом, као и лица која користе или су користили услуге ових установа у складу са законом.<sup>42</sup> Уколико би конкурсом као услов за заснивање радног односа било прописано да кандидат има завршен државни правни факултет, тиме би били дискриминисани кандидати који су завршили приватне правне факултете и само би они били овлашћени

---

39 Члан 13 ЗЗД.

40 Члан 9 ЗЗД.

41 У пракси ЕСЉП правним лицима се у неким ситуацијама дозвољава обраћање Суду и када наступају у име својих чланова (Krstić, Marinković, 2016: 41).

42 Чл. 19, ст. 3 ЗЗД.

да траже заштиту од дискриминације, а не и приватни правни факултети чији су бивши студенти изложени дискриминацији.

#### **4. Примена теста дискриминације у случајевима дискриминације правних лица**

У погледу спровођења теста дискриминације, тј. испитивања да ли одређено поступање према правном лицу представља дискриминацију,<sup>43</sup> не постоје битне разлике у односу на тест дискриминације који се примењује када је у питању дискриминација извршена према физичким лицима, односно групама лица. Оно што у пракси може представљати одређену потешкоћу јесте проналажење адекватног (стварног или хипотетичког) упоредника, а то, по природи ствари, мора бити правно лице у аналогној ситуацији. Приликом проналажења упоредника мора се узети у обзир да међу правним лицима постоје велике разлике и да се њихов правни статус у великој мери разликује. Тако је правни режим који важи за предузећа потпуно различит од правног режима који важи за установе или удружења. Зато је упоредник, по правилу, правно лице које има или сличан правни статус, сличне циљеве, делатност, као и друге карактеристике које има и наводно дискриминисано правно лице.<sup>44</sup>

Треба, међутим, имати у виду да у неким ситуацијама постављање услова за остваривање права правних лица који се тиче неког њиховог статусног обележја може представљати дискриминацију, у ком случају се као упоредник мора јавити правно лице које има сасвим други статус у односу на правна лица која тај услов не испуњавају. Ако би се, нпр., у огласу за продају расходовних машина навело да право учешћа на лицитацији имају само акционарска друштва, тиме би била дискриминисана правна лица која имају другу правну форму (ортачка друштва, командитна друштва,

---

43 Забрана дискриминације не искључује свако прављење разлике, већ само прављење оних разлика за које не постоји објективно и разумно оправдање. Зато се приликом испитивања да ли је дискриминација извршена, примењује тест дискриминације, који је развио ЕСЉП, а прихваћен је и у српском праву. Овај тест је различит код непосредне и посредне дискриминације. Шире о тесту дискриминације (Петрушић et al., 2016: 56–57).

44 Тако, на пример, уколико би маркетиншка агенција одбила захтев невладине организације која се бави правима ЛБГТ популације да изради промотивни материјал којим се промовишу истополне заједнице, упоредник би била нека друга невладина организација која се не бави правима ЛБГТ особа, а којој је маркетиншка организација пружила ову врсту услуга.

друштва са ограниченом одговорношћу)<sup>45</sup> јер за постављање оваквог услова не би постојало објективно и разумно оправдање. Било би, међутим, допуштено да се право учешћа на конкурс за финансирање пројеката за промоцију људских права у локалној заједници призна само невладиним организацијама које се тиме баве, а не и правним лицима основаним ради стицања добити.

## 5. Лично својство као основ дискриминације правних лица

Једна од битних карактеристика дискриминације јесте да је њен основ увек неко лично својство – стварно или претпостављено. Уколико неједнак третман није заснован на личном својству, није реч о дискриминацији, већ се евентуално ради о неком другом противправном поступању.

Лично својство се обично дефинише као лично обележје лица које одређује његов физички, психолошки, духовни, економски или друштвени идентитет (Павловић, 2012: 143). У међународним и националним антидискриминационим прописима именују се различита лична својства. Тако се у чл. 14. ЕСЉП наводе следећа лична својства: пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, веза с неком националном мањином, имовно стање и рођење. Ова лична својства су именована и у чл. 1 Протокола 12. У ЗЗД именовано је чак 19 личних својстава.<sup>46</sup> Ни у међународним уговорима ни у домаћим законима листа личних својстава није затворена, тако да практично свако лично својство које дефинише идентитет лица може бити основ за недопуштено разликовање.

Анализа личних својстава показује да су она веома разноврсна: нека се тичу личних особености које су по природи ствари везане за људско биће, па их једино појединци (физичка лица) могу имати. Тако здравствено стање, сексуална оријентација, родни идентитет, генетске особености представљају карактеристике инхерентне физичким лицима. Нека лична својства су такве природе да их може имати и правно лице, какав је случај

---

45 Члан 8 Закона о привредним друштвима („Сл. гласник РС“ бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015)

46 Лична својства именована у чл. 2, ст. 1, тач. 1 ЗЗД јесу: раса, боја коже, преци, држављанство, национална припадност или етничко порекло, језик, верска или политичка убеђења, пол, родни идентитет, сексуална оријентација, имовно стање, рођење, генетске особености, здравствено стање, инвалидитет, брачни и породични статус, осуђиваност, старосно доба, изглед и чланство у политичким, синдикалним и другим организацијама.

са државном припадношћу правног лица,<sup>47</sup> његовим боравиштем, имовним стањем и осуђиваношћу.

Нема никакве сумње да правна лица могу бити дискриминисана на основу својстава своје сопствене правне личности, а то су она која чине објективне елементе самог правног лица и део су његовог идентитета, као што су припадност одређеној држави, седиште, врста делатности, организациони облик, тип својине и др. Свако од ових обележаја може потенцијално бити основ дискриминације. Тако, нпр., у поступку јавне набавке који спроводи општинска управа правно лице чији је седиште на подручју друге општине може бити дискриминисано јер је предност неоправдано дата правном лицу са седиштем на територији општине која спроводи поступак јавне набавке. Основ дискриминације може бити повезан са циљем и програмом који правно лице остварује и сл.<sup>48</sup>

Ако би правним лицима била обезбеђена заштита од дискриминације само када су дискриминисана на основу личних својстава која се искључиво тичу њихове правне личности, она свакако не би била свеобухватна јер правна лица немају пол, расу, родни идентитет, инвалидитет, генетска обележја, као ни многа друга лична својства иманентна физичким лицима. У вези са тим поставља се питање може ли дискриминација правних лица бити заснована и на личним својствима његових чланова, тј. лица која чине персонални супстрат правног лица.

Пракса још није дала одговор на ово питање. Домаћи судови нису били у прилици да се о њему изјашњавају јер се процесуирани случајеви дискриминације односе на дискриминацију физичких лица. Повереник за заштиту равноправности је у једном предмету разматрао основаност притужбе групе грађана која формално нема статуса правног лица али је као политичка организација учествовала на парламентарним изборима. У притужби је било наведено да је дискриминација заснована на „политичкој

---

47 У теорији се говори и о држављанству и националности правних лица, која посебан значај има у међународном приватном праву (Stanivuković: 2003: 435–436).

48 У једном таквом случају поступао је Повереник за заштиту равноправности. Наиме, удружење грађана, у чијем је власништву геј магазин, поднело је притужбу против једног позоришта због ускраћивања прес материјала за најављену представу. Захтев удружења за достављање прес материјала одбијен је са образложењем „да им реклама у том смислу не би одговарала и да би представа добила значење које нису хтели да пласирају“. Повереница за заштиту равноправности стала је на становиште да је оваквим поступањем позориште ставило у неједнак положај геј магазин у односу на друге медије, и на тај начин извршило акт непосредне дискриминације на основу сексуалне оријентације. Мишљење бр. 07-00-649/2013-02 од 20. 1. 2014. Retrieved 6. June 2017 from <http://ravnopravnost.gov.rs/prituzba-r-i-c-protiv-pozorista-b-b-zbog-diskriminacije-po-osnovu-seksualne-orijentacije-u-oblasti-informisanja/>.

*припадности*". У мишљењу које је поводом овог случаја дала, повереница је указала да дискриминацији по основу „политичке припадности“, тј. по основу припадања, односно неприпадања политичкој странци могу бити изложена само физичка лица, а не сама политичка странка. Када је реч о дискриминацији на основу политичког убеђења, повереница је стала на становиште, позивајући се на став ЕСЉП у предмету *Kokkinakis против Грчке* из 1993. године<sup>49</sup>, да „политичко убеђење (као и вероисповест), представља резултат интелектуалног и духовног процеса и чини део идентитета особе, па, као такво, представља лично својство које је, по природи ствари, везано за појединце/ке, тј. физичка лица“, да [...] „Када су у питању политичке странке, као и други облици политичког организовања, они могу бити изложени неједнаком третману на основу политичких убеђења, упркос томе што је политичко убеђење, по природи ствари, иманентно физичким лицима“. По мишљењу поверенице, [...] иако се политичко убеђење, као основ дискриминације, везује за физичка лица, тако да политички ентитети које ова лица стварају објективно не могу имати политичко убеђење, ипак, саме политичке организације, односно други облици политичког организовања могу бити дискриминисани на основу политичких убеђења својих чланова, јер би им, у противном, било ускраћено право на заштиту од дискриминације по основу овог личног својства.“<sup>50</sup>

Нема никакве сумње да политичке странке, као посебна категорија правних лица, могу бити дискриминисане на основу политичких убеђења, јер оне управо и настају удруживањем грађана који деле исту политичку идеологију, тежећи да је што више прошире (Лукић, 1981: 41). Дискутабилно је, међутим, да ли се у случају дискриминације политичке странке на основу политичких убеђења ради о дискриминацији на основу политичког убеђења њених чланова, или о дискриминацији на основу политичке идеологије саме странке, тј. система одређених идеја и уверења за које се политичка странка залаже, а који чине објективни елемент њеног политичког идентитета. Стога, да би се заузео став о могућности дискриминације правног лица на основу личних својстава његових чланова, потребно је анализирати случај дискриминације правног лица који је заснован на личном својству члана правног лица, које није ни у каквој вези са елементима идентитета самог правног лица. Може ли, нпр., предузеће бити дискриминисано у поступку јавне набавке који спроводи управа општине у којој је на власти одређена политичка

49 *Kokkinakis v. Greece*, представка бр. 14307/88, пресуда од 25. 5. 1993, став 31.

50 Мишљење бр. 07-00-94/2014-02 од 11.9.2014. Retrieved 6. June 2017 from <http://ravnopravnost.gov.rs/prituzba-gg-d-protiv-m-m-zbog-diskriminacije-na-osnovu-politickog-ubedenja-u-oblasti-delovanja-u-politickoj-stranci/>.



странка по основу политичке припадности његовог власника, који у јавности наступа као опозициони лидер? Може ли удружење новинара бити дискриминисано у погледу приступа информацијама на основу јавно исказаних и општепознатих политичких уверења свог председника?

Уколико би се пошло од чињенице да је правно лице посебна правна личност, и да је, као такво, самостално у односу на своје чланове, одговор на наведено питање био би негативан, из чега би следио закључак да се правном лицу може пружити заштита од дискриминације само ако је дискриминисано на основу карактеристика сопствене правне личности. Чини се, међутим, да би у потрази за одговором требало имати у виду чињеницу да правно лице чине појединци, његови чланови, који у правном лицу имају различите улоге: неки су оснивачи, неки њиме руководе, неки га заступају, а неки се јављају као његови запослени. Иако правна лица имају свој „самостални живот“, независан од живота својих чланова, ти „животи“ се сусрећу и преплићу. Лично својство неког од чланова правног лица (нпр. оснивача или заступника) може бити „пренето“ и на правно лице и постати део његовог идентитета са којим се појављује на друштвеној и правној позорници. Сагласно томе, и негативне последице које наступају због поседовања одређеног личног својства (стварног или претпостављеног) од стране члана правног лица могу такође бити „пренете“ на само правно лице. У том смислу дискриминација којој је правно лице изложено на основу личног својства својих чланова била би специфичан вид пренесене (асоцијативне) дискриминације, аналогно асоцијативној дискриминацији физичких лица, којој су изложена лица која немају заштићено лично својство, али су родбинским или другим блиским везама повезана са лицем које га има.<sup>51</sup>

Фактичка је чињеница да лично својство члана правног лица може да утиче на друштвену позицију и однос органа јавне власти и појединаца према самом правном лицу, што укључује могућност да због личног својства неког свог члана правно лице буде изложено неједнаком третману. Није тешко замислити каквим све облицима непосредне и посредне дискриминације може бити изложено предузеће чији је власник албанске националности у граду у коме у органима јавне власти и међу

---

51 У литератури се овај облик дискриминације назива „трансферисаном“ дискриминацијом јер се последица поседовања неке карактеристике „пренеси“ на друго лице (Honeyball, 2007: 2) Retrieved 5. June 2017 from <https://ore.exeter.ac.uk/repository/bitstream/handle/10036/15933/honeyball4.pdf?sequence=2>. Према чл. 2, ст. 1, тач. 1 ЗЗД, до дискриминације долази и када је лице дискриминисано због личних својстава члана своје породице, односно због своје блиске повезаности са лицем које има одређена лична својства.

становништвом доминирају припадници већинског народа, имајућу у виду дубину етничке дистанце према припадницима албанске националне мањине и њихову предиспозицију за дискриминацију.<sup>52</sup> Негирање могућности да дискриминација према правним лицима буде извршена на основу личних својстава његових чланова значило би негирање стварности и игнорисање друштвених димензија дискриминације. Практични ефекат таквог приступа огледао би се у сужавању могућности за остваривање правне заштите од дискриминације, на коју правна лица имају право.

Иако се на први поглед може чинити да могућност дискриминације правних лица на основу личних својстава њихових чланова изазива додатне тешкоће у погледу спровођења теста дискриминације, то, у суштини, није тачно. Околност да је наводна дискриминација правног лица заснована на личном својству његовог члана (нпр. оснивача) није препрека да се тест дискриминације подједнако успешно примени и изведе правилан закључак о томе да ли је до дискриминације дошло, имајући у виду све околности конкретног случаја. То важи и када је реч о доказивању дискриминације. Тешкоће које се јављају у вези са доказивањем узрочно-последичног односа између личног својства и неједнаког поступања према правном лицу подједнако су комплексне и не зависе од тога да ли је дискриминација заснована на личним својствима самог правног лица или на личним својствима његовог члана.<sup>53</sup> Правило о прерасподели терета доказивања поуздан је правни инструмент за њихово превазилажење.

Имајући у виду да су начело једнакости и забране дискриминације „јемство против арбитрарних аката власти и поштовања других основних права“ (Маринковић: 2012: 40), чини се да не постоје разлози због којих би правним лицима требало ускратити заштиту од дискриминације када је она заснована на личном својству њихових чланова. Штетне последице таквог приступа у крајњем би трпели сами чланови правног лица.

## Литература

Arnardóttir, O. M. (2012). "Non-discrimination Under Article 14 ECHR: the Burden of Proof", *Scandinavian Studies in Law*, 2012, Vol. 51. p. 13–39. Retrieved 4 June 2017 from [http://www.socwork.gu.se/digitalAssets/1446/1446967\\_arnard-ttir---burden-of-proof---ssl-vol.-51--p.-13-39.pdf](http://www.socwork.gu.se/digitalAssets/1446/1446967_arnard-ttir---burden-of-proof---ssl-vol.-51--p.-13-39.pdf).

---

52 Видети: „Однос грађана и грађанки према дискриминацији у Србији“, 2016. Retrieved 5. June 2017 from <http://ravnopravnost.gov.rs /izvestaj-o-istrzivanju-javnog-mnjenja>.

53 У случају дискриминације правног лица засноване на личном својству његовог члана, једина чињеница коју додатно треба доказати, уколико је међу странама спорна, јесте да је носилац личног својства члан правног лица.

Бекер, К. (2012). „Случајеви дискриминације“, у: *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације*, (Невена Петрушић ур.), Београд, Повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија.

Van Kempen, Hein P. (2010). „Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons. Protection and Liability of Private and Public Juristic Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR“, *Electronic journal of comparative law*, vol. 14.3 December 2010. Retrieved 4 June 2017 from <https://www.ejcl.org/143/art143-20.pdf>

Весић-Антић, А. (2012). „Дискриминација као друштвена појава“, у: *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације*, (Невена Петрушић ур.), Београд, Повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија.

Јовановић, М. (2008). „Постоје ли колективна права?“ (I део), *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1.

Крстић, И., Маринковић, Т. (2016). *Европско право људских права*, Београд, Савет Европе, Канцеларија у Београду.

Ковачевић–Куштримовић, Р., Лазић, М. (2008). *Увод у грађанско право*, Ниш, Пунта.

Маринковић, Т. (2012). „Правна и суштинска једнакост – концептуална разграничења“, у: *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације*, (Невена Петрушић ур.), Београд, Повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија.

“Однос грађана и грађанки према дискриминацији у Србији“, (2016) Београд, Повереник за заштиту равноправности, Институт за људска права „Лудвиг Болцман“. Retrieved 5. June 2017 from <http://ravnopravnost.gov.rs /izvestaj-o-istrazivanju-javnog-mnjenja>.

Миладиновић, Д. (2016). „Кривичноправна заштита од дискриминације, Прекршајноправна заштита од дискриминације“, у: *Антидискриминационо право, прописи, пракса и стварност* “ (Невена Петрушић ур.), Ниш, Правни факултет Универзитета у Нишу.

Nadaždin-Defterdarević, M. (2011). „Individualna i kolektivna ljudska prava – kontroverze jedne podjele“, *Zbornik radova*, Istočno Sarajevo, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu.

Пауновић, М., Кривокапић, Б., Крстић, И. (2007). *Основи међународних људских права*, Београд, Мегатренд универзитет.

Павловић, С. (2012). „Облици дискриминације“, у: *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације*, (Невена Петрушић ур.), Београд, Повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија.

Петровић, В. (2012). „Надзор над испуњавањем обавеза из међународних уговора у погледу превенције и заштите од дискриминације“, у: *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације*, (Невена Петрушић ур.), Београд, Повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија.

Петрушић, Н., Крстић, И., Маринковић, Т. (2016). *Коментар Закона о забрани дискриминације*, Гласник, Београд.

Попов, Д. (1997). *Грађанско право, Општи део*, Нови Сад, Академска издавачка кућа.

Лукић, Р. (1981). *Политичке странке*, Београд, Научна књига.

Раичевић, Н. (2017). „Универзални међународни антидискриминациони стандарди и надзор над њиховим поштовањем“, у: *Антидискриминационо право, прописи, пракса и стварност*, (Невена Петрушић ур.), Ниш, Правни факултет Универзитета у Нишу.

Симовић, Д. (2012). „Уставна жалба – теоријскоправни оквир“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1 (LX).

Станковић, О., Водинелић, В. (1996). *Увод у грађанско право*, Београд, Номос.

Stanivuković, M. (2003). „Тачке vezivanja за komercijalna pravna lica u међународном privatном праву“, *Pravni život*, br. 12.

Стојановић, Д. (2016). *Уставно правосуђе – уставно процесно право*, Ниш, Правни факултет Универзитета у Нишу.

Тасић, А. (2016). *Поступак у парницама за заштиту од дискриминације*, Ниш, Правни факултет Универзитета у Нишу.

Fleck H.G. (ur.), (2001). *Prava manjina. Deklaracija liberalnih demokratskih načela o etnokulturnim i nacionalnim manjinama i starosjediocima*, Zagreb 2001.

Honeyball, S. (2007). *Discrimination by association*, Retrieved 1. June 2017 from <http://webjcli.ncl.c.uk/2007/issue4/honeyball4.html>

**Nevena Petrušić, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

**Kosana Beker**

## **DISCRIMINATION OF LEGAL ENTITIES: PHENOMENOLOGICAL CHARACTERISTICS AND LEGAL PROTECTION**

### **Summary**

*Their social nature encourages people to associate and jointly achieve the goals that they would not be able to achieve individually. Legal entities are created as one of the legal modalities of that association, as separate entities that have their own legal personality independent of the subjectivity of their members. Legal entities are holders of some human rights, depending on the nature of the right, including the right to non-discrimination. All mechanisms envisaged for legal protection against discrimination in the national legislation are available to legal persons. On the other hand, the situation is quite different in terms of access to international forums competent to deal with cases of discrimination. Legal entities do not have access to some international forums, while they may have access to others under the same conditions prescribed for natural persons.*

*Legal entities may be exposed to various forms of direct and indirect discrimination both in the private and in the public sphere of social relations. Phenomenological characteristics of discrimination against legal persons are not substantially different from discrimination against individuals. There are no significant differences regarding the application of discrimination test in cases of discrimination of legal entities as compared to the use of this test in cases involving discrimination of natural persons or groups of persons. Legal entities may be discriminated against on the basis of characteristics of their legal personality, such as those which are objective elements of the legal entity and part of its legal identity. Discrimination of legal entities may be based on personal characteristics of its members (i.e. people who make a personal essence of a legal entity) because their characteristics can be "transferred" to the legal entity and become part of its identity. Legal entities should also be protected from this special form of transferred (associative) discrimination.*

**Keywords:** *human rights, legal entities, discrimination, legal protection against discrimination, personal characteristics.*



**Др Драган Стоянович,\***  
Профессор Юридического факультета  
Университета г. Ниш, Сербия  
**Др Драгиша Б. Слиепчевич,**  
Судья Верховного Кассационного суда  
Республики Сербии

ПРЕТХОДНО САОПШТЕЊЕ  
doi:10.5937/zrgfni1775071S

UDK: 342.565.2:342.72/.73

Рад примљен: 02.02.2017.  
Рад прихваћен: 28.03.2017.

## **ЗАЩИТА ОСНОВНЫХ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В КОНСТИТУЦИОННОМ СУДЕ СЕРБИИ\*\***

**Апстракт:** Конституционный суд обеспечивает защиту прав и свобод избирателей через всю свою конституционную юрисдикцию, что также относится к двум другим функциям конституционной судебной системы - защите разделения власти и обеспечения демократического порядка. Здесь будет рассмотрен порядок и результаты как общих, так и специальных процедур, которые должны быть приняты Конституционным судом для достижения важнейшей цели конституционно-судебной функции - защиты Конституции гарантированных, основных прав человека. Вместе процедурой нормативного контроля, без сомнения важнейшей конституционной процедуры, будет рассмотрен процесс принятия решений по конституционным призывам, а также порядок запрета деятельности политических партий и ассоциаций граждан.

**Ключевые слова:** Конституция, Конституционный суд, Конституцией гарантированные права, конституционная жалоба, запрет политических партий.

### **I**

Основная задача каждого конституционного суда, в том числе и Конституционного Суда Сербии, заключается в служении Конституции, путем ее защиты. Посредством выполнения данной функции, как впрочем, и других государственных функций, применяется и выполняется Конституция, в первую очередь путем подтверждения, дальнейшего

\* stojand@prafak.ni.ac.rs

\*\* Работа представлена в сжатой редакции на Международной конференции конституционных судов, состоявшейся в Софии с 21 по 22 сентября 2016 года по теме: The Protection of Fundamental Citizens' Rights and Nacional Security in the Modern World. The Role of Consitutional Courts.

развития и защиты основополагающих конституционных принципов, основных законов и комплекса нормативно-правовых норм, представляющих основу для создания позитивной системы высших правовых ценностей и привилегированного круга защищенных правовых достижений, в частности, основных прав и свобод человека.

В отличие от законодательной, исполнительной и судебной функции, указанная функция самым непосредственным способом связана с самой Конституцией и ее ценностным ядром - основными правами человека. Она выполняется как авторитетное, окончательное и не подлежащее отмене юридическое толкование Конституции, сопровождаемое непосредственной защитой ценностей, на которые распространяются положения Конституции. Так как первоочередной ее целью является защита действующего закона высшего ранга, данной функцией Конституционного Суда определяются, а затем устраняются незаконные препятствия правильному, гармоничному и оптимальному выполнению Конституции, которые могут квалифицироваться как ее повреждения. Повреждение Конституции, совершенное подчиняющимся Конституции законодательством или любыми другими неконституционными действиями органов государственной власти, а иногда, однако реже, и индивидуумами, установленное Конституционным Судом, считается неправильным, ошибочным и в целом неудачным применением Конституции.

Конституционный Суд осуществляет свою функцию защиты Конституции, используя весь спектр своих полномочий, возложенных на него самой Конституцией. Полномочия Конституционного Суда, безусловно, могут быть более узкими или широкими, но, без исключения, всегда направленными на достижение самой общей цели - сохранение верховенства Конституции как высшего по рангу закона в государстве. Подробный анализ, однако, предоставляет возможность выделения из этой общей задачи нескольких специфичных функций, в зависимости от того осуществляются ли отдельными полномочиями Конституционного Суда определенные более конкретные цели, то есть можно ли рассматривать эту защиту в контексте отдельных, более конкретных функций самой Конституции. Это означает, «что между функциями Конституционного Суда и функциями Конституции существует взаимосвязь, основывающаяся на параллелизме и дублировании» (Стојановић: 2016:7)

С этой точки зрения, начиная с предмета и самой общей цели защиты Конституции, можно отличить три основные функции конституционного правосудия. В полной мере, они, также, характерны и для функ-



ционирования Конституционного Суда Сербии. Это функция защиты основных прав и свобод человека, функция сохранения разделения властей и функциональных конституционных полномочий в целом, а также функция защиты демократического порядка от злоупотреблений и узурпаций, как носителями власти, так и политическими партиями, которые в целях завоевания власти применяют или продвигают террористические или иные насильственные средства.

## II

Подобно формам деятельности более известных конституционных судов, непосредственным результатом двух полномочий Конституционного Суда Сербии, которого они могут добиться, и в основном действительно и добиваются, является достижение защиты гарантируемых Конституцией основных прав. Этими полномочиями являются контроль за нормативно-правовыми актами и принятие решений по конституционным жалобам граждан. Первое полномочие может реализоваться как абстрактное, затем инцидентное и, когда речь идет об оценке конституционности законов - как профилактический контроль за нормативно-правовыми актами (Стојановић:2016:55). Тем не менее, последние две формы контроля представляются только теоретически возможным, потому что в практике Конституционного Суда Сербии, по различным причинам, практически вообще не применяются. Другие полномочия Конституционного Суда, такие как разрешение избирательных споров, запрет деятельности политических партий и т.д., также могут быть значимыми в деле осуществления и защиты прав человека, хотя их влияние, как правило, чаще всего рефлекторной природы.

В нынешних условиях, конституционный контроль за нормативно-правовыми актами в Сербии в предметном смысле определен слишком широко, так как включает в себя не только оценку конституционности, но и проверку законности. В принципе, он распространяется на действующее законодательство в целом, на все опубликованные, то есть вступившие в силу нормативно-правовые акты. В интересах справедливости, то есть дееспособности защиты прав человека, Конституционному Суду, однако, предоставлена возможность в исключительных случаях производить оценку соответствия законов Конституции и после окончания срока их действия. Смысл такого решения заключается в реальной, а не только формальной эффективности защиты прав человека. Утверждение несоответствия Конституции в данном случае приводит к устранению вредных последствий для субъективных прав, возникших в результате применения

неконституционних общих норм. На практике очень часто встречаются ситуации, когда Конституционный Суд дополнительно оценивает соответствие закона, который на самом деле больше не является действительным, действующей Конституции. Для того чтобы это не привело к нарушению принципа правовой надежности, условием является возбуждение конституционно-судебного судопроизводства в «разумный срок» с момента прекращения срока действия оспариваемой нормы.

Механизм конституционного контроля в Сербии запускается либо по предложению государственных органов, то есть независимых институтов, которые, в принципе, призваны заботиться о защите прав человека, например Защитника прав граждан или Уполномоченного по защите равноправия, либо по „инициативе“ физических или юридических лиц. В то время как в первом случае, судопроизводство возбуждается самим актом представления предложения, во втором случае Суд выносит решение о допустимости инициативы, подобно принятию решения о допустимости конституционной жалобы. Это означает, что инициатива для Конституционного Суда не создает процессуальное обязательство осуществления судопроизводства, потому что не имеет характер независимого самостоятельного индивидуального предложения по проведению контроля за нормативно-правовыми актами, как это случается, например в Австрии.

Несмотря на богатую практику в осуществлении контроля за нормативно-правовыми актами, Конституционным Судом все-таки еще не разработана специальная доктрина основных прав, которая была бы сопоставима с пониманием основных прав в юриспруденции Федерального Конституционного Суда Германии. Тем не менее, можно отметить, что гарантируемые Конституцией права человека и меньшинств и Конституционный Суд в первую очередь рассматривает как „отстаиваемые права“, гарантирующие свободное поле для индивидуума, которое в принципе исключено из охвата органов государственной власти. Это ясно видно из перечня аннулированных законов, на основании которых, в подавляющем большинстве, ущемлялись либеральные и политические, в частности избирательные права. Таким способом, за всего лишь несколько последних лет, Конституционный Суд вынес более 50 решений, в которых отменил положения ряда „системных“ законов.<sup>1</sup> Как правило, кассация законов являлась частичной, однако были и случаи, когда Конституционный Суд

---

1 Например, это закон „О выборах народных депутатов“, закон „О местных выборах“, закон „О налогах на имущество“, закон „Об Агентстве по военной безопасности и Военно-разведывательном агентстве“, закон „О защите персональных данных“, закон „Об электронных средствах коммуникации“, закон „О планировании и строительстве“, закон „О защите прав и свобод национальных меньшинств“ и другие.

отменял закон в целом, потому что его вмешательство с точки зрения содержания было таким масштабным, что оставшиеся, не отмененные положения закона потеряли смысл своего дальнейшего существования. Например, так было в случае закона „Об объединениях граждан“.

В отношении некоторых прав человека, например, права свободы средств массовой информации, права на научное и художественное творчество, Конституционный Суд отмечал и их институциональные характеристики, считая их объективными ценностными принципами сообщества. С другой стороны, что касается социальных прав, независимо от большого количества инициатив, направленных против законодательства, регулирующего сферу труда и социального страхования, вмешательство Конституционного Суда было гораздо реже, так как содержание этих основных прав в Конституции осталось абсолютно неопределенным, и таким образом их утверждение почти во всех отношениях осталось за законом. Судьи, однако, не были едиными в такой позиции, в частности, позиции касающейся оценки конституционности законов, ограничивающих или сокращающих объем тех социальных прав, являющихся одновременно и личными имущественными правами, как например, право на получение пенсии. В своих особых мнениях некоторые судьи занимали позицию, заключающуюся в том, что при принятии ограничительных мер законодатель также обязан сутью этих гарантируемых Конституцией прав, а при принятии законных мер – принципом пропорциональности.

### III

Осуществлением принятия решений по конституционной жалобе Конституционный Суд присоединился к большинству европейских конституционных судов в обеспечении непосредственной, прямой защиты основных прав и свобод человека и гражданина. Конституционная жалоба в основном была создана по образу немецкой конституционной жалобы (*Verfassungsbeschwerde*). Тем, что определенным образом стал последней судебной инстанцией, к которой граждане, без каких-либо особых формальностей и расходов, могут обратиться за защитой гарантируемых Конституцией прав, Конституционный Суд от института, который разрешал только „серьезные“ объективные конституционные споры, стал своего рода хранителем субъективных прав и, как уже отмечалось - судом „для простого человека“. С момента принятия Конституции в 2006 году, конституционно-судебной проверке, помимо нормативно-правовых актов, теперь подлежат и конкретные, отдельные акты органов государственной

власти, в которых налагаются обязательства или ограничиваются основные права, включая решения судов общей юрисдикции.

Несомненно, конституционная жалоба брала пример с немецкой конституционной жалобой, но отчасти уже в процессе нормативной формовки, и отчасти на практике Конституционного Суда произошли существенные отклонения от взятой модели. В то время как посредством немецкой конституционной жалобы защищаются *основные и приравненные к ним права (Grundrechte)*, в Конституции Сербии отсутствует категория *основных прав*, а используется синтагма *права и свободы человека и меньшинств*, что напоминает австрийскую концепцию *гарантируемых Конституцией прав*. Гарантируемые Конституцией права и свободы человека и меньшинств распространяются на традиционный корпус либеральных и политических прав, к которым присоединены и определенные социальные права и принципы социальной политики. Поразительно, что между либеральными правами, гарантируемыми Конституцией Сербии и правами, закрепленными в Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, существуют далеко идущие совпадения с точки зрения содержания. Точнее, Конституция в смысле ее содержания достаточно верно следовала Конвенции, иногда при формовке отдельных основных прав в ней использовались поразительно похожие формулировки. Можно, также, заметить и влияние Боннского Основного закона, особенно на конституционные рамки, которые определяются для законодателя при ограничении основных, т.е. гарантируемых Конституцией прав. Кроме того, Конституционный Суд попытался в своей ежедневной практике расширить корпус формально защищенных прав используя прямую позицию, заключающуюся в том, что посредством *конституционной жалобы защищаются все права человека и меньшинств, независимо от их местонахождения в Конституции, и независимо от того, зафиксированы ли они категорически в Конституции или внесены в конституционно-правовую систему посредством ратифицированных международных договоров*.

Ежедневная практика Конституционного Суда, однако, показывает, что круг защищенных прав значительно уже того, который может быть определен теоретически. Непосредственной конституционно-правовой защитой в полном объеме пользуются только традиционные индивидуальные права и свободы, то есть классические либеральные и политические права. Кроме традиционных личных прав, таких как право на достоинство личности, физическую и психическую неприкосновенность, на свободу и безопасность, на свободу мышления и выражения мысли, на собрание и объединение, собственность и т.д., к ним относятся в частности и процессуальные или правосудные права, которые включают как корпус

гарантий на справедливое судопроизводство, в том числе право на равную защиту и обжалование, так и специальные основополагающие правовые гарантии свободы личности - гарантию лишения свободы, заключения под стражу, срока содержания под стражей, специальные права обвиняемого и другие конституционные гарантии правовой надежности в карательном праве. Большое количество принятых конституционных жалоб именно касалось нарушений указанных процессуальных прав и конституционных гарантий, включая право на окончание судебного процесса в разумный срок. До внесения изменений в законодательство в 2016 году, утверждение о нарушении права на окончание судебного процесса в разумный срок, являлось убедительно наиболее частым поводом для возбуждения конституционно-правового судопроизводства и принятия конституционных жалоб. С другой стороны, разрешая конституционные жалобы, Конституционный Суд в гораздо меньшей степени, принимал решения в связи с защитой социальных прав, подобно результатам, имеющимся в контроле за нормативно-правовыми актами, когда дело, даже и тогда, касалось в основном социальных прав, например, права на пенсию, в которых содержится либеральная составляющая или нарушение принципа запрета дискриминации при осуществлении или пользовании конкретным социальным правом. В некоторых судебных делах, в которых требовалась защита социальных прав, в Конституционный Суд подано несколько сотен идентичных конституционных жалоб. Непосредственная защита коллективных прав меньшинств, однако, до сих пор весьма редко являлась предметом конституционно-судебной защиты.

В любом случае, отсутствие оспариваемых отдельных актов, для того чтобы у конституционной жалобы были хоть какие-то шансы на успех, должно присутствовать именно в нарушении основных или других приравненных к ним прав. Посредством конституционной жалобы можно потребовать защиты гарантируемых Конституцией основных прав, однако не и защиты от нарушений принципов Конституции, независимо от того, что отдельные из этих принципов, безусловно, могут применяться к основным правам. Так, например, заявку на защиту от дискриминации, то есть от нарушения принципа запрета дискриминации, нельзя подать самостоятельно, а только при утверждении, что в связи с каким-либо конкретным гарантируемым Конституцией правом заявитель жалобы действительно подвергнут дискриминации.

#### IV

Подача конституционалне жалобе, в силу своје природе, подчиняется строгим требованијма, које на практике почти одинаковы во всех конституционалних судах. Легитимацију за подачу конституционалне жалобе имају не только физическе лица, отечественные и иностранные, но и юридическе лица, ели реч идет об основном праве, то ест гарантируемом Конституцијом праве, које по своје природе, как например, право собственности, применимо к юридическим лицам. Что касается предмета, посредством конституционалне жалобе можно оспаривать только отдельные акты органов государственной власти. Под актом органов государственной власти, оспариваемым жалобой, подразумевается любое общественно-правовое действие государства, не только административных органов, но и законодательного органа, судов и организаций, наделенных общественными функциями. На практике посредством конституционалне жалобе чаще всего оспариваются судебные решения.

Для подачу конституционалне жалобе необходимо наличие действующей легитимации заявителя - конституционалне жалоба должна быть приемлема *rationae personae*. Конституционалне жалоба не может подаваться относительно нарушений прав третьих лиц или мнимых повреждений общих интересов. Заявитель должен представить доказательство о повреждении какого-либо основного права, которым он лично и непосредственно пользуется в тот момент (текущего права), а также и доказательство о наличии необходимости в правовой защите. По этим характеристикам конституционалне жалоба отличается от *actio popularis*.

Конституционалне жалоба должна быть подана своевременно, а это подразумевает подачу в установленный законом короткий срок. Конституционалне жалоба, следовательно, должна быть приемлема *rationae temporis*. В исключительных случаях, допускается возвращение в предыдущее состояние, но на практике это бывает очень редко. И, наконец, жалоба должна быть оформлена надлежащим образом, содержать все предусмотренные законом элементы, в том числе конституционално-правовые причины оспаривания отдельного акта. Если ни эти предпосылки *rationae materiae* не выполнены, Конституционалный Суд отклоняет конституционалную жалобу в процессе предварительного рассмотрения.

Для принятия конституционалне жалобе в качестве основы для возбуждения судопроизводства Конституционалным Судом, заявителем предварительно должны быть исчерпаны все предусмотренные законодательством дееспособные правовые средства защиты, имеющиеся в его распоряжении. Это означает, что использование какого-либо неординарного способа об-

жалования и подача конституционной жалобы не исключают друг друга. Известно, однако, что некоторые конституционные суды, могут отказаться от принципа субсидиарности, если конституционная жалоба представляет „общий интерес“ или если бы возврат к исчерпанию доступных правовых средств защиты „нанес заявителю серьезный и невозместимый ущерб“. Такая возможность не предусматривается сербским законом „О Конституционном Суде“.

В принципе, конституционная жалоба не производит приостанавливающее действие, не препятствует исполнению оспариваемого отдельного акта или действия. Тем не менее, подобно другим конституционным судам, Конституционный Суд может приказать приостановление исполнения оспариваемого отдельного акта или действия, в случаях, когда бы его исполнение нанесло невозместимый ущерб заявителю, а само приостановление не противоречит общественным интересам, то есть отсрочка исполнения не нанесет еще больший ущерб третьим лицам.

Основное действие поданной конституционной жалобы несет процессуально-правовой характер. Наличие действия *litispendencia* исключает возможность возбуждения одним заявителем другого конституционного спора путем подачи второй конституционной жалобы, в которой оспаривается тот же отдельный акт или действие, с тем же требованием, о котором Суд должен решать. Существует, следовательно, действие *litispendencia*, если в конституционных жалобах фигурируют один и тот же заявитель, один и тот же оспариваемый отдельный акт или действие, и одного рода требование. Если, несмотря на все, заявитель подаст новую конституционную жалобу, Конституционным Судом она будет отклонена.

## VI

Общие правила судопроизводства в Конституционном суде, хотя главным образом направлены на процедуру контроля за нормативно-правовыми актами, применяются *mutatis mutandis* и к судопроизводству по конституционной жалобе. Ход судопроизводства по конституционной жалобе в Конституционном суде проявляет определенные отклонения от производства в других конституционных судах. Отличия в основном касаются роли комитетов, а также того, являются ли общественные слушания обязательными или факультативными.

Независимо от оспариваемого акта, необходимо, чтобы в ходе предварительного разбирательства в Конституционном Суде было принято решение о допустимости жалобы в качестве основы для возбуждения судопроизводства. Конституционная жалоба принимается,

если она несет принципиальное конституционно-правовое значение или если принятием такой жалобы могут быть осуществлены гарантируемые Конституцией права человека и меньшинств. Таким образом, можно было бы не терять время на рассмотрение явно необоснованных или недостаточно мотивированных конституционных жалоб.

На практике европейских конституционных судов уже в ходе предварительного разбирательства единогласным решением более узкой судебной палаты, как правило, палаты из трех судей или „малого сената“, отклоняется *a limine* подавляющее большинство конституционных жалоб, у которых нет никаких шансов на успех, иными словами отклоняются конституционные жалобы, которые „не приводят к разрешению одного конституционно-правового вопроса“ и отказ в разрешении которых не нанес бы „серьезный и непоправимый ущерб“ заявителю конституционной жалобы (Стојановић:1989:200). Роль этой палаты в ходе предварительного разбирательства в Конституционном суде Сербии играют небольшие палаты из трех судей. Единогласным решением в виде заключения данными палатами отклоняются неприемлемые конституционные жалобы, то есть жалобы, не отвечающие процессуальным предпосылкам, или являющиеся „явно“ необоснованными или представляющие «злоупотребление правом». В противоположном случае, принятие решения о допустимости конституционной жалобы переноситься на большую коллегия, которая также единогласно должна принять решение. Если решение не будет принято большой коллегией, то решение по делу принимается на пленарном заседании Суда.<sup>2</sup> Заключение о недопустимости не требует мотивировки и может содержать только правовую основу его принятия.

В дальнейшем ходе судопроизводства, не исключается проведение общественных слушаний по конституционной жалобе, чтобы выслушать другую сторону, то есть, орган, принявший оспариваемый отдельный

---

2 В целях повышения эффективности и разгрузки Суда, в частности, при рассмотрении конституционных жалоб, начиная с 2012 года, в значительной степени изменено устройство Конституционного Суда. Теперь кроме пленарного заседания Суда, который состоит из 15 членов, существуют две больших коллегии, которые состоят из 7 судей каждая, с тем, что Председатель Суда председательствует на заседаниях обеих коллегий. Помимо больших коллегий, есть пять небольших палат, каждая из которых состоит из трех судей. В отличие от сената Федерального конституционного суда Германии, большие коллегии имеют одинаковые полномочия, так что каждая из них принимает решения только по делам тех судей, которые являются их членами. В то время как большие коллегии принимают решения по существу, отклоняют или принимают конституционные жалобы, небольшие палаты принимают решения в процессе предварительного расследования.



акт, однако и третью сторону, которой был бы нанесен ущерб, если бы решение о допустимости конституционной жалобы было принято. В любом случае, органу, принявшему отдельный акт, должна быть предоставлена возможность высказаться по предмету конституционной жалобы, то есть доводам о нарушении гарантируемого Конституцией права. Если общественное слушание не проводится, что на самом деле является правилом в случае Конституционного Суда Сербии, ответ на конституционную жалобу можно представить в письменном виде в форме обращения.

Если в ходе предварительного разбирательства не предложено принять решение о недопустимости конституционной жалобы, то судья-докладчик готовит проект решения по существу. Это предложение направляется на заключение компетентному комитету. Данные комитеты также состоят из трех судей, формируются по областям права, то есть по гражданской, уголовной и административной области. Предложение решения направляется на заседание большой коллегии, без запрашивания мнения комитета, если судья-докладчик пришел к выводу, что в конкретном случае фактическое и правовое состояние практически идентично ранее рассматриваемым конституционно-правовым делам, в связи с которыми на заседании большой коллегии уже занята позиция и принято решение. Иными словами, „ типовые “ дела не направляются на заседание комитета по конституционным жалобам. Благодаря таким образом значительно сокращенной процедуре, Конституционный суд вынес решения по сотням конституционных жалоб. Однако общественные слушания по поводу конституционной жалобы Конституционным Судом никогда не проводились.

## VII

Ключевым вопросом в деле принятия решений Конституционного Суда по обоснованности конституционной жалобы является объем или глубина проверки судебного решения, в отношении которого утверждается, что им нарушены конституционные права заявителя. Его решение оказывает решающее влияние на качество отношений между конституционной и общей юриспруденцией. Если критерии проверки судебного решения идут слишком в ширину, или они неясные и недосказанные, то миссия конституционного правосудия, вероятно, будет бесцельной или это на практике приведет к нежелательной инстанционной оценке и ненадлежащему воздействию на судебные органы. Существует, значит, скрытая опасность от того, что Конституционный Суд пойдет слишком далеко в своей проверке, что « продублирует », заместит и возьмет на себя задачи

высшей судебной инстанции в обеспечении единого применения не только Конституции, но и законов.

Защита „особого конституционного права“ представляет самый общий предел конституционно-судебной проверки судебных решений. Конституционный Суд, принимая этот исходный образец, пытается, как можно конкретнее, определить объем и пределы проверки судебных решений. Суд описывает собственную конституционную задачу следующим образом: *„В ходе процесса предоставления конституционно-судебной защиты по случаю проверки обоснованности конституционной жалобы, в пределах требования, указанного в ней, Конституционный Суд решает, нарушено ли в процессе принятия решения о правах или обязанностях заявителя конституционной жалобой его гарантируемое Конституцией право или свобода“*.

Объясняя далее таким образом поставленную задачу в этом процессе, Суд напоминает, что конституционная жалоба должна содержать только конституционно-правовые причины, обосновывающие довод о том, что судебным актом повреждены основные права заявителя. Типовое разъяснение „красных линий“ Суда обычно выражается следующей фразой: *„Конституционный Суд подчеркивает, что разрешая конституционную жалобу не может оценивать правильность выводов судов общей юрисдикции, кроме случаев, если из конкретных, юридически и фактически обоснованных конституционно-правовых причин, указанных в конституционной жалобе, не вытекает, что суды произвольно применили закон, то есть что судебный процесс в целом не был справедливым“*. Отсюда вытекает, что точность и полнота фактографического состояния дел, а также соблюдение правил судопроизводства, то есть конкретное судопроизводство суда общей юрисдикции, принципиально не являются предметом конституционно-судебной оценки, за исключением случаев, если выводы суда о фактах не являются произвольными или если судопроизводство в целом не было справедливым.

## VIII

Задачей Конституционного Суда в процессе разрешения конституционных жалоб является утверждение факта нарушения гарантируемых Конституцией прав и свобод и определение в пользу заявителя конституционной жалобы справедливой компенсации. По сравнению с задачами обычной юриспруденцией это параллельная, взаимно дополняемая задача, а не конкурирующее полномочие, которое бы принципиально, точно вело к конфронтации и соперничеству с высшими инстанциями обычной юриспруденции. Поэтому, Конституционный

Суд не може решавати спорове по суштини, у односима којима већ је изнесено судско решење, то јест не може вносити измене у таква решења. Када одреди, да је било какво кршење основног права, Конституциони Суд може само поништити судско решење, које је предмет конституционе жалбе, али не може сам увести у њега измене. Осим тога, његова констатација о томе, да је повредено основно право, не мора бити праћена у обавезном поретку касацијом судског решења. Соодветно, конституционо правосудије у органичком смислу не представља део судске власти, али са функционалне тачке гледишта представља истинско „правосудије“, специфичну судску власт.

Правно дејство решења Конституционог суда пријето по конституционој жалби представља се у следећем: во-првих, Конституциони Суд више не може прихватати решења, којима успоставља кршење права на завршетак судског процеса у разумно време, ако не исцрпљени сви средства правне заштите, која могу бити коришћена у процесу заштите овог права, и која су предвиђена у закону „О заштити права на завршетак судског процеса у разумно време“.<sup>3</sup> У разлику од Федералног Конституционог Суда у Немачкој, наш Конституциони Суд не може прихвати ни решење о кршењу права на завршетак судског процеса у разумно време, у вези са којим потврђује се, да је настало у резултату превише дугог судског поступка у предметном суду.

Во-других, Конституциони Суд може поништити сваки појединачни акт, у том броју судско решење, када установи, да тим актом повредено гарантовано Конституцијом право. Суд може забранити даље извођење дејстава, којима повређују се гарантована Конституцијом права или одредити пријем друге мере или дејстава, која доводе до уклањања штетних последица установљеног повређења или умалења гарантованих права и слобода. Такође је могуће и успоставити другу, соодветну случају, правду компензацију захтевачу конституционе жалбе.

---

3 Судске одлуке, које су донете у току судских разматрања у судовима општег правосудја, укључују одлуке, које су донете по тужбама у вези са финансијском осигурањем (нематеријална штета) и компензацијом имовне штете, након одређења постојања права на правду накнаду штете, из-за кршења права на завршетак судског процеса у разумно време, сада подлежу конституционо-судској проверци у случајевима, који се обично примењују у случајевима оспоравања појединачних актова, у односима којима потврђује се, да су повређена гарантована Конституцијом права.

В-третьих, в решении, в котором решает о допустимости конституционной жалобы, Конституционный Суд решает и по заявке заявителя жалобы о возмещении материального, то есть нематериального ущерба, если подана такая заявка. Если заявка будет принята, Суд в решении определяет орган, который обязан выплатить компенсацию материального и нематериального ущерба. При этом он устанавливает срок, продолжительностью четыре месяца со дня получения данного решения указанным органом, в течение которого он может добровольно выплатить сумму компенсации ущерба. Процедура принудительной выплаты компенсации ущерба может быть возбуждена только если ущерб не будет компенсирован в течение вышеуказанного срока.

## IX

Наряду с защитой основных прав и свобод человека в процессе контроля за нормативно-правовыми актами и разрешения конституционных жалоб граждан, Конституционный Суд Сербии защищает их и в процессе принятия решения о запрете деятельности политических партий, объединений граждан, профсоюзов и религиозных общин. Конституционные гарантии свободы объединения и их защита являются основополагающими ценностями гражданского общества. В соответствии с положением пункта 4 статьи 55 Конституции, Конституционный Суд уполномочен запретить деятельность объединения, действия которого направлены на свержение конституционного строя насильственным путем, нарушение гарантируемых прав человека или меньшинств, или возбуждение расовой, национальной или религиозной ненависти. Конституция категорически запрещает и все тайные и военизированные объединения. Мера запрета деятельности может быть наложена только в случае, если несомненно установлено, что деятельность объединения представляет непосредственную угрозу свободному и демократическому государственному строю или правам индивидуумов. Условием для ее применения является и точное утверждение того, что менее радикальные меры ограничения свободы объединения не могут предотвратить осуществление Конституцией запрещенных целей определенным объединением и ее членами.

Свобода объединения, на самом деле, не является абсолютным и неограниченным правом. Оно может быть ограничено, если злоупотребление им подрывает основополагающие ценности гражданского демократического общества. В этом случае, государственные органы уполномочены посредством различных механизмов - санкций, в том числе запрета деятельности, предотвратить действия таких организаций. Решение о

запрете деятельности политических партий, профсоюзных организаций, объединений граждан и религиозных общин может быть вынесено в ходе отдельного судопроизводства, проводимого Конституционным Судом в соответствии с законом „О Конституционном Суде“<sup>4</sup>. Это судопроизводство возбуждается по предложению Правительства, Республиканского общественного прокурора или органа, ответственного за внесение в реестр политических партий, профсоюзных организаций, объединений граждан или религиозных общин.<sup>5</sup> В предложении должны быть поименно указаны причины и доказательства, наличие которых заявку на запрет деятельности этих организаций делает обоснованной. По надлежащим образом оформленному и принятому предложению Конституционный Суд решает на открытом заседании, на которое приглашает представителя заявителя и представителя организации, запрет деятельности которой требуется.<sup>6</sup> Это состязательное судопроизводство, в ходе которого необходимо с полной уверенностью определить, что деятельностью этих организаций на постоянной основе и крайне серьезно предпринимаются действия, с целью срыва демократического порядка, или его существенного нарушения.

Запрет может касаться только деятельности институционализированных организации, организационный характер которых подтверждается наличием соответствующих учредительных актов и бесспорных заявок их членов на вступление в данное объединение. Институциональным образом организованные объединения существенно отличаются от неформальных общественных образований и общин, временного характера, защита которых гарантируется в рамках права на свободу мирных собраний. Поэтому, налагаемый запрет деятельности таких организаций влечет за собой санкцию удаления из соответствующего реестра с даты направления решения Конституционного Суда в компетентный орган.<sup>7</sup>

В имеющейся до сих пор практике Конституционного Суда Сербии, в Суд внесено несколько предложений по запрете деятельности объединений граждан. Разрешая такие дела, Конституционный Суд вынес большое количество решений процессуального характера, в которых отклонил внесенные предложения из-за отсутствия действующей легитимации их заявителей.<sup>8</sup> В Конституционном Суде разрешались и дела, в которых

4 „Служебный вестник РС“, № 109/2007, 99/2011, 18/2013, 40/2015 и 103/2015.

5 Смотри положение статьи 80 закона „О Конституционном Суде“.

6 Смотри положения пункта 1 статьи 37 и пункта 1 статьи 38 закона „О Конституционном Суде“.

7 Смотри положение статьи 81 закона „О Конституционном Суде“

8 Такой текст решения Суд принял в делах VIIY-1277/2010, VIIY-1420/2010, VIIY-1394/2010 и VIIY-1393/2010.

предложение вносилось уполномоченным лицом. В одном из этих дел, Конституционный Суд установил, что речь идет о тайном объединении, деятельность которого запрещена Конституцией. Поэтому, решением Конституционного Суда запрещено внесение в соответствующий реестр этого или других объединений, имеющих программную цель и/или название этой организации. Таким решением запрещены и действия этого объединения по продвижению и распространению программных целей и идей, и поручено государственным органам и организациям, в пределах своих полномочий, принять соответствующие меры в целях исполнения наложенных в решении запретов<sup>9</sup>. Конституционный Суд в своем решении отметил, что в ходе осуществления судопроизводства несомненно установлено, что эта организация создана для осуществления Конституцией запрещенной цели - нарушения гарантируемых прав человека и меньшинств, а также возбуждения расовой и национальной ненависти. Было установлено, что программными документами и непосредственными действиями этого объединения продвигается расовое и национальное неравенство и предпринимаются активные действия по подготовке членов объединения к использованию доступного оружия, участию в личных противостояниях „врагу“ и формированию команд по тренировке с посещением собраний „врага“ и борьбе с ним до последней капли крови. Все это и декларативно зафиксировано в „Руководящихся принципах для жизни в соответствии с идеалами“ и „Призыве к политической деятельности“ данного объединения.

В процессе принятия этого решения Конституционного Суда предварительно поднят вопрос о том, может ли Конституционный Суд запретить деятельность тайной организации, с учетом того, что ее деятельность запрещается самой Конституцией. Дилемма возникла потому, что в положении пункта 2 статьи 55 Конституции закреплено, что Конституционный Суд принимает решение о запрете деятельности объединения, созданного в порядке, установленном Конституцией, что означало бы, что мера запрета может быть вынесена только в отношении объединений, созданных и зарегистрированных в соответствующем государственном реестре. Однако Конституционный Суд пришел к выводу, что само по себе прокламирование конституционного запрета деятельности тайных организаций и военизированных формирований не препятствует их фактической деятельности. А наоборот! В Конституции и законе не предусмотрено, кто уполномочен определять, является ли определенная незарегистрированная организация тайным объединением, деятельность которого запрещена Конституцией. Поэтому, на основании пункта 2 ста-

---

<sup>9</sup> Смотри Решение Конституционного Суда VIIY-171/2008 от 2 июня 2011 года.

ты 171 Конституции, Конституционный Суд занял позицию, что в его решении должно быть определено, идет ли или не идет речь действительно о тайной организации, деятельность которой запрещена Конституцией.<sup>10</sup>

В практике Конституционный Суд принял и решение об отказе предложения по запрету деятельности объединений граждан. В этом решении Конституционный Суд отметил, что мера запрета деятельности является последним защитным механизмом общества, когда деятельность и действия конкретного объединения и ее членов крайне серьезным образом и интенсивностью нарушают гарантируемые Конституцией права и свободы человека в целях достижения свержения конституционного строя насильственным путем, или возбуждения расовой, национальной или религиозной ненависти.<sup>11</sup> В связи с этим Конституционный Суд занял позицию, что мера запрета деятельности объединения может быть вынесена только в случае, когда предварительно, несомненно, установлено, что другие меры компетентных государственных органов не воспрепятствовали последовательным действиям объединения и ее членов, направленным на достижение запрещенных Конституцией целей. В ходе осуществления судопроизводства установлено, что компетентные государственные органы не предпринимали адекватные меры по предотвращению имевших место нарушений гарантируемых Конституцией прав и свобод человека. Таким образом, Конституционный Суд пришел к выводу, что в данном случае отсутствуют причины для принятия решения о запрете деятельности этого объединения. Было принято такое решение, потому что была занята позиция, что мера запрета деятельности объединения может быть вынесена только в случае очевидной неэффективности ранее вынесенных мер компетентных государственных органов по отношению к защите демократического порядка.

Кроме того, Конституционный Суд в своих решениях занял и позицию, что запрет деятельности не может быть вынесен в отношении незарегистрированных частей объединений, которые действуют как неформально организованные группировки в рамках объединения. В ходе этого дела, Суд исходил от позиции, выработанной на практике Европейского суда по правам человека, в которой определяется: „Что объединение должно

---

10 Этот правовой пробел устранен путем внесения изменений в закон „О Конституционном Суде“ в 2011 году, таким образом, что в новом положении статьи 81-а категорически предусматривается, что Конституционный Суд в своем решении определяет, запрещена ли деятельность тайного объединения Конституцией и налаживает принятие необходимых мер по предотвращению деятельности указанного объединения.

11 Смотри Решение Конституционного Суда VIII-482/2011 от 14 ноября 2012 года.

иметь определенный организационный и институциональный характер, в которое кто-то должен вступить и заявить о своем членстве в нем, то есть, что оно должно иметь устойчивость – стабильность, по которой отличается от неформальных общественных формирований и общин временного характера, защита которых гарантируется в рамках права на свободу собраний“. В этом контексте, Конституционный Суд пришел к выводу, что „объединение следует отличать от простого собрания лиц, желающих дружить между собой, потому что объединение не распространяется только на спонтанное собрание, а требует наличия минимального учредительного характера, чтобы было возможно стать его членом“.<sup>12</sup> И в связи с этим, Конституционный Суд констатирует, что: „Запрет не является единственным средством для наказания насильственных актов, основывающихся на этнической или иного рода нетерпимости и, что каждое вмешательство в право объединения должно быть мотивировано четким указанием действий, которые представляют бесспорно установленную опасность для демократического порядка. В противоположном случае, демократия, защищаясь от „врага“, аннулирует сама себя. Поэтому, Конституционный Суд высказывает и точку зрения, что вмешательство власти в свободу объединения должно регулироваться законом и в демократическом обществе обязательно выполняться и в интересах национальной или общественной безопасности, в целях предотвращения беспорядков, преступности, в целях защиты здоровья или свободы других. Тем самым, и санкционирование „врагов демократии“ должно быть адекватно градуировано. Поэтому, в соответствии с результатами осуществленного состязательного судопроизводства, Конституционный Суд оценил, что является неуместным принятие решения о запрете деятельности неформальных экстремистских группировок, сформированных в рамках объединения. Это сделано потому, что принятие такого решения было бы противоположно принципам правового государства и принципу разделения властей, который предоставляет достаточно возможностей другим государственным органам осуществить дееспособную защиту общества от экстремистской деятельности неформальных группировок, которую они должны и могут обеспечить в рамках своей установленной Конституцией и законом юрисдикции и полномочий.

Руководствуясь высказанным точкам зрения, Конституционный Суд вынес и решение, в котором принял предложение Республиканского общественного прокурора о запрете деятельности объединения граждан.<sup>13</sup> И в этом решении Суд вновь указывает на то, что демократия реализуется в

---

12 Смотри Решение VIIY-279/2009 от 17 мая 2011 года.

13 Смотри Решение Конституционного Суда VIIY-249/2009 от 12 июня 2012 года.



рамках конкретных прав и свобод, в частности политических, таких как свобода выражения мысли, объединения и собраний. Однако отдельные гарантируемые Конституцией права и свободы в определенных ситуациях могут быть использованы в целях срыва демократии. Задачей Конституционного Суда является забота о том, чтобы определенные прокламированные цели и публичные выступления отдельных организаций и объединений граждан не выходили за допустимые рамки. В противном случае, это привело бы к срыву демократии, которая должна служить сохранению человеческого достоинства и осуществлению полноценной свободы и равенства каждого индивидуума в справедливом и открытом обществе, основывающемся на верховенстве права. Задача государства заключается не только в защите индивидуумов от нарушения прав, совершенных его органами или сотрудниками определенной службы, но и от нарушения или угрозы нарушения прав, которые в демократическом обществе отдельные лица или группы могли бы совершить в отношении друг друга. Это представляет собой позитивное обязательство государства, заключающееся в обеспечении дееспособного осуществления гарантируемых прав и свобод человека.

Поэтому, а в ситуации, когда в ходе судопроизводства бесспорно установлено, что серьезными действиями объединения нарушен демократический строй Республики Сербии, Конституционный Суд оценил, что вынесенная мера запрета деятельности пропорциональная совершенным нарушениям по нескольким причинам. Во-первых, Суд оценил, что Республика Сербия относительно недавно прошла через сложный исторический период обремененный войнами, вызванными противоборствующими в национальном и религиозном смысле народами в регионе и, что поэтому и строящееся демократическое плюралистическое общество обременено многими предрассудками, укорененными в истории народов, проживающих на просторах Балкан. Это требует принятия адекватных мер по защите важнейших демократических ценностей, включающих своевременное и дееспособное предотвращение всех проявлений возбуждения ненависти, которая приводит к страху, неуверенности и уязвимости определенных социальных групп. Во-вторых, было установлено, что компетентными органами Республики Сербии предпринят ряд мер и действий в целях предотвращения запрещенной Конституцией деятельности указанного объединения. Однако, несмотря на то, оно продолжило осуществлять действия, направленные на нарушение основных прав и свобод человека, с целью возбуждения этнической и религиозной ненависти. С учетом того, что мерами, принятыми компетентными государственными органами, не предотвращена такого рода деятельность объединения, Конституцион-

ный Суд занял позицию, что в данном случае уместно наложить запрет деятельности этого объединения, как последнюю и строжайшую меру в области ограничения злоупотребления свободой объединения.

Анализируя вышеуказанные решения Конституционного Суда можно сделать вывод, что Конституционный Суд Сербии в своей практике выработал крайне сбалансированную позицию в отношении необходимости и возможности налаживания меры запрета деятельности объединений граждан. В процессе принятия этих решений использована практика Европейского суда по правам человека и в соответствии с ней проведена ясная граница относительно возможного существования и деятельности тайных объединений, неформальных группировок, сформированных в рамках зарегистрированных объединений граждан и возможности запрета деятельности зарегистрированных объединений, которые осуществляют запрещенные Конституцией политические цели путем непосредственных действий, направленных на нарушение гарантируемых Конституцией прав человека и меньшинств или возбуждение национальной и религиозной ненависти. В соответствии с такой позицией Конституционного Суда, запрет деятельности объединений граждан может быть наложен только тогда, когда несомненно установлено, что прокламированные цели и непосредственные действия таких объединений безусловно выходят за рамки конституционно допустимого действия в пределах гарантируемой свободы объединения, при условии, что мерами ранее предпринятыми другими компетентными государственными органами не предотвращены их неконституционные действия.

## Х

Помимо серьезных совпадений с судопроизводством в судах общей юрисдикции, Конституционный Суд имеет самые тесные процессуальные связи с наднациональными институтами по защите основных прав. В судопроизводствах в Конституционном Суде и Европейском суде по правам человека речь идет об отличающихся в значительной степени основаниях для проверки. В первом случае основанием является национальная Конституция, то есть права человека, закрепленные национальной Конституцией, во втором - Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Для некоторых конституционных судов разницы в толковании не являются особой проблемой, например для Федерального Конституционного Суда Германии, для которого превалирующими являются исключительно основные права, закрепленные Боннским Основным законом, в то время как права, закрепленные Конвенцией, которые

внесены и в федеральные законы, защищаются федеральными судами общей юрисдикции. В принципе, общие расхождения предотвращены, как правило, различными предметами спора. Из-за отсутствия кассационных полномочий Европейский суд по правам человека может установить наличие нарушения, в результате которого, как правило, решает по заявкам о возмещении ущерба, при условии, что в конце национального пути правовой защиты находится решение Конституционного Суда.

Проблему, в определенной степени, создает влияние Европейской конвенции и сопровождающей судебной практики на применение национального законодательства. Однако нет ничего спорного в позиции некоторых конституционных судов, заключающейся в том, что Конвенция несет характер дополнительного средства в процессе толкования охвата, содержания и значения основных прав.

Мы, на первый взгляд, отошли еще дальше. В правовой позиции Конституционного Суда в связи с защищенными правами отмечается, что международные договоры в области прав человека, в частности Европейская конвенция, пользуются рангом непосредственно применяемых конституционных прав.<sup>14</sup> В конституционной жалобе, следовательно, можно непосредственно указывать на нарушение прав человека, защищаемых Конвенцией, правда, на самом деле, реже встречаются примеры того, что в резолютивной части решения Конституционного суда указывается только на нарушение прав, предусмотренных Конвенцией, потому что, аналогично точки зрения Федерального Конституционного Суда Германии, все-таки подразумевается, что права, предусмотренные Конвенцией, *in totum* закреплены в национальном конституционном законодательстве. Хотя наш Суд в своих решениях гораздо чаще ссылается на интерпретационные акты Суда в Страсбурге.<sup>15</sup>

## XI

Ситуация и результаты принятия решений Конституционного суда по конституционным жалобам достаточно похожи на влияния его решений, вынесенных в процессе контроля за нормативно-правовыми актами. Конституционный Суд очень часто вмешивается и корректирует как

---

14 Такого рода вывод основывается, в частности, на положении пункта 2 статьи 16 Конституции, а именно: „*Общепризнанные нормы международного права и ратифицированные международные договоры являются неотъемлемой частью правового порядка Республики Сербии и непосредственно применяются*“.

15 На самом деле, Европейский суд по правам человека в отношении Республики Сербии вынес более 150 решений по существу.

законодательные и другие нормативные акты, так и судебные решения с точки зрения нарушения гарантируемых Конституцией прав. В целом, его роль можно считать удовлетворительной в плане защиты прав человека. Сам факт, что количество поданных конституционных жалоб граждан резко увеличивается из года в год, подтверждает, что от Конституционного Суда все-таки ожидается намного больше.<sup>16</sup> Темная сторона статистических данных поступающих от Конституционного Суда, в отношении правовой государственности, наглядно показывает, что суды общей юрисдикции не уважают, достаточно не знают или игнорируют конституционное понимание прав человека, точнее, не склонны напрямую интерпретировать и применять „особое конституционное право“, несмотря на то, что гарантируемые Конституцией права непосредственно объединяют все органы государственной власти. Однако если Конституционный Суд слишком занят, как принятием решений по оценке конституционности законов, так и по проверке судебных решений, состояние правовой государственности, по меньшей мере, не представляется достаточно стабильным.<sup>17</sup>

## Литература

1. Стојановић, Д., *Основна права човека*, Ниш 1989.
2. Стојановић, Д., *Уставно правосуђе/Уставно процесно право*, Ниш 2016.
3. *Устав Републике Србије* („Сл. гласник РС“, број 98/06).
4. *Закон о Уставном суду* („Сл. гласник РС, број 109/07, 99/11, 18/13 – одлука УС, 40/15, 103/15“).

---

16 В конце 2015 года Конституционный Суд разрешал, либо перенесенных, либо поступивших, в общей сложности 23057 дел по конституционным жалобам. До этой даты принято даже 1164 конституционных жалоб, однако, подавляющее большинство из них касалось нарушения права на окончание судебного процесса в разумный срок.

17 В соответствии с данными службы Судебной практики Конституционного Суда, принятием решения на пленарном заседании Конституционного Суда, большой коллегии и небольших палат в течение 2015 года разрешено 10324 дел, другим способом (слияние, перенаправление, изъятие, служебная записка) 176 дел, что в общей сложности составляет 10500 разрешенных дел. Осталось нерешенными и перенесено на 2016 год даже 12557 дел по конституционным жалобам. Из общего количества разрешенных дел на заседаниях Суда вынесено 1631 постановлений и 8693 решений (отказ 8657, приостановка судопроизводства 36). Принято 1164 и отклонено 467 конституционных жалоб. Из общего количества принятых - 757 принято в целом, 353 частично принято и частично отклонено, 22 решения - принято, отказано, отклонено и 32 - принято и отклонено.

5. *Одлуке Уставног суда Србије*: VIIУ-1277/2010, VIIУ-1420/2010, VIIУ-1394/2010, VIIУ-1393/2010.

6. *Решење Уставног суда* VIIУ-171/2008.

7. *Билтен Уставног суда*, Београд, 1/08,1/09, 1/10, 1/11, 1-2/12.

8. *Ставови Уставног суда* (прир. Љ. Лазић/Ј. Живановић), Београд 2016.

**Др Драган Стојановић,**

Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

**Др Драгиша Б. Слијепчевић,**

Судија Врховног касационог суда Србије

## **ЗАШТИТА ОСНОВНИХ ПРАВА ЧОВЕКА У УСТАВНОМ СУДУ СРБИЈЕ**

### **Резиме**

Уставни суд Србије остварује своју функцију заштите Устава целином својих надлежности које су му самим уставом додељене. Компетенције Уставног суда свакако могу бити уже или шире, али су, без изузетка, увек усмерене ка остваривању најопштијег циља – очувања приоритета устава, као највише рангираног права. Ближе посматрање његових уставних надлежности, међутим, омогућава да се из овог општег задатка издвоји неколико посебних функција уставног правосуђа, зависно од тога да ли се појединим компетенцијама Уставног суда остварују конкретнији циљеви, односно да ли се ова заштита може посматрати у односу на поједине, конкретније функције самог устава.

Посматрано из овог угла, полазећи од предмета и најопштијег циља заштите Устава, могу да се разликују три основне функције уставног правосуђа Србије. То су функција заштите основних људских права и слобода, одржање поделе власти и функционалних уставних овлашћења уопште, те одбрана демократског поретка зајемченог Уставом од злоупотреба и узурпација било носилаца власти било политичких партија и удружења грађана.

Стање и резултати одлучивања Уставног суда Србије у појединим посебним уставносудским поступцима, нарочито у поступку одлучивања о уставним жалбама и поступку одлучивања о забрани деловања политичких партија и удружења, показују доста сличности са дејствима његових одлука на основна права донетим у најважнијем уставносудском поступку – нормативној контроли подуставног права. Уставни суд веома често интервенише и коригује како законодавне и друге нормативне акте, тако и судске одлуке са становишта повреде Уставом гарантованих права. Посматрано у целини, његова улога се може сматрати задовољавајућом на плану заштите основних људских права и слобода. Да се од Уставног суда ипак очекује много више, потврђује чињеница да број уставних жалби грађана драматично расте из године у годину.

**Кључне речи:** Устав, Уставни суд, Уставом гарантована права, основна права, уставна жалба, забрана политичких партија и удружења.

**Др Ранко Совиљ\***  
Истраживач-сарадник  
Институт друштвених наука, Београд

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1775095S

UDK: 336.774.3

Рад примљен: 02.06.2017.  
Рад прихваћен: 02.07.2017.

## УПРАВЉАЊЕ КРЕДИТНИМ РИЗИКОМ У БАНКАМА СА СТАНОВИШТА СУДСКЕ ПРАКСЕ

**Апстракт:** Ниво, структура и природа проблематичних кредита представљају значајан извор кредитног ризика у банкарском пословању, при чему основни разлози настанка и повећања проблематичних кредита указују на потребу свеобухватног и стратешког приступа за њихово решавање. Осим тога, гомилање проблематичних кредита у билансима банака негативно утиче на кредитну активност банака, а самим тим и на привредну активност, пре свега због смањења доступности могућих извора финансирања како за привредна друштва, тако и за становништво. Један од главних разлога повећане изложености кредитном ризику банака, поготово пре избијања *Subprime* кризе, јесу слабије развијени модели процене и мерења кредитног ризика, као и лоша процена средстава обезбеђења. Стога се у раду указује на значај пажљивог управљања кредитним ризиком, као и на развијање одговарајућих поступака и модела за рано откривање проблематичних кредита и смањења изложености кредитном ризику. У последњем делу рада дат је приказ најзначајнијих средстава обезбеђења, с посебним освртом на домаћу судску праксу.

**Кључне речи:** Банка, кредитни ризик, управљање кредитним ризиком, средства обезбеђења.

### 1. Увод

Кредитни или поверилачки ризик један је од преовлађујућих ризика у пословању банака, и изложеност кредитном ризику присутна је у готово свим финансијским трансакцијама. Најчешће се кредитни ризик дефинише као ризик неизвршења обавеза по основу насталог дуга, односно неплаћања главнице и камате од стране дужника. Међу врстама ризика са којима су суочавају банке у свом пословању, кредитни ризик је међу најзначајнијима

\* rsovilj@idn.org.rs

ако се пажња усредсреди на изворе њених могућих губитака. Управо је кредитни ризик међу главним узроцима инсолвентности банака. Разлог томе лежи у чињеници да у данашњим условима пословања преко 80% биланса банке односи се на овај аспект управљања ризицима (Ђукић, 2007: 21, 22).

Приликом закључења сваког посла, постоји ризик за банку да би клијент могао постати инсолвентан. Неиспуњење дужности од стране клијената банке, као друге уговорне стране у послу, може имати за последицу губитак целог потраживања. Уколико се догоди да више значајнијих клијената банке није у могућности да редовно извршава своје обавезе, то може проузроковати огромне губитке за банку и тиме она може постати инсолвентна (Augustin, 1994: 141).

## 2. Одређење кредитног ризика и дужника

Кредитни ризик представља ризик могућности и спремности дужника (клијента банке) да извршава своје обавезе према банци у свему и према условима из закљученог уговора. Из овога произлази да кредитни ризик потенцијално има две компоненте: 1) субјективну спремност, односно аутономију воље дужника да испуни преузете обавезе из закљученог уговора са банком и 2) објективну могућност да извршава обавезе према банци по основу реализованог прихода или на други прихватљив начин (Матић, 2008: 76).<sup>1</sup>

Базелски комитет за надгледање банака дефинисао је кредитни ризик као могућност да дужник или друга страна не испуни своје обавезе у складу са уговореним условима.<sup>2</sup> Комитет је допунио дефиницију одређења кредитног ризика констатујући да неизвршавање кредитних обавеза постоји у неколико ситуација: 1) дужник неће у потпуности да исплати главницу, камату или провизију; 2) настанак губитка у виду отписа кредита, увођења специфичних резерви (*specific provisions*) или принудног репрограмирања кредита, обухватајући опроштај дуга и одлагање исплата; 3) доцња дужа од деведесет дана по некој од кредитних обавеза; 4) отварање стечаја над дужником (Јованић, 2009: 60).

Кредитни ризик припада групи финансијских ризика. Често се дешава да кредитни ризик буде узрок других ризика, углавном ризика ликвидности и ризика солвентности, а неретко се преклапа са тржишним и/или

---

1 Чл. 31 Закона о банкама, *Сл. гласник РС*, 107/2005

2 Принципи за управљање кредитним ризиком из 2000. године (Basel Committee on Banking Supervision, Principles for the Management of Credit Risk, Basel, September 2000), 1.



оперативним ризиком. Да бисмо разграничили кредитни ризик од осталих ризика, неопходно је навести главна обележја кредитног ризика: 1) Кредитни ризик је системски ризик, с обзиром да на њега утичу општа економска кретања и стога је високо цикличан. Кредитни ризик је у директној спрези са економским циклусима: повећава се током рецесије, а смањује током експанзије. 2) Кредитни ризик је и специфичан ризик, с обзиром да се мења сходно специфичним догађајима који утичу на кориснике кредита. На кредитни ризик везан за корисника кредита или другу уговорну страну непосредно утичу његове карактеристике: величина, корпоративна стратегија, догађаји који утичу на њу, промене у непосредном економском окружењу. 3) Наспрам тржишних ризика, кредитни ризик је блиско везан за успех у пословању и структуру капитала корисника кредита (Спасојевић, 2013: 106).

Већ смо истакли да кредитни ризик настаје због послова позајмљивања, инвестирања и давања кредита и односи се на повраћај позајмљеног новца или исплате од продате робе. Током обављања послова, управа банке је дужна да свакодневно прати висину кредитног ризика и висину стопе приноса. Ризик губитка настаје услед могућности да се не могу повратити пласирана средства кроз амортизацију кредита. Осим поменутог, кредитни ризик се односи и на смањење кредитног рејтинга клијента (Спасојевић, 2013: 106).

Како би се установио узрок настанка кредитног ризика, претходно је потребно одредити дужника. Дужник може бити било физичко, било правно лице које је закључило уговор о кредиту. Међутим, некада није довољно посматрати само дужника, као другу уговорну страну, већ и његову власничку и организациону повезаност са другим субјектима. Кредитним ризиком обухваћена је и група повезаних лица, независно да ли постоји гаранција или јемство матичног друштва за своја потчињена друштва (Јованић, 2009: 60).

Пракса нам указује да је сваки дужник случај за себе, те да приликом квантификавања вероватноће да одређени дужник није у могућности да редовно извршава своје обавезе, историјски подаци о томе колико је пута група дужника (клијената) са одређеним рејтингом дошла у такву ситуацију или колико је то чест случај дужника из одређене групе послова, може нам само делимично помоћи (Ђукић, 2007: 23). Уколико се посумња у кредитну способност дужника, основно правило кредитне политике сваке банке јесте да се уздржи од финансирања таквог клијента. Осим традиционалних метода, попут коришћења историјских података, савремена анализа при процени кредитне способности клијената користи

факторе који се обично означавају као “5Ц”, јер свих пет фактора почињу на слово Ц у енглеском језику: капитал (*Capital*), капацитет (*Capacity*), средства обезбеђења (*Collateral*), карактер (*Character*) и услови пословања (*Conditions*) (Јазић, 2007: 118). Поред наведених “5Ц” фактора, користе се и друге анализе познатије под акронимима “СAMPARI” и “PARSAR” да би се што једноставније запамтили критеријуми према којима се оцењују потенцијални клијенти. СAMPARI – *Character, Amount, Means, Purpose, Accountability, Risks, Insurance*; PARSAR – *Purpose, Amount, Reason, Source of repayment/Security, Ability, Risks* (Тодоровић, 2009: 90, 91).

### 3. Управљање кредитним ризиком

Процес управљања кредитним ризиком не може се посматрати само као процес одбране од ризика, с обзиром да банке одређују врсту и ниво ризика који им је прихватљив за преузимање. Често се дешава да банке у току пословања одлучују да жртвују текуће приходе, зарад будућих неизвесних прихода. Преузимање ризика и управљање ризицима нису супротстављене активности, напротив представљају две стране једне медаље. Концепт проширеног управљања ризицима не заснива се само на избегавању ризика, већ и на коришћењу ризика (Јакшић, 2012: 155). Управо, однос банака према ризику није ни пасиван, ни дефанзиван, с обзиром да банке активно и свесно преузимају ризик, јер заузврат очекују профит, који се не може реализовати без ризика. Банке могу, користећи своју тржишну позицију, структуру капитала и експертизу, управљати ризиком трансформишући га и трансферишући га на тржишту. Према томе, управљање кредитним ризиком представља управљање имовином банке (Јовановић, 2011: 6).

Значај управљања кредитним ризиком произлази из потенцијалне опасности да велики број банчаних клијената (корисника кредита) не буде у могућности да редовно извршава преузете обавезе, те на тај начин може проузроковати стечај банке. Стога је управа банке обавезна да прати деловање свих чинилаца који могу утицати на кредитни портфолио банке, како би на време реаговали и предузели потребне мере.

Да би осигурала ваљано пословање и смањила изложеност ризицима и потенцијалним губицима у свом пословању, банка је обавезна да у поступку управљања кредитним ризиком обезбеди следеће: 1) да се кредити одобравају на основу јасно дефинисаних критеријума, као и да је процес одобравања, измена, обнављања и рефинансирања кредита јасно одређен; 2) да банке имају интерне методологије које им омогућују процену кредитног ризика изложености према појединим клијентима

(дужницима), хартијама од вредности, као и кредитног ризика на нивоу портфеља. Интерне методологије не смеју се ослањати искључиво на екстерне кредитне рејтинге, већ морају узимати у обзир и друге релевантне податке при процени ризика; 3) континуирано управљање и праћење различитих портфеља осетљивих на кредитни ризик и изложености банке, укључујући препознавање и управљање проблематичним кредитима, као и одређивање одговарајућих исправки вредности и резервисања; 4) да је распршивање кредитних портфеља усклађено са одређеним тржиштима и са општом кредитном политиком банке.<sup>3</sup>

Пре него што приступи управљању кредитним ризиком, банка је дужна да изврши мерење кредитног ризика. Бројни параметри и информације користе се код мерења кредитног ризика, попут: подаци из биланса дужника (клијента банке), цене дугова (кредитне распрострањености), макроекономске варијабле (Ђукић, 2007: 51, 52). Постоји неколико система који се користе за квантификовање кредитног ризика, међу којима су најзаступљенији *Credit Manager* (који се заснива на методологији кредитних матрица које је развила Risk – Metrics Group и JP Morgan), *Portfolio Manager* кога је развио KMV, *CreditRisc+* кога је развио Credit Swiss Financial Product и *Credit Portfolio View* (који се заснива на оцени портфеља, који је издао McKinsey) (Carling, 2002: 4).

Саставни део процеса управљања ризицима јесу стратегије, планови, политике и циљеви управљања кредитним ризиком. Банка је у обавези да стратегију за управљање кредитним ризиком повремено разматра и уколико је потребно да мења, а посебно у случају знатних измена пословне политике и стратегије банке, односно промена у макроекономском окружењу у којем послује. Одбор директора је дужан да: усвоји стратегије за управљање кредитним ризиком, и најбитније политике у односу на изложеност кредитном ризику; одреди границе изложености банке кредитном ризику; примењује и поштује усвојене планове, процесе и процедуре у управљању кредитним ризиком; обезбеди ваљану организациону структуру и системе потребне за управљање кредитним ризиком (Совиљ, 2016: 182). Стога је банка дужна да успостави такву организациону структуру којом ће активности управљања ризицима функционално и организационо одвојити од преузимања ризика, са прецизно утврђеном поделом послова и обавеза запослених којом се спречава сукоб интереса. Такође, банка је обавезна да сходно обиму,

---

3 Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC, OJ. L 176/2013, чл. 79.

врсти и сложености послова које обавља, у систему управљања ризицима ангажује потребан број запослених са одговарајућом стручном спремом и искуством, како би увек омогућила континуитет у спровођењу стратегије и политике управљања ризицима.<sup>4</sup>

Како би се реализовала независна функција управљања кредитним ризиком, неопходно је да банка оснује самостални Одбор за управљање кредитним ризиком, чији би састав чинили руководиоци одељења за управљање кредитним ризиком, одељења за кредитну анализу и оцену бонитета и одељења средстава. Делокруг послова овог одбора био би примена стратегија и политика за управљање кредитним ризиком, одобрених од стране одбора директора, праћење изложености кредитном ризику, поштовање лимита одобрених од стране одбора директора, као и предлагање унапређења процеса и процедура управљања кредитним ризиком (Станишић, Станојевић, 2010: 14).

#### **4. Средства обезбеђења у банкарском пословању – преглед домаће судске праксе**

Како је кредитни ризик најзаступљенији у пословању банака, банке су настојале током протеклих година да развију различите технике за ублажавање и пренос кредитног ризика. Увођењем нових средстава обезбеђења и инструмената попут кредитних деривата, банке настоје да се заштите од могућих губитака који могу настати услед неиспуњења обавеза њених клијената. Технике за ублажавање кредитног ризика могу се груписати на традиционалне и иновативне. У традиционалне технике за ублажавање и пренос ризика убрајају се: осигурање обвезница, гаранције, средства обезбеђења, нетинг, пренос права и обавеза, посредовање, пут опције, синдицирани кредити, кредитни лимити, диверсификација кредитног портфолија. У иновативне технике за ублажавање кредитног ризика спадају продаја кредита, секјуритизација<sup>5</sup> и кредитни деривати (Совиљ, 2016: 196).

Домаћи прописи омогућују банци да може користити више од једног средства обезбеђења у циљу смањења кредитног ризика по основу једне изложености. У том случају банка је дужна да дату изложеност подели

---

4 Чл. 9–11 Одлуке о управљању ризицима банке, *Сл. гласник РС*, 45/2011, 94/2011, 119/2012, 123/2012, 23/2013, 43/2013, 92/2013.

5 Секјуритизација представља финансијски инструмент који омогућава продају очекиваних прихода са каматом како би се емитовањем нових кредита са вишом каматом финансирало ширење кредитног система. О предностима и недостацима секјуритизације видети код: (Лазих, 2016: 58).

на такав начин да сваки њен део буде покривен једним инструментом кредитне заштите и да за сваки од тих делова посебно обрачунава износ активе пондерисане кредитним ризиком. Као технике ублажавања кредитног ризика, банка може користити: 1) инструменте материјалне кредитне заштите (нпр. средства обезбеђења у облику финансијске имовине, споразуме о нетирању); 2) инструменте нематеријалне кредитне заштите (нпр. гаранције, друге облике јемства и контрагаранције, кредитне деривате). Осим наведених инструмената, подобним инструментима сматрају се: готовина, хартије од вредности и роба купљена, узета у зајам или примљена по основу репо или *reverse* репо трансакција и трансакција давања или узимања у зајам хартија од вредности или робе. Банка је обавезна да својим унутрашњим актима утврди технике ублажавања кредитног ризика које користи и начине прибављања инструмената кредитне заштите, као и да омогући реализацију тих инструмената.<sup>6</sup>

Средства обезбеђења представљају најстарији облик заштите банака од потенцијалних губитака. Средства обезбеђења служе као заштита приликом закључења уговора о кредиту и представљају једну од најчешће коришћених техника за ублажавање кредитног ризика. Уколико корисник кредита (клијент банке) не изврши уговором преузете обавезе, односно не исплати главницу и камату у року, банка може искористити средства обезбеђења како би се заштитила од могућег губитка у пословању тиме што ће продати заложена средства и на тај начин намирити своје потраживање (Спасојевић, 2013: 110). Постоје персонална и стварноправна средства обезбеђења. Као персонална средства обезбеђења користе се: акцептовање менице, менични авал, документарни акредитив, кредитно писмо, јемство банке, док се као стварноправна средства обезбеђења користе: заложно право на покретним и непокретним стварима, заложно право на хартијама од вредности, задржавање права својине (Васиљевић, 2008: 405).

Опште је позната чињеница да се банка као давалац новчаних средстава својим клијентима излаже потенцијалном ризику у пословању, будући да током трајања одређеног посла између банке и њеног клијента могу наступити одређене економске или тржишне промене на локалном или међународном плану које могу утицати на пословање банке. Из тога произлази да приликом закључења дугорочних послова, уговорне стране морају исказати посебну пажњу. Свесне тих околности, банке као даваоци новчаних средстава настоје умањити штетне последице алеаторности. То постижу тиме што заснивање уговорног односа са својим клијентима условљавају депоновањем средстава обезбеђења. Начелно посматрано,

6 Чл. 73–85 Одлуке о адекватности капитала банке, *Сл. гласник РС*, 46/2011, 6/2013, 51/2014.

овакав вид заштите банке представља акт законитог поступања доброг привредника, који се предузима у циљу заштите кредитних пласмана и остваривања очекиваног профита – камате као уговором одређене цене кредита (Слијепчевић, 2017: 9).

То становиште заузео је и првостепени суд када је на основу изведених доказа утврдио да су тужилац, као давалац кредита, и тужени, као корисник кредита, дана 28. 7. 2001. године закључили уговор о дугорочном кредиту у износу од 2.711.618,55 динара. Истим уговором корисник кредита се обавезао да врати кредит у року од 5 година у пет једнаких годишњих рата са грејс периодом од једне године, рачунајући од дана пуштања кредита у течај, с тим да прва рата доспева 28. 7. 2003. године, а остале истог датума наредних година све до исплате. Такође, уговором је предвиђена обавеза корисника кредита да тужиоцу, банци као даваоцу кредита, на име обезбеђења за уредно враћање кредита преда хартије од вредности 290 комада акција, емитента „Д“ 3, номиналне вредности 9.498,74 динара по акцији које припадају кориснику кредита.

Као неспорне чињенице првостепени суд је утврдио да је прва рата за отплату кредита доспела за наплату 28. 7. 2003. године, и да исту тужени, као корисник кредита, није платио тужиоцу. Стога, банка може продати заложене акције и њиховом продајом наплатити доспели дуг. У конкретном случају ради се о уговору о кредиту на основу кога је тужилац у смислу члана 1065 Закона о облигационим односима туженом ставио на располагање одређени износ новчаних средстава на одређено време без утврђене намене, а тужени је као корисник кредита био у обавези да банци плаћа уговорену камату и добијени износ новца врати у време и на начин како је утврђено уговором.<sup>7</sup> Сматрамо да је у датом случају суд заузео исправно становиште, омогућујући банци као даваоцу кредита да, уколико корисник кредита не врати исти о доспелости, може намирити своје потраживање продајом заложених хартија од вредности, што је уосталом предвиђено и чланом 1071 ЗО.<sup>8</sup>

Исто становиште заузео је и Виши суд у Панчеву у пресуди Гж. бр. 441/12 од 12. 6. 2012. године. У првостепеном поступку утврђено је следеће чињенично стање: тужилац и тужена закључили су уговор о готовинском кредиту 16. 5. 2007. године, по којем је банка одобрила готовински кредит од 4.999 евра у динарској противвредности са роком отплате од 60 месеци, са каматом од 11,95% годишње, уз уплаћени депозит од 1.000 евра од стране тужиље.

---

7 Судска пресуда Пж. 269/04, од 4. марта 2004. године

8 Чл. 1071 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 57/89 и *Сл. лист СРЈ*, 31/93

Такође, тужиља је предала меницу као обезбеђење дуга по основу уговора о готовинском кредиту. Уговором су у чл. 14 били предвиђени отказни разлози тако да банка има право да једнострано раскине уговор и наплати целокупни износ кредита са каматом и трошковима, између осталог и уколико корисник кредита не извршава обавезе утврђене уговором. Како тужена нија плаћала кредит, уговор је једнострано раскинут од стране банке 7. 4. 2010. године.

На овако утврђено чињенично стање првостепени суд је правилно применио материјално право када је обавезао тужену да плати дуг у складу са уговором о кредиту у износу који је обезбеђен њеном меницом. Констатујемо да жалбени наводи који се односе на погрешну примену материјалног права нису основани јер из закљученог уговора о готовинском кредиту јасно произлазе права и обавезе тужиоца као даваоца кредита и туженог као корисника кредита и у њима нема елемената да се тумачењем одредби тог уговора примени правило да се он тумачи у корист економски слабије стране. Одредбе уговора о готовинском кредиту су јасне јер су јасни износи и рокови враћања кредита, основ за одобравање кредита, јасно је уговорен континуитет отплате кредита и камате као и средства обезбеђења наплате кредита и отказни разлози за овај уговор.<sup>9</sup>

Неспорно је да је легитимно право банке у улози кредитора да штити вредност свог капитала, као и да настоји да се обезбеди од преузетог ризика. Стога је неоснован жалбени навод туженог да се уговор протумачи у корист економски слабије стране, будући да банка у датом случају није користила своју надмоћну економску позицију, нити је туженом наметнула неправичне услове пословања.

Објективно посматрано, услед дугорочности – вишегодишњег трајања уговора о кредиту, ни банка ни корисник кредита нису у могућности да сагледају будућа тржишна кретања у моменту закључења уговора. С обзиром да ризик потенцијалног губитка може погодити обе уговорне стране, потребно је да и банка и корисник кредита подједнако снесу могуће штетне последице неизвесности таковог посла, у оквирима тржишних кретања.

## 5. Закључак

Уопштено посматрано, постоје микропревентивни и макропревентивни аспекти решавања проблематичних кредита, а самим тим и повећане изложености кредитном ризику банака. Са микропревентивног

---

9 Пресуда Вишег суда у Панчеву Гж. бр. 441/12 од 12. јуна 2012. године.

становишта, банкама је у интересу да смање ниво и број проблематичних кредита у циљу заштите њихове солвентности и ликвидности, што ће, у крајњем исходу, резултирати и заштитом интереса њихових клијената. Истовремено, решавање проблема проблематичних кредита има и макропревентивни аспект, с обзиром да високо учешће проблематичних кредита може проузроковати системски ризик. Ниво проблематичних кредита указује на проблеме с којима се суочава привреда једне земље и њен реални сектор који није у могућности да отплати дуг, што може бити и знак лошег регулаторног и правосудног оквира.

Премда су кредитни стандарди знатно пооштрени у поређењу са преткризним периодом, банкама је потребно још да унапреде своја капацитете за управљање кредитним ризиком. Оперативне могућности банака у поступку управљања кредитним ризиком указују нам да су поједине банке и даље суочене са слабом унутрашњом организацијом, као и недовољним аналитичким капацитетом.

На крају, можемо закључити да је потребно још доста тога урадити на стварању одговарајућих подстицаја за банке да адекватно приступају управљању кредитним ризиком и решавању проблема проблематичних кредита. С тим у вези, банке су обавезне да успоставе, уколико већ нису, организационе јединице за управљање кредитним ризиком, а у циљу унапређења управљања проблематичним кредитима. Осим наведеног, банке су дужне да развију и имплементирају системе раног уочавања повећаног кредитног ризика, који ће омогућити благовремено препознавање дужника код којих је дошло до повећања и који укључује утврђивање квалитативних и квантитативних показатеља за рано уочавање повећаног кредитног ризика. Такође, потребно је унапредити поступак процене вредности средстава обезбеђења, повећати транспарентност података о проблематичним кредитима и уклонити поједине регулаторне препреке.

## Литература

Augustin, D. (1994). *Credit Risks In European and International Regulations*. U Ferrarini, G. (Ed.). *Prudential Regulation of Banks and Securities Firms*. London – The Hague: Kluwer Law International.

Васиљевић, М. (2008). *Трговинско право*. Београд: Службени гласник – Правни факултет Универзитета у Београду.

Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on access to the activity of credit institutions and the prudential supervi-



on of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC, OJ. L 176/2013, чл. 79.

Ђукић, Ђ. (2007). *Управљање ризицима и капиталом у банкама*. Београд: Београдска берза, 21–52.

Закон о банкама. *Службени гласник РС*. Бр. 107/2005.

Закон о облигационим односима. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29/1978, 39/1985, 57/1989 и *Службени лист СРЈ*. Бр. 31/1993.

Јазић, В. (2007). Управљање кредитним ризиком. *Финансије*. 1–6. 118.

Јакшић, М. (2012). Управљање ризицима портфолија хартија од вредности. *Економски хоризонти*. 3. 155.

Јованић, Т. (2009). *Циљеви и облици регулација пословања банака*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 60.

Јовановић, М. (2011). Појам ризика и управљање ризиком у економији. *Правно-Економски погледи*. 3. 6.

Лазић, М. (2016). Заштита потрошача у кредитном односу. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 74(LV). 58.

Матић, В. (2008). Кредитни ризик. *Банкарство*. 1–2. 76.

Одлука о адекватности капитала банке. *Службени гласник РС*. Бр. 46/2011, 6/2013, 51/2014.

Одлука о управљању ризицима банке. *Службени гласник РС*. Бр. 45/2011, 94/2011, 119/2012, 123/2012, 23/2013, 43/2013, 92/2013.

Пресуда Вишег суда у Панчеву Гж.бр.441/12 од 12. јуна 2012. године.

Принципи за управљање кредитним ризиком из 2000. год. (Basel Committee on Banking Supervision, Principles for the Management of Credit Risk, Basel, September 2000), 1.

Слијепчевић, Д. (2017). Примена валутне клаузуле и променљиве каматне стопе у уговору о кредиту. *Правни информатор*. 2. 9.

Совиљ, Р. (2016). *Правни режим ограничења ризика у пословању трговаца хартијама од вредности*. докторска дисертација. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 182–196.

Спасојевић, Ј. (2013). Кредитни ризик и кредитни деривати. *Банкарство*. 1. 106–110.

Станишић, М. Станојевић, Љ. (2010). Ризици у банкарском пословању и Базел II. *Финансије, банкарство и осигурање*. 1(Vol. 6). 14.

Судска пресуда Пж.269/04, од 4. марта 2004. године

Тодоровић, Т. (2009). Управљање кредитним ризиком у банци. *Економски хоризонти*. 2. 90–91.

Carling, K. (2002). Capital Charges under Basel II: Corporate Credit Risk Modelling and the Macro Economy. *Svergies Riksbank Working Paper Series*. No.142. 4.

**Ranko Sovilj, Ph.D.**

*Research Assistant,*

*Institute of Social Sciences, Belgrade*

### **CREDIT RISK MANAGEMENT IN BANKS FROM THE PERSPECTIVE OF JURISPRUDENCE**

#### **Summary**

*The level, structure and nature of problem loans are a significant source of credit risk in the banking business, with the main reason for developing and increasing problem loans indicate the need for a comprehensive and strategic approach to solving them. In addition, the accumulation of problem loans in banks' balance sheets negatively affects the credit activity of banks and, consequently has a negative impact on economic activity, primarily due to reduced availability of possible sources of financing both for companies and for the population. One of the main reasons for the increased credit risk exposure of banks, especially before the outbreak of the subprime crisis, are less developed models for evaluation and measurement of credit risk, as well as a poor assessment of collateral. Therefore, this paper points out to the importance of careful management of credit risk as well as the need to develop appropriate methods and models for the early detection of problem loans and reducing exposure to credit risk. In the last part of the paper, the author provides an overview of the most important collaterals, with specific reference to domestic jurisprudence.*

**Keywords:** *bank, credit risk, credit risk management, collateral.*

**Др Михајло Вучић,\***  
Научни сарадник,  
Институт за међународну политику  
и привреду, Београд

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgpfi1775107V

UDK: 341.224

Рад примљен: 04.02.2017.  
Рад прихваћен: 14.04.2017.

## **ПРАВИЧНОСТ И КОРИШЋЕЊЕ ЗАЈЕДНИЧКИХ ВОДНИХ ДОБАРА\*\***

**Апстракт:** У овом раду аутор испитује садржину начела правичности у оквиру међународног права које регулише коришћење заједничких водних добара. Аутор истиче како садржина појма правичности у међународном праву није до краја утврђена. Међутим, за потребе расподеле и коришћења водних добара једина дозвољена правичност је она која се схвата као коректив чврсте правне норме приликом њене примене, ради исправљања бесмислених решења, односно као средство попуне правних празнина или разраде широко формулисаних правних начела. Правило правичног и разумног коришћења које је основно правило позитивног права у овој области међународног права прожето је оваквим схватањем правичности. Оно је истовремено широко и неодређено правно начело, али и коректив примене техничких правила о расподели водних добара. Међутим, ова формулација правичног и разумног коришћења није од помоћи у случају различитих правних тумачења, сукобљених техничких правила, или сукобљених права која су претходила споразуму. Аутор кроз праксу Међународног суда правде у погледу разграничења епиконтиненталних појасева извлачи појам сразмерности као кључни елемент дејства правичности у постизању праведних разграничења. Сразмерност је погодна за примену као концепт и у области коришћења заједничких водних добара, јер се у тој области наилази на сличне проблеме као и код разграничења епиконтиненталних појасева. Примена сразмерности нагласак ставља на потребе за водом прибрежних држава као кључан

\* mihajlo@diplomacy.bg.ac.rs

\*\* Рад је урађен у оквиру пројекта „Србија у савременим међународним односима: стратешки правци развоја и учвршћивања положаја Србије у међународним интегративним процесима – спољнополитички, међународни економски, правни и безбедносни аспекти”, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије. Број пројекта: 179029.

*чинилица у постизању правичног решења, а секундарно на физичко-географске одлике конкретног водотока. Такође, сразмерност помаже да се у конкретном случају доведе у склад начело правичног и разумног коришћења са обавезом спречавања значајне штете и обавезом заштите животне средине међународног водотока.*

**Кључне речи:** међународни водоток, правичност, сразмерност, међународно право, заједничка водна добра.

## 1. Увод

Заједничка водна добра из наслова су природно добро које прелази границе једне државе. Она се налазе у међународним водотоковима, слатководним резервоарима у облику река, језера, подземних вода и слично. С обзиром на изузетан значај ових добара по развој и опстанак држава и њиховог становништва, међународна правила која уређују њихово коришћење су од изузетног значаја. Та правила, да би остварила циљ очувања и одрживог коришћења заједничких водних добара, морају да помире многе супротстављене интересе и намире многе, често искључујуће потребе за овим добрима. Општа начела на којима се темељи коришћење заједничких водних добара у међународном праву стога су, логично, правило које обавезује сваку државу на коришћење међународног водотока на правичан и разуман начин, правило које обавезује сваку државу да спречи доношење значајне штете свакој другој држави у коришћењу тих добара, као и правило које обавезује сваку државу да чува животну средину међународног водотока зарад опстанка водних добара и за будуће генерације корисника (Бркић, Кнез, Етински, Милков, Петрушић, Дракић, Салма, Николић, 2009: 53). Нас у овом раду занима прво од три наведена правила. Правично и разумно коришћење је циљ до кога се долази како применом формалног, тако и применом материјалног појма правде у једном правном поретку. Што значи да процес доласка до правичног решења за коришћење заједничких водних добара подразумева испитивање свих релевантних околности и поштовање свих прописаних процедура, али и да коначно решење мора да буде прожето захтевима правде. Већ на први поглед се види да је овај циљ тешко испунити простом применом права, поготово с обзиром да је позитивно право у овој области недовољно изграђено и прецизно. Зато је потребно кренути од почетка, односно утврдити шта заправо у међународном праву значи правичност (први део). Пошто се садржина појма утврди, неопходно је видети како се у пракси такав појам примењује на заједничка природна добра уопште (други део). Коначно, на основу тих увида у трећем делу рада се ова пракса по аналогији анализира у контексту међународних водотокова.

## 2. Правичност у међународном праву

Садржина појма правичности у међународном праву је упитна, поготово у погледу коришћења заједничких природних добара. Улога правичности као правног појма у том погледу се састоји у давању смерница и правичних начела за склапање уговора који заснивају режиме коришћења добара, као и за судско и арбитражно решавање спорова о заједничким добрима. Проблем је што универзално прихваћени појам правичности у међународном праву не постоји. Међународни суд правде (МСП) дефинише појам правичности на следећи начин: „Правичност је као правни појам директна еманација идеје правде. Суд, чија је улога по дефиницији да дели правду, обавезан је да је примењује“.<sup>1</sup> Браунли дефинише правичност као „обзире праведности, разумности, и политике, који су често потребни ради разумне примене чвршћих правних правила“ (Brownlie, 2007: 26). Лоу (Lowe), испитујући употребу појма у пракси разних арбитражних трибунала, каже: „Корисна дефиниција правичности може да буде: општа начела правде која се разликују од сваког конкретног правног система или унутрашњег државног права“ (Lowe, 1989: 54). Френк, у расправи о правичности као средству за увођење правичних обзира приликом расподеле заједничких добара, појашњава: „Правичност нуди важну помоћ на овом задатку, даје судијама меру дискреције, у оквиру растегљиве структуре правила, која је саобразна јединствености сваког случаја и брзој еволуцији технологије обнове и управљања новим добрима“ (Franck, 1995: 56).

Познато је да Статут МСП предвиђа примену правичности у међународном праву на два одвојена начина. Најпре, члан 38(1) наводи међу изворима међународног права које Суд треба да примењује „општа правна начела која признају цивилизовани народи“. Како се појам правичности, а посебно правичних начела, може пронаћи у бројним националним правним системима, правичност може да има улогу саставног дела скупа норми које чине међународно право.<sup>2</sup> Могућност да међународни трибунали примене правична начела без изричите дозволе страна у међудржавном спору потврђује судија Хадсон у случају *скретања воде из реке Мезе*, када наводи да „оно што је нашироко познато као начело правичности, дуго је сматрано саставним делом међународног права, и као такво дуго било примењивано од стране међународних трибунала“.<sup>3</sup> Затим, члан 38(2) даје

---

1 *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ Reports (1982)18, стр. 60, пара. 71.

2 Видети поменуту расправу коју доноси Лоу, где наводи да је прибегавање општим начелима правде као помоћним методама примене права заједничка одлика свих главних светских правних система, (Lowe, 1989: 55).

3 *Individual Opinion of Judge Hudson*, PCIJ Series A/ B, No. 70, стр. 76–77.

МСП овлашћење да „решити случај *ex aequo et bono* ако се уговорне стране тако договоре“. Појам „међународна правичност“ је једна „збирка појмова која подржава, промовише и имплементира она овлашћења, користи и задовољства које оправдава савремено схватање правде и праведности у друштву“ (Goldie, 1987: 107). У међународном праву правичност је одраз основних начела судске праксе и законодавства које уобличава и примењује правду, разум и вредности које су данас расуте по светским правним системима. Међународна правичност служи да ублажи строгост примене позитивног међународног права на оне посебне ситуације где генерализација може да произведе аномалије, неправичности, или неправде.

### 2.1. Правичност *ex aequo et bono*

Бербер објашњава да када Суд доноси одлуку на овај начин, он „одлучује на основу ванправних начела правде, моралности, корисности, политичке опрезности и здравог разума“ (Berber, 1955: 266–267). Ченг, пишући о правичности, говори о „чистој правичности“, која се може применити „не само *secundum legem*, или *praeter legem*, већ, ако је потребно, *contra legem*“ (Cheng, 1953: 20). Међутим, највећи број аутора се слаже да се правичност, или клаузула *ex aequo et bono* Статута МСП, не односи на правна правила, примарна или допунска, већ на способност Суда да реши спор на основу помирења (Lapidoth, 1987: 172; Goldie, 1987: 107; Lauterpacht, 1958: 213; Cheng, 1953: 19).

Према томе, правичност у *ex aequo et bono* смислу се не односи на обзире који леже у области права те она није саставни део скупа правних правила и начела која чине међународно право. Ако анализирамо ставове Међународног суда, јасно нам је да Суд помиње правичност искључиво као опште правно начело. На пример у случају *Епиконтиненталних појасева у Северном мору*, Суд каже: „Било какво да је тумачење једног суда, његове одлуке морају по дефиницији да буду праведне, према томе у истом смислу и правичне. Без обзира на то, када се говори о суду који дели правду или проглашава право, мисли се да одлука налази објективно оправдање у обзирима који не леже ван правних правила ... према томе, у овом случају се не ради о одлуци донетој *ex aequo et bono*“.<sup>4</sup> Такође, индикативно је да ни Стални суд међународне правде ни МСП никада нису решили случај на

4 *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969), 3, стр. 48; Види такође случај *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France v. Switzerland)* (1930), PCIJ, Ser.A, No. 24, стр.5, где је МСП одбио да употреби овај начин доношења одлуке у недостатку изричитог споразума страна у спору.

овај начин јер стране у спору оклевају да им дају тако широку и неспутану дискрецију.<sup>5</sup>

## 2.2. Правичност као опште правно начело

Творци Статута МСП сврставају „општа правна начела која признају цивилизовани народи“ (удаљем тексту општаначела), у међународноправне изворе према њиховој друштвеној заснованости и разумном карактеру, као део заједничког правног фонда (Goldie, 1987: 105). Према томе, општа начела су важан извор међународног права јер су кроз признање у националним правним системима цивилизованих нација стекла позитивни карактер који их чини правним правилима.

Класичан пример правичног начела које је кроз широко прихватање у националним правним системима пронашло своје место у међународном праву, јесте максима римског права *inadimplenti non est adimplendum* – онај ко не испуни свој део споразума не може да захтева испуњење споразума од друге стране. У случају *реке Мезе*, судија Анђилоти за ово начело каже да је „тако праведно, тако правично, тако универзално признато, да се мора применити такође и у међународним односима“.<sup>6</sup> У контексту прекограничних добара, позната је још једна слична максима, такође заснована на реципроцитету, да онај ко тражи правичност мора правично да поступа. То значи да држава која прва крене да користи заједничка добра не може да се жали када и друга држава то исто почне да чини, и обрнуто, да држава која успе да спречи суседну државу да користи заједничко добро може и сама да буде спречена да то чини (Botchway, 2003: 217). Управо се ово догодило у случају *реке Мезе*, где је одбијена жалба Холандије на скретање тока заједничке реке Мезе од стране Белгије, углавном због тога што је Холандија раније и сама учинила такво скретање (Botchway, 2003: 217).

Наравно, постоје и многи други појмови који имају своје исходиште у правичности, и пронашли су своје место у међународном праву кроз развој у националним правним системима. Довољно је поменути начела добре вере и забране дискриминације, која су сада од средишње важности по

---

5 Треба рећи, истине ради, да је МСП усвојио начело *ex aequo et bono* приликом рачунања одштете коју је досудио један други трибунал УН, након што је Суд утврдио одговорност, види *Judgments of the Administrative Tribunal of the Labor Organization, ICJ Reports (1956) 77*, стр. 100, где Суд каже да „пошто прецизно одређење тачне своте није могло да се заснује ни на једном правном правилу, Трибунал је, прибегавши прорачунима *ex aequo et bono*, одредио оно што Суд назива правом мером накнаде“.

6 (1937) PCIJ Ser.A/ B No. 70, стр. 50.

многа формална и материјална правила међународног права (Brownlie, 1979: 287).

Међународни судови су користили начела правичности у многим решавањима спорова о заједничким добрима (Nelson, 1990: 837; Charney, 1984: 582; Higgins, 1991). МСП је нарочито водио рачуна да нагласи разлику између примене правичности као дела општих правних начела и његове примене *ex aequo et bono*, а притом је наглашавао како обзирати правичности у овом првом смислу леже у границама права.

### 2.3. Примена правичности

Теоретски, примена правичних начела може да се изведе на три различита начина, имајући у виду дејство начела према чврстим материјалним нормама међународног права, а то су правичност *infra legem*, *praeter legem* и *contra legem*.

Примена правичности *infra legem* настаје када постоји неколико могућих правних тумачења и правична начела дозвољавају суду да одабере једно од њих водећи се захтевима правде. Ова примена правичности није спорна јер је „прављење таквих избора својствено функцији судије, и као таквој, не треба јој посебна сагласност страна у спору“.<sup>7</sup> МСП је на овај начин применио правичност у случају *Епиконтинентални појас (Тунис-Либија)*: „када примењује позитивно међународно право, суд може да бира између неколико могућих тумачења оно које делује као, у светлости околности случаја, најближе захтевима правде“.<sup>8</sup> Други пример се тиче ситуације када суд покушава да направи правичну процену величине накнаде, када се право на накнаду одређене врсте одштете већ установило.<sup>9</sup>

Правичност *praeter legem* служи да попуни правне празнине или да разради посебан садржај неодређених или општих правила. МСП је јасно ставио до знања да овај облик правичности значи правичност која се користи „не са циљем попуне друштвене празнине у праву, већ ... да ублажи недовољности међународног права и попуни његове логичке празнине“.<sup>10</sup> Многи се не би сложили да у међународном праву уопште постоје празнине (Fitzmaurice,

---

7 Higgins, 1994: 219. Мада Хиггинс изражава забринутост да је појам „захтеви правде“ инхерентно субјективан, и да његова употреба ради утицаја на правна правила служи „само да избегне оправдавање и конкретизацију извесних политичких циљева“.

8 *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ Reports (1982) 18, стр. 60, пара. 71.

9 Види случај *Starrett Housing Corp. v. Iran* (1987) 16 Iran-US Claims 112, стр. 221.

10 Одвојено мишљење судије Амуна (Ammoun) у случају *Barcelona Traction (Second Phase) Case* (1970) ICJ Reports, стр. 3.



1965: 24–25). Они аутори који сматрају да оне ипак постоје се опет не слажу да ли је овај начин примене правичности прихватљив. Неки су виђења да он никако не може бити прихватљив јер је посао међународног суда да једноставно прогласи да правног решења нема (*non liquet*) (Strupp, 1930: 469), док други сматрају да је за њега потребна сагласност страна у спору (Cheng, 1955: 209–210). Због правне неизвесности у погледу овог начина примене правичности, употреба правичних начела у доношењу одлуке ће ретко, ако икада, бити изричито названа тако. Ово је истина за случајеве разграничења епиконтиненталних појасева пред МСП (Higgins 1994: 244, 220–224). Исто се може рећи и за судску примену начела правичног коришћења, јер се садржај овог правила може означити као општи и пун празнина. Ово се јасно види из анализе формулације правичног коришћења која се налази у Конвенцији УН од 1997. о непловидбеним коришћењима међународних водотокова,<sup>11</sup> као и Нацрту чланова Комисије за међународно право који јој је претходио,<sup>12</sup> која предвиђа неисцрпљујућу листу релевантних критеријума и ниједну смерницу око њиховог редоследа примене.

Правичност *contra legem* се никада не може прихватити осим ако стране у спору не пристану на примену правичности *ex aequo et bono*, што се никада није догодило у историји ни Сталног суда међународне правде, ни његовог наследника, МСП. Ова примена правичности се означава као правичност која у својој примени крши право, да би ублажила друштвене неприкладности права,<sup>13</sup> па такве одлуке уопште не морају да буду повезане са судским разматрањима (Lapidoth, 1987: 172).

### 3. Правичност и заједничка природна добра

#### 3.1. Функције правичности

Различити аутори заступају различите улоге правичности у међународном праву тако да се може рећи да она испуњава многе различите циљеве. Међутим, за потребе наше расправе интересује нас испитивање могуће улоге за правичност у примени начела правичног коришћења заједничких природних добара.

---

11 (1997) 36 ILM 719.

12 *Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of its Forty-Sixth Session*, UN Doc.A/ 49/ 10 (1994) 195.

13 Види одвојено мишљење судије Амуна у случају *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969 ), 3, стр. 139.

Френк наводи три одвојена приступа правичној расподели заједничких добара: „корективна правичност“, „широко заснована правичност“ и „правичност заједничког наслеђа“ (Franck, 1995: 57). „Корективна правичност“ подразумева да се правична начела примењују само по изузетку, како би ублажила тешке неправедности које могу понекад да настану из строге примене правних правила. Овакво схватање правичне расподеле кретало би се у границама правичности *infra legem*.

„Широко заснована правичност“ је сама по себи правно правило за расподелу добара. Овај приступ даје суду знатно више дискреције него корективна правичност и тежи да буде отворено дистрибутиван. Френк сматра да је начело правичног коришћења које садржи Конвенција УН о непловидбеним коришћењима међународних водотокова од 1997. пример широко засноване правичности и пример присутног тренда да се стављају слични правични механизми у друге уговоре о животној средини и природним добрима (Franck, 1995: 74–75). Ова правичност би одговарала схватању правичности *praeter legem*.

„Правичност заједничког наслеђа“ примењује се на расподелу добара која су заједничко добро целог човечанства, попут свемира,<sup>14</sup> Антарктика,<sup>15</sup> минералних добара дубоког морског дна,<sup>16</sup> и обично у себи садржи неки модел повереништва према коме је очување једини или главни циљ. Овакв приступ може да има све већи значај у погледу међународних водотокова са успоном заједничких режима управљања и институција, где се неколико или чак све државе водотока обавезују да ће заједно управљати заједничким водним добром у заједничком интересу. Ту се супранационалност тела створеног у заједничком интересу заинтересованих субјеката поставља као контратежа независном одмеравању интереса суверених држава на основу правичности *contra legem*.

Међутим, тренутно позитивно право које уређује заједничка водна добра далеко је од ове последње концепције. Зато се прихваћеност правичности *praeter legem* мора каналисати споразумима према којима је свака држава овлашћена на разуман и правичан удео у користима од прекограничног водног добра. Према Експертској групи за животну средину: „Начело правичног коришћења прекограничног природног добра мора да се

14 Види Споразум о активностима држава на Месецу и другим небеским телима из 1979, Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, (1979) 18 ILM 1434.

15 Види Протокол о заштити животне средине на Уговор о Антарктику из 1991, Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, (1992) 30 ILM 1455.

16 Види Конвенцију о праву мора из 1982, UN Convention on the Law of the Sea, (1982) 21 ILM 1261.

посматра као опште прихваћено начело међународног права које се примењивало у бројним међународним споразумима, а нарочито оним који се баве водама међународног водотока“ (Munro, Lammers, 1987: 73). Према томе, жељени циљ садржан у начелу правичног коришћења је већ јасно уобличен.

Међутим, постојеће формулације начела правичног коришћења дају мало или нимало упутстава око различите тежине коју носе различита правна тумачења, сукобљене правне одредбе, или сукобљена права која су претходно постојала. Заиста, Конвенција УН од 1997, а пре ње и Нацрт чланова комисије за међународно право, изричито предвиђају да ниједно коришћење или врста коришћења неће имати предност само по себи над другим коришћењем или врстом коришћења (члан 10), осим можда оних која су повезана са виталним људским потребама (члан 10(2)). Према томе, питање да ли су удели држава у корисним употребама водотока разумни и правични може се одредити једино разматрањем свих релевантних чинилаца конкретне случаја. Чак се различитим чиниоцима не даје ни некакво првенство или редослед важности.<sup>17</sup>

Ако прихватимо да правичност игра комбинацију улога у примени правичног коришћења, чини се да је неспорно да се правичност примењује у неколико корака. То су: идентификација праведног и правичног решења, разматрање свих релевантних чинилаца и околности и разрада неодређених нормативних правила. Међутим, ниједна формулација начела не даје упутство око редоследа ових функција правичности. На пример, да ли ће суд само идентификовати правично решење и наставити да тражи то решење поклањајући добро одмерену пажњу сваком релевантном чиниоцу, или ће се правично решење указати након претходног разматрања релевантних чинилаца. Први приступ би дао суду већу меру дискреције јер би он тада арбитрерно одлучивао шта је правично решење. Такво решење би логично било врло субјективно. Слично томе, када правичност служи да разради посебна правила за конкретан случај, није јасно да ли ова правила одређују првенство које евентуално има неки од релевантних чинилаца, односно да ли је претходно разматрање чинилаца потребно да би се одредило која ће се правила примењивати. Јасно је само да правично коришћење може да функционише једино као процес. По речима једног аутора: „Суштина овог начела правичног коришћења је да оно више предвиђа неку процедуралну технику која за циљ има постизање правичног решења у сваком конкретном случају, пре него што поставља материјалну норму мање или више специфичног садржаја“ (Yamin, 1995: 17). Примена начела стога захтева преговоре између заинтересованих

---

<sup>17</sup> Види члан 6(3) Конвенције УН од 1997.

држава за одређивање правичног разграничења права и обавеза сваке државе. Међутим, овај став нам није од помоћи да утврдимо редослед корака у том процесу у коме правичност игра своје улоге, било да је у питању преговарање око склапања уговора или судски процес.

### **3.2. Правичност и МСП**

Преглед праксе МСП око разграничења епиконтиненталних појасева даје увид у контроверзну чињеницу да МСП у последњим годинама тежи да идентификује оно што он сматра правичним решењем. Првобитно, МСП је сматрао да је обичајно правило међународног права да се разграничење одређује према правичним начелима: „није питање примене правичности само питање апстрактне правде, већ и примене правног правила које само захтева примену правичних начела“.<sup>18</sup> Међутим, након тога уследио је прилично различит став. У наредном предмету МСП је сматрао да је „обавезан да одлучи случај на основу правичних начела“,<sup>19</sup> али дајући преглед значења правичних начела, Суд каже да „резултат примене правичних начела мора бити правичан ... није свако такво начело само по себи правично; оно може да стекне такав квалитет у односу на правичност решења ... „правична начела“ ... се односе на начела и правила која могу бити одговарајућа за постизање правичног решења“.<sup>20</sup> Овакав став је одраз приступа усвојеног у међувремену донетој Конвенцији УН о праву мора,<sup>21</sup> која је отворена за потписивање 1982, чији члан 83(1) предвиђа да ће „разграничење епиконтиненталних појасева између држава са наспрамним или суседним обалама бити остварено споразумно на основу међународног права, чији се извори налазе у члану 38 Статута Међународног суда правде, како би се постигло правично решење“. Ова одлука, о примени онога што Френк назива „широко заснована правичност“, није прошла без критике. Судија Ода, у свом издвојеном мишљењу, изражава став да је одлука прожета „прећутном сврхом расподеле“,<sup>22</sup> док судија Ивенсен (*Evensen*) упоређује тумачење Суда са применом правичности *ex aequo et bono*.<sup>23</sup> Приступ широко засноване правичности је примењен и у случају

---

18 *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969), 3, стр. 46–47.

19 *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ Reports (1982) 18, пара. 69.

20 *Ibid*, пара. 70.

21 21 ILM 1261.

22 *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ Reports (1982) 18, пара. 270.

23 *Ibid*, пара. 296.

*Епиконтинентални појас (Либија-Малта)* где МСП потврђује предност правичног решења над оним правичним начелима која служе да би се оно постигло.<sup>24</sup> МСП притом наглашава улогу сразмерности у постизању таквог решења, описујући сразмерност као „интимно повезану ... са владајућим начелом правичности“.<sup>25</sup>

У арбитражи из 1985. између *Гвинеје и Гвинеје-Бисао*, арбитражни трибунал, који су чинили тројица судија МСП, разграничио је епиконтинентални појас водећи рачуна о два нова правична обзира, наиме „потребе да се обезбеди да, колико је могуће, свака држава контролише поморску територију насупрот своје обале и у њеној близини“, и потребе да се обезбеди да друга разграничења на мору у датој области, садашња или будућа, буду узета у обзир са дужном пажњом.<sup>26</sup> Заиста, последњих година, чини се да је Суд све спремнији да размотри донекле и економске чиниоце у одређењу правичног разграничења.<sup>27</sup> Појмови дистрибутивне правде се, штавише, изричито помињу у одредбама УН Конвенције о праву мора из 1982. које се односе на приступ искључивој економској зони. На пример, ова Конвенција даје земљама које немају излаз на море право да учествују „на основу правичности, у експлоатацији одговарајућег дела обалних држава у њеном подрегиону или региону“, и захтева од држава да одреде услове таквог учешћа узимајући у обзир, између осталог, „потребу да се избегне штета по рибарске заједнице обалних држава“ и „потребе исхране становништва датих држава“ (Franck, 1995: 74). Ова последња одредба је по нама аналогна са оном о „виталним људским потребама“ из члана 10(2) Конвенције УН од 1997.

Приступ МСП у примени правичности на случајеве разграничења епиконтиненталних појасева, то јест, приступ усредсређености на пожељно решење, скоро је универзално критикован у правној теорији, где највећи број критичара страхује да он пружа сувише висок степен судске дискреције (Higgins, 1994: 224; Jennings, 1986: 31). У случају *Тунис-Либија*, МСП и сам признаје да постоје проблеми са приступом правичног решења, рекавши да „он не задовољава у потпуности, јер користи појам правично како би означио и резултат који треба постићи и средства која треба применити да би се тај резултат постигао“.<sup>28</sup> Међутим, такав приступ

24 *Continental Shelf (Libya v. Malta)*, ICJ Reports (1985), 13, пара. 29.

25 *Ibid*, пара. 43.

26 *Maritime Delimitation (Guinea v. Guinea-Bissau)*, 77 ILR 636 (Ct. of Arb. 1988), стр. 676-677.

27 Види *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, ICJ Reports (1993) 38, пара. 58-59.

28 *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*, ICJ Reports (1982) 18, пара. 70.

МСП је очигледно постао водећи ослонац у примени начела правичности. Кључан ослонац Суда приликом примене овог тумачења правичности био је, пак, појам сразмерности.<sup>29</sup>

Да бисмо испитали шта се подразумева под појмом сразмерности у међународном праву, треба прво направити разлику између сразмерности која се примењује у области права употребе силе и сразмерности у расподели добара. У првом значењу, сразмерност поставља ограничење законитој употреби силе у самоодбрани. У другом, она се описује као „једна од многих техника за постизање правичног исхода у посебним географским околностима“ (Higgins, 1994: 230). Иако је појам сразмерности као чиниоца у разграничењу добара уобличен и најпре развијен кроз праксу разграничења епиконтиненталних појасева, и даље је врло изражен неспоразум међу научницима око његовог статуса и примењивости, због чега Хигинс закључује: „Појам сразмерности у разграничењу на мору остаје, за мене, пун неизвесности и проблема“ (Higgins, 1994: 230). Појам сразмерности уобличио је Међународни суд правде у случајевима *Епиконтиненталних појасева у Северном мору*, где се он јавља као део правичности, другим речима као правично начело. У овом случају државе су биле позване да признају разуман ниво сразмерности, да би се одредила „мера епиконтиненталног појаса која припада заинтересованој држави и дужине њихових обалних линија“.<sup>30</sup>

## 4. Сразмерност и заједничка водна добра

### 4.1. Сразмерност и правична расподела

Међународни водотокови међусобно деле низ посебних физичких и географских одлика и тешко је по аналогiji преносити праксу МСП која се тиче разграничења епиконтиненталних појасева на поље коришћења њихових водних добара. Међутим, између ове две области постоје важне паралеле, тачније у њима настају слични проблеми приликом коришћења природних добара. Хигинс истиче: „Није случајно да у области расподеле добара – у праву мора, или праву међународних водотокова, постоји тако често позивање на правичне обзире“ (Higgins, 1994: 230). Морска обала,

---

29 Чињеница да је дужина обале играла у скорије време одлучујућу улогу у овој расподели, значи да се у пракси примењује један поједностављени тест сразмерности, види на пример: *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969), 3, пара. 50, *Continental Shelf (Libya v. Malta)*, ICJ Reports (1985), 13, пара. 46.

30 *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969), 3, пара. 52.

попут међународне реке или њеног слива, може да обухвати територију неколико држава. Те државе имају често супротстављене захтеве за коришћење природних добара, чије мирење захтева примену правичних решења. Имајући у виду искуство које поседује у погледу разграничења епиконтиненталних појасева, није нелогично да би МСП у одређивању правичног коришћења водних добара међународног водотока, нагласио важност природних и физичких одлика водотокова у свакој држави. Разумно је претпоставити да би кључни чиниоци правичног коришћења били величина слива у свакој држави и количина воде коју свака држава доприноси водотоку, а још вероватније је да би то била комбинација ова два.

Индикативна листа чинилаца од значаја по правично и разумно коришћење у Конвенцији УН од 1997. указује да би то могао да буде случај, јер се први низ чинилаца односи на „географске, хидрографске, хидролошке, климатске, еколошке, и друге чиниоце природног карактера“ (члан 6(1)(а)). Коментар на члан 6 Нацрта чланова Комисије за међународно право каже да „став 1(а) садржи листу природних или физичких чинилаца који одређују физички однос водотока са сваком државом водотока. „Географски“ чиниоци се односе на величину територије на којој се простире водоток у оквиру сваке државе; „хидрографски“ чиниоци се генерално односе на мерење, описивање и мапирање вода водотока, а „хидролошки“ чиниоци се односе на својства воде, укључујући проток воде и његову расподелу, као и допринос водотоку у виду количине воде сваке државе водотока“.<sup>31</sup>

Хелсиншка правила Удружења за међународно право из 1966. истичу на још очигледнији начин да ови чиниоци имају превасходну важност. Према њима, прва два чиниоца која се наводе као битна у у одређивању правичног и разумног удела су:

„а) географија слива, укључујући посебно величину дренажне области на територији сваке државе слива;

б) хидрологија слива, укључујући поготово допринос у води сваке државе слива“.<sup>32</sup>

---

31 „Report of the International Law Commission at its forty-sixth session“, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, део други, 1994, пара. 4.

32 Члан V(2), (а) и (б), International Law Association, *Report of the Fifty-Second Conference*, Helsinki, 1966, ILA, London, 1966. Види такође Берлинска правила о праву водних добара из 2004, која освежују и замењују Хелсиншка правила, чији члан 13 наводи списак чинилаца од значаја за одређивање правичног и разумног коришћења тако што понавља списак члана 6 Конвенције УН од 1997, ILA, *Berlin Rules on Water Resources Law*, 2004, <http://www.asil.org/ilib/WaterReport2004.pdf>, 20.1.2017.

Иако коментар Комисије за међународно право на Нацрт чланова јасно каже да ће се „значај који се даје сваком од чинилаца, као и њихова тежина, разликовати према околностима“,<sup>33</sup> може се са правом очекивати да међународни судови поштују праксу МСП у разграничењу епиконтиненталних појасева и да се определе за приступ који би право учинио на неки начин транспарентним и предвидивим. Такав приступ би подразумевао расподелу користи или удела у води на начин који је отприлике сразмеран величини дренажне области и доприносу у води сваке државе. Други чиниоци који се налазе у разним кодификацијама би, према томе, били секундарне природе, и служили би да ублаже круту примену таквог сразмерног правила и обезбеде да свако решење на основу преговора или судска одлука испуне захтеве правде у светлости околности сваког случаја.

Међутим, на основу веома обухватне анализе државне праксе и одлука судова и арбитража повезаних са расподелом заједничких водних добара, Фуентес убедљиво закључује како је значај који се даје физичким одликама сваког дренажног слива, поготово величина дренажне области која се налази на територији сваке државе и њихов допринос у води, релативно мали (Fuentes, 1995: 394–400). Она, на пример, истиче да је поступајући трибунал у случају *Нармада* направио *prima facie* правичну расподелу на основу потреба за водом страна у спору, која је затим донекле исправљена пошто су анализиране физичке одлике дренажног слива (Fuentes, 1995: 408). Трибунал је дошао до своје привремене одлуке тако што је поделио воде заједничког водотока сразмерно потребама за водом две државе, али је у почетку одбио да размотри критеријуме дренажне области и доприноса у води, који су потом искоришћени како би се прилагодила привремена подела, на математички начин у вези са сразмерношћу (Fuentes, 1995: 408). Фуентес истиче како је ова пракса којом се придаје мали значај физичким одликама дренажног слива као чиниоцима одређивања правичног режима за коришћење заједничких водних добара „у складу са правилом правичног коришћења, јер ако бисмо прихватили да ови чиниоци служе као непосредна основа за расподелу вода, то не би било у складу са начелом једнакости држава слива“ (Fuentes, 1995: 408). У сваком случају, давањем већег значаја потребама за водом држава водотока него физичким одликама дренажног слива, правичност на начин на који се примењује у међународном праву слатководних добара постаје дистрибутивнија по природи него правичност која се примењује у разграничењу епиконтиненталних појасева.

33 „Report of the International Law Commission at its forty-sixth session“, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, део други, 1994, пара. 4.



#### 4.2. Сразмерност и заштита животне средине

Појам сразмерности може да има утицаја на процес заснивања правичног и разумног режима за коришћење заједничких прекограничних вода на још један начин. Он игра важну улогу у одређивању природе обавеза према животној средини које се садрже у члановима 20–23 Конвенције УН од 1997, па тако омогућава државама да испуне ове обавезе (Kroes, 1997: 94–95, 97). Чини се да се систематским тумачењем одредаба Конвенције обавезе из чланова 20–23 (о заштити екосистема и спречавању, умањењу и контроли штете од загађивања), као и оне из члана 7 (о обавези спречавања значајне штете), такође потчињавају правилу правичног и разумног коришћења из чланова 5 и 6. Зато настаје потреба да се одреди када штета од загађивања која настане као последица коришћења међународног водотока може да се сматра *prima facie* неправичном или неразумном. Начело сразмерности има очигледну и признату улогу у таквом одређивању.

Такође, може се истаћи аргумент да опште непоштовање обавеза према животној средини држава водотока може да се сматра чиниоцем у поступку расподеле заједничких водних добара. На пример, прибрежне државе на основу члана 20 треба да предузму заједничке активности према начелима сарадње и правичног учешћа и где је то могуће заштите и очувају екосистеме. Коментар Комисије за међународно право на Нацрт чланова из 1994. каже да „општа обавеза правичног учешћа тражи да доприноси држава водотока заједничким напорима на заштити и очувању буду макар сразмерни мери у којој су оне допринеле штети или опасности од штете по екосистеме у питању”.<sup>34</sup> Слично томе, коментар на члан 20 у наставку каже да ће се удео државе водотока у узроковању пропадања животне средине узети у обзир у односу на користи које се добијају од ублажавања проблема за државе које трпе штету.<sup>35</sup> Најзначајније је да коментар на члан 21 каже: „Државна пракса подржава општу вољу да се толерише чак и значајна штета, уколико држава водотока која узрокује штету улаже највеће напоре да смањи загађење на обострано прихватљив ниво. Захтев да постојеће загађење које наноси такву штету буде смањено одмах, може, у неким случајевима, да има за последицу непотребне тешкоће, посебно када би губитак државе штетника био у огромној несразмери са користима које би имала оштећена прибрежна држава”.<sup>36</sup>

---

34 Коментар на члан 20, „Report of the International Law Commission at its forty-sixth session“, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, део други, 1994, пара. 4.

35 *Ibid.*

36 Коментар на члан 21, *Ibid.*, пара. 4.

Према томе, појам сразмерности може да нам помогне да утврдимо да ли је штета од загађења која је настала, или може да настане, одређеним коришћењем међународног водотока, неправична у смислу начела правичног коришћења, и тиме неприхватљива за сваки правични режим. Осим тога, појам сразмерности помаже да се одреди да ли је држава водотока деловала у складу са различитим обавезама према животној средини међународних водотокова, што је чинилац који се може размотрити у расподели користи и удела у води према правичном коришћењу. Упутно је да коментар члана 7 Берлинских правила од 2004. Удружења за међународно право,<sup>37</sup> који садржи „основно правило које је сада део обичајног међународног права“,<sup>38</sup> које захтева да „државе предузму све одговарајуће мере да управљају водама на одржив начин“, објашњава да овај члан „потврђује дужност држава да обезбеде одрживи развој њихових природних добара, укључујући и начело правичности“.<sup>39</sup>

МСП је у случају *Залив Мејн* навео две улоге сразмерности – као чиниоца који треба узети у обзир приликом разграничења, и као накнадну проверу правичности решења. Обе улоге нуде простор за разматрање чинилаца животне средине у одређивању правичног режима коришћења заједничких водотокова. Прва улога се изричито наводи у формулацији правичног коришћења у Конвенцији УН од 1997, где се неколико чинилаца од значаја по животну средину изричито садрже у индикативном списку чинилаца које треба узети у обзир на основу члана 6 (чиниоци од значаја за правично и разумно коришћење). Друга улога омогућава доносиоцу одлука, било да је то дипломата као преговарач у име државе, или судија као независан арбитар решавања спора између држава, да унесе извесан степен корекције у примену чврстог правног правила, односно да примени аналогije са другим правилом у случају нејасног или непостојећег правила. Режим правичног коришћења који би настао као последица такве одлуке на правичан начин би одразио значај разних обавеза према животној средини које се налазе у уговорном или обичајном праву, поготово оних које се налазе у члану 7 и члановима 20–23 Конвенције УН од 1997.

## 5. Закључак

Нема сумње да правичност игра све важнију улогу у праву које се примењује на расподелу заједничких природних добара. Правичност ублажава просту

---

37 ILA, *Berlin Rules on Water Resources Law*, 2004, <http://www.asil.org/ilib/WaterReport2004.pdf>, 20.8.2014.

38 Коментар, *Ibid*, стр. 15.

39 *Ibid*.

примену чврстог правног правила у контексту великог броја могућих географских, геолошких, топографских, економских, политичких, стратешких, демографских и научних променљивих чинилаца. Без тог корективног дејства, резултати просте примене чврстог правила могли би да доведу до бесмислених решења. Не треба занемарити ни чињеницу да брзина научног и технолошког развоја захтева од међународног права да настоји да наметне државама које користе заједничка природна добра начела опште примене прожета одговарајућом мером прилагодљивости. Такође, велика и све већа неједнакост између развијених и земаља у развоју захтева да формална једнакост држава пред правом буде и остварена применом праведних идеја. Коначно, правичност је потребна као заштитник оних интереса који нису обично препознати од стране традиционалног права, као што је благостање будућих генерација и интереси природне околине.

Све ове особине чине правичност поготово погодном за поступке одмеравања супротстављених интереса који се још увек нису формирали у посебна права и дужности, нарочито у областима међународног права које нису довољно развијене. Настајући појам међугенерациске правичности, као и правична начела у међународном праву животне средине, јесу добри примери. Из истих разлога, правичност је плоносан приступ и у питањима која се баве коришћењем заједничких добара, као што су водна добра међународних водотокова, где је важније обезбедити решење које је одрживо за будућност него неко засновано на строгој одбрани права и дужности која су настала у прошлости. У оба случаја не постоји потреба за расподелом права једном за свагда, већ за установљењем еластичног оквира за изградњу трајног односа између заинтересованих страна.

Међутим, врло је важно да правило правичног коришћења међународних водотокова не склизне у тумачење *ex aequo et bono*. Ово правило има нормативни садржај и његова примена захтева одмеравање свих могућих релевантних чинилаца који стварају правична решења супротстављених интереса држава. Конкретна одлука се, према томе, заснива на конкретним техничким правилима која су само усмерена начелима правичности ка праведном решењу. Дакле, међународни судови правило правичног коришћења не смеју да схвате другачије од *praeter legem* правичности. Наравно, државе су слободне да пристану на свако решење које сматрају ваљаним или корисним, али судски и арбитражни органи морају да прате прецеденте и друге изворе упутстава око избора и примене критеријума које треба узети у обзир приликом одлучивања о правичној расподели. Са текућом разрадом упутстава уговорне природе и повећаним ослањањем судова на правичност, правична начела која усмеравају судовање ће

постати јаснија и лакше предвидива. Већ сада је у великој мери јасно да се у споровима око међународних водних добара најбитнијим чиниоцима сматрају потребе за водом заинтересованих држава, поготово виталне људске потребе, док су чиниоци повезани са физичким или географским одликама дренажног слива ипак другог ранга.

Занимљиво је приметити да, иако недавно усвојена Берлинска правила најпре наводе: „географске, хидрографске, хидролошке, хидрогеографске, климатске, еколошке, и друге природне одлике“ (члан 13(2)(а)), међу чиниоцима од значаја за одређивање правичног и разумног коришћења, у складу са чланом 6 Конвенције УН од 1997, она у наставку наводе:

- „1. у одређивању правичног и разумног коришћења, државе ће прво расподелити воде како би задовољиле виталне људске потребе;
2. ниједна друга врста коришћења неће имати предност сама по себи над било којим другим коришћењем или врстом коришћења“ (члан 14).

## Литература

Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, (1979) 18 ILM 1434.

Berber (1955). F. *Die Rechtsquellen des internationalen Wassernutzungsrechts*. R. Oldenbourg, Munich.

Botchway. F. (2003). The Context of Trans-Boundary Energy Resource Exploitation: The Environment, the State, and the Methods. *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*.14.

Brkić S. et al. (2009). *Osnove prava životne sredine*. Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu. Novi Sad.

Brownlie I. (1979). Legal Status of Natural Resources in International Law (Some Aspects). *Recueil des cours*. 162.

Brownlie, I. (2007). *Principles of Public International Law*. Oxford University Press, Oxford.

*Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*. ICJ Reports (1982) 18.

*Case Relating to the Diversion of the Water From the Meuse*, (1937) PCIJ Ser. A/ B No. 70.

Charney. J. (1984). Ocean Boundaries Between Nations: A Theory for Progress. *American Journal of International Law*. 78.

Cheng B. (1953). *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Stevens. London.

Cheng B. (1955). Justice and Equity in International Law. *Current Legal Problems*.8.

*Continental Shelf (Libya v. Malta)*, ICJ Reports (1985), 13.

Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses (1997) 36 ILM 719.

Final Report of the Experts Group on Environmental Law on Legal Principles of Environmental Protection and Sustainable Development (1987).R. D Munro, J. G. Lammers, *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations*, Graham & Trotman, London.

Fitzmaurice G. (1965). Judicial Innovation – Its Uses and Its Perils. *Cambridge Essays in International Law*. Stevens & Sons, London.

Franck T. (1995). *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon. Oxford.  
*Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France v. Switzerland)* (1930), PCIJ, Ser. A, No. 24.

Fuentes X. (1995). The Criteria for the Equitable Utilization of International Rivers. *British Yearbook of International Law*. 67.

Goldie L. (1987). Equity and the International Management of Transboundary Resources. A. Utton and L. Teclaff (prir.). *Transboundary Resources Law*. Westview Press, London/ Boulder.

Higgins R. (1991). International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes. *Recueil des cours*. 230.

Higgins R. (1994). *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Clarendon Press. Oxford.

ILA (2004). *Berlin Rules on Water Resources Law*. [http:// www.asil.org/ ilib/ WaterReport2004. pdf](http://www.asil.org/ilib/WaterReport2004.pdf), 20.8.2014.

ILA (1966). *Report of the Fifty-Second Conference*, Helsinki.

ILA. (1994). Report of the International Law Commission at its forty-sixth session. *Yearbook of the International Law Commission*. II. део други.

*Individual Opinion of Judge Hudson*, PCIJ Series A/ B, No. 70.

Jennings R. (1986). Equity and Equitable Principles *Annuaire Suisse de Droit International*.42.

Judgments of the Administrative Tribunal of the Labor Organization, ICJ Reports (1956) 77.

Kroes M. (1997). The Protection of International Watercourses as Sources of Fresh Water in the Interest of Future Generations. E. H. Brans. E. J. de Haan. J. Rinzema. A. Nollkaemper (eds). *The Scarcity of Water: Emerging Legal and Policy Responses*. Kluwer Law International. The Hague.

Lapidoth R. (1987). Equity in International Law. *Israel Law Review*. 22.

Lauterpacht H. (1958). *The Development of International Law by the International Court of Justice*. Stevens & Sons, London.

Lowe V. (1989). The Role of Equity in International Law, *Australian Yearbook of International Law*. 12.

*Maritime Delimitation (Guinea v. Guinea-Bissau)*, 77 ILR 636 (Ct. of Arb. 1988).

*Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen*, ICJ Reports (1993) 38.

Munro R.D, Lammers J. G. (1987). *Environmental protection and sustainable development: legal principles and recommendations*. Graham & Trotman: M. Nijhoff. London; Boston.

Nelson. L. (1990). The Role of Equity in the Delimitation of Maritime Boundaries. *American Journal of International Law*.

*North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969). 3.

Одвојено мишљење судије Амуна (Аmmoun) у случају *Barcelona Traction (Second Phase) Case* (1970) ICJ Reports.

Одвојено мишљење судије Амуна у случају *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969 ). 3.

Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, (1992) 30 ILM 1455.

*Starrett Housing Corp. v. Iran* (1987) 16 Iran-US Claims 112.

Strupp K. (1930) „Le Droit du Juge International de Statuer Selon l'Equite. *Recueil des cours*. III.

UN Convention on the Law of the Sea, (1982) 21 ILM 1261.

Yamin F. (1995). Principles of Equity in International Environmental Agreements with Special Reference to the Climate Change Convention. A. Katama (ed.) *Equity and Social Considerations Related to Climate Change*, ICIPE Science Press

**Mihajlo Vučić, LL.D.**

Research Associate,

Institute of International Politics and Economy, Belgrade

## **EQUITY AND THE USE OF SHARED WATER RESOURCES**

### **Summary**

*In this article, the author analyses the contents of the notion of equity in international law on shared water resources. It is stated that the content of equity in international law is not fully ascertained. However, for the purpose of distribution and using water resources, the only possible equity is the one that acts as a mitigation of a hard legal rule in its application, for the correction of absurd results, and as the fill-in of legal lacunae or the concretization of widely formulated legal principles. The principle of equitable and reasonable utilization is the basic positive legal rule in this field of international law and it is imbued with this conception of equity. It concurrently serves as a widely formulated legal principle and as an adjusting factor of the application of technical rules on the water resources distribution. However, this formulation of equitable and reasonable utilization is of little help when it comes to contested legal interpretations, competitive interests that preceded the agreement or conflict of technical rule. The author analyses the practice of the International Court of Justice in the delimitation of continental shelves to find a concept of proportionality as a key element of the effect of equity on equitable delimitations. Proportionality is adequate for application in the field of shared water resources use since this field is plagued with similar problems. The application of proportionality emphasizes water needs of riparian states as a key factor in the search for equitable solution, and second to it, on the physical and geographical traits of a watercourse. Furthermore, proportionality aids the harmonious relationship between the principle of equitable and reasonable utilization and the obligations not to cause substantial harm and to protect the environment of international watercourse.*

**Key words:** *international watercourse, equity, proportionality, international law, shared water resources.*





**Др Драган Јовашевић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1775129J

UDK: 343.281(430)

Рад примљен: 11.01.2017.  
Рад прихваћен: 11.06.2017.

## **УСЛОВНА ОСУДА У НЕМАЧКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ\*\***

**Апстракт:** У циљу ефикасне заштите друштвених вредности од криминалитета, све државе познају више врста кривичних санкција. То су: 1) казне, 2) мере упозорења, 3) мере безбедности, 4) санкције за малолетнике и 5) санкције за правна лица. Основна, најстарија и најзначајнија врста кривичних санкција је казна. Она је прописана за највећи број кривичних дела у кривичном праву. Но, поред и уместо казне, у судској пракси посебан значај и улогу имају мере упозорења. Од када су се појавиле, почетком 20. века, у систему кривичних санкција, оне бележе пораст у примени према учиниоцима кривичних дела. Посебно када се ради о примарним, нехатним, случајним учиниоцима, када се ради о кривичним делима која немају тежу последицу и чији учинилац не представља личност са криминалним карактеристикама. Сва савремена кривична законодавства (укључујући и немачко законодавство) предвиђају мере упозорење – условну осуду. Условна осуда је условно одлагање извршења изречене казне затвора за одређено време, под условом да осуђено лице не учини ново кривично дело и да испуни друге постављене обавезе. За примену ове санкције потребно је испуњење два услова: а) формалног, који је везан за изречену казну затвора и б) материјалног, који представља уверење (оцену) суда да је примена ове санкције оправдана и нужна у конкретном случају. Многа савремена законодавства, као и законодавство СР Немачке, разликују две врсте условне осуде: 1) обичну (класичну) условну осуду и 2) условну осуду са заштитним надзором. Ако осуђено лице не поступи по налогу суда, закон предвиђа могућност обавезног или факултативног опозивања условне осуде.

**Кључне речи:** кривично дело, немачко право, суд, кривичне санкције, мера упозорења, условна осуда.

\* jovas@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту: “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије

## 1. Увод

Условна осуда као врста, облик, форма упозоравајућих, опомињућих или адмонитивних кривичних санкција (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 244–250) је настала у САД (Бостон, 1841. године) средином 19. века као супститут (Мрвић Петровић, 2005: 160–164) кратке казне затвора у случајевима када њено извршење није нужно за остварење сврхе кажњавања. Она је представљала даљи допринос развоју идеје специјалне превенције и индивидуализације у примени кривичних санкција према учиниоцима лакших кривичних дела. Мере упозорења (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004: 159–165) су законом предвиђене мере друштвене реакције које суд у законом предвиђеном поступку изриче пунолетном учиниоцу скривљеног кривичног дела, а које се у циљу заштите друштва од криминалитета састоје у упозорењу учиниоца да му, у случају поновног извршења кривичног дела, слободе и права, која иначе ужива као и сваки грађанин, могу бити одузете или ограничене за одређено време и под одређеним условима. Најзначајнија мера упозорења у савременом систему кривичних санкција је условна осуда која се најчешће јавља у два облика и то као: а) условна осуда у класичном смислу и б) условна осуда са заштитним надзором (Petrović, Jovašević, Ferhatović, 2016: 217–223).

У правној теорији се истичу следеће карактеристике мера упозорења (Стојановић, 2000: 217–219): а) то су мере опомене и упозорења које не садрже зло, репресију или принуду у смислу одузимања или ограничавања слобода или права учиниоцу кривичног дела, али предочавају, указују на могућност њихове примене. Но, и овде се ради о мерама које се примењују принудно према учиниоцу дела, дакле, против и мимо његове воље, б) то су мере које представљају супституте кратке казне затвора или новчане казне јер је њихова примена везана за казну, в) оне се примењују зависно од природе, тежине и врсте кривичног дела, односно својстава личности његовог учиниоца (примарни, ситуациони, нехатни учиниоци) када суд дође до уверења да је изрицање казне непотребно, па чак и некорисно са аспекта остварења сврхе примене кривичних санкција, г) хумани карактер ових мера произилази из њихове природе, карактера и дејства јер оне не представљају зло и принуду према учиниоцу кривичног дела и д) са аспекта њихове сврхе, ради се о санкцијама изразито специјално превентивног карактера (Бабић, Марковић, 2008: 398–401).

## 2. Појам и системи условне осуде

Условна осуда је одлагање извршења утврђене (или изречене) казне учиниоцу кривичног дела под условом да за време које одреди суд не

изврши ново кривично дело и испуни друге постављене обавезе у погледу свога понашања<sup>1</sup>. Ако условно осуђено лице не изврши ново кривично дело у одређеном року и испуни друге постављене обавезе, тада до извршења казне неће ни доћи, а оно ће се сматрати као да није ни осуђивано. У противном, условна осуда се опозива, а утврђена (или изречена) казна се извршава. То значи да је условна осуда опраштање казне (или привремено одрицање државе да изрекне казну) учиниоцу дела од стране друштва под одређеним условима, опраштање које је базирано на уверењу да ће се учинилац убудуће владати у складу са нормама правног поретка и да неће вршити кривична дела (Selinšek, 2007: 297–306).

У савременом кривичном праву условна осуда је самостална кривична санкција (Hogvatić, 2003: 221–225) где суд утврђује казну учиниоцу за извршено кривично дело и истовремено одређује да се она неће извршити ако осуђени за време које суд одреди (време проверавања или време кушње), не учини ново кривично дело. То значи да се изрицањем условне осуде учиниоцу кривичног дела утврђује казна, али се не изриче, што указује на карактер ове васпитно-прекорне и упозоравајуће санкције. У теорији се могу наћи и схватања према којима код условне осуде држава не одустаје од реакције на кривично дело чиме се остварује праведност, те генерална и специјална превенција, али се према учиниоцу кривичног дела показује обзирност тако да се поштеђује од извршења казне (Novoselec, 2004: 379).

Постоје три система условне осуде који су се развили из института "*probation*". То су: а) континентални, б) англоамерички и в) мешовити систем (група аутора, 1995: 698–704).

Према континенталном (француско-белгијском систему који се још назива и "*sursis*", а који је уведен на идеју сенатора Беранжеа) суд води кривични поступак према учиниоцу кривичног дела и изриче му врсту и меру казне, али чије извршење одлаже за одређено време и под одређеним условима (Симић, Трешњев, 2010: 167–172). Учиниоца се за то време не сматра осуђиваним лицем ако испуни постављене услове. Предности овог система су јер се учиниоцу кривичног дела суди и изриче казна тако да се у случају

---

1 У савременом кривичном праву позната је и парцијална условна осуда. Њу познају нпр.: члан 132-31 француског Кривичног законика, члан 43 аустријског Кривичног законика и члан 57 Казненог закона Хрватске. Овим законским решењима је предвиђена могућност условног одлагања извршења само дела утврђене казне затвора. У том случају се условна осуда претвара у антиципирани условни отпуст (O.Triffterer, *Osterreichisches Strafrecht, Allgemeiner teil*, Wien - New York, 1994; E. Foregger, E. Serini, E., *Strafgesetzbuch*, Wien, 1989; *Code penal du France, Version consolidee au 7 aout 2013*, Paris, 2013; K. Turković et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2013).

њеног опозивања приступа извршењу већ изречене (или утврђене) казне. Пресуда се доноси на бази свежих и непосредно утврђених доказа, тако да је мала могућност да дође до грешака у прикупљању, утврђивању и судској оцени доказа (Чејовић, 2002: 503–508).

Код англоамеричког система (Turković et al, 2013: 82–87) нема вођења кривичног поступка, већ се суђење одлаже за време док се учинилац кривичног дела ставља под систем прокушавања, односно под надзор органа правосуђа и јавне безбедности, ако он на то пристаје. Англоамерички систем прокушавања је повољнији за учиниоца кривичног дела с обзиром на то да не долази до суђења и изрицања казне (па се такво лице не сматра осуђиваним), а заштитни надзор који врше одређена лица или органи (установе), штити га од искушења и пружа му помоћ у савладавању свакодневних животних проблема за укључивање у друштвено-користан рад и уздржавање од кршења прописа. Недостатак овог система долази до изражаја у случају опозивања прокушавања, када накнадно долази до суђења и изрицања осуде јер тада могу настати тешкоће око прикупљања и правилног, потпуног и законитог утврђивања и оцене доказа због протекла времена (Јовашевић, 2016: 243–249).

Како би се ова два система приближила, а тиме отклониле недоследности и недостаци једног и другог, савремено кривично законодавство познаје и трећи – мешовити систем условне осуде. Он се своди на одлагање извршења изречене казне за одређено време уз наметање осуђеном лицу одређених обавеза и надзор над њиховим извршењем од стране одговарајућих служби (Grozđanić, Škorić, Martinović, 2013: 219–220).

Имајући у виду чињеницу да поједина кривична законодавства још од времена појаве првих писаних правних споменика у већој или мањој мери својим оригиналним правним решењима утичу на друге касније донете законске текстове других држава (тенденција унификације кривичног права), где се посебно истичу француско или немачко, а у 20. веку англоамеричко право, то је потребно да у одређеној мери анализирамо поједина инострана кривична законодавства како би и наша домаћа правна наука, па и законодавац, имао сазнања о доступним иностраним искуствима у циљу упоређивања националног права и предвиђања нових, савременијих и напреднијих правних решења. У том смислу се у европском правном простору истичу решења садржана у Кривичном законнику Савезне Републике Немачке који врши велики утицај посебно на законодавства новонасталих европских држава (после нестанка СССР, Чехословачке и СФР Југославије).

### **3. Појам и облици условне осуде у немачком праву**

У систему кривичних санкција у праву Савезне Републике Немачке, Кривични законик (КЗ), у верзији која је проглашена 13. новембра 1998. године<sup>2</sup>, у поглављу број четири под називом: “Условна суспензија казне затвора” (Strafaussetzung zur Bewahrung) предвиђа условну осуду као специфичну кривичну санкцију која представља супститут, замену за претходно изречену казну затвора кривично одговорном учиниоцу кривичног дела (Weigend, 2012: 698–704). Ради се о облику условне суспензије изречене казне затвора која се неће извршити (и поред тога што је изречена) под одређеним условима.

За разлику од неких других кривичноправних система који познају више врста условне осуде (нпр. француско кривично право познаје чак четири облика условне осуде), овај Законик познаје условну осуду која се јавља у два облика. То су (Ebert, 1993: 289–291):

1. условна осуда (у класичном смислу) и
2. условна осуда са надзором.

#### **3.1. Изрицање условне осуде**

Условна осуда (Strafaussetzung) је условно одлагање извршења изречене казне затвора за одређено време под условом да осуђено лице испуни постављене захтеве и обавезе, односно да се влада, живи и понаша у складу са датим упутствима (Lackner, Kuehl, 1997: 317–321).

Тако у члану 56 Кривични законик Немачке прописује следеће услове (претпоставке) за изрицање ове специфичне кривичноправне мере за сузбијање лакших облика и видова криминалитета (Schonke, Schroder, 2010: 649–653):

1. формални услов (претпоставка) – да је учинилац кривичног дела осуђен на казну затвора у трајању до једне године и
2. материјални услов (претпоставка) – уверење (оцена) суда да постоје разлози да се основано верује, очекује да ће само изречена казна послужити као довољно упозорење осуђеном лицу услед кога исти неће чинити убудуће кривична дела без издржавања казне. Суд при томе посебно узима у обзир следеће околности као што су: а) карактер личности осуђеног лица, б) његов досадашњи живот, в) околности под којима је учињено кривично дело, г) његово понашање после извршења кривичног дела и д) околности и циљеви који се очекују од условне осуде.

---

2 Bundesgesetz. Strafgesetzbuch – StGB.BGBl 1974/60.

Изузетно, Кривични законик у ставу 2 ове одредбе дозвољава могућност изрицања условне осуде и у случају када је претходно изречена казна затвора до две године. То значи да условна суспензија изречене казне затвора у трајању преко две године није могућа.

Наиме, суд може под наведеним материјалним условима да обустави (суспендује) извршење изречене казне затвора која не прелази две године ако после свеобухватне процене извршеног кривичног дела (врсте објекта напада, обима и интензитета проузроковане последице, места, времена, начина и средства извршења и других околности под којима је дело извршено), као и карактера личности осуђеног лица утврди да постоје одговарајуће околности за то. Приликом доношења ове одлуке суд посебно узима у обзир све напоре и залагања осуђеног лица да надокнади штету која је настала извршењем кривичног дела (држање учиниоца после извршења кривичног дела).

Извршење казне затвора које траје дуже од шест месеци се не може суспендовати путем условне осуде (сходно члану 56, став 3 КЗ) ако то није оправдано и нужно са аспекта генералне превенције. То упућује на закључак да је примена условне осуде могућа само ако је то у складу са циљевима генералне (опште) превенције, под условом да се ради о суспензији извршења казне затвора у трајању преко шест месеци (Sauer, 1954: 269–271).

При томе је сам Законик у одредби члана 56, став 4 изричито искључио могућност делимичне, парцијалне условне осуде (какву предвиђају нека упоредна кривична законодавства као што су: члан 132–31 Кривичног законика Француске, члан 43 швајцарског Кривичног законика, члан 57 Казненог закона Хрватске или члан 43а Кривичног законика Аустрије). Према овом законском решењу суспензија се не може ограничити само на део изречене казне.

Такође, суспензија изречене казне затвора се не може искључити временом које је учинилац кривичног дела провео у притвору или другом облику лишења слободе које је одређено од стране надлежног органа до суђења.

При изрицању условне осуде суд одређује и време проверавања, време кушње или "оперативни период". Сходно законском решењу време проверавања може да траје од две до пет година. У сваком конкретном случају изрицања условне осуде суд одређује и конкретно време трајања времена проверавања. То је време у коме се прати понашање, рад и живот условно осуђеног лица, у коме му се постављају одређене обавезе и дају упутства, односно контролише њихово испуњавање.

У случају да неку од постављених обавеза осуђено лице не испуни уште или не испуни благовремено и квалитетно, долази до опозивања условне суде. То значи да је оцена суда о будућем понашању условно осуђеног лица при изрицању условне осуде (условне суспензије казне затвора) била погрешна, па и да сама условна осуда није требала да буде изречена. Тада се осуђено лице упућује на извршење претходно изречене (и условно суспендоване) казне затвора (Schmidhaeuser, 1983: 412–418).

Време проверавања почиње да тече од дана правноснажности одлуке о суспензији изречене казне затвора. Но, тај период се може касније, а пре његовог истека, смањити на минимум или пак продужити до максимума његовог законског трајања.

Приликом изрицања условне осуде, суд условно осуђеном лицу може да наложи испуњење одређених захтева усмерених на поправку (накнаду – реституцију) кривичним делом проузроковане штете. Осуђеном лицу се у том случају не смеју постављати неразумни захтеви. Када су такви захтеви "неразумни" – представља фактичко питање које суд процењује у сваком конкретном случају.

Суд при изрицању условне осуде може осуђеном лицу да одреди следеће обавезе (захтеве) који морају бити испуњени у судском одлуком одређеном року, али најдуже до истека времена проверавања. То су следећи захтеви (Curtius, Curtius, 1955: 317–321):

1. да што је могуће пре надокнади (исправи) штету проузроковану кривичним делом,
2. да плати одређени износ новца у корист добротворне организације ако се то чини прикладним у светлу извршеног кривичног дела и карактера личности учиниоца,
3. да обавља друштвено-користан рад и
4. да уплати судском одлуком одређени износ новца у јавни трезор.

Законодавац је при томе обавезао суд да не може условно осуђеном лицу да одреди такве захтеве (обавезе) уколико њихово испуњавање не утиче на репарацију, надокнаду, исправљање проузроковане штете.

Ако пак осуђено лице понуди обављање одређених активности (послова) у циљу отклањања проузроковане штете, суд се прелиминарно уздржава од одређивања неког од наведених захтева (обавеза) ако се може очекивати да ће таква понуда бити испоштована, односно испуњена од осуђеног лица.

Суд је приликом изрицања условне осуде овлашћен да наложи одређена упутства осуђеном лицу по којима је овај дужан да поступа у време трајања проверавања, нарочито ако осуђено лице непосредно захтева такву помоћ како не би даље чинило кривична дела. И у овом случају законодавац одређује да се пред осуђено лице не могу постављати "неразумна" упутства.

Тако суд може, посебно, да усмерава осуђено лице следећим обавезама – упутствима (Burkhard, 1995: 389–396):

1. да прати упутства која се односе на његово пребивалиште, образовање, рад и коришћење слободног времена или његово финансијско пословање,
2. да се у одређено време јавља суду или другом државном органу,
3. да не остварује или одржава контакт са жртвом или одређеним лицима или лицима из одређене групе која га могу навести на даље вршење кривичних дела, нити да им даје запослење, да их обучава или да им даје склониште,
4. да не поседује, носи или даје другоме на чување поједине предмете који би их могли навести на даље вршење кривичних дела и
5. да испуни постављену обавезу издржавања одређених лица.

Поред наведених, суд је овлашћен да условно осуђеном лицу изрекне и следећа упутства као што су:

1. да се подвргне лечењу инвазивне природе или лечењу од болести зависности или
2. да борави у одговарајућем дому или институцији, али само уз његов пристанак.

Ако је пак осуђено лице дало одређене гаранције које се односе на његово будуће понашање, суд обично не изриче упутства ако је оправдано очекивање да ће те гаранције бити испоштоване.

### ***3.2. Условна осуда са надзором***

Посебан облик условне осуде је предвиђен у одредби члана 56с КЗ. То је условна осуда са надзором. Према овом законском решењу суд осуђеном лицу може да одреди надзор и усмерење од стране службеника за пробацију (службеника за условни отпуст). Овај надзор који садржи одређене мере помоћи, заштите и старања треба да помогне осуђеном лицу да лакше, брше, ефикасније и квалитетније поступа по датим упутствима и захтевима



како би променило своје понашање и владало се у складу са нормама правног поретка уздржавајући се од даљег вршења кривичних дела. Тако се условно осуђеном лицу током целог или током само дела трајања времена проверавања (оперативног периода) могу издати одређене наредбе и одредити мере надзора над животом, радом, школовањем и понашањем ако се то чини неопходним како би се спречило његово даље вршење кривичних дела (Laufhuette, Saan, Tiedemann, 2007: 598–603).

Суд обично издаје наредбу за извршење одређеног надзора ако су кумулативно испуњена два услова (претпоставке). То су:

- а) да се суспендује изречена казна затвора која је дужа од девет месеци и
- б) да осуђени има мање од двадесет седам година живота.

Службеник за условни отпуст (службеник за пробацију) је дужан да осуђеном лицу понуди помоћ и негу. У сарадњи са судом он надгледа осуђено лице у погледу испуњења свих постављених захтева и датих упутстава, као и свих понуда и обећања које је дао сам осуђени. Он је овлашћен да подноси извештај о понашању осуђеног лица у временским периодима које утврди суд, као и да обавештава суд о озбиљним и сталним кршењима датих захтева, упутстава, понуда и обећања од стране условно осуђеног лица.

Службеника за условни отпуст именује суд у сваком конкретном случају. Он је обавезан да остварује своју функцију пуно радно време или хонорарно. Суд му може и издати упутства у вези са обављањем његове функције.

Суд може зависно од постигнутих резултата и успеха у остварењу датих упутстава или постављених захтева у току трајања времена проверавања (оперативног периода) да накнадно изрекне нове, измени или одустане од претходне одлуке (члан 56d КЗ).

### **3.3. Опозивање условне осуде**

Сходно одредби члана 56f Кривични законик Немачке одређује више основа за опозивање условне осуде (Widerruf der Strafaussetzung). У том случају изречена условна осуда се укида, а претходно изречена казна затвора се извршава. На овом месту је важно истаћи да немачки законодавац познаје само факултативно опозивање условне осуде. То значи да и када су испуњени законом прописани основи, суд није обавезан, већ је само овлашћен, зависно од околности конкретног случаја, да донесе одлуку о опозивању условне осуде или не. Своју одлуку у сваком случају суд мора

детаљно да образложи. Као основе за опозивање условне осуде Кривични законик наводи следеће (Ebert, 1993: 289–291):

1. ако осуђено лице учини кривично дело током трајања времена проверавања (оперативног периода) показујући да су тиме очекивања на којима је суспензија заснована изневерена,
2. ако осуђено лице грубо или упорно крши дата упутства или упорно избегава надзор и усмеравање службеника за условни отпуст, стварајући тиме разлог на основу кога се верује да ће он учинити ново кривично дело и
3. ако условно осуђено лице грубо или упорно крши постављене захтеве од стране суда.

Први основ за опозивање условне осуде се примењују не само у случају накнадно извршеног кривичног дела, већ и у случају ако условно осуђено лице изврши кривично дело у времену од изрицања условне осуде до њене правноснажности, ако му се накнадно утврди збирна казна (изрекне казна сходно правилима за одмеравање казне за дела у стицају). У свим наведеним случајевима суд неће опозвати условну осуду ако је мишљења да би било довољно да условно осуђеном лицу зависно од конкретних околности (Gorpp, 1998: 288–289):

1. наметне (постави) додатне захтеве или изда друга потребна упутства, а нарочито да стави осуђено лице под надзор службеника за условни отпуст или
2. продужи трајање времена проверавања (оперативни период) или периода надзора. У овом случају оперативни период не сме бити продужен за више од једне половине од првобитно одређеног трајања времена.

Законодавац је такође у одредби члана 56g КЗ одредио да се осуђеном лицу не може одредити надокнада за услуге које су му пружене у погледу испуњавања захтева, понуда, упутстава или обећања.

Специфично решење предвиђа немачки законодавац у одредби члана 56e КЗ. Према овом решењу ако суд не опозове условну осуду у случају испуњења законом одређених основа, обавезан је да смањи казну након истека трајања оперативног периода. Но, и у овом случају суд може да опозове смањење казне ако је лице осуђено на казну затвора од најмање шест месеци за намерно (хотимично) извршење кривичног дела у току трајања оперативног периода.

При томе је изричито одређено да се опозивање условне осуде може изрећи само у року од годину дана од истека времена проверавања (оперативног периода) и шест месеци након што новодонета пресуда постане правноснажна.

#### 4. Закључак

Савремено кривично законодавство познаје разуђен систем мера друштвене реакције према учиниоцима кривичних дела (и прекршаја). То је тзв. плуралистички систем кривичних санкција. Казне, најзначајније и најстарије врсте кривичних санкција у различитим облицима (где приоритет имају казна затвора и новчана казна), и даље су у посебном делу кривичних закона (законика) прописане за највећи број кривичних дела. Но, оне нису и најчешће изрицана врста кривичних санкција у судској пракси. У одлучивању о врсти и мери друштвене реакције према учиниоцу кривичног дела у сваком конкретном случају судско веће је овлашћено да изабере ону санкцију за коју сматра да ће најбоље остварити сврху, циљ кривичног законодавства – заштиту најзначајнијих друштвених добара и вредности кроз специјалну и генералну превенцију.

Управо је то поље где санкције које су супститути или алтернатива примене казне налазе оправданост и целисходност своје примене. Ту се по свом карактеру и природи издвајају различите мере упозорења (упозоравајуће, опомињуће или адмонитивне кривичне санкције). Њиховом применом се учинилац кривичног дела (осуђено лице) само упозорава на штетност и неприхватљивост противправног понашања, али му се још увек не одузимају или ограничавају Уставом и законима заарантована права и слободе. Но, то упозорење је праћено и претњом непосредне примене казне уколико такво лице настави са кршењем прописа и вршењем кривичних дела.

Међу мерама упозорења посебан значај има условна осуда. То је, у највећем броју савремених законодавстава, па тако и у праву Савезне Републике Немачке, супститут за претходно изречену казну затвора. Наиме, суд учиниоцу кривичног дела изриче казну затвора (сем законом изричито искључених казни) која се не извршава за одређено време и под одређеним условима. Од ове санкције се много очекује у политици сузбијања криминалитета, па бројна савремена кривична законодавства познају више различитих облика (потпуна и делимична) и форми изрицања и извршења ове врсте санкције. У том погледу се посебно истиче својим узором и кривично законодавство СР Немачке које познаје више различитих облика изрицања и извршења ове санкције. То треба да омогући бољу

и ефикаснију индивидуализацију кривичне санкције која треба да је саображена потребама сваког конкретног учиниоца кривичног дела (и особинама његове личности), као и захтевима криминалне политике, те задовољења правде.

Тако је у одељку 4 Кривичног законика СР Немачке прописана условна осуда као једина мера упозорења (опомињућа или адмонитивна кривична санкција). Законик предвиђа два облика условне осуде која, заправо, представља условну суспензију изречене казне затвора (али не и друге врсте казни) у трајању до једне, а изузетно до две године, под одређеним условима, захтевима и упутствима које условно осуђено лице мора да испуни у време трајања рока проверавања (оперативног периода) – члан 56 КЗ. Време проверавања може да траје од две до пет година и суд у сваком конкретном случају одређује његово ефективно трајање.

Поред редовне, класичне условне осуде, Кривични законик Немачке предвиђа и условну осуду са надзором. Услови (претпоставке) и за њено изрицање су исти као и код обичне условне осуде. Суд одређује према околностима, природи и последици учињеног кривичног дела и, нарочито, према карактеру личности осуђеног лица, који од ова два облика условне осуде ће изрећи у конкретном случају. Када изрекне условну осуду са надзором, тада суд одређује захтеве, надзор и упутства над животом, радом и понашањем осуђеног лица за време трајања рока проверавања. Тај надзор обављају посебно специјализована лица – службеници за пробацију – службеници за условни отпуст.

У случају неиспуњења постављених обавеза и датих упутстава и изреченог надзора, односно у случају извршења новог кривичног дела у време трајања проверавања и накнадног сазнања за раније учињено кривично дело, Законик предвиђа могућност факултативног опозивања условне осуде. Тада се условна осуда укида и претходно изречена казна затвора извршава.

## Литература

Бабић, М., Марковић, И. (2008). *Кривично право. Општи део*. Бања Лука: Правни факултет.

Burkhard, J. (1995). *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar*. 11. Auflage. Berlin, New York : Walter de Gruyter.

Ebert, U. (1993). *Strafrecht*. Heidelberg: C.F.Muller.

Grozđanić, V., Škorić, M., Martinović, I. (2013). *Kazneno pravo. Opći dio*. Rijeka: Pravni fakultet.

Gropp, W. (1998). *Strafrecht. Allgemeiner teil*. Berlin: Duncker.

Група аутора (1995). *Коментар КЗ СР Југославије*. Београд: Савремена администрација.

Јовашевић, Д. (2016). *Кривично право. Општи део*. Београд: Досије.

Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004). *Komentar Krivičnog zakonika*. Cetinje: Obod.

Laufhuetten, H.W., Saan, R.R., Tiedemann, K. (2007). *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar: Grosskommentar*. 12. Auflage. Berlin : Duncker, Humboldt.

Lackner, K., Kuehl, K. (1997). *Strafgesetzbuch mit Erlaeuterungen*. 22. Auflage. Munchen: Beck.

Мрвић Петровић, Н. (2005). *Кривично право*. 2005. Београд: Службени гласник.

Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Pravni fakultet.

Pavišić, B., Grozđanić, V., Veić, P. (2007): *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.

Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016): *Krivično pravo 2*. Sarajevo: Pravni fakultet.

Sauer, W. (1954). *System des Strafrechts. Allgemeiner teil*. Koln-Berlin: Duncker, Humboldt.

Selinšek, Lj. (2007). *Kazensko pravo. Opšti i posebni deo*. Ljubljana: Založba GV.

Симић, И., Трешњев, А. (2010). *Кривични законик са краћим коментаром*. Београд: Инг про.

Стојановић, З. (2000). *Кривично право. Општи део*. Београд: Службени гласник.

Schmidhaeuser, E. (1983). *Strafrecht. Allgemeiner teil*. 2. Auflage. Tubingen: Mohr Siebeck.

Schonke, A., Schroder, H. Lenckner, T., et al.(2010). *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 28. Auflage. Munchen: Beck. \*(2012). *Strafgesetzbuch. StGB*. 50. Auflage. Munchen: Deutscher Taschenbuch Verlag.

Triffterer, O. (1994). *Osterreichisches Strafrecht. Allgemeiner teil*. Wien – New York: ETC Publishing.

Turković et al. (2013). *Komentar Kaznenog zakona*. Zagreb: Narodne novine.

Foregger, E., Serini, E. (2004). *Strafgesetzbuch*. Wien: Manzsche Verlag.

Horvatić, Ž. (2003). *Kazneno pravo. Opći dio*. Zagreb: Pravni fakultet. \* (2013). *Code penal du France*. Version consolidee au 7 aout 2013. Paris.

Чејовић, Б. (2002). *Кривично право. Општи део*. Београд: Службени лист.

Curtius, K., Keyzers Curtius, H. (1955). *Rechtslexikon fur alle*. Heidelberg: C.F. Muller.

Weigend, T. (2012). *Strafgesetzbuch*. 50. Auflage. Munchen: Beck.

Прописи

Bundesgesetz. Strafgesetzbuch – StGB.BGBl 1974/60.

**Dragan Jovašević, LL.D**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **THE SUSPENDED SENTENCE IN GERMAN CRIMINAL LAW**

### **Summary**

*From the ancient times until today, criminal law in all countries has provided different criminal sanctions as social control measures. These are court-imposed coercive measures that take away or limit certain rights and freedoms of criminal offenders. Sanctions are applied to natural or legal persons who violate the norms of the legal order and cause damage or endanger other legal goods that enjoy legal protection. In order to effectively protect social values jeopardized by the commission of crime, state legislations prescribe several kinds of criminal sanctions: 1) penalties, 2) precautions, 3) safety measures, 4) penalties for juvenile offenders, and 5) sanctions for legal persons. Penalties are the basic, the oldest and the most important type of criminal sanctions. They are prescribed for the largest number of criminal offences. Imposed instead of or alongside with penalties, warning measures have particularly important role in jurisprudence. Since they were introduced in the system of criminal sanctions in the early 20<sup>th</sup> century, there has been a notable increase in the application of these measures, particularly in cases involving negligent and accidental offences, and minor offences that do not cause serious consequences, whose perpetrators are not persons with criminal characteristics. Warning measures (suspended sentence) are envisaged in all contemporary criminal legislations, including the German legislation. Suspended sentence is a conditional stay of execution of the sentence of imprisonment for a specified time, provided that the convicted person fulfills the imposed obligations and does not commit another criminal offense. Two conditions must be fulfilled for the application of these sanctions: a) the formal requirement, which is attached to the sentence of imprisonment; and b) the substantive requirement, which implies the court assessment that the application of these sanctions is justified and necessary in a particular case. Many modern legislations include two different types of conditional convictions: 1) ordinary (classical) suspended sentence, and 2) a suspended sentence with supervision. If the convicted person fails to comply with a court order, the law provides for the mandatory or optional revocation of the suspended sentence.*

**Keywords:** *crime, German legislation, court, criminal sanctions, warning measures, suspended sentence.*





**Snežana Soković, LL.D.\***  
Full Professor,  
Faculty of Law, University in Kragujevac  
**Veljko Turanjanin, LL.D.**  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University in Kragujevac  
**Dragana Čvorović, Ph.D.**  
Assistant Professor,  
Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrpfni1775145S

UDK: 343.139

Раđ примљен: 15.03.2017.  
Раđ прихваћен: 08.05.2017.

## **MAIN HEARING ACCORDING TO THE NEW SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE: SURVEY IN PRACTICE**

**Abstract:** *The main hearing is the central part of the criminal procedure. In Serbia, the reform of the national criminal procedure legislation has brought about numerous changes related to this stage of criminal proceedings. Numerous objections have been addressed to the almost entirely new legal text. In an attempt to examine the advantages and disadvantages of the new legislation and observe how the prescribed rules are applied in practice, the authors have conducted an empirical research by attending 205 main hearings which were conducted under the rules of the new Criminal Procedure Code. The research covers a huge number of related issues but, given the page limit, this paper will focus on individual issues observed in trial proceedings. The focal point of reference is the examination of witness, but the authors also consider a number of other issues: the examination of expert witness, the delay of the trial, and the use of a video-link as a novelty introduced owing to the technological achievements of the modern era. The article is organized into several parts. The authors first provide a theoretical background of the issue under consideration and, then, present and discuss the research results provided in tables. In the third part of the article, the authors draw specific conclusions about the current practice in trials proceedings.*

**Keywords:** *main trial, examination of witnesses, examination of expert witnesses, cross-examination, use of video-link.*

---

\* ssokovic@jura.kg.ac.rs  
vturanjanin@jura.kg.ac.rs  
dragana.cvorovic@kpa.edu.rs

## 1. Introduction

The process of reforming the criminal proceedings in Serbia is anything but a new topic in the scientific circles. The new Criminal Procedure Code (hereinafter: CPC), which entered into force in 2013, brought about a series of decisions and changes that follow the global trend of increasing efficiency. However, a multitude of solutions in the new legal text can reasonably be called into the question. As very correctly observed, the speed of a criminal procedure should not be equated with its efficiency because they are two completely different concepts; it is essential that criminal proceedings should not last longer than is objectively necessary whereas the time required for that is a factual matter (Škulić, 2011: 90). The speed of the proceedings is a relative category because the length of procedure depends on many factors, such as: the complexity of the evidence, the number of accused persons, possible changes in the composition of the judicial panel which are sometimes inevitable, and a number of other elements that make a particular case more or less complex or, on the contrary, relatively simple (Škulić, 2015: 42). Unfortunately, although the proceedings may look more efficient, we bear witness to the fact that they last much longer than it was the case with the former CPC.

The new CPC has been exposed to ample criticisms, which has generated the need for a more extensive study on its practical application (Soković, Čvorović, Turanjanin, 2016). The largest part of this research focuses on the subject matter of the main hearing, which is mostly based on the adversarial model (Škulić, 2016: 68-69). During the year 2015, we attended 205 trials in the Republic of Serbia, in the cities of Belgrade, Niš, Novi Sad and Kragujevac. We completed questionnaires for each individual main hearing in trial proceedings that we attended. The largest part of the questionnaire focused on the examination of witnesses, the cross-examination of expert witnesses, the postponement of the trial, and the use of the video-link. We have analyzed concrete data through 18 tables, where we introduced the question dealt with in each table and listed specific information. Since the focal point of this article is the empirical research, we will briefly explain the theoretical positions only where it is necessary.

## 2. Witness examination

The examination of witnesses is an extremely serious evidentiary action, which can be divided into four phases: asking general questions and taking the witness's free statement about everything that he/she knows about the case; the stage of primary/direct examination; the stage of cross-examination; and the phase of asking additional questions (Bugarski, Škulić, 2015: 275; Bugarski, 2013).

The collected evidence is presented by the parties in trial proceedings, whereas the sequence of questions addressed to the witness depends on which party is first to examine the particular witness (Bejatović, 2015: 27). According to the CPC, after hearing the accused (defendant), the presiding judge determines the sequence of presenting evidence, usually starting from the presentation of evidence proposed by the prosecutor, which is followed by the presentation of evidence proposed by the defense, then the evidence whose performance is determined *ex officio* and at the proposal of the victim and, finally, the evidence regarding the decisive facts that serve as grounds for the decision on the type and extent of criminal sanction. If there are legitimate reasons, the presiding judge may order a different sequence and prolong the time for presenting evidence (Article 396 para. 1 CPC).

In the research sample, the examination of witnesses was used at 185 main hearings; it was only in a few cases that the proceedings first involved the examination of defense witnesses, after which the prosecution witnesses were questioned. This means that the CPC rules were mostly complied with but also that there were cases where there were unjustified discrepancies.

<b>1. In what order were the witnesses questioned?</b>	
	<i>Total</i>
<i>Any questioning of witnesses</i>	185
<i>There was no questioning of witnesses</i>	20

At the outset, the witness is asked for general data, which was done in 100% of cases in our research. According to the CPC, the witness is examined individually and without the presence of other witnesses. The witness is obliged to testify orally. After general questions, the witness is invited to present everything that he/she knows about the case (Article 98 paragraphs 1-2 CPC)<sup>1</sup>. In our research, the legal rules were complied with at the highest percentage; however, one may pose a reasonable question why the witness was not allowed to say what he/she knows in the remaining 2.5% of cases. The rules on the examination of

1 On the one hand, there is a perception in the jurisprudence that the witness who (during the immediate statement) speaks only about essential things, while leaving out the peripheral ones, is not objective and cannot be trusted; on the other hand, if a witness is allowed to tell everything he/she knows about the case, the it may affect the concentration of the judicial panel who may lose track of some important facts. Therefore, there is the question of how to focus the witness's testimony on the important issues and leave out the less important ones, but without concurrently calling into question the credibility of the witness and his/her testimony. Hence, the witness should be well prepared for the upcoming testimony (Tintor, 2013: 75).

witnesses are more than clear; they refer to the complete testimony of what the witness saw or noticed.

<b>2. Was the witness allowed to tell everything he/she knew?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Yes	97,3%	180
No	2,7%	5
	<b>Answered</b>	<b>185</b>
	<b>Skipped</b>	<b>20</b>

The witness shall always be asked how he/she knows what he is testifying about (Article 98 para.4 of the CPC). The research results clearly indicate the fact that this is a legal rule that is almost never complied with in practice. The answer to this question is used for determining the credibility of the witness, assessing the value of the witness testimony, and it concurrently prevents witnesses from presenting their opinions rather than sensually observed facts (Bejatović, 2014: 310). In as many as 71.4% of observed cases (or 132 proceedings), the witnesses were not asked how they had found out or knew what they were testifying about. While this finding stands as a surprise, it shows the completely unjustified circumvention of a clear and simple rule.

<b>3. Was the witness asked how he/she had found out or knew what he/she was talking about?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Yes	28,6%	53
No	71,4%	132
	<b>Answered</b>	<b>185</b>
	<b>Skipped</b>	<b>0</b>

During the examination of a witness, primary/direct questions should be asked first, which are then followed by cross-examination and, finally, the witness is asked additional questions. The aim of asking questions is to check, supplement and clarify the given testimony (Đurđić, 2013: 96). As the survey results show, in 63.8% of the observed main trial proceedings, the witness was asked additional questions to clarify the given statements. The results show that the witnesses deviated from the previously given testimony in only 5, 4% of cases. It is not a large percentage, as there is always a possibility for a witness to change the testimony given in investigation proceedings, particularly in cases involving certain violent crimes.

<b>4. Was the witness asked additional questions?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Yes	63,8%	118
No	36,2%	67
	Explanation	8
	<b>Answered</b>	<b>185</b>
	<b>Skipped</b>	<b>20</b>

As required by the logic and legal knowledge, when one gets an opportunity for cross-examination, he/she must always bear in mind the fact that the witness was proposed by the opposing party and that this person may be hostile or antagonistic; for this reason, it is especially important to make the right decision whether to use the right to cross-examination after all. In our legal system, and in the comparative law (Friedland, 2014: 499; Sevier, 2016: 644-692), the cross-examination is not commonly used in practice. It is noted that cross-examination can be a powerful tool in the hands of a skilled lawyer because “the opportunity to ask leading questions provides counsel with the advantage of challenging a witness’s statement on his or her own terms; furthermore, in some cases cross-examination may be the only means to obtain favorable evidence, attack unfavorable evidence or discredit a witness or witnesses (Brauti, 1997: 70).

However, the cross-examination is not without its limits (Sanders, 2016: 127-128) and, in most cases, it cannot expose the false testimony, which could lead to wrongful conviction (Roth, 2016: 767-768). In other words, we should not forget the fact that this way of examination is not a very powerful weapon and that in practice, unlike in American films, it does not lead to any spectacular results. Delibašić states that one should observe the situation realistically and answer two basic questions beforehand: whether the supported thesis is at all compromised by the evidence arising from the basic examination and whether one can realistically expect to get the statement from the person in question that will support the thesis. The negative answer to any of these questions entails a consequence that it is better not to indulge in cross-examination (Delibašić, 2015: 224-225; Wellman, 2012: 8). When it comes to cross-examination, one should also take into account the fact that the opposite party has the right to additional questions, subject to approval of the presiding judge, which can neutralize the effects that have been achieved in cross-examination, as is the case when the cross-examination of the evidence results in the statement that differs from the testimony given during the investigation or at the basic examination, which may ultimately lead to the conclusion that a person is not telling the truth, and during a re-examination he or she is to provide a logical and reasoned expla-

nation, whereby they need to precisely explain which statement is accurate (Delibašić, 2014: 78).

<b>5. Did the court respond noting that the witness changed his/her testimony given earlier?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Yes	5,4%	10
No	94,6%	174
	Explanation	4
	<b><i>Answered</i></b>	<b>184</b>
	<b><i>Skipped</i></b>	<b>21</b>

If the witness departs from the testimony previously given, the presiding judge warns him of this and asks for the reasons for deviations. This can be done at the request of the accused, and he may order that the previous statement or part of the statement should be read, or its visual or sound recording should be reproduced. Then, if necessary, especially if the witness's testimony is literally recorded in the minutes, the presiding judge may order that part of the minutes to be immediately read; moreover, if it is required by the parties or counsel, the reading is compulsory (Škulić, 2015: 208). Since the witnesses are persons who belong to different social structures, the questions should be asked clearly, precisely and above all in an understandable manner for the particular witness. However, as it is always possible that the witness did not understand the question asked, clarification is required. In our sample, in only 2.2% of the cases the questions asked were incomprehensible to the witness, which is certainly a positive result.

<b>6. Was there any question that the witness did not understand?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Yes	2,2%	4
No	97,8%	181
	<b><i>Answered</i></b>	<b>185</b>
	<b><i>Skipped</i></b>	<b>20</b>

The process of Americanization of criminal procedure has contributed to the development of complaint of the opposite sides regarding the issues raised. In practice, it happens in a relatively insignificant number of cases, whereas in our sample it happened in 7.6% of cases or during the questioning of 14 witnesses. Out of that number, in 15.4% of cases, the complaint was argued in front of the witness, while in a much larger number of cases the decision was brought after

the council had withdrawn. However, most commonly, either party challenges the statement as a whole or complains about its parts. Specifically, we need to emphasize that the court did not discuss individual complaints, which were generally ignored completely. Of course, in cases where the court decided on the complaint, the decision was formalized and entered into the record.

<b>7. Did the opposing party complain about the permissibility of certain issues?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Yes	7,6%	14
No	92,4%	171
Explanation		8
	<b>Answered</b>	<b>185</b>
	<b>Skipped</b>	<b>20</b>

<b>8. Did the Presiding Judge of the judicial council <i>ex officio</i> ban an issue as impermissible?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Yes	1,6%	3
No	98,4%	185
Explanation		1
	<b>Answered</b>	<b>188</b>
	<b>Skipped</b>	<b>17</b>

Although the authority of the presiding judge of the judicial council was more than reduced in the new concept of trial proceedings, he or she still has the possibility to ban the question as impermissible. However, in the examined sample, that possibility was used in only three (1.6%) cases. Then, in 2.7% of cases the judicial panel was required to reach a decision which, as expected, in all cases confirmed the decision of the presiding judge. In our opinion, at the end of this part of proceedings, no impermissible questions were allowed by the presiding judge.

<b>9. Was the court asked to bring a decision?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Yes	2,7%	5
No	97,3%	183
Explanation		0
	<b>Answered</b>	<b>188</b>
	<b>Skipped</b>	<b>17</b>

<b>10. Did the court confirm or disprove the decision of the presiding judge?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Confirm	100,0%	5
Disprove	0,0%	0
Explanation		0
<b><i>Answered</i></b>		<b>5</b>
<b><i>Skipped</i></b>		<b>200</b>

<b>11. In your opinion, was there any impermissible question that the presiding judge allowed?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Yes	0,0%	0
No	100,0%	185
Explanation		0
<b><i>Answered</i></b>		<b>185</b>
<b><i>Skipped</i></b>		<b>20</b>

In accordance with the foregoing matters, the court banned a question on its own initiative only in only 2 cases.

<b>12. Did the court ban any question on its own initiative?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Yes	1,1%	2
No	98,9%	186
Explanation		0
<b><i>Answered</i></b>		<b>188</b>
<b><i>Skipped</i></b>		<b>17</b>

However, there was a noticeable activity of the court in the course of asking additional questions that led to clarifying the matter at issue; thus, the presiding judge asked an additional question in 19.1% of examined cases. It is important to note that further clarification of circumstances was needed because the court suspected that the defendant was tortured.

<b>13. Did the court ask any additional questions or questions that serve to clarify the matter?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Yes	19,1%	36
No	80,9%	152
<b><i>Answered</i></b>		<b>188</b>
<b><i>Skipped</i></b>		<b>17</b>



### 3. Expert examination

Although the focus of this research was on witnesses, we could not ignore the role of expert witnesses in trial proceedings. The key question in this field concerned the examination of an expert witness, which included reading the findings of his/her expertise and giving opinions in court. The CPC stipulates that the expert witness orally presents his/her findings and opinion, but he may be allowed by the judicial council to read written findings and opinions, which shall be entered in the case files (Article 402 of the CPC). In our research, slightly more than a half of the main hearings (54.2% of cases) included the examination of experts, who were questioned in 30, 9% of cases, while their findings were only read in 69.1% of the cases.

<b>14. Was the expertise done in the case in question?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Yes	54,2%	84
No	45,8%	71
	<b><i>Answered</i></b>	<b>155</b>
	<b><i>Skipped</i></b>	<b>50</b>

<b>15. Were the experts questioned in the primary and direct examination, or were their findings only read by the court?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Questioned	30,9%	46
Read	69,1%	103
	<b><i>Answered</i></b>	<b>149</b>
	<b><i>Skipped</i></b>	<b>56</b>

### 4. The use of the video-link

One of the most frequent topical issues in scientific meetings is the use of a video-link testimony in criminal proceedings. The video-link is used in the criminal proceedings as a technical tool to allow the participation of certain individuals who shall not appear in front of the court or other criminal procedure authorities. Accordingly, the video-link should provide distance participation in criminal proceedings (Ćorović, Šemović, 2015: 355). The CPC provides for the use of the video-link, i.e. the use of technical devices for audio-visual transmission in the following cases: a) to examine a specific vulnerable witness, b) to examine a protected witness, c) to examine witnesses and experts outside the court; d) to maintain order at trial, and d) to facilitate the participation of the accused

at the main hearing and his hearing before the second instance court (Ćorović, Šemović, 2015: 362). Unfortunately, none of the above techniques were used in the trial proceedings we attended.

<b>16. Was the video-conferencing technique used?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Yes	0,0%	0
No	100,0%	205
	<b>Answered</b>	<b>205</b>
	<b>Skipped</b>	<b>0</b>

### 5. The deferral of the main hearing

The deferral and adjournment of trials is one of the largest problems in the criminal proceedings in Serbia. The absence of one of the main subjects (parties) almost inevitably leads to rescheduling the hearing. In case where the main hearing has to be discontinued, there is an undisputed intention of the legislator that the proceeding should be stayed (adjourned) rather than deferred; but, in practice, the adjournment is rarely used (Tadić, 2016: 452). However, in some parts of Serbia, the deferral rate has increased because of defendants' requests for court interpreters. This often happens in Novi Pazar and Niš, where the defendants who understand the Serbian language often ask to be provided with an interpreter for the Bosnian and Roma language in order to prolong the trial proceedings, which is often perceived as an abuse of the guaranteed defendant's rights in criminal proceedings. In our research sample, none of the main hearings that we attended were postponed due to requests for court interpreters, considering that the Court was aware of the reasons for which the defendants placed such a request.

<b>17. Was the main trial postponed because the accused sought a court interpreter?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Yes	0,0%	0
No	100,0%	202
	<b>Answered</b>	<b>202</b>
	<b>Skipped</b>	<b>3</b>

Another reason for postponements is failure of witnesses to appear in court. However, as shown in the table below, the main hearing was delayed only in 14.9% of the observed cases due to the non-appearance of witnesses. In cases

where there was a delay, the witness was fined and the order for his apprehension was issued.

<b>18. Was the main trial adjourned due to failure of the witness to appear?</b>		
	<b>Percentage</b>	<b>Total</b>
Yes	14,9%	30
No	85,1%	171
	<b><i>Answered</i></b>	<b>201</b>
	<b><i>Skipped</i></b>	<b>4</b>

## 6. Conclusion

The scrutiny and subsequent analysis of observed trial proceedings in several cities in the Serbia has shown a diversity in the implementation of the CPC as well as the unwillingness of certain parties to implement it; the most extreme situation may be illustrated by a case where the judge asked the parties if they wanted the case to be adjudicated according to the former or the new CPC?!

The most extensive part of the research was related to the examination of witnesses. When it comes to the order of presenting the evidence, the CPC was largely complied with. When it comes to allowing the witness to say everything he/she knows about the subject matter of his testimony, we noted a small percentage of main hearings where the witness was not permitted to do so. The rules on the examination of witnesses shall be observed, and there are no justified reasons for such practices. Then, in an extremely high percentage of main hearings, the witness was not asked how he had found out or knew what he/she was testifying about. We consider that it is completely unjustifiable to avoid asking such questions. In practice, these procedures should be changed so that the witness should always be asked how he knows or how he has found out what he is testifying about because the answers to these questions determine the quality of the evidence. In the main hearings, witnesses are examined in the course of primary/direct and cross-examination, and then they are asked additional questions. In our research, such a situation was observed in the largest number of main hearings; thus, we can draw a conclusion that the parties and the defense counsel thoroughly reviewed the evidence and the new rules of criminal procedure. Positive practice has been observed in terms of asking clear questions, given that witnesses were asked vague questions in a low percentage of cases. Objections on particular issues are indeed rare, but there are common objections pertaining to the witness statement in its entirety. Such objections are primarily raised by the defense counsels; in our study, we have not recorded such objections being raised by the prosecutors. The legislator has left the court

quite a narrow margin for initiative but, regardless of that, the courts actually take the initiative, which is best illustrated by the additional questions to witnesses which serve to clarify the subject matter at issue.

As for the examination of expert witnesses, the research shows that it took place in 54.2% of the observed cases. Yet, out of that number, the experts actually testified in only 30.9% of the cases, whereas in other cases (whose percentage is not low), the expert witness testimony was merely read, along with the ascertainment of the expert that he or she confirms what was previously written or said. We believe that the experts should be questioned more frequently because it contributes to a better clarification of the factual grounds for decision-making processes.

Unfortunately, the technical devices available in the modern age are not sufficiently utilized in criminal proceedings. For example, the use of a video-link is almost nonexistent; it was not used in a single case under observation. Although the use of a video-link in criminal procedure is envisaged in the CPC as a possibility, it is still necessary to improve this area. As previously proposed, this area should be regulated as follows: a) the standards on the required equipment for the transmission of images and sound shall be met; b) the standards on the "network" for transmission of images and sound shall be met, c) the persons who are to handle the equipment shall have relevant qualifications; d) some technical issues relating to the credibility of the evidence obtained by using a video link have to be addressed, such as the question of ensuring the presence of judicial officials on the premises where a person is giving a witness statement, in order to ascertain that the statement is given freely (Ćorović, Šemović, 2015: 362).

A more frequent abuse of procedural law has been observed in practice, which comes into play in cases involving the postponement of trial proceedings. In certain areas of the country, the defendants more frequently ask for an official court interpreter, primarily for the Bosnian and Roma languages. This may lead to unjustified delays in the proceedings. Judges noted that the defendants in detention "were often taught" by other inmates how to delay the main trial proceedings. Therefore, judges have to prevent this phenomenon. In the observed sample, no hearing was postponed due to the fact that the defendant had asked for an interpreter. It is not uncommon for the hearing to be postponed due to the non-appearance of witnesses. For many years, it had been one of the main shortcomings of the criminal proceedings. However, the research results show that the total of 14.9% of cases postponed due to the witness's failure to appear cannot be considered negligible.

From all the above, we can conclude that there are certain drawbacks when it comes to the areas that we explored in trial proceedings but, on the whole, there are no major problems in the implementation of the new CPC provisions. In our research, we have identified the major drawbacks but it is also necessary to emphasize that we should use the opportunities offered by modern technologies.

## References

- Bejatović, S. (2014). *Krivično procesno pravo*. Belgrade: Službeni glasnik.
- Bejatović, S. (2015). Glavni pretres i njegov doprinos obezbeđenju suđenja u razumnom. In S. Bejatović, I. Jovanović, *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku: regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*. Belgrade: OSCE Mission to Serbia i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, 9-33.
- Brauti, P. (1997). Improper Cross-Examination. *Criminal Law Quarterly* 40/1997.
- Bugarski, T. (2013). Ispitivanje svedoka. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2013, 131-143.
- Bugarski, T., Škulić, M. (2015). *Krivično procesno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu
- Ćorović, E., Šemović, A. (2015). Upotreba video-linka u krivičnom postupku. In S. Bejatović, *Suđenje u razumnom roku i drugi krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet*. Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, 355-368.
- Delibašić, V. (2014). Unakrsno ispitivanje – pravila i izazovi. *Žurnal za kriminalistiku i pravo* 1/2014.
- Delibašić, V. (2015). Unakrsno ispitivanje u krivičnom procesnom pravu Srbije. In S. Bejatović, I. Jovanović, *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku: regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*. Beograd: OSCE Mission to Serbia i Udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, 218-231.
- Đurđić, V. (2013). Dokazne radnje. In S. Bejatović, M. Škulić, G. Ilić, *Priručnik za primenu Zakonika o krivičnom postupku*. Beograd: Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, 83-122.
- Friedland, M. L. (2014). Searching for Truth in the Criminal Justice System. *Criminal Law Quarterly* 60/2014.
- Roth, J. A. (2016). Informant Witnesses and the Risk of Wrongful Convictions. *American Criminal Law Review* 53/2016.

Sanders, S. R. (2016). The Value of Confrontation as a Felony Sentencing Right. *Widener Law Journal* 25/2016.

Sevier, J. (2016). Popularizing Hearsay. *The Georgetown Law Journal* 104/2016, 644-692.

Soković, S., Čvorović, D., Turanjanin, V. (2016). Cooperation between Public Prosecutor and the Police in Serbia. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2016, 783-860.

Škulić, M. (2015). Krivičnoprocesno zakonodavstvo Republike Srbije – normativni aspekt adekvatnosti ili neadekvatnosti državne reakcije na kriminalitet. In S. Bejatović, *Suđenje u razumnom roku i drugi krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet*. Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, 41-75.

Škulić, M. (2015). Dokazi i dokazni postupak na glavnom pretresu. In: S. Bejatović, I. Jovanović, *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku: regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*. Belgrade: OSCE Mission to Serbia and Serbian Association for the Criminal Legal Theory and Practice, 193-217.

Škulić, M. (2011). Osnovi uporednog krivičnog procesnog prava i osnovni problemi reforme krivičnog postupka Srbije. In Đ. Ignjatović, *Kaznena reakcija u Srbiji*. Beograd: Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, 54-125.

Škulić, M. (2016). Stepen (ne)usaglašenosti krivičnog postupka Srbije sa evropskim standardima. In S. Bejatović, *Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 – zakon, praksa i mere harmonizacije)*. Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, 46-75.

Tadić, D. (2016). Neprekidnost glavnog pretresa – norma i praksa. In S. Bejatović, *Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 – Zakon, praksa i mere harmonizacije)*. *European Integrations and Criminal Law Legislation (Chapter 23 – Norm, Practice and Harmonization Measures)*. Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, 446-454.

Tintor, J. (2013). Branilac. In S. Bejatović, M. Škulić, G. Ilić, *Priručnik za primenu Zakonika o krivičnom postupku*. Beograd: Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, 59-82.

Wellman, F. (2012). *The Art of Cross-Examination*. New York.

**Др Снежана Соковић,**

*Редовни професор Правног факултета, Универзитет у Крагујевцу*

**Др Вељко Турањанин,**

*Доцент Правног факултета, Универзитет у Крагујевцу*

**Др Драгана Чворовић,**

*Доцент Криминалистичко-полицијске академије у Београду*

## **ГЛАВНИ ПРЕТРЕС ПРЕМА НОВОМ ЗАКониКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ: ИСТРАЖИВАЊЕ У ПРАКСИ**

### **Сажетак**

Главни претрес представља централни део кривичног поступка. Реформом кривичног процесног законодавства у Србији унете су, између осталог, и бројне промене када је у питању ова фаза кривичног поступка. Готово целокупном новом законског тексту упућене су бројне примедбе. Услед тога, аутори су извршили истраживање пратећи 205 главних претреса који су одржани по правилима новог Законика о кривичном поступку, покушавајући да сагледају предности и недостатке, те како се правила примењују у пракси. Будући да је за обим рада било изузетно тешко обрадити сва питања, аутори су се базирали на поједина питања на главном претресу. Акцент је стављен на испитивање сведока, али нису занемарена ни питања вештачења, одлагања главног претреса, те употребе видео-линка, као новине захваљујући техничким достигнућима савременог доба. Аутори рад деле у више целина, теоретски образлажући питање о којем се баве, а потом табеларно представљајући резултате истраживања. На основу тога, на крају рада изводе конкретне закључке о досадашњој пракси вођења главних претреса.

**Кључне речи:** главни претрес, испитивање сведока, испитивање вештака, унакрсно испитивање, употреба видео-линка.





**Др Ивана Симоновић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrpfni1775161S

UDK: 347.441.14

Рад примљен: 10.05.2017.  
Рад прихваћен: 19.06.2017.

## **УТИЦАЈ ЗАБЛУДЕ НА ПРАВНИ ПОСАО – ПОСЕБНО О БИТНИМ СВОЈСТВИМА ПРЕДМЕТА ЧИНИДБЕ\*\***

**Апстракт:** У раду је анализован утицај на пуноважност правног посла погрешних представа о чињеницама важним за његово закључење, посебно о битним особинама предмета чинидбе. Указано је да се ове особине не смеју свести на оне типичне, у правном промету – према врсти посла и чинидби – подразумеване. Више него код иједне друге битне заблуде, овде се мора сазнати и уважити намера уговорника да испуњено има тачно одређена својства, а не нека друга, макар она била и типична. И заблуда о таквим својствима мора бити правно значајна, јер је она покренула мотивациони механизам за уговарање и утицала на две најзначајније стваралачке чињенице грађанског права – вољу и изјаву воље.

**Кључне речи:** воља, изјава воље, заблуда, битна својства предмета, приватна аутономија, правна сигурност.

### **1. Увод**

Заблуда је погрешна представа о стварности. Ово је уобичајено, и, рецимо, лаичко, поимање заблуде, од ког се полази и ради њеног одређења као правне појаве, а потом додаје да за право постаје правно значајна уколико се тиче неког елемента правног односа. Овакав додаток правном појму заблуде нужан је и опет у вези са оним што најчешће бива у стварном животу: заблуда је релативно честа појава, могућа поводом разноврсних интелектуалних радњи, које не морају бити повезане с правом, а – и

---

\* ivana@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, финансираног од Министарства за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046.

када јесу – неједнаког су утицаја на правни однос. Отуда право треба да утврди критеријуме по којима ће и заблуде о правном односу моћи међусобно да диференцира, сходно њиховом значају у настанку тога односа. Не мање важна је и (опет свакодневна) чињеница да последице заблуде најчешће остају код њене жртве и само се изузетно, из ваљаних разлога, могу превалити на другог или, макар, поделити с њим. Ради чињења заблуде правно значајном чињеницом, у праву је нагласак и на тим ваљаним разлозима, јер они одговарају на важно питање о оправданости њеног правног дејства, утицаја на правни однос, који заиста може бити разноврстан.<sup>1</sup> Зашто жртви заблуде дозволити да се на њу позове и доведе у питање пуноважност или опстанак правног односа такав какав је?

У тражењу одговора позвана је у помоћ теорија воље, по којој изјављено правно обавезује само ако је сагласно с правом, истинском вољом изјавиоца, а овде тога нема. Недостатак је настао у образовању воље (погрешне су представе о постојању чињеница на основу којих је воља формирана и њихово разумевање) или њеном исказивању (правилно образована воља исказана је речима којима је дато погрешно значење), па испољено не одговара мишљеном и хтеном. Теорији воље супротстављена су теорија изјаве воље и важна начела која она брани – правна извесност и сигурност и поуздање у стабилност уговора. Наглашава се да једна психолошка појава каква је воља најчешће остаје непозната другој страни у правном послу и сваком трећем, стога се они ослањају само на саопштено – изјаву те воље. Стална њихова запитаност и неограничена могућност провере да ли то одговара и субјективним представама изјавиоца, његовим (погрешним) очекивањима од правног посла и неоствареним намерама, озбиљна је претња сигурности и брзини правног промета, а може и да погодује неозбиљним или шпекулативним намерама. Заблуда треба да остане у сфери ризика своје жртве.<sup>2</sup>

Права мера ствари налази се приближавањем ових супротстављених полова – одбацивањем крајности и финим уравнотежавањем аутономије воље, у чију одбрану устаје теорија воље, и стабилности уговора, коју брани теорија изјаве воље. Законодавац је заблуди отворио врата, али је и оптеретио строгим условима које мора задовољити и преко којих контролише њену правну значајност, у сваком грађанскоправном институту чији је део и

1 Почев од права на повраћај датог (код исплате недугованог) преко права на саобраћавање уговора принципу еквиваленције између чинидаба (код прекомерног оштећења, у виду саговорачевог противзахтева захтеву оштећеног за поништење уговора) до права на поништење уговора (код заблуде).

2 Анализа ових теорија превазилази оквири насловљене теме. Заинтересованог читаоца упућујемо на Ranieri, 2009: 128–151. Zweigert, Kötz, 1996: 406–407.

у сваком поједином случају. Заблуда је правнорелевантна околност код прекомерног оштећења, исплате недугованог, а најважнија – у материји неважности правних послова, као мана воље због које је посао рушљив. Заједно с преваром и претњом, она носи читав институт манâ воље, са основним задатком заштите праве уговорне воље.<sup>3</sup> Код прекомерног оштећења и исплате недугованог њено место није средишње, јер су други објекти заштите: начела једнаке вредности узајамних давања, код првог правног института, и забране правно неоснованог обogaћења (код другог), а заблуда је један од услова да се примене правила којима су они уређени.<sup>4</sup>

Предмет нашег истраживања је заблуда као мана воље, и то о битним својствима предмета чинидбе. Назвати је најзначајнијом врстом битне заблуде не би било претеривање, јер ће се сауговорник најчешће преварити о некој особини предмета, своје или чинидбе друге стране. Осим овог, разлог истраживања је и блискост ове врсте заблуде са одговорношћу преносиоца за скривене физичке недостатке ствари. Њихове међусобне везе су вишеструке, а приписивање одсуства очекиваних својстава ствари мани воље или мани чинидбе одређује опстанак правног посла: ако је мана воље, посао није пуноважан и не обавезује, ако је мана (недостатак) чинидбе – пуноважан је али неуредно испуњен. Овако постављен предмет истраживања упућује нас да анализу почнемо освртом на улогу воље у настанку правног посла, коме се, позивањем на заблуду као недостатак у вољи, покушава оспорити пуноважност. У средишњем делу рада анализујемо појам својстава предмета чинидбе и могуће критеријуме процене њихове битности.

---

3 Постављањем заблуде као мане воље опредељује се заштита унутрашње воље стране у заблуди као њен превасходни циљ. Тако је у нашем праву, по Закону о облигационим односима, који је појам уговора иначе уредио у традицији теорије изјаве воље (В., под V, Мане воље, чл. 61 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/87, 39/85, 45/89, 57/89, *Сл. лист СРЈ*, 31/93. Даље: 300).

4 Мера стварног утицаја заблуде као мане воље одувек је зависила и од простора који су јој, осим ових, остављали и одговорност за скривене недостатке ствари, одговорност произвођача за исправно функционисање техничког уређаја или зеленашки уговор. Професор Хибер (Hiber, 1991: 520) покушава да у њиховом међусобном односу (за који каже да може бити однос комплементарности – допуњавања, или суплементарности – преплитања), нађе разлоге ретког позивања на заблуду у нашој судској пракси: својом широком основном, ови институти захватају у простор заблуде. Супротно је у француској пракси, где одредбе о лезији немају широку примену, па је она уведена на мала врата захваљујући заблуди: поништењем посла због заблуде најчешће кад постоји и лезија или субјективизацијом појма супстанце, те њеним честим поистовећивањем са вредношћу предмета чинидбе (Hiber, 1991: 518–519).

## 2. Правностваралачка моћ воље и изјаве воље

Ради појмовног одређења заблуде и опредељења према питањима оправданости и начина њеног утицаја на настанак и дејство правног посла, полазна тачка мора нам бити подсећање на оно што правни посао јесте и на разлоге његовог закључења. Овакво полазиште логички нам се намеће, јер је заблуда недостатак у вољи, а правни посао на овој почива.<sup>5</sup> Воља и изјава воље јесу најзначајније правностваралачке чињенице грађанскога права; оне тријумфују кроз начело приватне аутономије и, у границама принудних прописа, добрих обичаја и јавног поретка<sup>6</sup>, највеће могуће слободе појединаца да своје међусобне односе уреде правилима које су сами и вољно створили, руковођени властитим потребама и интересима. Правни посао је најсавршенији грађанскоправни израз ове слободе – у њему је садржано самообавезујуће правило понашања његових творца, и то законске снаге – *pacta sunt servanda!*

Правним послом створено правило понашања је вољно и хтено. Изражава вољу и намеру обавезивања свог творца; за истовремено обавезивање према њему, потребни су сусрет двеју изјава воља и њихова сагласност у жељеном циљу. Једнострани правни посао тражи једну изјаву воље; двострани (уговор) – најмање две. Независно од врсте, сваки правни посао производи последице и за свог творца и за адресата коме је његова воља упућена, а овоме је важно да може рачунати на постојаност, начелну неопозивост и пуноважност изјављеног. Отуда је правило да се изјавилац само изузетно може ослободити изјавом створене правне везе са другим, доказом да је било правно значајних, субјективних или објективних, сметњи у настанку воље или њеном исказивању. Отуда и принцип *pacta sunt servanda* важи само у оквирима законског императива да воља и изјава воље морају бити слободне да би обавезивале.<sup>7</sup> Овај квалитет воље и изјаве правнотеоријски је неспоран, зато што само „слободно и озбиљно учињена изјава обезбеђује потребан унутрашњи склад између оног што се изјављује и оног што се изјавом жели постићи“ (Мијаčić Svetanović, 1982: 179–180).

Позивањем на мане воље, изјавилац настоји да обори претпоставку о сагласности између унутрашње и изјављене воље, од које правни поредак полази као нормалне и редовне појаве свакодневног живота.<sup>8</sup> Претпоставка

5 „Суштина правног посла је у вољи приватног лица, изјављеној сходним начином у спољнем свету. Код заблуде не постоји стварна воља. Постоји само изјава о вољи и једна воља која не одговара изјави“ (Марковић, 1927: 226–227).

6 Члан 10 ЗОО.

7 „Изјава воље мора да буде учињена слободно и озбиљно“, чл. 28, ст. 2 ЗОО.

8 „Кад не би третирао слагање воље и изјаве као њихов нормалан однос и нешто што се само по себи подразумева, правни поредак не би ни могао допустити општу

не мора увек бити тачна и свакако пада под теретом доказа да је несклад последица заблуде, преваре или претње, чак и принуде, где није ни било неопходне слободе одлучивања да се уговора или не уговара. Правна наука и понеки законодавац<sup>9</sup> ове сметње назива манама воље, мада видимо да покрива и ситуацију недостатка *слободне воље* а не недостатка у вољи (принуда).<sup>10</sup> Свима им је, ипак, заједничко одступање од уобичајеног процеса настанка воље и њеног изјављивања, као и могућност да се због њих оспори пуноважност правног посла.

### 3. Појам и карактеристике заблуде

#### 3.1. Појам заблуде

Законско одређење појма заблуде је реткост. Законодавац полази од овог појма као познатог, у правној теорији довољно објашњеног, па само утврђује услове под којима заблуда може да учини правни посао неважећим.

У правној теорији наилазимо на разноврсне, али не и међусобно битно различите, дефиниције заблуде. За заблуду се каже да је то нетачна представа о правним чињеницама релевантним за пуноважност уговора (Perović, 1981: 287) или крива (погрешна) представа о неком елементу правног посла услед које је овај закључен, уз истовремено наглашавање битности заблуде као услова рушљивости правног посла (Ковачевић Куштримовић, Лазић, 2008: 283). Врло често заблуда се одређује и као несвесни несклад између воље и изјаве воље о неком саставном елементу правног посла (Марковић, 1927: 226; Cigoj, 1980: 190; Klarić, Vedriš, 2009: 156 и 161; Jauernig, 2007: 60). Каже се и да је то „мана воље, крива представа једног или оба уговорника о некој околности у вези са уговором, због које настали уговор не одговара хтењима једног од уговорника или која спречава постизање сагласности воља, па тај уговорник очекује да уговором не буде везан“ (Hiber, 1991: 89).

---

могућност настанка правних односа путем изјаве воље“ (Мијаčić Cvetanović, 1982: 180).

9 Видети нап. 4. В. и Code civil (чл. 1108 и даље), швајцарски Закон о облигационом праву (чл. 23 OR и даље).

10 У правној теорији (Мијаčić Cvetanović, 1982: 183) недостаци у изјави воље класификују се и на оне којих је изјавилац свестан (ментална резерва, неозбиљна и привидна изјава воље, претња и принуда) и оних којих није (превара и заблуда). У немачкој правној теорији (Lagenz, 1967: 367) на основу законских решења (§ 119 BGB) заблудом назива се и несвесно неправилно исказана мисао, иначе правилно формирана. Изјавилац је овде у заблуди о значењу употребљених израза, а не у заблуди о – за закључење правног посла – одлучним и опредељујућим чињеницама. Разлика је важна код начина њиховог отклањања: прва отклања се тумачењем, ради утврђења праве намере, а само ова друга – поништењем правног посла.

### **3.2. Карактеристике заблуде**

У издвојеним дефиницијама учојавамо заједничке елементе и важне карактеристике заблуде.

Заблуда је субјективно стање и психичка појава, настала на основу несвесне погрешне представе о стварности. Жртва у заблуди није свесна да њено поимање и спознаја стварности не одговарају стварности каква јесте.<sup>11</sup> За нашу тему значајне су заблуде настале поводом закључења правног посла, а оне су могуће у процесу формирања воље (хтења), као мотивационог покретача да се правни посао закључи и оствари одређени резултат, али и испољавања воље.

Да би стекла правну значајност, заблуда се мора тицати неког елемента правног посла или чињенице и околности у вези с правним послом, која је била опредељујућа за одлуку да се уопште уговара или уговора с таквом садржином. Битност елемента правног посла који се помиње у неким дефиницијама (нпр., Ковачевић Куштримовић et al.) не треба ограничити на оне састојке законом одређене као битне, без којих посао не настаје – предмет и основ, већ шире схватити (Тако и: Gams, Ђуровић, 1990: 261; Hiber, 1991: 296, 298). Најчешће заблуда и јесте о битним састојцима посла, али уважавају се и други елементи и чињенице с њим у вези, под условом своје детерминантности и – ако се закључује уговор – препознатљивости другој страни таквог њиховог значаја. То значи да су они одлучујуће утицали на одлуку за закључење уговора, јер се уговорна воља формирала на основу њиховог погрешног поимања, а другој страни био је или могао бити познат значај који им придаје жртва заблуде. О таквом њиховом значају може се судити на основу претходних преговора, садржине правног посла, али и околности које су пратиле његово закључење.

У неким од издвојених дефиниција, о заблуди се говори као о несагласности воље и изјаве (тако: Кларић, Ведриш, Марковић), а у некима се помиње неподударане стварности и представе која се о њој има (тако: Перовић, Стојановић). Отуда је оправдано и питање шта се овде не слаже: воља и њена изјава или представа о стварности, на којој се воља образовала, и стварност сама? У одговору можда нам могу помоћи немачки теоретичари и у немачком законнику (§ 119 BGB) направљена разлика између две врсте заблуда, према тренутку њиховог настанка и чињеници поводом које су

---

11 Професор Стојановић (Stojanović, 1990: 334) овај несклад назива субјективном извесношћу и објашњава да је потребна попутна увереност особе у истинитост њених представа о стварности. Уколико она само сумња у такву своју представу, ако нешто само претпоставља, али није и уверена у тачност својих претпоставки (субјективна неизвесност), онда она није у заблуди.

оне настале. То су заблуда у изјави и заблуда о садржини, уређене ставом 1, и заблуда о мотиву (ст. 2).

Заблуда у или о изјави (*Erklärungsirrtum*) постоји ако се страна изразила речима које није хтела (*Versprechen, Verschreiben, Vergreifen*),<sup>12</sup> а заблуда у/о садржини изјаве (*Inhaltsirrtum*) – ако је воља изражена жељеним речима, али којима је изјавилац придао погрешно значење, другачије од стандардизованог (по речнику) или у правном промету уобичајеног.<sup>13</sup> Отуда се и назива заблудом о значењу (*Bedeutungsirrtum*) (Fikentscher, Heinemann, 2006: 437). У оба случаја, грешка је настала у фази исказивања воље, само је разлика што је код грешке у изјави изјављено друго од жељеног или мишљеног, а код грешке у садржини – жељеној (стварно хтеној) изјави дато је погрешно значење. Обеју грешака изјавилац, наравно, није свестан, иначе се не би ни могло говорити о заблуди.

Заблуда о мотиву (*Motivirrtum*) настаје у ранијој (изјави претходећој) фази, у којој се уговорна воља формира. Уређена је једна изузетна ситуација, у којој законодавац уважава сауговарачеву побуду (мотив) за закључење посла, редовно правно неважну. Овде је погрешна представа о побуђујућим чињеницама или околностима, таквим без којих одлуке да се уговара уопште не би било (Larenz, 1967: 380). Однос између заблуде о мотиву и претходне две објашњене јесте однос првог и потоњег. Њихов стицај у истом правном послу није неопходан и зато их треба одвојено посматрати. Неки немачки теоретичари (на пример, Larenz, 1967: 381), говорећи о заблуди о мотиву, користе израз обична (чиста) заблуда (*blosse Motivirrtum*), која вољу погађа већ у њеном настанку. Ова заблуда само је изузетно битна и разлог рушљивости посла – ако је о оним особинама лица или ствари које се у правном промету сматрају значајним код истоврсних правних послова какав је и онај који је жртва заблуде закључила.<sup>14</sup>

---

12 Продавац је, уместо цене од 1.100 евра, на аутомобил ставио цену од 110 евра и, не уочивши грешку, с купцем закључио уговор. Његова воља није изражена правим речима, па је адресату, грешком, понуђена мања цена од стварно жељене (пример дат код Fikentscher, Heinemann, 2006: 437).

13 Купац жели да купи књигу о медитацији, за коју погрешно мисли да се зове фенгшуи, а заправо се ради о таичију (пример дат код Fikentscher et al, 2006: 437). Фенгшуи је азијско учење о уређењу простора и живљењу у складу с природом. Овде постоји заблуда о значењу речи фенгшуи, којом је воља (понуда за закључење уговора) изражена.

14 Личности или ствари погрешно се приписују својства која они немају, а била су одлучујућа за одлуку да се уговара. Имајући њих у виду, изјавилац воље формира своје очекивање уговорног резултата, али он изостаје, јер таква својства ни лице с којим се уговора нити дугована чинидба немају. Иако се ради о субјективним представама,

На основу реченог могли бисмо закључити да је исправније заблудом назвати неподударање субјективне представе о стварности, на основу које се воља формирала, и заиста постојећег чињеничног стања.<sup>15</sup> И тог одступања изјавилац није свестан. Изјавио је шта је хтео, јер изјава је жељена, али не и њене последице. Чини нам се да на исто мисле и теоретичари који говоре о несвесном одступању воље и изјаве (Сигој, 1980: 189; Vedriš et al, 2009: 155), само што представу о стварности називају вољом, а стварност – изјавом воље.<sup>16</sup> Предложена прецизност у изражавању можда боље указује на најчешћи тренутак у коме настаје недостатак који посао чини рушљивим, а то је тренутак формирања воље, не њене изјаве. Боље се указује и на то шта се заправо неће: резултат, последица коју изјава, према свом објективном значењу, треба да изазове.<sup>17</sup>

Истина, грешка је могућа и касније, након – на тачно поимљеној стварности – формиране воље, при њеном исказивању. Изјавилац се погрешно изразио (грешка у говору или писању) или је жељеним речима придао другачије значење од њиховог објективног, према речнику и уобичајеном разумевању у правном промету. Видимо да немачки законодавац и ову грешку нормира као заблуду (§ 119, ст. 1 BGB), али се она најпре покушава отклонити правилима о тумачењу. Тиме се сазнаје шта је изјавилац истински хтео и овако отклоњен несклад спасава правни посао, јер се овај неће поништити (Fikentscher et al, 2006: 437). Овде представљена заблуда о мотиву, из § 119, ст. 2 BGB, чини нам се, једино би се могла назвати заблудом по стандардима нашег законодавца. Код ње се није погрешило тек у изјави, већ много раније, кад се формирала воља да се нешто изјави, па нема ничег нејасног у реченом. Зато се неће ни поставити питање тумачења, ради сазнавања истинске воље уговорника, већ питање пуноважности правног посла.

---

она су више од пуких личних очекивања, од каузе удаљених побуда – она су пресудан чинилац да се уговор уопште и закључи.

15 Тиме прихватамо одређење заблуде професора Стојановића (Stojanović, 1990: 334).

16 „Заблуда је несвесни несклад између воље и изјаве. То је мана воље, јер воља изјављена због заблуде није у складу са правом, унутрашњом вољом. У тренутку изјаве, особа није свесна те неподударности воље и изјаве управо стога што је изјава изазвана погрешном представом о некој околности“ (подвукла аут.) (Klarić et al, 2009: 155).

17 Ово истиче и професор Перовић (Perović, 1981: 287, нап. 310): „Лице које је у заблуди изјављује и верно преноси своју унутрашњу вољу, која је формирана на нетачној представи стварног стања.“ Наставља цитатом француског теоретичара Demogua: „Одлука једног лица може бити погрешна зато што оно придаје једној ствари особине које она нема или једном лицу квалитете које оно не поседује. У таквом случају лице је хтело оно што је изјавило, али је то хтело само услед своје заблуде. То је заблуда у самој вољи.“



#### 4. Битне, правно значајне заблуде и оне које то нису

Питање кад треба заблуду узети у обзир, а када не, спада у најтеже проблеме теорије и законодавства, због два супротстављена, али једнако легитимна, интереса: страна у заблуди не жели да је посао везује<sup>18</sup>, јер не исказује њену праву вољу, коју би требало заштитити, док њен сауговорач тежи супротном – заштити свог поверења у пуноважност посла и настанак очекиваног уговорног резултата. Неопходно уравнотежавање ових двају интереса под утицајем је правне сигурности, а она редовно носи превагу над приватном аутономијом и другим аргументима теорије воље, и одређује невелик простор у ком заблуда – трећима непозната и недоступна – може бити правно значајна. У правима у којима је допуштен утицај заблуде на пуноважност правног посла инсистира се на њеној битности (ЗОО, BGB, OR), супстанцијалности (Code civil) или фундаменталности (*Draft Common Frame of Reference*), а овај појам везује за неки важан састојак правног посла или другу чињеницу у вези с њим, о којима се имала погрешна представа и која је, у коначници, довела до неподударања намераваног и оствареног уговорног резултата.

Важне чињенице могу се издвојити трима критеријумима (Cigoj, 1980: 192–194; Hiber, 1991: 83–85). Субјективни критеријум допушта да битност заблуде зависи од значаја који јој придаје њена жртва и може се тицати било које чињенице у правном послу, ако га она не би закључила да је знала за право стање ствари и разумно га оценила. Објективном критеријуму параметар су схватања у правном промету о важности чињенице поводом које је настала заблуда, с обзиром на тип правног посла и карактеристике чинидбе.<sup>19</sup> Напослетку, ту је и субјективно-објективни критеријум, који, истина, полази од схватања сауговорача о битном, од онога што су они укључили у основ свог посла, али га пропушта кроз призму пословног морала и обичаја. Субјективну битност заблуде треба потврдити и схватањем просечног сауговорача, једнаким дејством на његову одлуку да у истоветној ситуацији уговара или не уговара. Субјективно битно замењује се уобичајеним схватањем у правном промету.

Овај објективишући „филтер“ треба да раздвоји једнострану (често нереалну) субјективну очекивања стране у заблуди, проистекла из њених личних преокупација неким чињеницама или особинама (личности или

---

18 Заблудом погођена уговорна воља створила је правило другачије од оног какво би уговорник хтео да није било заблуде, због чега он тражи да то правило за њега не важи (Hiber, 1991: 95).

19 Код купопродаје предузећа одлучујућа је висина прихода, код уметничког предмета његова аутентичност и порекло, код кредита платежна способност дужника (Cigoj, 1980: 192).

предмета), од оних истински важних за постизање циља посла. Тиме се и уговорни однос стабилизује, не претвара у шалу од које можемо тек тако одустати, зато што смо се предомислили или пронашли повољнију прилику.<sup>20</sup> Ако је, међутим, чињеница довољно важна, онда се и заблуда о њој, као битна, мора извући из сфере ризика жртве заблуде и њен терет поделити с другом страном.

Систематизовање заблуда ради издвајања оних које су могле утицати на пуноважност правног посла, па су сматране битним, од оних без таквог утицаја, тековина је касније правне доктрине европскоконтиненталног правног система (пре свега, школе природног права). Ипак, први критеријум разграничења формулисали су римски правници (класичног и посткласичног права), везујући га за предмет заблуде – чињеницу или околност о којој су стране имале погрешне и међусобно различите представе (Stojčević, 1983: 239; Hiber, 1991: 298; Kötz, Flessner, 2002: 178). Три правно значајне заблуде – *error in negotio, in corpore, in personam* (о природи/врсти правног посла, о предмету престације и, код уговора *intuitu personam*, о личности с којом се уговара) – чиниле су посао непостојећим, а не рушливим, како је то у већини савремених права.<sup>21</sup> Касније уобличена заблуда о супстанци или материји од које је ствар (*error in substantia/materia*) имала је другачије дејство – чинила је посао ништавим а не непостојећим.<sup>22</sup>

Савремено право јесте преузело ове заблуде, али је њихов утицај одвојило од питања споразума о закључењу посла (осим у француском праву, код заблуде – препреке<sup>23</sup>) – овај је закључен, али су стране, или једна од њих, изјавиле вољу на основу погрешне или нетачне представе о

20 Анализа критеријума и врста заблуда превазилази оквир насловљене теме. Стога заинтересованог читаоца упућујемо на докторску дисертацију професора Хибера (*Појам битне заблуде при закључењу уговора*) и, за упоредноправни преглед критеријума битности заблуде у важећим законима: Zweigert et al. 1996: 409–419.

21 Римска заблуда више одговара неспоразуму (*dissens*) савременог права (нашег свакако – в., чл. 63 ЗОО), где стране мисле да су се сагласиле а међу њима заправо постоји неспоразум о природи правног посла, о његовом основу или предмету. Једина, из римског права наслеђена, заблуда која се таквом има сматрати и по савременом праву (мада не и по свом дејству) јесте *error in substantia* – заблуда о супстанци предмета, где има сагласности о идентитету предмета престације, али не и о његовим особинама.

22 Романисти увек истичу да је развита римског схватања заблуде врло нејасан и споран (Stojčević, 1983: 239), а да такву оцену посебно заслужује учење о *error in substantia или materia* (Zimmermann, 1990: 592, према Petrak, 2011: 1838).

23 Позната је класификација на заблуде препреке (правни посао не настаје), заблуде мане воље (посао чине рушливим) и небитне заблуде (без икаквог утицаја и на настанак и на пуноважност посла). Више: Hiber, 1991: 295.

опредељујућој чињеници за закључење посла. Римском праву непознато степеновање дејства заблуда<sup>24</sup> сада постаје важан чинилац у помирењу два супротстављена настојања: да посао изрази праву вољу својих твораца, образовану на основу исправно спознате стварности, с једне стране, и са друге – да се не дозволи његово оспоравање услед сваког одступања унутрашње воље од изјављене, мишљеног о стварности и стварности саме.<sup>25</sup>

Важном постаје идеја школе природног права да се не сме заборавити ни оправдано поверење друге стране у пуноважност правног посла, једнако достојно заштите као и интерес онога чија истинска воља у њему, због заблуде, није исказана (Kötz et al. 2001: 178). Од тада се о утицају заблуде на пуноважност правног посла просуђује у светлу двеју важних чињеница. Једна је да је заблуда разлог рушљивости правног посла само у изузетним случајевима, одређеним према њеној битности (наслеђе римског права), уз додатни захтев да заштита оправданог поверења друге стране не говори у прилог пуноважности посла (заслугом природноправне школе). Друга важна чињеница јесте признање сауговарачу права на накнаду штете због поверења (негативног уговорног интереса), претпрљене за случај да посао ипак буде поништен.

## 5. Одређивање битних заблуда у Закону о облигационим односима

Везивање битности заблуде за њен предмет – околност о којој се страна преварила – уобичајено је опредељење законодаваца, нашег такође.

Према Закону о облигационим односима (чл. 61) заблуда је битна ако се односи на битна својства предмета или лице с којим се уговор закључује ако се закључује с обзиром на то лице (метод енумерације), као и на околности које се по обичајима у промету или по намери страна сматрају

---

24 Једнообразно дејство заблуда боље се разуме ако знамо да у римском праву није било ни степеновања неважности; разврставање неважећих правних послова на ништаве и рушљиве такође дугујемо природноправној школи. Од тада заблуда постаје разлог рушљивости, па њена жртва мора пред судом истаћи захтев за поништење (француско, швајцарско и наше право) или га једноставно саопштити свом сауговарачу (у немачком праву).

25 Отуда и правило да се побуде и субјективна уговорна очекивања, која прате закључење сваког правног посла, али не постају и делом његове садржине (најчешће кроз каузу), не могу истицати као разлог неважности. Изузетак је код добротних правних послова, јер се без ових очекивања не може ни разумети разлог, уједно и мотив, бесплатног располагања у корист даропримца. Намера даривања (*animus donandi*) бива објашњена и схваћена кроз мотив, па заблуда о њему мора бити правно значајан разлог рушљивости (в., чл. 62 300).

одлучним, а страна која је у заблуди не би иначе закључила уговор такве садржине (метод генералне клаузуле, којим се суду препушта проширење листе битних заблуда, саобразно обичајима у промету или намери страна). Суд је позван да одреди стварни домашaj конкретне заблуде у сваком поједином случају, утврђивањем преовлађујућег схватања у правном промету о битности чињенице о којој је заблуда (код истоврсних послова и чинидаба) или сазнавањем значаја који су тој чињеници придале обе стране или макар њена жртва, уз услов препознатљивости тог значаја за другу страну. У чл. 62 Закона, методом набрајања, битном за закључење добротних правних послова учињена је и заблуда о побуди.

У чл. 63 300 препознајемо још једну референцу на предмет погрешних представа уговорника, али битно другачијег дејства. То су *error in negotio* и *in corpore* римског права, са истоветним последицама које су и тамо имале – правни посао, због неспоразума страна о његовој природи, основу или предмету, није настао. Њихов неспоразум о овим битним елементима показује да оне нису мислиле о истом и постигле неопходну сагласност, која твори сваки правни посао.<sup>26</sup>

У наставку, анализа је концентрисана на заблуду о битним својствима предмета, о којој ће се уговорник и најчешће преварити. Иако је најчешћа, њен домашaj није сасвим неспоран, јер улази у поља других института – одговорности за мане ствари и прекомерног оштећења – другачије профилисаних, по свом заштитном објекту и правним последицама.

## **6. Заблуда о битним својствима предмета чинидбе**

„Заблуда о битним својствима предмета постоји кад уговорник има погрешну представу о материјалној композицији предмета уговора или о његовим особинама“ (Perović, 1972: 13). Ова погрешна представа није правно безначајна, па се због ње, уз испуњење законских услова, правни посао може поништити.

Заблуда о битним својствима предмета престације правно је релевантна или по слову закона (300, BGB, ABGB, Грађански законик Грчке) или екстензивним тумачењем одредаба о заблуди о супстанци. До такве њене битности дошло се у француској судској пракси, интерпретацијом чл. 1110 Code civil о „*le substance même de la chose*“: осим о супстанци, судови су њоме обухватили и заблуду о квалитету и својствима предмета престације – *qi-*

---

<sup>26</sup> Уговор је закључен кад су се уговорне стране сагласиле о битним састојцима уговора (чл. 26 300). Кад стране верују да су се сагласиле, а у ствари међу њима постоји неспоразум о природи уговора или о основу или о предмету обавезе, уговор не настаје (чл. 63 300).

*alités substantielles de la chose.* „Тако се стигло до истог практичног резултата који даје § 119, ст. 2 BGB – да се посао може поништити и због заблуде о оним својствима ствари (*Beschaffenheiten der Sache*) која се у правном промету сматрају битним, или § 871 ABGB – да је заблуда о чинидби или њеним важним особинама разлог рушљивости“ (Kötz et al, 2002: 180).

За наше право битност ове заблуде је неспорна и утемељена на чл. 61 ЗОО, по коме „заблуда је битна ако се односи на битна својства предмета“. Једна од ствари која овде може бити упитна јесте да ли се преостали део текста норме, којим се битност заблуде условљава њеном детерминатношћу по обичајима у промету или по намери страна, односи и на заблуду о битним својствима предмета. Дилему намеће изабрани метод уређења битних заблуда: једне се таквима сматрају већ по закону, међу њима и ова о својствима предмета, док се битност других – изричито ненаведених – мора утврђивати у сваком поједином случају, према обичајима у промету или намери страна. Професор Хибер је мишљења да се ова општа формулација, која заправо говори о детерминантности, одлучујућем утицају једне чињенице на формирање уговорне воље, мора применити на све врсте заблуда, ради одређивања њихове битности и утицаја на пуноважност правног посла (Hiber, 1991: 389). С овим бисмо се могли сложити, јер се значај појединих особина предмета не може оценити без сазнавања намера уговорника и њихове процене важности тих особина (а не неких других, чак и ако су оне код истоврсних чинидаба типично битне) за постизање сврхе посла.

Ова дилема осветљава нам најспорније питање у вези са својствима ствари – шта је обухваћено овим појмом? Која својства чине предмет таквим какав јесте – јединственим – или припадником врсте или рода, ако је ствар генерична? Додатно, да ли ствар таквом каква је чине само њена материјална композиција (материја од које је израђена) или су овде битне и друге чињенице, попут њених физичких и правних односа са околином, ако могу да утичу на постизање сврхе посла (чак и пресудно)? Одговоре треба потражити у правној теорији и судским одлукама,<sup>27</sup> које нам потврђују да овде нема једнозначних, унапред за све случајеве датих, решења; напротив – одлучне чињенице морају бити околности случаја, садржина посла и намере саговорача, посебно ако желе да нека нетипична својства ствари укључе у уговорно поље.

---

<sup>27</sup> „Законици прелазе преко овог питања једном формулом која или не одговара на многа питања постављена у практичном животу или бар пружа сумњу у погледу примене овог или оног правила“ (Perović, 1972: 13).

Ради одређивања идентитетских својстава ствари, али и оних која таква, сама по себи, нису, али их је уговорник у заблуди обухватио својом представом о предмету као њему суштински важна, нуде се три основна критеријума: објективни, субјективни и објективно-субјективни (мешовити).<sup>28</sup> Приказаћемо их кроз ставове француске и немачке правне теорије и праксе.

### **6.1. Битна својства предмета чинидбе у француском праву**

По објективном критеријуму, супстанца ствари је материјална композиција ствари (Perović, 1972: 17). Битни су само они елементи из којих је ствар сачињена, својства која је разликују од других ствари, јер условљавају њену специфичну природу, или она којима је условљена њена припадност одређеној врсти. Заблуда о битним својствима предмета јесте погрешна представа о материји од које је ствар сачињена, о њеним физичким или хемијским особинама, које је чине таквом каква је. Уколико се уговорник о њима преварио, погрешно држећи да их ствар коју и због којих је набавља има, његова заблуда је битна и разлог поништења посла. Класичан, школски пример је куповина бижутерије у погрешном уверењу да је накит златан, вештачког бисера уместо правог.

Инсистирање на материји, као важном својству, показује да се узимају у обзир само непролазне, суштинске особине ствари, унутрашњи састав и композиција (Perović, 1972: 17), а да се занемарују намера и воља уговорника да је употребе у одређене сврхе; својства ствари одређује њена природа, а не конкретно намеравана сврха или подобност употребе коју је страна у заблуди имала у виду. Такво схватање „позива се на неопходност чврсте правне сигурности, која би била угрожена уколико би се сваком уговорнику и његовој машини, вољи, укусу или фантазији придавао правни значај“ (Perović, 1972: 17).

Чисто објективно схватање о супстанци ограничило је заблуду о битним својствима предмета само на престацију давања и на телесне ствари, јер

28 Пре њиховог објашњења, потребно је само подсетити да су садашње дилеме наслеђене из класичног римског права и односа две заблуде – *error in corpore* и *error in substantia* – у купопродајном уговору. Заблуда о предмету показује да стране нису мислиле на исти, већ различите предмете, па уговор, јер нема консензуса, не настаје. Заблуда о супстанци постоји ако су стране једнозначно одредиле предмет (*corpore*), али не и његову супстанцу или својства (*substantia*). Овакав споразум био је нужан само ако је ствар која се купује/продаје могла бити од различитог материјалног састава, па *consensus* – сагласност воља – мора обухватити и *corpore* и *substantia/materia*, или ће посао бити ништав (не непостојећи!) због *error in substantia/materia*. О томе: Petrak, 2011: 1876–1878.

њихове особине изједначава са материјалом од ког су израђене (Perović, 1972:17; Hiber, 1991: 329).<sup>29</sup>

За прихватање воље уговорника за суштински одлучујућу и прелазак на субјективни критеријум требало је сачекати другу половину 19. века, мада је извесних ублажавања строгости првог критеријума било и раније.<sup>30</sup> Подсећа се да је уговор дело и израз сагласности воља својих твораца и зато се мора водити рачуна и о њима одлучујућим својствима предмета, јер она су их определила да уговарају, макар и не била његова физичка или хемијска својства. Свака особина може бити битна ако је тако од сауговорача схваћена (Hiber, 1991: 330); квалификација битног својства тиме се везује за конкретни уговор и утврђивање мишљења о битном сауговорача (Perović, 1972: 20). Својство постаје битно ако је такво било у свести стране у заблуди, пресудно утичући на њену одлуку да закључи уговор са таквом престацијом. Изостало својство је одлучна околност, јер је воља стране у заблуди била на њега уперена, тако да због ове мане воље уговор мора бити рушљив. Овакво тумачење нарочито долази до примене у промету уметничким делима и колекционарским примерцима. Њихова специфична природа, којом се издвајају од других уметнина, није толико одређена физичко-хемијском композицијом, колико ауторством, старошћу (код антиквитета), пореклом, па се и она сматрају делом супстанце ствари и битним својствима.

Субјективно тумачење релативизује појам битног својства, па и својства самог, одузимајући му стабилност и непроменљивост коју је гарантовао објективни критеријум. Битна својства сада су променљива (Colin, Capitant), нема априори утврђене листе битних и споредних својстава (Planiol), јер се она утврђују за сваки уговор посебно.<sup>31</sup> Задатак судије је оцена битности изосталог својства према сврси уговарања и могућности да и без њега буде постигнута.

Ради сужавања појма битног, судска пракса, подржана доктрином, уводи захтев да заблуда буде извињавајућа (Hiber, 1991: 330). У упоредном праву има и другачијих примера објективизације битности особина предмета

---

29 Међу француским теоретичарима, ова школа мишљења била је доминантна у првој половини 19. века, одмах по доношењу грађанског законика и нејасне поменуте одредбе чл. 1110, у ком се помиње заблуда о *супстанци* ствари, али не објашњава њено значење (О протагонистима више: Perović, 1972: 18–20).

30 Означавањем битним и својстава којима ствар дугује своју специфичну природу, макар и да нису њени материјални елементи (Aubry-Rau), или оних карактеристика које је индивидуализују, чинећи је особеном у њеној употреби и дајући јој име, *nomen appellativum* (Demolombe) (Према: Perović, 1972: 20).

31 О томе више: Perović, 1972: 21–22.

престације (Hiber, 1991: 331): уместо *in concreto*, субјективно и према вољи жртве заблуде, објективизација се врши *in abstracto*, позивањем на пословни морал (чл. 24, ст. 1, т. 4 швајцарског Закона о облигационом праву), обичаје у промету (чл. 61, ст. 1 *in fine* 300) или другачије израженим општим и апстрактним правилом преовлађујућим у правном промету. Битност може одредити и логика уговорне трансакције. Тако се савремено право приближило захтевима правне сигурности и уговорне стабилности, а судска пракса заузела, више-мање, неспорне ставове о битности неких својстава код одређених престација.<sup>32</sup> Проширен је и појам супстанце и појам ствари; осим телесних, већ обухваћених објективним критеријумом, води се рачуна и о заблуди о битним својствима бестелесних ствари (права и потраживања). Чинидба може, осим на *dare*, да гласи и на остале облике дугованог понашања.<sup>33</sup>

## 6.2. Битна својства предмета чинидбе у немачком праву

У немачкој литератури (Larenz, 1967: 385–386; Jauernig, 2007: 62) битним својствима предмета престације сматрају се физичке или правне особине ствари, њена садашња и трајна својства, по којима је она препознатљива у правном промету, која јој одређују употребљивост и вредност (не и цену, која је променљива и формира се на тржишту).<sup>34</sup> Она могу бити део телесности ствари, тицати се материје од које је израђена (бити супстанца ствари) или произлазити из њеног односа са околином. Ради се о правном

32 Бележимо: поништење уговора о купопродаји уметничке слике због купчеве заблуде о њеном пореклу (најчешће у вези са идентитетом сликара; заблуда о истинитости уметничког дела ушла је као неспорна у оквиру француског појма заблуде о супстанци, једине у закону поменуте), о куповини земљишта због заблуде да је обрадиво или грађевинско, а није, али и због заблуде продавчеве који је, не знајући да продаје уметнички предмет или колекционарски примерак, овај продао далеко испод његове праве вредности (Kötz et al, 2002: 180–181). Чак и заблуда о димензијама слике може бити битна уколико је величина слике била одлучујући мотив купчевог обавезивања, заблуда да је коњ тркачки, а није, продаја моторцикла са административним дозволама, а покаже се да их продавац нема (Perović, 1972: 23).

33 Код продаје предузећа, битна је његова солвентност.

34 На пример, забрана градње, изложеност имисијама, заклоњен поглед. Ово су неке економске или правне чињенице, произлазеће из физичких особина ствари (положаја, на пример), које трајно утичу на ствар, посебно њену употребљивост. Просто очекивање одређених својстава, која нису изричито или конклюдентно уговорена, не задовољава, па је евентуално одступање у домену ризика прибавиоца. На пример, куповина грађевинског земљишта без ближег описа ипак подразумева да је на њему дозвољено градити. Оправдано је и очекивање таквог својства (врстом ствари која се набавља), без обзира на познатост продавцу купчеве намере и сврхе уговарања. Та очекивања нису правно безначајне побуде.



или физичком положају ствари, значајном за врсту правног односа који се поводом ње заснива. Забрана грађења на одређеној парцели важно је својство уколико се ова набавља ради изградње.<sup>35</sup>

Битним, карактеристичним својствима ствари сматрају се само она која, као таква, признаје правни промет (Jauernig, 2007: 62): она се одређују према мишљењу разумних пословних људи о чињеницама уобичајено важним за одлуку да се уговори чинидба каква је у конкретном (спорном) случају. Могућност да опстанак правног посла искључиво зависи од личних уверења стране у заблуди искључена је упућивањем судије на утврђивање типичне правне и привредне сврхе посла, у светлу које ће оценити утицај изостанка спорног својства на њено остварење (Larenz, 1967: 386). Потврдан одговор свакако да даје дотичном својству квалификатив битног, а страни у заблуди право да побија правни посао.

Критеријум немачког законодавца пре свега је објективан и у интересу правне сигурности, али ни намера уговорника није сасвим занемарена. У процени битног не узимају се у обзир само својства наведена у правном послу (опис ствари) и типична сврха посла, већ и друге чињенице које су стране означиле у вези с њом, без обзира да ли су иначе карактеристичне и значајне за истоврсне чинидбе.<sup>36</sup> Уважава се конкретна сврха уговарања, па битним могу постати и чиниоци ван ствари (нису део њене супстанце), али сауговарачима важни за њено постизање.<sup>37</sup>

Одредба ст. 2 § 119 BGB, којом се битна својства предмета одређују према уобичајеном, устаљеном схватању у правном промету, ограничава их, пре свега, на она типична и релативно неспорна. Но, тек ће особености

---

35 Из судске праксе (према: Jauernig: 2007: 62): битном се сматра и боја тканине, величина и положај непокретности, постојаност земљишта, аутентичност уметничког дела, година производње (старост) половног возила. Неопходно је да ови односи, сами за себе, означавају једну ствар, а не да су околности које тек посредно утичу на њену употребљивост или вредност (Larenz, 1967: 385). Тренутно актуелне околности (нпр., неприступачност парцели услед одрона) услед своје пролазности, не задовољавају ове услове.

36 Склоност куће ка паду битно је својство уколико је предвиђена за становање, али не и ако је купац купује да би је срушио.

37 Субјективно битна очекивања објективно проверљива, на пример, према месту закључења посла и стручности продавца. Куповина уметничког предмета у аукционарској кући оправдава очекивање аутентичности, без обзира да ли је такво очекивање саопштено другој страни. У правном промету уобичајено се очекује да су таквом продавцу и код таквих врста ствари познате две одлучне околности, и да за њих мора гарантовати: једна је битност својстава аутентичности и порекла уметничких предмета, а друга – њихов пресудни утицај на одлуку да се она набаве. Ове услове не испуњава куповина предмета у робној кући, без обзира на њихову уметничку вредност.

конкретног случаја одредити истински домашај битности заблуде о њима и зато нема унапред датих и типизираних примера нити схемâ по којима би се поступало. Нагласити морамо и неспоран став правне теорије и јудикатуре да је искључено побијање посла због заблуде о битним својствима уколико су испуњени услови одговорности преносиоца за физичке недостатке ствари (§ § 435–437 BGB) (Jauernig, 2007: 62). У немачком праву је на питање о односу ових двају захтева недвосмислено одговорено: конкуренције нема, већ одговорност за недостатке ствари, као *lex specialis*, искључује право прибавиоца да се позове на заблуду ако се испостави да ствари недостају неке важне особине. Искључиво га се упућује на остваривање захтева због повреде пуноважног уговора, по основу уговорне одговорности. У нашем и француском праву прибавилац слободно бира основ свог захтева, водећи рачуна о роковима, јер се разликују.<sup>38</sup>

### **6.3. Оцена критеријума утврђивања битних својстава предмета чинидбе**

Који је критеријум најприхватљивији за утврђивање битности одређених својстава? Сигурно је да треба поћи од субјективног критеријума и процену, најпре, вршити конкретно, јер законодавац говори о намерама страна, па ту намеру првенствено треба узети у обзир (тако и Cigoj, 1980: 196). Више одговара и природи уговорних односа (Pegović, 1972: 24). Уколико процена *in concreto* не задовољава, јер нема довољно елемената у правном послу, треба субјективни критеријум применити *in abstracto*, шта би разумна особа у истим околностима означила битним и за закључење посла одлучујућим својством, или чак објективним критеријумом (Cigoj, 1980: 196). Мишљења смо да ризик претеране субјективизације битности својстава ограничава општи, за сваку заблуду, захтевани услов детерминантности (изостало својство је одлучна околност и, да није било заблуде о њему, ни посла не би било). Треба доказати да је изостало својство било одлучујући мотив уговарања, не обична побуда, већ део *animus contrahendi* – да је ушло у уговорно поље према ком се утврђује могућност остварења сврхе уговарања. Додатне околности могу помоћи: цена, верзираност купца или продавца у промету одређених предмета, уговорне изјаве и преузете гаранције, понашање продавца, чак и његово ћутање на уочену заблуду купца да ствар има нека, њему битна, својства.

Заблуда о битним својствима предмета упућује нас на истраживање и уважавање прибавиочевих очекивања одређених особина предмета, али њих никако не смемо поистовећивати са обичном побудом, која се

38 Упоредити чл. 117 са чл. 482 и чл. 500 ЗОУ.

не уважава ако буде изневерена. Заблуду о битним својствима предмета треба разликовати од заблуде у побуди (Сigoј, 1980: 196), мада су прилично блиске.<sup>39</sup> Помажу нам околности у којима је посао закључен, па и његова садржина, јер из ње сазнајемо шта је ушло у оно Гестиново уговорно поље и не сме бити занемарено, чак и ако изричито није било исказано или написано.<sup>40</sup> На пример, куповином у антикварници оправдано се може очекивати гарантована старост предмета или – у познатој аукционарској кући – аутентичност уметничког предмета. „Ако неко купује слику за коју мисли да је рад великог уметника и разне околности, на пример, цена или израда, говоре томе у прилог, он је у заблуди ако се покаже да је слика рад другог сликара. Да слика мора бити рад великог уметника, то овде произлази већ из садржине уговора“ (Сigoј, 1980: 197). Заблуда би била правнорелевантна чак и да је стварни аутор једнако познат, уколико је купчева воља била усмерена на тачно одређеног сликара, а не другог, ма како познатог. Другачије би било ако продавац не зна нити може знати за купчево очекивање, и слику, за коју се испостави да је копија, продаје јефтиније. Купчево очекивање се онда не може оцењивати као случај заблуде о битним својствима, јер она нису била предмет уговора. То остаје само заблуда у побуди, проистекла из околности на страни купца, а не из оних објективних, које су пратиле закључење посла.

## 7. Закључак

Правни писци и, под њиховим утицајем, законодавац одувек су се према заблуди постављали сходно свом основном избору између теорија воље и изјаве воље, и схватању о већем или мањем значају приватне аутономије и правне сигурности. Наш законодавац заблуду је уредио у традицији теорије воље, чинећи је разлогом рушљивости правног посла, али само ако је тако утицала на вољу да без ње сауговарач не би закључио посао. У одређивању битних заблуда, комбинованим методом, неке су издвојене као такве већ по закону, међу њима и заблуда о битним својствима предмета чинидбе. Ово је једна од најчешћих, али и најспорнијих заблуда, и захтева да

---

39 Подсетимо да се у немачкој правној литератури, заблуда о битним својствима квалификује као правно релевантан случај заблуде о побуди (*Motivirrtum*) (Larenz, 1967: 381; Fikentscher et al: 437). Воља се формирала на основи погрешних уверења или разумевања стварности (*Realitätsirrtum*), чији ризик, у интересу правне сигурности, сноси страна у заблуди, осим ако су она била пресудна за закључење посла. Без њих, посла или не би било или не с таквом садржином. Речником нашег законодавца, очекивање одређених својстава предмета било је одлучујућа побуда за закључење правног посла, а она се, чак и код теретних послова, мора уважавати.

40 *Motifs principaux et déterminants, introduit dans le champ contractuel.*

се битност особина престације не везује искључиво за уобичајена схватања у правном промету. Напротив, веома је важан, понекад и пресудан, значај који је спорној особини придала жртва заблуде, ако се њена уговорна воља формирала у очекивању да испуњена престација има управо та, а не нека друга својства, па макар била и типична. Очекивање да испуњено одговара замишљеној представи о постојању одређених својстава више је од обичне побуде и улази у основ обавезе: покренуло је мотивациони механизам за закључење посла – без њега посла не би ни било – и то му даје на значају у процени властитог дејства. Евентуални недостаци таквог очекивања, попут супротности са јавним поретком или његовог образовања на основу криве представе о стварности, руше полазну и, у складу са принципом *favor contractus*, жељену тезу о пуноважности правног посла. У првом случају зато што уговорна воља прелази границе допуштене приватне аутономије, у другом – зато што је воља захваћена правно значајним недостатком – заблудом о битним својствима предмета чинидбе. Давањем оваквог значаја вољи жртве заблуде, законодавац је упутио судију да у сваком поједином случају сазна каква би она – лишена заблуде – истински била, и тиме као да је ставио испред захтева за правном сигурношћу и поверењем у промету. Закључак је, ипак, преурањен, па се до неопходне равнотеже са интересима друге стране долази захтевом препознатљивости значаја који је изосталом спорном својству придала страна у заблуди и, за случај поништења посла, њеним правом на накнаду штете због поверења.

### **Литература (References)**

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fünfter Teil – Obligationen Recht). 1911.

Gams, A. Đurović, Lj. (1990). *Uvod u građansko pravo*. Beograd: Naučna knjiga.

Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch. *RGB*. 1. 1896. *BgBl*. III 400-2. I Nr. 39. 2001.

Закон о облигационим односима. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29. 1987. Бр. 39. 1985. Бр. 45. 1989. Бр. 57. 1989. *Службени лист СРЈ*. 31. 1993.

Zweigert, K. Kötz, H. (1996). *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Jauernig, O. (2007) Willenserklärung. U Jauernig, O. (Red.) *BGB Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*. München: Verlag C. H. Beck. 56–140.

Klarić, P. Vedriš, M. (2009). *Građansko pravo. Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*. Zagreb: Narodne novine.

- Ковачевић Куштримовић, Р. Лазић, М. (2008). *Увод у грађанско право*. Ниш: Пунта.
- Kötz, H. Flessner, A. (2002). *European Contract Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Larenz, K. (1967). *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Марковић, Л. (1927). *Грађанскоправо. Општи део и Стварно право*. Београд.
- Мијаčić Cvetanović, М. (1982). О manama volje prema Zakonu о obligacionim odnosima. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. XXII. 179–195.
- Perović, S. (1981). *Obligaciono право*. Knjiga прва. Београд: Službeni list SFRJ.
- Perović, S. (1972). Zabluda о svojstvima predmeta i одgovornost за skrivene mane. *Pravni život*. 1. 13–37.
- Petrak, M. (2011). Error in substantia u rimskom pravu. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu*. 6(61). 1837–1880.
- Ranieri, F. (2009). *Europäisches Obligationenrecht*. Wien. New York: Springer.
- Stojanović, D. (1990). *Uvod u грађанско право*. Београд: Savremena администрација.
- Stojčević, D. (1983). *Rimsko privatno право*. Београд: Savremena администрација.
- Fikentscher, W. Heinemann, A. (2006). *Schuldrecht*. Berlin: De Gruyter Recht.
- Hiber, D. (1991). *Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora (doktorska disertacija)*. Београд.
- Cigoj, S. (1980). Mane volje. U Blagojević, B. Krulj, V. (Red.) *Komentar Zakona о obligacionim odnosima. I*. Београд: Savremena администрација. 185–207.
- Code civil des Français. 1804.

**Ivana Simonović, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

**THE INFLUENCE OF MISTAKE ON CONTRACT VALIDITY, WITH  
SPECIFIC REFERENCE TO ERROR IN SUBSTANTIA**

**Summary**

*In this paper, the author analyzes the influence of a contracting party's incorrect assumptions about the facts important for concluding a valid contract. Special attention is given to mistake about the essential characteristics (qualities) of the subject/thing which the debtor owes (error in substantia). The author points out that these characteristics/qualities should not only be reduced to the commonly expected ones which are typically found in legal transactions, depending on the type of contract concluded by the parties. Quite the reverse, in determining whether a particular characteristic of the subject/thing is important or not, the party's expectation and assumptions must prevail, providing they meet the standards set by the law. For, they are more than pure unilateral motive – they are motifs principaux et déterminants which were introduit dans le champ contractuel. It means that the mistaken party would not have entered the contract had he/she known the facts and understood the situation.*

**Keywords:** *will, declaration of will, mistake, essential characteristics/qualities of thing, freedom of will, legal certainty.*

**Др Велько Влашковић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Крагујевцу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgpfni1775183V

UDK: 342.7-053.2

Рад примљен: 01.04.2017.  
Рад прихваћен: 24.05.2017.

## **ПРАВО ДЕТЕТА НА МИШЉЕЊЕ И НАЈБОЉИ ИНТЕРЕС ДЕТЕТА СА ТЕЖИШТЕМ НА ПРИСТУПУ КОМИТЕТА ЗА ПРАВА ДЕТЕТА**

**Апстракт:** Партиципативна права детета, а пре свих, право детета на мишљење, одиграла су кључну улогу у настојањима да се измени правна представа о детету. Дете престаје да се посматра као објекат правне заштите и препознаје се као ималац индивидуалних права и интереса. Тачније, објекат правне заштите уместо детета постају права детета путем којих се настоји на свеобухватан начин заштитити и афирмисати људско достојанство, односно психички, физички и духовни интегритет детета. Мотор наведених промена чини управо право детета на мишљење које се настоји учинити кључним елементом за обликовање садржине најбољег интереса детета. Овакав приступ снажно заговара Комитет Уједињених нација за права детета ослањајући се на приступ заснован на правима детета (*child rights – based approach*). Наведени приступ према којем се елементи за одређивање садржине најбољег интереса детета исказују преко права детета суштински значи уздизање мишљења детета у чинилац највишег ранга. Тежиште рада чини управо анализа значаја и домаћаја права детета на мишљење као елемента за одређивање садржине најбољег интереса детета у светлу схватања поменутог међународног органа. При томе, посебно ће се размотрити саобразности домаћег породичног законодавства са правцем који сугерише Комитет за права детета.

**Кључне речи:** најбољи интерес детета, принцип партиципације, право детета на мишљење, Комитет за права детета, способност детета за формирање мишљења.

---

\* vvlaskovic@jura.kg.ac.rs

## 1. Увод

Концепт права деце који се постепено развијао током XX века да би кулминирао доношењем Конвенције о правима детета,<sup>1</sup> из темеља је изменио представу о породичноправним односима и правном статусу детета уопште. Дете је из сенке, најпре очинске власти, а затим и са периферије борбе мајки за родну равноправност, постало централни субјект породичноправних односа. Ова “тиха револуција” последица је у првом реду процеса индивидуализације породичног права, која се, нарочито у годинама након Другог светског рата одвијала под утицајем идеје о људским правима. Признавање посебних права детету унутар окружења протканог узајамним правима и обавезама, односима поверења, блискости и међузависности несумњиво представља радикалан захват у интимност породичне сфере. Детињство је релативно кратко и непостојано, изложено сталним променама које узрокује развој сазнајних и интелектуалних способности детета. Због тога права детета имају тежак задатак да омеђе и уобличи нешто што се непрекидно мења и трансформише.

Предуслов за признавање права деце било је препознавање посебног и легитимног интереса детета као засебног субјекта коме је потребно пружити правну заштиту. Другим речима, права детета подразумевају посебно издвајање одређених личних добара детета као објеката права који представљају друштвено признат интерес (Јањић-Комар, Обретковић, 1996: 14). Због тога се права детета заснивају на теорији о правима као правно заштићеном интересу (Masson, Bailey-Harris, Probert, 2008: 495). У том смислу, “интерес” може постојати независно од правно релевантне воље титулара права, односно могућности да се чини одговарајући избор и доносе одлуке. Ипак, за тектонске промене које су у правним односима изазвала права деце, од кључног значаја било је управо правно препознавање вредности и значаја воље детета. Сходно томе, може се рећи како су аутономија детета и права која служе наведеном циљу истински покретачи темељних промена које су права деце изазвала.

Право детета на мишљење представља први и основни степен концепта партиципације детета на који се надовезују и остала партиципативна права детета из КПД, попут права на слободу вероисповести или права на слободу удруживања и мирољубивог окупљања (Драшкић, 2006: 12).<sup>2</sup> Између

1 Конвенција је усвојена резолуцијом 44/25 Генералне скупштине Уједињених нација од 20. новембра 1989. године, а наша држава ју је ратификовала већ наредне године. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, 15/90 и *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, 2/97. У даљем тексту: КПД.

2 Вид. чл. 14, ст. 1 и чл. 15, ст. 1 КПД.



наведених партиципативних права и права детета на заштиту постоји одређена тензија која се одсликава пре свега кроз различит доживљај детета као правног субјекта. Ипак, у правној науци све се више настоји показати како је наведена дихотомија лажна, односно како суштински не постоји сукоб између права детета на заштиту и права на партиципацију (Freeman, 2007: 356). У наведеном правцу креће се и активност Комитета за права детета који заговара “холистички” приступ правима деце, где су сва лична добра детета нераскидиво уткана у достојанство детета.<sup>3</sup> При томе, тежиште се помера са заштите детета на заштиту права детета (Verhellen, 1993: 365–366). Истовремено, принцип најбољег интереса детета се, илустративно речено, преображава из господара у слугу права деце. Кључну улогу у трансформацији поменутог принципа имају управо партиципативна права детета која са сазревањем детета све јаче потискују патерналистичке елементе из појма најбољег интереса детета. У том смислу, најбољи интерес детета све мање представља критеријум за процену права деце, већ се одиграва обрнут процес у коме права деце постају мерило за одређивање садржине најбољег интереса детета.<sup>4</sup> Ипак, упркос свесрдној тежњи Комитета за права детета да наведени принцип конституционализује, патерналистички карактер најбољег интереса детета унутар реалности породичне сфере није лако потиснути. Метафорично речено, најбољи интерес детета може се замислити као новчић чија једна страна представља патерналистичке, а друга аутономне циљеве детета. Комитет за права детета настоји да наведени новчић „падне“ на страну партиципације детета увек када је то могуће.

## **2. Одређивање садржине најбољег интереса детета у светлу права детета на мишљење**

### **2.1. Партиципативна права као кључни чинилац промене правног положаја детета**

Две кључне силе које данас обликују правни положај детета и представљају извориште правне регулативе о деци јесу принцип најбољег интереса детета и права детета на партиципацију.<sup>5</sup> Због тога се вредност поменутог

---

3 Видети: пар. 5 Општег коментара бр. 14 Комитета Уједињених нација за права детета о праву детета да његов или њен најбољи интерес буде од првенственог значаја (чл. 3. пар. 1.) од 29. маја 2013. године. [http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC\\_C\\_GC\\_14\\_ENG.pdf](http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf). Преузето: 23. марта 2017. У даљем тексту: ОК/КПД/14.

4 Видети: пар. 5 ОК/КПД/14.

5 Вредност принципа најбољег интереса детета и партиципације деце посебно се истиче у Опционом протоколу бр. 3 уз Конвенцију о правима детета о процедури

принципа може на истински начин сагледати једино кроз узајамни однос са партиципативним правима детета.

Почетна полазишта принципа најбољег интереса детета и аутономних, односно партиципативних права детета наизглед указују на ривалитет два концепта. Наиме, у својој дугој традицији принцип најбољег интереса детета је функционисао превасходно као заштитни бедем личности детета, односно као одговор на потребу да се детету помогне у својој рањивости, неравноправности и незаштићености. Са друге стране, идеја партиципације руши представу о детету као неспособном, неодговорном и непотпуном људском бићу које се тек са достизањем одређеног узраста може сматрати пуноправним чланом друштва (Кгаррманн, 2010: 502). Из тог разлога, најбољи интерес детета је индивидуализовао дете и указао како и дете као члан породице може имати сопствене интересе. Партиципативна права су наведене интересе из руку одраслих пренела на децу као аутономне правне субјекте и на тај начин истински изменила представу о правном положају детета. Другим речима, партиципација деце почива на уверењу како деци треба омогућити доношење сопствених одлука и вршење аутономних избора. Због тога се права деце на партиципацију у правној литератури понекад означавају и као “права власти” (*“empowerment rights”*) (Stern, 2006: 154). Кроз поменути израз, који се за права одраслих подразумева, настоји се симболично приказати раскид са старим схватањем деце као правних субјеката зависних и подређених вољи других. У наведеном контексту, најбољи интерес детета може се доживљавати као брана неодговарајућим изборима детета или као концепт који ће пригрлити партиципацију детета као свој основни израз. Комитет за права детета се одлучио за други пут.<sup>6</sup>

---

комуникације од 19. новембра 2011. године где се наводи како ће се Комитет за права детета приликом остваривања својих функција водити принципом најбољег интереса детета, али и да ће такође водити рачуна о правима и мишљењу детета коме ће посветити дужну пажњу у складу са узрастом и зрелашћу детета. [https://treaties.un.org/doc/source/docs/A\\_RES\\_66\\_138-Eng.pdf](https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_66_138-Eng.pdf). Преузето: 23. марта 2017. У даљем тексту: ОП бр. 3-КПД. Видети: чл. 2 ОП бр. 3-КПД. Из стилизације одредбе приметно је како се право детета на мишљење издваја од осталих права деце и уздиже у ранг основног принципа наведеног Протокола.

6 Видети: пар. 74 Општег коментара бр. 12 Комитета Уједињених нација за права детета: право детета да буде саслушано од 20. јула 2009. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>. Преузето: 24. марта 2017. У даљем тексту: ОК/КПД/12 и видети у том смислу: пар. 43 ОК/КПД/14.

## **2.2. Садржина и домашај права детета на мишљење у контексту најбољег интереса детета**

Основно, опште или право-матицу када је реч о партиципативним правима деце, представља право детета на мишљење. КПД регулише наведено право на два нивоа, општем и конкретнијем, односно процедуралном нивоу. Најпре, КПД обавезује државе-уговорнице “обезбедити детету које је способно формирати своје мишљење право да наведено мишљење искаже слободно у свим односима који се тичу детета, те да се мишљењу детета посвети дужна пажња у складу са узрастом и зрелашћу детета”.<sup>7</sup> Од држава-уговорница се захтева, једнако као и у случају примене најбољег интереса детета, да се приликом тумачења свих других права из КПД руководе правом детета на мишљење.<sup>8</sup> Даље, КПД конкретизује у процедуралном смислу наведено право тако што наводи како ће се детету “нарочито пружити прилика да буде саслушано у било ком судском и административном поступку који се тиче детета, било непосредно, било преко заступника или одговарајуће установе, на начин сагласан процедуралним правилима националног права”.<sup>9</sup>

У односу на принцип најбољег интереса детета, садржина права детета на мишљење је конкретније одређена, захваљујући ужим правима, односно овлашћењима из којих се поменуто право састоји. Тако, право детета на мишљење из КПД обухвата право да дете слободно изрази своје мишљење, да се мишљењу детета посвети дужна пажња, као и да дете буде саслушано у судским или административним поступцима који га се тичу. Међутим, за разлику од принципа најбољег интереса детета, право детета на мишљење прате одређена ограничења, исказана кроз одговарајуће правне чињенице и правне стандарде. У том смислу, творци КПД наводе како је титулар права дете “способно формирати своје мишљење”, те како се мишљењу детета мора посветити “дужна пажња”, у складу са “узрастом и зрелашћу детета”. Први и трећи израз представљају правне чињенице, с обзиром да је реч о животним околностима које утичу на настанак конкретног правног односа (Гамс, 1970: 133). Изузев “узраста” детета, реч је о чињеницама о којима суд у поступку, по правилу, изводи доказе уз помоћ одређених стручњака из ванправних области. Међутим, поменуте доказе суд слободно цени и одлучује какву ће вредност дати одговарајућим налазима и мишљењима стручних лица. Израз “дужна пажња” је типични правни стандард, чији се домашај одређује на основу “узраста” и “зрелости детета” као правних

---

7 Чл. 12, ст. 1 КПД.

8 Видети: пар. 17, ОК/КПД/12.

9 Чл. 12, ст. 2 КПД.

чињеница, што значи како одговарајући ванправни стручњаци опет имају значајну посредну улогу при примени наведеног правног стандарда.

Најпре, према КПД, титулар права на мишљење јесте дете “способно формирати мишљење”. Комитет за права детета настоји на сваки начин минимизирати ограничавајући карактер поменуте правне чињенице. Тако, према Комитету “наведени израз не треба посматрати као ограничење, већ пре као обавезу држава-чланица да у што већој мери процене способност детета да формира аутономно мишљење у највећем могућем обиму”.<sup>10</sup> Комитет се овде не задржава, већ износи схватање како постоји правна претпоставка да је дете способно формирати своје мишљење, те да је терет доказивања на лицу које тврди супротно.<sup>11</sup> При томе, Комитет за права детета се изричито изјашњава против фиксног одређивања узраста у коме ће се претпостављати како је дете способно формирати мишљење.<sup>12</sup> У нашем законодавству и судској пракси препознаје се како је право детета на слободно изражавање мишљења условљено искључиво способношћу детета да формира своје мишљење, те да доња старосна граница за остварење овог права није прописана.<sup>13</sup> Ипак, сходно правилима ПЗ, констатује се како за децу преко десет година постоји законска претпоставка о достигнутој зрелости за изражавање мишљења детета у судском и управном поступку.<sup>14</sup> Комитет за права детета инсистира да се у ситуацијама када је одређена доња старосна граница за остваривање права детета на мишљење у судском или административном поступку, детету омогући да буде саслушано без обзира на поменуту старосну границу (Krapmann, 2010: 507). Тако, Комитет сугерише како у поступку за развод брака суд мора индивидуално ценити способност детета да формира мишљење, без одређивања минималне старосне границе када ће се наведена способност претпостављати.<sup>15</sup> У светлу нашег права и судске праксе, то би практично значило како суд у сваком конкретном случају треба утврђивати да ли је дете млађе од 10 година способно формирати мишљење. Утврђивање способности за формирање мишљења би се у случајевима детета млађег од 10 година јавило као својеврсно претходно питање, које би се могло решавати уз помоћ различитих стручњака или

10 Пар. 20 ОК/КПД/12.

11 *Ibid.*

12 Видети: пар. 21 ОК/КПД/12.

13 Видети: чл. 65, ст. 1 Породичног закона Србије, *Службени гласник РС*, 18/05. У даљем тексту: ПЗ. У том смислу видети: Решење Врховног суда Србије, Рев. 123/07 од 19. априла. 2007. године (Актуелна судска пракса, 3: 2008).

14 *Ibid.* Видети: чл. 65, ст. 4 ПЗ.

15 Видети: пар. 52 ОК/КПД/12.

непосредним саслушањем детета од стране суда (Поњавић, 2012: 40). У супротном, деца млађа од наведеног узраста би била дискриминисана у односу на децу старију од десет година, која имају претпостављену способност формирања мишљења (Поњавић, 2012: 40). Другим речима, судови или одговарајући административни органи могу по службеној дужности обарати правну претпоставку како дете млађе од 10 година живота није способно формирати своје мишљење и слободно га исказати у судском или административном поступку. При томе, основни критеријум приликом процене потребе да се и млађе дете саслуша биће управо најбољи интерес детета у сваком појединачном случају. Ипак, треба напоменути како се старосна граница од 10 година не може користити као оправдање да се мишљење детета млађег од наведеног узраста уопште не утврђује.

Циљ Комитета је да максимално прошири домашај права детета на мишљење, односно да мишљење детета учини фактором одлучивања, чак и у случајевима веома мале деце. Поменути концепт “способности детета да формира своје мишљење” доследно примењује шведско право још од 1998. године, где се фиксно не одређује узраст у коме се претпоставља како је дете способно формирати мишљење.<sup>16</sup> Енглеско право такође не предвиђа узраст у коме ће се претпостављати способност детета за формирање мишљења, где је од посебног значаја одлука у чувеном случају *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* из 1985. године (Freeman, 2005: 201–202). Блиска наведеним решењима су и правила норвешког законодавства, према којима ће се “детету које је навршило 7 година или млађем детету способном формирати своје мишљење, дати информације и пружити прилика да искаже своје мишљење пре доношења било које одлуке о личном статусу детета” (Archard, Skivenes, 2010: 45).<sup>17</sup> У том смислу, Комитет за права детета истиче како чак и бебе и веома мала деца имају права на сопствену процену најбољег интереса детета, без обзира што не могу исказати мишљење као старија деца.<sup>18</sup> Комитет се позива на одговарајућа истраживања према којима је дете способно формирати мишљење још од најранијег детињства, премда у невербалном облику.<sup>19</sup> Тако, психолози су утврдили како бебе “говоре” путем изражајног језика

---

16 Видети: пар. 224 Трећег периодичног извештаја Шведске Комитету Уједињених нација за права детета од 11. новембра 2002. године.

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f125%2fAdd.1&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f125%2fAdd.1&Lang=en). Преузето 24. марта 2017.

17 Одсек 6, ст. 3 норвешког Закона о добробити детета из 1992. <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-child-welfare-act/id448398/>. Преузето: 24. марта 2017.

18 Видети: пар. 44 ОК/КПД/14.

19 Видети: пар. 21 ОК/КПД/12.

знакова, израза лица и телесних покрета (Anderson, Hawthorne, Killen, 2011: 29). Овако екстензивно тумачење способности детета да формира мишљење од стране Комитета за права детета има одређене недостатке. Наиме, без обзира што мало дете кроз невербални вид комуникације може исказати одређене ставове, о “мишљењу” детета се у поменутих случајевима може сазнати искључиво преко тумачења одраслих лица. Најпре, уколико се односи у породици одвијају релативно складно и функционално, тада ће практично неприкосновени тумачи мишљења, односно емоција детета у раном детињству бити родитељи, односно лица која се непосредно старају о детету.<sup>20</sup> Према Комитету за права детета, наведена лица ће бити кључна за процену мишљења, осећања и жеља детета док год поступају у најбољем интересу детета.<sup>21</sup> При томе, од суштинског значаја за проширивање обима и домаћаја права детета на мишљење јесте “развој способности” (*“evolving capacities”*) детета кроз процену постепеног сазревања и стицања знања и искуства који је за свако дете индивидуалан.<sup>22</sup> Међутим, уколико су односи у породици нарушени, било који орган који би процењивао “мишљење” малог детета, зависио би у потпуности од налаза одговарајућих стручњака. Коначно, у КПД се наводи како ће се мишљењу детета посветити дужна пажња “у складу са узрастом и зрелашћу детета”. При томе, сам Комитет за права детета дефинише “зрелост” као “способност да се разумеју и процене последице конкретног поступка”.<sup>23</sup> Из тог разлога, зрелост детета не може се везивати за најраније детињство, што указује како истински домаћај мишљења малог детета тешко може одговорати тежњама Комитета.

Очито је како Комитет преко права детета на мишљење настоји у што већој мери сузбити, односно свести на најмању могућу меру патерналистичке елементе унутар најбољег интереса детета. Ипак, свестан како се патерналистички приступ тешко може заобићи у случајевима сасвим мале деце, Комитет за права детета оправдава екстензивно тумачење “способности детета да формира мишљење” управо потребом да се дете у пуној мери заштити.<sup>24</sup>

Даље, дете има право своје мишљење изразити слободно. За вршење наведеног овлашћења од кључног значаја је да дете благовремено добије

20 Видети: пар. 16 Општег коментара бр. 7 (2005) Комитета уједињених нација за права детета: примена права деце у раном детињству од 20. септембра 2006. године. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/GeneralComment7Rev1.pdf>. Преузето 25. марта 2017. У даљем тексту: ОК/КПД/7.

21 *Ibid.*

22 Видети: пар. 17 ОК/КПД/7.

23 Пар. 30 ОК/КПД/12.

24 Видети: пар. 21 ОК/КПД/12.

сва обавештења потребна за формирање мишљења.<sup>25</sup> Због тога се у правној литератури истиче како одлука не може бити слободна ако не почива на информисаности детета (Ковачек – Станић, 2008: 175; Stern, 2006: 161). Истовремено, наводи се како право детета да добије информације представља прву фазу у процесу доношења одлуке која се тиче детета (Новаковић, 2012: 196). Слободна одлука детета подразумева и да дете одбије исказати своје мишљење у одговарајућем поступку.<sup>26</sup> Такође, од детета се не мора тражити да се изјасни ни када би се тиме изазвале негативне последице по дете, које је исувише емотивно везано за одређено лице, уплашено или повређено у конкретном случају (Крарпманн, 2010: 507; Поњавић, 2012: 44).

Кључно овлашћење унутар права детета на мишљење представља право детета да се мишљењу које је исказало поклони дужна пажња, у складу са узрастом и зрелошћу детета (Крарпманн, 2010: 513). Поменуто овлашћење намеће обавезу свим доносиоцима одлука које се тичу детета да се ставови детета озбиљно размотре и имају утицај на исход одлуке (Крарпманн, 2010: 513). Пуко саслушање детета није довољно, потребно је да се мишљење детета озбиљно размотри онда када га је дете способно формирати.<sup>27</sup> Значај мишљења детета се постепено увећава са зрелошћу детета, при чему узраст детета нема самосталну и одлучујућу улогу.

Ипак, у одговарајућим судским или административним поступцима веома је тешко одредити значај мишљења које је дете способно за расуђивање исказало. Норвешка теоретичарка Скивенес (*Skivenes*) је анализирајући одлуке норвешких судова, дошла до закључка који може бити корисно упутство и за наше судове и управне органе приликом вредновања мишљења детета. Наиме, поменута ауторка је уочила како се у норвешкој судској пракси, као три основна елемента за одређивање домашаја мишљења детета, издвајају: истрајност и доследност детета у одређеном ставу, разлози због којих дете истрајава у одређеном мишљењу и процена детета које ће последице наступити уколико се мишљење које је исказало прихвати (Archard, Skivenes, 2009: 12). Поменути елементи би требали омогућити да се мишљење детета вреднује у складу са најбољим интересом детета у индивидуалном случају.

---

25 Према схватању Комитета за права детета, «остваривање права детета на изражавање мишљења захтева да се дете информише од стране оних који имају обавезу саслушати дете, као и родитеља и старатеља детета, о свим питањима, опцијама и могућим одлукама и њиховим последицама.» Пар. 25 ОК/КПД/12.

26 Видети: пар. 134 (b) ОК/КПД/12.

27 Пар. 28 ОК/КПД/12.

Национална законодавства често одређују узраст детета у коме ће се сматрати како је мишљење детета одлучујуће за исход одређеног судског или административног поступка. Реч је углавном о случајевима где се тражи сагласност детета како би се конкретан правни однос засновао. На пример, у нашем праву, дете које је навршило 15 година живота и које је способно за расуђивање може одлучити о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи.<sup>28</sup> Поменуто правило представља пример права на самоодређење детета у судском поступку, најчешће парници за развод брака. Такође, наше породично законодавство познаје и случајеве самоодређења детета у административним поступцима. Тако ће право на мишљење детета које је навршило 10 година имати одлучујући значај приликом заснивања усвојења.<sup>29</sup>

У првом наведеном примеру из нашег законодавства, успоставља се необорива правна претпоставка како је одлука детета које је навршило 15 година и способно је за расуђивање о одржавању личних односа са родитељем са којим не живи у најбољем интересу наведеног детета. Дакле, суду се не оставља никаква дискреција да рангира различите елементе за процену најбољег интереса детета, већ се мишљењу детета даје одлучујући значај. Поменуто решење нашег законодавца је у складу са сугестијама Комитета за права детета како се у одређеном тренутку развоја, мишљење детета изједначава са принципом најбољег интереса детета.<sup>30</sup> Реч је о истом оном моменту када се улога родитеља трансформише у саветодавну, односно када се ставови родитеља нађу у истој равни са значајем који се додељује мишљењу детета. Међутим, проблем је што је за свако дете наведени моменат различит и зависи од индивидуалних развојних капацитета детета. Због тога решење из нашег ПЗ у поменутом контексту можда неће у сваком појединачном случају одговарати најбољем интересу детета.

У другом наведеном примеру, постоји такође необорива правна претпоставка како усвојење неће бити у најбољем интересу детета ако се са заснивањем усвојења није сагласило дете које је навршило 10 година и које је способно за расуђивање. С обзиром на врхунски значај најбољег интереса детета у области усвојења и могућих негативних последица превелике дискреције управних органа, поменуто решење има снажније оправдање. Последице усвојења су далекосежне, због чега национална законодавства, по правилу, одређују узраст када ће се мишљењу детета

28 Чл. 61, ст. 4 ПЗ.

29 Видети: чл. 98 ПЗ.

30 У том смислу видети: пар. 44 ОК/КПД/14.



у наведеном домену дати одлучујући карактер. Наше законодавство, на пример, омогућава да се одбије усвојење и ако се дете млађе од 10 година изјаснило против заснивања усвојења. У таквим случајевима, орган старатељства, а не законодавац, рангира мишљење детета као елемент највишег ранга приликом одређивања садржине најбољег интереса детета.<sup>31</sup>

У контексту родитељског права, вредност и домашај мишљења детета је обрнуто сразмеран са простором за вршење родитељског права. Тако, према схватању Комитета, што је дете старије, зрелије и искусније, родитељи, старатељи или друга лица одговорна за дете, морају обавезу васпитања и усмеравања детета трансформисати и прилагодити у давање савета и размену мишљења са дететом на равноправним основама.<sup>32</sup> Наведена трансформација у вршењу родитељског права не везује се за неку фиксно одређену старосну границу детета, већ се родитељски ауторитет постепено умањује тако што се дете охрабрује и подстиче да исказује своје мишљење у све већем обиму.<sup>33</sup> Са преображајем родитељског права истовремено се одиграва и трансформација принципа најбољег интереса детета, који постепено са сазревањем детета губи свој патерналистички карактер. Другим речима, намера Комитета је да аутономију детета временом учини одлучујућим фактором за одређивање садржине најбољег интереса детета.

Поменуто настојање и тежња Комитета представља екстензивно и еволутивно тумачење правила КПД, с обзиром да се у време доношења наведеног међународног уговора тешко могло претпоставити колики ће домашај имати партиципативна права детета. У том смислу, професорка Ван Берен (*Van Bueren*), која је активно учествовала у изради текста Конвенције, сматра како “слобода детета да искаже мишљење” намеће државама обавезу да омогуће детету учешће у процесу одлучивања (*Van Bueren*, 1998: 137). Међутим, према поменутој ауторки, породични живот представља оквир за вршење партиципативних права детета, при чему дете има право на активну партиципацију, али не и самоодређење, будући да оно подразумева моћ детета да одлучује, а не само да учествује у процесу одлучивања (*Van Bueren*, 1998: 138). Наведени став дели и енглеска правница Фортин (*Fortin*), према којој је право детета на мишљење везано за консултовање и партиципацију детета, а не његово самоодређење (*Fortin*, 2009, 236). Из наведеног става произилази како се

31 У наведеном случају, непосредно се примењује принцип најбољег интереса детета у виду општег услова за заснивање усвојења. Видети: чл. 89 ПЗ.

32 Пар. 84 ОК/КПД/12..

33 *Ibid.*

улога родитеља у контексту права детета на мишљење не може свести на саветодавну. Због тога, истиче се како узимање аутономије деце за озбиљно такође значи и препознавање граница поменуте аутономије (Brems, 2007: 19). Овакав концепт релативне аутономије детета заступа и брани професор Херинг (*Herring*) који истиче како се дете треба учити врлинама алтруизма, друштвеним обавезама и одређеним жртвама које мора поднети, уместо да се искључиво усмерава ка задовољавању сваког личног прохтева (Herring, 1999: 101). Будући да се односи унутар породице требају заснивати на узајамној сарадњи и подршци, најбољи интерес детета може се остваривати једино ако се односи између родитеља и деце одвијају на „правичан и поштен начин“ („*fair and just relationship*“) (Herring, 1999: 102). Ипак, треба нагласити да приступ Комитета за права детета, где се елементи за процену најбољег интереса детета исказују преко права детета (*child rights – based approach*), пружа простор да се одлуке о деци доносе имајућу у виду породично и друштвено окружење (право детета на идентитет, право детета да живи са својим родитељима).<sup>34</sup>

Право детета на мишљење има свој процесни израз у свим судским и административним поступцима који се тичу детета. У том смислу, право детета да буде саслушано у одговарајућем поступку треба тумачити тако да обухвата поступке које су деца покренула, као и поступке инициране од стране других лица који се тичу детета (Stern, 2006: 165).<sup>35</sup> Дете се неће саслушати у понижавајућем, непријатељском, неосетљивом или неодговарајућем окружењу за узраст детета.<sup>36</sup> На овом месту, Комитет је био приморан уважити реалност рањивости детета у одређеним ситуацијама, те је право детета на мишљење прилагодио патерналистичким оквирима.

На детету способном за формирање мишљења је превасходно да одлучи како ће исказати своје мишљење у конкретном судском или административном поступку.<sup>37</sup> У том смислу, дете може своје мишљење исказати непосредно, али и преко родитеља или старатеља као законских заступника, као и путем одговарајућих институција. Наведена установа може бити заштитник права, односно омбудсман за децу (Stern, 2006: 167). Начин исказивања мишљења детета у наведеним поступцима зависи од околности конкретног случаја и тумачења најбољег интереса детета

34 Видети: пар. 55 и пар. 59 ОК/КПД/14.

35 Пар. 33 ОК/КПД/12.

36 Пар. 34 ОК/КПД/12.

37 Комитет за права детета препоручује да дете непосредно искаже своје мишљење у судском или административном поступку кад год је то могуће. Видети: пар. 35 ОК/КПД/12.

(Stern, 2006: 167). Тако ће, уколико околности случаја налажу, одговарајући орган одредити начин исказивања мишљења детета.<sup>38</sup>

Правила о начину исказивања мишљења детета у судском поступку или административном поступку, посебно у поступцима који се тичу вршења родитељског права, садржи и Европска конвенција о остваривању права деце из 1996. године.<sup>39</sup> Према наведеном међународном уговору, дете има право захтевати лично или посредством других лица, односно институција, да му се именује посебан заступник у случају сукоба интереса са својим законским заступником.<sup>40</sup> Слично правило о постављању привременог заступника, односно колизијског старатеља садржи и наш ПЗ.<sup>41</sup> Поменуто лице мора поступати искључиво у најбољем интересу детета. Европска конвенција о остваривању права деце наводи на који начин се привремени заступник мора понашати како би поступао у најбољем интересу детета. Најпре, наведени заступник мора сазнати истинско мишљење детета.<sup>42</sup> У том смислу, привремени заступник је дужан обезбедити све релевантне информације детету уколико је дете сходно унутрашњем праву способно за расуђивање и пружити објашњења детету око могућих последица доношења одлуке ако би се мишљење детета уважило.<sup>43</sup> Коначно, заступник је дужан детету образложити сваку своју радњу на начин на који дете може разумети.<sup>44</sup> Наше породично законодавство је доследно преузело наведена правила Европске конвенције о остваривању права деце, чиме се отвара простор за ојачавање процесноправног положаја детета.<sup>45</sup> У контексту улоге привременог заступника, занимљив је став немачког права, према којем је заступник детета дужан не само размотрити субјективну вољу детета, већ и објективну добробит за дете од сваке радње коју предузима (Schmahl, 2014: 591). Дакле, привремени заступник детета није апсолутно

---

38 Видети: пар. 36 ОК/КПД/12.

39 Конвенција о остваривању права деце је донета под окриљем Савета Европе 25. јануара 1996. године. Наша држава је потписала Конвенцију 18. јуна 2009. године, али је још увек није ратификовала. Видети: [www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=160&CM=8&DF=10/12/2013&CL=ENG](http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=160&CM=8&DF=10/12/2013&CL=ENG). Преузето 27. марта 2017. У даљем тексту: ЕКОПД.

40 Видети: чл. 4 ЕКОПД.

41 Видети: чл. 265 ПЗ.

42 Чл. 10, ст. 1 (с) ЕКОПД.

43 Чл. 10, ст. 1 (а) ЕКОПД.

44 Видети: чл. 10, ст. 1 (б) ЕКОПД.

45 Видети: чл. 267 ПЗ.

везан мишљењем детета, већ ужива извештан степен дискреције приликом процене најбољег интереса детета.

### **3. Однос између принципа најбољег интереса детета и права детета на мишљење**

Може се приметити како је однос између принципа најбољег интереса детета и права детета на мишљење тесно испреплетан, а према схватању Комитета за права детета, и узајамно условљен и комплементаран. Наведени међународни орган је уложио значајан напор како би показао да је сукоб између најбољег интереса детета и права детета на мишљење, као општих принципа из КПД, илузоран и непостојећи. Сходно томе, не постоји тензија између два општа принципа који се узајамно допуњују. Тако, Комитет види најбољи интерес детета као циљ, а право детета на мишљење као начин за остваривање поменутог циља.<sup>46</sup> У том смислу, не може се остварити најбољи интерес детета без поштовања права детета на мишљење, као што наведено право детета може функционисати једино кроз најбољи интерес детета, наглашавајући суштинску улогу деце у свим односима који се тичу њихових живота. Најбољи интерес детета не посматра се пасивно, као добробит детета коју цене искључиво одрасли, већ на динамичан начин у смислу активне улоге детета приликом одређивања садржине сопственог најбољег интереса (Петрушић, 2006: 113).

Дакле, Комитет за права детета снажно настоји афирмисати идеју о једнакости и равноправности принципа најбољег интереса детета и права детета на мишљење. Наведено настојање наилази на подршку у делу правне теорије где се истиче како поменути принцип нема *a priori* првенство над правом детета на мишљење, те како најбољи интерес детета не може послужити као подесно оправдање за ограничавање права детета на мишљење и наметање ставова одраслих деци (Archard, Skivenes, 2010: 45).

У контексту нашег права и сугестија Комитета за права детета, може се закључити како судови имају низ обавеза у поступцима где се остварује право детета на мишљење. Тако, уколико је дете старије од 10 година, судови морају у образложењу своје одлуке посебно навести на који начин су детету пружене информације како би могло формирати мишљење. Затим, из образложења судске одлуке мора бити јасно на који начин се вредновало мишљење детета и због чега се мишљење детета уважило или одбило. Ако је дете млађе од 10 година, није довољно да суд само констатује како не испуњава законску претпоставку за формирање мишљења,

<sup>46</sup> Видети: пар. 74 ОК/КПД/12.

већ мора образложити због чега сматра како дете није било способно формирати мишљење (Fortin, 2009: 303). Право детета на мишљење је општи принцип КПД, те одлука суда да у конкретном случају превагу однесу неки други елементи за процену најбољег интереса детета мора бити посебно образложена (Петрушић, 2006: 115).<sup>47</sup> У наведеном случају, право детета на мишљење се у свом процесном изразу штити по основу погрешног и непотпуно утврђеног чињеничног стања (Палачковић, 2006: 369). У нашој правној теорији се сугерише како би заштита права детета била још свеобухватнија ако би се дете третирало као “странка по себи” у свим поступцима који се тичу права детета (Палачковић, 2006: 369). Усамљени пример европске државе према чијем законодавству је дете увек странка у поступцима који га се тичу јесте Чешка (Boele-Woelki, Ferrand, González-Beilfuss, Jänterä-Jareborg, Lowe, Martiny, Pintens, 2007: 257).

Упркос свему, тешко се може прихватити становиште како су принцип најбољег интереса детета и право детета на мишљење равноправни. Тачније, нарасли значај партиципације детета није последица некаквог издвојеног уздизања права детета на мишљење, већ унутрашњег преображаја најбољег интереса детета. До поменуте трансформације је дошло услед продора партиципативних елемената унутар концепта најбољег интереса детета и истовременог потискивања патерналистичких чинилаца који су обликовали садржину наведеног принципа. Другим речима, до постепеног изједначавања принципа најбољег интереса детета и права детета на мишљење не долази споља, већ кроз унутрашњи преображај најбољег интереса детета и фаворизовање партиципативних елемената који садржински одређују поменути принцип. Када би се прихватило како су најбољи интерес детета и право детета на мишљења два одвојена равноправна принципа, први принцип би изгубио сврху свог постојања и био обесмишљен. Да није тако, може се уочити из одређених случајева где и сам Комитет признаје како се дете неће саслушати, односно исказати своје мишљење.<sup>48</sup> Међутим, истина је како право детета на мишљење данас фактички представља владара међу елементима за процену најбољег интереса детета. На тај начин, постоји снажна тежња да се, када год је то могуће, најбољи интерес детета тумачи у корист партиципације деце.

Иза настојања Комитета за права детета да садржину најбољег интереса детета уобличи по мери партиципативних права детета крије се и један

---

47 Професорка Петрушић наводи како се у време јавне дискусије о Нацрту Породичног закона залагала да се у текст закона унесе правило којим би суду било изричито наложено да у образложењу коначне одлуке наведе разлоге због којих мишљење детета није уважено, што одговара сугестијама Комитета за права детета.

48 Видети: пар. 34 ОК/КПД/12.

шири и дугорочнији циљ. Другим речима, трансформација најбољег интереса детета у правцу доминације права детета на мишљење представља уједно и пут ка могућој хармонизацији наведеног принципа. Наиме, патерналистички елементи унутар најбољег интереса детета често имају своје упориште у одговарајућим спољним факторима, попут обичајних, религијских или културолошких оквира једног друштва. У том смислу, партиципативна права детета се јављају као добар начин да се умањи вредност културног релативизма као незаобилазног елемента појма најбољег интереса детета.

#### 4. Закључак

Комитет за права детета је уложио значајан напор у смеру демистификације најбољег интереса детета. У том смислу, од посебног значаја је тежња Комитета да се садржина наведеног концепта одређује путем приступа заснованог на правима детета. У таквим околностима посебно долази до изражаја значај права детета на мишљење као основног партиципативног права детета које је одиграло кључну улогу у еволуцији правног положаја детета. Тако, право детета на мишљење представља динамичну компоненту најбољег интереса детета која добија на снази са сазревањем и развојем детета.

Међутим, будући да остваривање права детета на мишљење зависи од воље одраслих лица, потребно је обезбедити механизме за остваривање поменутог права, јер би у супротном најбољи интерес детета могао остати изван домаћаја деце. Комитет за права детета инсистира на утврђивању способности детета да формира мишљење увек када је то могуће. Штавише, према тумачењу Комитета постоји оборива правна претпоставка како је свако дете способно формирати своје мишљење, при чему се мора водити рачуна чак и о невербалним знацима понашања сасвим мале деце.

Породично законодавство Србије предвиђа минимални узраст од 10 година када се претпоставља како је дете способно формирати мишљење. Међутим, то не значи како судови и други надлежни органи могу само констатовати како дете млађег узраста није способно да формира мишљење. Напротив, суд је дужан да у својој одлуци образложи због чега сматра како дете није способно да формира мишљење, односно због чега није могао утврдити мишљење детета. Када се процени да је дете способно формирати мишљење, мишљењу детета даће се значај у складу са узрастом и зрелашћу детета. При томе, треба имати у виду да је истинско мишљење детета суштински елемент највишег ранга за одређивање садржине најбољег интереса детета. Из тог разлога, потребно је посебно

образложити сваку одлуку о најбољем интересу детета којом би се неким другим елементима дала предност у конкретном случају.

## Литература

Anderson, P. Hawthorne, J. Killen, M. (2011). The Participation Rights of Pre-mature Babies. In Freeman, M. (ed.). *Children's Rights: Progress and Perspectives Essays from the International Journal of Children's Rights*. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers. 26 – 48.

Archard, D. Skivenes, M. (2009): Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views. *International Journal of Children's Rights*. 1. 1–21.

Archard, D. Skivenes, M. (2010). Deciding best interests: general principles and the cases of Norway and the UK. *Journal of Children's Services*. 4. 43–54.

Boele-Woelki, K. Ferrand, F. González-Beilfuss, C. Jänterä-Jareborg, M. Lowe, N. Martiny, D. Pintens, W. (2007). *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*. Antwerpen – Oxford: Intersentia.

Van Bueren, G. (1998). *The International Law on the Rights of the Child*. The Hague – Boston – London: 1998: Martinus Nijhoff Publishers.

Verhellen, E. (1993). Children's Rights in Europe. 3. 357–376.

Гамс, А. (1970). *Увод у грађанско право*. Београд: Научна књига.

Драшкић, М. (2006). Предговор за збирку прописа за област породичног права и права детета. У Драшкић, М. (прир.). *Збирка прописа за област породичног права и права детета*. Београд: ЈП Службени гласник. 7–23.

Јањић-Комар, М. Обретковић, М. (1996). *Права детета – права човека*. Београд: ИП Досије и Удружење правника за социјално право.

Kovaček – Stanić, G. (2008). The Child in Serbian Family Law: Rights and Procedure for their Exercise. *Zbornik Pravne Fakultete Univerze v Mariboru*. 1. 167–186.

Krappmann, L. (2010). The weight of the child's view (Article 12 of the Convention on the Rights of the Child). *International Journal of Children's Rights*. 4. 501–513.

Masson, J. Bailey-Harris, R. Probert, R. (2008). *Principles of Family Law*. London: Sweet & Maxwell.

Новаковић, У. (2012). Право детета на изражавање мишљења. У Марковић, Г. (прир.). *Права дјетета и равноправност полова – између нормативног и стварног*. Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву. 183–202.

Палачковић, Д. (2006). Процесни положај детета под родитељским старањем у посебним парничним поступцима према новом Породичном закону Србије. У Бејатовић. С. (прир.). *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу. 359–370.

Петрушић, Н. (2006). Право детета на слободно изражавање мишљења у новом породичном праву Републике Србије. У Станковић, Г. (ур.). *Новине у породичном законодавству*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу. 99–118.

Поњавић, З. (2012). Утврђивање мишљења детета у праницама за развод брака у контексту најбољег интереса детета. У Марковић, Г. (прир.). *Начела и вриједности правног система – норма и пракса*. Источно Сарајево: Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву. 30–52.

Stern, R. (2006). *The Child's Right to Participation – Reality or Rhetoric?*. Dissertation presented at Uppsala University. Uppsala: Uppsala Universitet.

Schmahl, S. (2014). The Rights of the Child in Germany: The UN Convention on the Rights of the Child and its Implementation in National Law. In Schmidt – Kessel, M. (ed.). *Reports on the 19th Congress of Comparative Law*. Tübingen: Mohr Siebeck. 581–610.

Freeman, M. (2005). Rethinking *Gillick*. *International Journal of Children's Rights*. 1. 201–218.

Freeman, M. (2007). *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child: Article 3. The Best Interests of the Child*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Fortin, J. (2009). *Children's Rights and the Developing Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Herring, J. (1999). The Welfare Principle and the Rights of Parents. In Bainham, A. Day Sclater, S. Richards, M. (eds.). *What is a Parent? A Socio-Legal Analysis*. Oxford – Portland: Hart Publishing. 89–106.

### **Међународни уговори, домаћи и инострани правни прописи**

Конвенција Уједињених нација о правима детета од 20. новембра 1989.

Опциони протокол бр. 3 уз Конвенцију о правима детета о процедури комуникације од 19. новембра 2011. [https://treaties.un.org/doc/source/docs/A\\_RES\\_66\\_138-Eng.pdf](https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_66_138-Eng.pdf). Преузето: 23.марта 2017.



Конвенција Савета Европе о остваривању права деце од 25. јануара 1996. [www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=160&CM=8&DF=10/12/2013&CL=ENG](http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=160&CM=8&DF=10/12/2013&CL=ENG). Преузето 27. марта 2017.

Породични закон. *Службени гласник РС*. Бр. 18. 2005.

Закон о добробити детета Краљевине Норвешке од 17. јула 1992. <https://www.regjeringen.no/contentassets/049114cse0254e56b7017637e04ddf88/the-norwegian-child-welfare-act.pdf>. Преузето 27. марта 2017.

### **Општи и појединачни акти Комитета за права детета и судска пракса**

Општи коментар бр. 7 (2005) Комитета Уједињених нација за права детета: примена права деце у раном детињству од 20. септембра 2006. године. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/GeneralComment7Rev1.pdf> Преузето 25. марта 2017.

Општи коментар бр. 12 Комитета Уједињених нација за права детета: право детета да буде саслушано од 20. јула 2009. године. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>. Преузето: 24. марта 2017.

Општи коментар бр. 14 Комитета Уједињених нација за права детета о праву детета да његов или њен најбољи интерес буде од првенственог значаја (чл. 3, пар. 1) од 29. маја 2013. године. [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC/CRC\\_C\\_GC\\_14\\_ENG.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf). Преузето: 23. марта 2017.

Трећи периодични извештај Шведске Комитету Уједињених нација за права детета од 11. новембра 2002. године. [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f125%2fAdd.1&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f125%2fAdd.1&Lang=en). Преузето 24. марта 2017.

Решење Врховног суда Србије, Рев. 123/07 од 19. априла 2007. године (Актуелна судска пракса, бр. 3. 2008).

**Veljko Vlašković, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Kragujevac*

**THE RIGHT OF THE CHILD TO EXPRESS VIEWS AND THE BEST INTERESTS OF THE CHILD, IN LIGHT OF THE COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD APPROACH**

**Summary**

*The Committee on the Rights of the Child has exerted considerable effort to demystify the best interests of the child. The Committee's striving to determine the content of the child's best interests using the child rights-based approach has particular importance. Such development brings the child's right to express views in focus as the fundamental participative right that has played the key role in the evolution of the child's legal status. The right of the child to express views constitutes a dynamic component of the child's best interests growing with the evolving capacities of the child.*

*As the enforcement of the right of the child to express views rests upon the alertness of adults, it is necessary to find mechanisms to implement this right. Otherwise, there is a risk of having child's best interests out of children's reach. The Committee insists upon assessing the child's capability to form views on the merits of each case, as far as possible. In the Committee's opinion, there is a rebuttable legal presumption that every child is capable of forming views taking into account even the nonverbal signs expressed by young children.*

*The Serbian legislation imposes a ten-year age limit as a legal presumption for the child's capability to form views. It does not mean the courts may embrace such legal solution assuming that a younger child is not capable of forming views. On the contrary, the competent court is obliged to justify in the judgment why it considers that the child is not capable of forming views or why those views could not be assessed. When it is assessed that the child is capable of forming views, those views will be given weight in accordance with the age and maturity of the child. Furthermore, one should have in mind that the view of the child is the element of highest ranking for assessment of the child's best interests. For this reason, if the court deciding on the best interests of the child gives priority to some other elements over the child's views, it must be particularly justified in the judgment.*

**Keywords:** *the best interests of the child, principle of participation, the right of the child to express views, the Committee on the Rights of the Child, child's capability to form views.*

**Др Дарко Димовски,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgfni1775203D

UDK: 343.9:[005.962:364.634.4

Рад примљен: 23.05.2017.

Рад прихваћен: 20.06.2017.

## **МОБИНГ – КРИМИНОЛОШКИ И КРИВИЧНОПРАВНИ АСПЕКТ\*\***

**Апстракт:** Мобинг, као облик криминалитета насиља, представља феномен који је привукао пажњу криминолога тек осамдесетих година прошлога века. Од тада су вршена бројна истраживања на основу којих су утврђени његова распрострањеност, облици мобинга, његове последице итд. Међутим, и даље постоји потреба за његовим изучавањем. Стога је аутор посветио пажњу не само криминолошком аспекту мобинга, већ и кривичноправном, уз анализу нормативног оквира реакције државе на овај облик криминалитета насиља. На крају, аутор даје неке предлоге измене законског оквира како би се унапредила заштита од мобинга.

**Кључне речи:** мобинг, криминолошки аспект, кривичноправни аспект.

### **1. Увод**

Иако се о мобингу почело писати од стране криминолога тек осамдесетих година прошлога века, постоји став да је мобинг много старији феномен. Криминолог који је почео први да се бави феноменом мобинга је Хајнц Лајман (Heinz Leumann). Наиме, он је у оквиру истраживања друштвених односа на радном месту одредио појам мобинга на тај начин да он представља психички терор на послу под којим се подразумева непријатељска и неетичка комуникација која је усмерена од стране појединца или групе појединаца ка једној особи, што за последицу има беспомоћност дате особе (Goossens, 2016: 370).

Након првобитне студије спроведене од стране Лајмана извршене су бројне друге криминолошке студије, с циљем откривања феноменолошких

---

\* darko@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је реализован у оквиру пројекта бр. 179046 Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

и етиолошких карактеристика мобинга. Ипак, потреба за даљим истраживањем мобинга није исцрпљена, јер динамика друштвених и економских промена у свету доводи до еволуције феномена. Стога је потребно наставити са теоријским разматрањима овог појма, као и истрајати у спровођењу криминолошких студија ради утврђивања свих карактеристика овог облика криминалитета насиља. Сврха теоријских и емпиријских анализа мобинга усмерена је ка законском регулисању мобинга на адекватан начин како би се смањио његов обим. Стога ће се у раду пре него што се крене на законску експликацију позитивних решења о мобингу у Републици Србији дати приказ теоријског одређења мобинга, распрострањености мобинга у свету, типологије мобера, фазе мобинга, као и последице једног оваквог понашања. На крају аутор ће посебну пажњу посветити карактеристичним случајевима мобинга како би идентификовао основне проблеме државне реакције на овај облик криминалитета насиља.

## 2. Појам мобинга

Пре него што кренемо са навођењем различитих одређења мобинга, неопходно је дати етимологију речи мобинг. Наиме, пре њеног увођења од стране Конрада Лоренца (Konrad Lorenz), реч мобинг се није употребљавала у енглеском језику. Првобитно се појам мобинга односио на групно понашање животиња, под којим је подразумевао напад групе мањих животиња на већу животињу. Касније је појам мобинга употребљен од стране шведског криминолога Хајнемана (Heinemann) у његовом истраживању понашања деце. Наиме, Хајнеман је термин мобинг употребљавао за означавање деструктивног понашања групе деце које је усмерено на појединачно дете. Подстакнут идејом да слично понашање постоји и међу запосленима, Лајман је почео да употребљава овај термин. Ипак, треба нагласити да је размишљање Лајмана о именовању једне овакве појаве ишло у правцу употребе термина булинг. Међутим, одустао је од ове идеје из једног простог разлога. За разлику од термина булинг, појам мобинга није обухватао физичко насиље. Стога се Лајман одлучио за коришћење термина мобинг за понашање одраслих људи на послу, док је термин булинг употребљаван за понашање деце у школи (Zarf, Leymann, 1996: 167). Уједно, треба нагласити да је криминолог Бродски (Brodsky) у књизи из 1976. године користио назив малтретирани радник (harassed worker). Ова књига представља прву публикацију на основу које је могуће проучавати случајеве мобинга, иако првобитна интенција Бродског није била анализа случајева мобинга, већ указивање на монотоне радне

здатке, стрес на послу, исцрпљивање прековременим радом, инциденте на послу и тако даље (Zapf et al. 1996: 167–168).

Одређивањем појма мобинга бавили су се и други криминолози. Наиме, једна од дефиниција мобинга отелотворује се у психичком малтретирању на послу групе појединаца управљеном ка појединца (Goossens, 2016: 370). Криминолог Запф (Zapf) одређује мобинг као вид психолошке агресије који чешће обухвата групу мобера у односу на једног мобера (Beck, 2012: 217). Треба напоменути да понашање у оквиру мобинга траје најмање шест месеци, при чему се такво понашање јавља најмање једном недељно. Увођењем ова два критеријума избегава се ситуација да се неки узгредни инциденти на послу квалификују као мобинг. На тај начин прави се дистинкција између мобинга са једне стране, и конфликта са друге стране. Другим речима, разлика између мобинга и конфликта се не фокусира на то шта је урађено или на начин на који је нешто урађено, већ на учесталост и трајање онога што је урађено (Zapf et al. 1996: 168). Поред већ поменутих криминолога, треба споменути и одређење дато од стране Ајнарсена (Einarsen). Наиме, Ајнарсен је одредио мобинг као малтретирање, вређање, искључивање из окружења једног појединца, или негативно утицање на извршавање радних обавеза код једне особе (Bilgin, Danis, Demir, Lau, 2015: 24).

Поред одређења мобинга од стране криминолога, и међународне институције су се бавиле овим обликом криминалитета насиља. Наиме, Европска комисија је 2001. године дефинисала мобинг као негативно понашање између колега, или између подређеног и надређеног, при чему је жртва мобинга изложена константном понижавању и директним или индиректним нападима од стране једне или више особа с циљем његовог отуђења из радне средине (Goossens, 2016: 370). Уједно, Међународна организација рада (МОП) одредила је мобинг као увредљиво понашање које се огледа у осветољубивом, суровом, злонамерном или понижавајућем покушају да се саботира један запослени или група запослених. Мобери се удружују против одређеног појединца или групе при чему се спроводи психолошки терор. У мобинг спада константна изложеност негативним примедбама или критикама, што резултира социјалном изолованошћу жртве мобинга. Канцеларијски трачеви и ширење лажних информација, такође, могу се подвести под мобинг (Вуковић, 2006: 4–5).

Дате дефиниције мобинга упућују нас на то какве све активности се могу подвести под мобинг. Већ поменути криминолог Лајман категорисао је активности у оквиру мобинга на основу објекта напада у пет категорија. Негативни коментари управе, стално прекидање, викање, понижавајућа

гестикулација, давање непотпуних упутстава, ускраћивање контаката су активности које могу да се подведу под нападе на могућност комуницирања. Наредне активности у оквиру ове типологије су управљење на личност и социјалне контакте. Наиме, у овом случају долази до физичке изолације жртве на тај начин што је њен радни простор удаљен у односу на канцеларије других запослених. Уједно, долази до стварања забране контакта других лица са жртвом мобинга, као и разговора са њом. Напади на личну репутацију представљају наредну активност. Том приликом долази до ширења трачева, давања сексуалних понуда, неумесних шала на рачун националности, политичких и религијских уверења. Исто тако, мобер имитира начин хода, говора и покрета жртве једног оваквог понашања. Недавање радних задатака, препуштање бесмисленим пословима, упућивање свакодневних критика, претерана контрола, као и слаба оцена резултата подводе се као активности усмерене на квалитет рада. Последње активности су познате под називом напади на психичко здравље. Као активности који се квалификују као напади на психичко здравље можемо навести давање за извршење опасних послова, намерно изазивање стреса, претња физичким насиљем, сексуално узнемиравање и друго (Вуковић, 2006: 5).

### **3. Врсте мобинга**

Из одређења мобинга датог од стране Европске комисије произилази једна од подела мобинга. Наиме, у зависности од тога каква је позиција мобера, а каква је позиција жртве једног оваквог понашања, можемо разликовати вертикални и хоризонтални мобинг. Код вертикалног мобинга могуће је да психолошки терор се креће од надређеног према подређеном лицу, али је могуће да вертикални мобинг има и другачији смер. У том случају психолошки терор потиче од подређених лица, док је жртва надређена особа. Хоризонтални мобинг се одликује психолошким терором између запослених који се налазе у истој хијерархијској равни (Duffy, Sperry, 2012: 30). Другим речима, мобинг се врши од стране запослених који врше психолошки терор на "изабраним" колегом у истој равни (Николић Ристановић, Константиновић Вилић, Костић, 2009: 160).

Поред наведене поделе мобинга, могуће је разликовати и поделу мобинга на стратешки и емотивни. Стратешки мобинг карактерише се постојањем претходног договора управљачког тима о спровођењу организованог мобинга према одређеним лицима. Као циљ стратешког мобинга јавља се тежња мобера да жртве мобинга напусте посао, што резултира тиме да дато лице не добије отпремнину, докуп стажа или неке друге погодности

за одлазак у неко друго предузеће (Nikolić Ristanović et al. 2009: 160). До стратешког мобинга долази у периоду економских промена и самим тим тежње управе датог предузећа да одржи ниску цену производње (Molé, 2012: 87). На тај начин долази до смањивања броја запослених у једном предузећу без кршења законских обавеза и уговора о раду. За разлику од стратешког мобинга, код емотивног мобинга постоји другачија мотивација мобера. Наиме, емотивни мобинг јавља се као последица постојања непријатности, љубоморе, зависти или кивности. Емотивни мобинг је често повезиван са постојањем неке различитости у радном окружењу која се отелотворује у различитој сексуалној, етничкој или религијској оријентацији, физичким недостацима итд. (Fersurella, 2010: 677).

Полазећи од карактеристика мобера, могуће је навести још једну поделу мобинга. Тако је могуће разликовати мобинг код којег је циљ његовог вршења заштита угроженог самопоштовања. Други тип мобинга, сходно овој подели, јесте мобинг који настаје на основу мањка социјалне интелигенције и стручности мобера. Последњи облик мобинга настаје као последица микрополитичког понашања (Nikolić Ristanović et al. 2009: 161).

#### **4. Фазе мобинга**

Како мобинг представља активност којом се врши континуирана виктимизација одређеног лица, намеће се потреба изучавања фаза њеног развоја. У развоју мобинга могуће је идентификовати пет фаза, при чему је битно нагласити да се у свакој од наредних фаза степен виктимизације одређеног лица повећава. Прва фаза, позната под називом фаза кључног догађаја, одликује се избором жртве и усмеравањем активности према датој особи. Иако повод може да буде баналан, при чему се он временом и заборави од стране мобера, психолошки терор према одређеној особи траје. Битно је напоменути да се у овој иницијалној фази не може још увек причати о томе да је конкретно лице жртва мобинга (Вуксановић, 2013: 138).

Наредна фаза позната је под именом фаза циљаног мобинга. У овој фази долази до повећања обима психолошког терора (Háša, Brunet-Thornton, 2017: 226). Другим речима, долази до спроведених активности од стране мобера којима се жртва доводи у ситуацију да се осећа непријатно. Као разлози за непријатан осећај код жртве мобинга наводе се стално приговарање од стране мобера за квалитет рада или претрпавање пословима што резултира тиме да дата особа не може да заврши радне задатке на време. Као последњи разлог наводи се чињеница да се жртви мобинга не дају никакви радни задаци ради стварања осећаја бескорисности. Поред већ

наведених разлога за стварање осећаја непријатности код жртве мобинга, треба указати и на константно оговарање, унижавање и вербалне нападе. Све ово резултира тиме да се јављају психосоматски проблеми у виду несанице и поновног преживљавања немиких догађаја. Жртва, желећи да побегне од ситуације у којој се наша, узима боловање, при чему губи људско и професионално достојанство и осећа се мање вредном (Вуксановић, 2013: 138).

Следећа фаза назива се фазом жртвеног јарца. У овој фази жртва је дежурно кривац за сваки пропуст и сваку грешку који се догоде у радном колективу. Поред мобера, оваквом недозвољеном понашању придружују се и други запослени, а у неким ситуацијама то могу бити припадници руководећег кадра, чиме се степен виктимизираности повећава, а све с циљем давања отказа од стране жртве мобинга (Shallcross, Sheehan, Ramsay, 2008: 57).

Борба за опстанак је назив наредне фазе у мобингу. Жртва мобинга преузима на себе превелик терет у извршавању свакодневних активности са жељом да се докаже да је компетентна и да може радне задатке да изврши на квалитетан начин и на време. Све то резултира тиме да је жртва мобинга хронично неиспавана и уморна (Балтазаревих, 2007: 59).

Последња фаза мобинга, која се назива фазом развијеног мобинга, има за последицу, услед дуготрајног терора, погоршавање психичког и физичког стања жртве. Она је у потпуности изолована из радне средине. принуђена је да тражи нови посао или подноси захтев за одлазак у превремену пензију. Уједно, потребно је нагласити да се излаз из ситуације у којој се наша жртва може наћи у виду извршења убиства мобера или пак у виду извршења самоубиства (Nikolić Ristanović et al. 2009: 161).

## 5. Последице мобинга

Последице мобинга су разноврсне. Оне се могу поделити, сходно схватању криминолошкиње Андре Костелић Мартић, на три аспекта. Наиме, први аспект односи се на промене социјално-емоционалне равнотеже. Наредни облик последица отелотворује се у променама психофизиолошке равнотеже, док се последњи облик последица везује се промену понашања жртве мобинга. Промене социјално-емоционалне равнотеже отелотворују се у депресији, анксиозности, нападима панике, смањивању интересовања за чланове породице и околину. Психофизиолошке промене обухватају тахикардију, губитак равнотеже, вртоглавицу, главобоље, проблеме са равнотежом, црвенило на кожи, гастролошке сметње итд. У промене понашања сврставамо не само јављање агресивности код жртве мобинга, што раније није била њена карактеристика, већ и јављање



аутодеструктивности која може у појединим случајевима да резултира самоубиством. Након појаве агресивности постепено долази до смиревања жртве и њене пасивизације и самоизолације. Уједно, јављају се поједини облици токсикоманије у виду прекомерне употребе алкохолних пића, цигарета, па чак седатива. Све ово има за последицу поремећаје у сексуалном животу жртве, као и поремећаје у исхрани у виду анорексије и булимије (Вуксановић, 2013: 139).

Поред ове поделе последица мобинга, могуће је навести и неке друге поделе. Тако су, на пример, криминолози Дуфи (Duffy) и Спери (Sperry), наводили поделу која је обухватала физичке последице, психичке последице, психосоциолошке последице и последице које се огледају у променама на послу и каријери. Физичке последице односе се на проблеме са срцем, имунолошке проблеме, гастролошке проблеме, исцрпљеност, мигрену итд. Анксиозност, депресија, посттрауматски стресни поремећај су последице које спадају у психичке. Психосициолошке последице обухватају усамљеност, друштвено дистанцирање и изолацију, губитак односа са колегама са посла, губитак поверења у друге особе, стварање мишљења код жртве мобинга да је свет неправичан (Duffy, Sperry, 2014: 76).

Наведена подела се у односу на претходну, коју је израдила криминолошкиња Андреа Костелић Мартић, не разликује много. Иако се употребљава другачија терминологија за означавање појединих последица, пажљивом анализом можемо уочити да суштински долази до међусобног преклапања. Стога ће предмет наше даље анализе бити само последице из типологије Дуфија и Сперија под називом промене на послу и каријери. У оквиру ових последица можемо навести губљење професионалног идентитета, стигматизацију да је жртва мобинга крива за сваку грешку и неуспех у датој компанији, рушење њене репутације, губитак жеље за ангажовањем на послу. Једна од најтежих последица из овог облика је проблем са запошљавањем на неком другом радном месту након одласка из првобитне компаније у којој је дато лице било изложено мобингу, што директно утиче на њену егзистенцију (Вуковић, 2006: 5).

## **6. Нормативни оквир у погледу мобинга у Републици Србији**

Кривични законик<sup>1</sup> (у даљем тексту КЗ) Републике Србије не садржи инкриминацију мобинга. Ипак, могуће је наћи у појединим кривичним делима посредну заштиту од мобинга. Наиме, законодавац је у оквиру главе XVI, под називом Кривична дела против права па основу рада,

---

<sup>1</sup> Кривични законик, "Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.

инкриминисао одређена кривична дела на основу чега је могуће изрећи кривичну санкцију за понашања која се делимично могу подвести под мобинг. Тако је, на пример, у члану 163 КЗ прописано кривично дело под називом Повреда права по основу рада и права из социјалног осигурања. Биће овог кривичног дела састоји се од свесног непридржавања закона или других прописа, колективних уговора и других општих аката о правима по основу рада и о посебној заштити омладине, жена и инвалида или о правима из социјалног осигурања, при чему долази до ускраћивања или ограничавања неком другом лицу права које му припада. Инкриминацијом овог кривичног дела пружа се делимична заштита од мобинга као облика криминалитета насиља. Наиме, ово кривично дело на обухвата у потпуности сва могућа понашања која се могу подвести под мобинг. Као пример можемо навести ситуацију у којој не долази до кршења одређених прописа, али је однос између два запослена у одређеној компанији такав да се њихов однос може подвести под мобинг. Ово се нарочито односи на ситуацију коју бисмо криминолошким речником назвали емотивни мобинг.

У ставу 1, члану 165 КЗ могуће је препознати вертикални мобинг који се врши од подређеног лица ка надређеном лицу. Биће кривичног дела, под називом Повреда права на управљање, састоји се у примени силе, претње, свесног кршења прописа или другог противправног понашања чиме се спречава или омета одлучивање органа управљања или члана органа управљања да учествује у раду и одлучивању у том органу. Анализом наведене типологије мобинга, можемо уочити да се ово кривично дело може подвести као вертикални мобинг у супротном смеру.

Још једна одредба КЗ се може применити на феномен мобинга. Наиме, у ставу 5 члана 119, који се односи кривично дело Навођење на самоубиство и помагање у самоубиству, могуће је подвести под ситуацију у којој мобинг резултира извршењем самоубиства од стране жртве. Биће кривичног дела састоји се у суровом или нечовечном поступању са лицем које се према извршиоцу налази у односу какве подређености или зависности, па оно услед таквог поступања изврши или покуша самоубиство које се може преписати нехату учионица.

Како мобинг може да се огледа, између осталог, у сексуалном узнемиравању, неопходно је нагласити да је законодавац Републици Србији у оквиру главе XVIII, под називом Кривична дела против полне слободе, инкриминисао кривично дело Обљуба злоупотребом положаја. Посредна заштита од оваквог облика узнемиравања отелотворује се у злоупотреби положаја

зарад навођења на обљубу или са њом изједначеним чином према лицу које се у односу на извршиоца налази у подређеном положају или зависности.

Последњим изменама Кривичног законика уведена су два нова кривична дела која могу бити повезана са феноменом мобинга. Наиме, једно од тих кривичних дела је прогањање (члан 138а). Повезаност мобинга и прогањања не треба превише објашњавати, јер је могуће да се прогањање врши да стране лица које са жртвом ради у истој компанији. Анализом бића кривичног дела прогањања можемо закључити да се одређени облици испољавања овог кривичног дела могу повезати са мобингом. Прогањање се може отелотворити у неовлашћеном праћењу или предузимању друге радње ради приближавања том лицу противно његовој вољи у току одређеног временског периода. Као радње прогањања могу се подвести настојање у току одређеног временског периода успостављања контакта непосредно, преко трећег лица или путем средстава комуникације противно вољи жртве. Исто тако, прогањање, кроз које се може испољити мобинг, везује се за радњу у виду претње у току одређеног временског периода нападом на живот, тело или слободу другог лица или њему блиског лица. Прогањање се може испољити и путем предузимања друге сличне радње на начин којим се може осетно угрозити лични живот лица према коме се радња предузима. Кривичноправна заштита лица жртава прогањања повећана је предвиђањем тежег облика у смислу изазивања опасности по живот, здравље или тело жртве или њему блиског лица предузимањем из основног облика. Како мобинг може имати за последицу смрт жртве, посебан облик прогањања постоји код смрти жртве или њему блиског лица. Ипак, са констатацијом повезаности прогањања и мобинга треба бити нарочито опрезан, јер, ако пођемо од дефиниције мобинга да он има за циљ угрожавање угледа, части, људског достојанства жртве, све до елиминације са посла, не може се говорити о томе да постоји иста мотивација код извршења оба кривична дела. Међутим, кривичноправна заштита жртвама мобинга се може пружити путем примене одредаба о прогањању при чему је потребно да су жртва и извршилац запослена лица и да је понашање извршиоца у вези са радноправним статусом жртве.

Друго кривично дело повезано са мобингом, уведено последњим изменама, те ступило на снагу 1. јуна 2017. године, јесте кривично дело полног узнемиравања из члана 182а. Ово кривично дело састоји се у вербалном, невербалном или физичком понашању које има за циљ или представља повреду достојанства лица у сфери полног живота, а које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење.

Закон о раду<sup>2</sup> прописује у члану 21 да је забрањено узнемиравање, као и сексуално узнемиравање. Под узнемиравањем, како је то законодавац одредио, сматра се свако нежељено понашање узроковано неким од основа, као што су пол, рођење, језик, раса и тако даље (листу основа погледати у члану 18), које има за циљ или представља повреду достојанства лица које тражи запослење, као и запосленог, а које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење. Као што смо већ неколико пута истакли, мобинг се може огледати у сексуалном узнемиравању, те је стога законодавац у ставу 2 истог члана прописао да сексуално узнемиравање јесте свако вербално, невербално или физичко понашање које има за циљ или представља повреду достојанства лица које тражи запослење, као и запосленог у сфери полног живота, а које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење.

## **7. Нормативни оквир за спречавање мобинга и фактичке препреке његове имплементације**

Република Србије је, пратећи трендове у државама широм света, донела посебан законски текст који се односи на мобинг. Тако је током 2010. године донет Закон о спречавању злостављања на раду.<sup>3</sup> Предмет овог Закона су забрана злостављања на раду, мере за његово спречавање и унапређење односа на раду, поступак заштите лица изложених злостављању на раду, те друга питања од значаја за спречавање и заштиту од злостављања на раду (члан 1). У члану 5 је изричито наведено да је забрањен било који вид злостављања на раду и у вези са радом, као и злоупотреба права на заштиту од злостављања.

Појам злостављања је одређен у наредном члану. Тако је злостављање свако активно или пасивно понашање према запосленом или групи запослених код послодавца које се при томе понавља. Као циљ оваког понашања законодавац наводи повреду достојанства, угледа, личног или професионалног интегритета, здравља, положаја запосленог, при чему се изазива страх, или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење, погоршавају услови рада или доводи до тога да се запослени изолује или наведе да на сопствену иницијативу раскине радни однос, откаже уговор о раду или други уговор. Уједно, законодавац наводи да се злостављањем на раду сматра како подстицање, тако и навођење других на такво понашање. Као извршилац злостављања на раду може се

---

2 Закон о раду, "Сл. гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 и 13/2017 - одлука УС.

3 Закон о спречавању злостављања на раду, "Сл. гласник РС", бр. 36/2010.

јавити послодавац са својством физичког лица или одговорно лице код послодавца својством правног лица, запослени или група запослених код послодавца који врши злостављање на претходно наведене начине.

Чланом 7 ставом 2 прописано је да послодавац ради препознавања, превенције и спречавања злостављања, спроводи мере обавештавања и оспособљавања запослених и њихових представника да препознају узроке, облике и последице вршења злостављања. Иако је ово законско решење добро, јер се на тај начин стварају, како је то прописано Правилником о правилима понашања послодавца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду (у даљем тексту Правилник),<sup>4</sup> лица за подршку, у пракси се ова одредба не спроводи. Наиме, послодавци, осим обавештавања запослених у неким случајевима, не спроводе никакве активности с циљем оспособљавања запослених да адекватно реагују на феномен злостављања на раду.

За штету која је настала вршењем злостављања на раду, сходно члану 9, одговара послодавац код којег ради одговорно лице или запослени, при чему постоји могућност да затражи надокнаду износа исплаћене штете. Зарад оштрије реакције државе на феномен мобинга, боље законско решење би било да се може тужити сам злостављач за причињењу штету, чиме би се он ставио у такав положај у којем би био принуђен да на адекватан начин сагледа потенцијално злостављање на раду које би вршио. Наиме, према садашњим решењима, моберу је позиција знатно боља, јер послодавци, као што су, на пример, јавна предузећа, не траже надокнаду исплаћене штете од злостављача, што доводи до тога да насталу штету на крају сносе сви грађани Републике Србије.

Пракса реаговања послодавца на појаву злостављања на раду довела је до стварања још једног проблема. Без обзира што по ставу 2 члана 10 запослени има право да код послодавца оствари заштиту од злостављања, дешавали су се случајеви да жртва злостављања након обраћања послодавцу буде још више виктимизирана. Послодавац, након обавештавања о злостављању на раду, желећи да избегне покретање одговарајућег поступка, позове злостављача како би га опоменуо да престане са таквим понашањем. Међутим, уместо да злостављање на раду престане, оно се мултиплификује, јер је злостављач сазнао да је пријављен због свог недозвољеног понашања.

Законом је предвиђен поступак за заштиту од злостављања у случају када злостављач није послодавац са својством физичког лица, односно одговорно лице у правном лицу, при чему се заштита од злостављања

---

<sup>4</sup> Правилник о правилима понашања послодавца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду, "Сл. гласник РС", бр. 62/2010.

спроводи управо том лицу (члан 13), као и поступак пред судом у случају да је злостављање на раду предузето од стране самог послодавца или одговорног лица у правном лицу (члан 29). Ради лакшег разумевања поступака који се спроводе у зависности од тога ко је злостављач, тј. мобер, прво ћемо образложити поступак који се спроводи код послодавца.

Иако је у члану 13 Закона наглашено коме се подноси захтев за покретање поступка за заштиту од злостављања, већ у наредном члану створена је додатна забуна, јер је у члану 14 прописано да се захтев подноси лицу које спроводи злостављање. Очигледно је да су ова два члана у колизији и да је неопходно отклонити ову номотехничку грешку која знатно отежава положај жртве злостављања.

Поступак пред послодавцем се спроводи на основу захтева за покретање поступка. По пријему захтева послодавац је дужан да у року од три дана странама у спору предложи посредовање као начин разрешења спорног односа. По пријему предлога за посредовање тече рок од три дана за одређивање или бирање лица за вођење поступка посредовања (члан 15). Као посредник се може одредити лице које ужива поверење страна у спору. Чланом 3 у ставу 3 Правилника прописано је да послодавац може да обезбеди обуку, односно оспособљавање одређеног запосленог или запослених за обављање посредовања као начина разрешења спорних односа повезаних са злостављањем. Међутим, таква обука се не спроводи у пракси.

Посредник, као неутрална особа која мора да поступа независно и непристрасно, бира се са списка посредника који се води код послодавца у складу са колективним уговором, односно код органа у чијој је надлежности посредовање. Поред већ наведеног списка са којег је могуће бирати посредника, он се може бирати и са списка посредника социјално-економског савета сачињеног на предлог социјалних партнера, као и списка удружења грађана чији циљ постојања је усмерен на послове посредовања (члан 16). Поступак посредовања, сходно слову закона из члана 17, је хитан, при чему саме стране могу да се договоре о начину спровођења посредовања. У случају да такав договор изостане, посредник ће спровести поступак на начин на који сматра да је одговарајући, уз вођење рачуна о околностима датог спорног односа, као и интереса страна у спору. Иако је посредник овлашћен да даје одговарајуће предлоге зарад разрешавања спора, он странама не може да намеће решење (члан 18). Уколико злостављаном лицу прети опасност од наступања ненадокнадиве штете, посредник је овлашћен да послодавцу достави образложену иницијативу за предузимање мера до окончања поступка за заштиту од злостављања

које се отелотворује у премештају злостављача у другу радну околину или удаљење са рада уз надокнаду зараде (члан 24). Непредузимање мера из члана 24 Закона доводи до тога да запослени коме према мишљењу службе медицине рада прети непосредна опасност по здравље или живот, има право да одбије да ради. На основу овога запослени је дужан да без одлагања обавести послодавца и инспекцију рада. Запослени за време одбијања рада има право на накнаду зараде у висини просечне зараде коју је остварио у претходна три месеца. Под условом да послодавац предузме мере из члана 24 овог Закона, запослени је дужан да се врати на посао, а најкасније до окончања поступка заштите од злостављања код послодавца. Положај жртве злостављања је додатно ојачан тиме што је законодавац прописао да се датом запосленом не може отказати уговор о раду, односно изрећи мера престанка радног односа (члан 26). Примена ове одредбе показала је доста проблема. Наиме, службе медицине рада ретко израде извештај у којем констатују да прети непосредна опасност по здравље или живот услед злостављања на раду, иако је према класификацији болести Светске здравствене организације из 2015. године злостављање на раду класификовано као болест у вези са радним местом. Као проблем се јавља то што служба медицине рада не доводи у везу здравствене проблеме код датог радника са злостављањем на раду којем је он изложен.

Поступак посредовања може се завршити тројако након осам радних дана од дана одређивања, односно избора посредника. Први начин се огледа у томе да стране закључе писмени споразум. Наредни начин за завршетак поступка посредовања огледа се у томе да посредник, након консултација са странама, обустави поступак, јер даље вођење поступка није оправдано. Изјава стране у спору да одустаје од даљег поступка представља последњи начин за завршетак поступка посредовања. У случају постојања оправданих разлога, рок за окончање поступка посредовања може се продужити максимално на тридесет дана од дана одређивања, односно од дана избора посредника (члан 19).

Законодавац је у наредном члану посветио пажњу садржају споразума о решавању спорног питања. Наиме, споразум садржи мере усмерене на престанак понашања, као и препоруке послодавцу у погледу отклањања могућности даљег злостављања у виду премештаја запосленог у другу радну околину или неке друге мере која се тиче статуса и права страна у спору. На послодавцу је да прихвати поменуте препоруке, под условом да су у складу са законом и његовом пословном политиком (члан 21).

Уколико поступак посредовања не успе, а постоји основана сумња да је злостављање извршено или злоупотребљено право на заштиту од

злостављања, послодавац је дужан, сходно члану 23 Закона о спречавању злостављања на раду, да покрене поступак за утврђивање одговорности запосленог за непоштовање радне дисциплине, односно повреду радне дужности. Послодавцу на располагању стоји неколико мера у виду опомене, удаљења са рада од четири до тридесет радних дана без накнаде зараде, као и трајног премештаја у другу радну околину на исте или друге послове, односно радно место. Поновно вршење злостављања у року од шест месеци доводи до тога да је послодавац у могућности да злостављачу откаже уговор о раду, односно изрекне меру престанка радног односа.

Законодавац је у ставау 1 члана 27 прописао да покретање поступка за заштиту од злостављања, као и учешће у том поступку, не може да буде основ за стављање запосленог у неповољнији положај у погледу остваривања права и обавеза по основу рада, покретање поступка за утврђивање дисциплинске, материјалне и друге одговорности запосленог, отказ уговора о раду, односно престанак радног или другог уговорног односа по основу рада и проглашавање запосленог вишком запослених, у складу са прописима којима се уређује рад. Борба против корупције је појачана тиме да запослени који укаже надлежном државном органу на повреду јавног интереса утврђеног законом, учињену од стране послодавца, а основана је сумња да ће бити изложен злостављању, ужива заштиту из става 1 овог члана.

Судска заштита од злостављања на раду спроводи се у случају да се то злостављање предузима од стране послодавца са својством физичког лица или одговорног лица у правном лицу. Поред судске заштите која се предузима у случају да је злостављач послодавац или одговорно лице, она се може предузети и у случају запосленог који је незадовољан исходом поступка заштите код послодавца у року од 15 дана од дана достављања обавештења, односно одлуке (члан 29). Са разлогом се поставља питање да ли је рок од 15 дана адекватан. Наиме, проблем трајања рока за подношење тужбе огледа се у томе да одлука од стране послодавца не садржи поуку о правном леку, чиме се жртва злостављања налази у незнању да ли уопште постоји правни пут за остваривање својих права. Уједно, још један разлог за продужење овог рока на тридесет дана отелотворује се у чињеници да је мали број адвоката стручан за поступање у случајевима мобинга, те то захтева додатно време за писање тужбе.

Положај жртве злостављања, сходно члану 31, олакшан је тиме да у току поступка тужилац треба да учини вероватним да је злостављање извршено, те терет доказивања да није било злостављања прелази на послодавца. Уједно је поступак у парницама, због осетљивости предмета тужбеног



захтева, хитан. Због тога ће суд тужбу са прилозима доставити туженом на одговор у року од 15 дана од пријема захтева (члан 32). Међутим, надлежни суд закаже прво рочиште тек неколико месеци након пријема тужбе, што се коси са начелом хитности и ставља жртву злостављања у знатно неповољнији положај, јер је жртва виктимизирана још додатно време.

По предлогу стране или по службеној дужности суд у току поступка може одредити привремене мере с циљем спречавања насилног поступања или ради отклањања ненадокнадиве штете. Као привремене мере јављају се забрана приближавања, као и забрана приступа у простор око места рада запосленог који учини вероватним да је изложен злостављању. Осам дана је рок за одлучивање суда о одређивању привремене мере. Није дозвољена посебна жалба против решења о одређивању привремене мере (члан 33).

Законодавац је, такође, прописао новчане казне за послодавца са својством правног лица ако не изрекне меру за спречавање злостављања до окончања поступка, откаже уговор о раду, односно изрекне меру престанка радног односа супротно одредбама овог закона, поступи супротно одредбама овог закона о заштити учесника у поступку за заштиту од злостављања (члан 35).

Законски текст је написан концизно и јасно, али неопходно је указати на одређене непрецизности. Наиме, у члану 16, који се односи на одабир посредника, постоје одређене недоумице. Тако се као посредник може изабрати и неки колега са посла, али и посредници са листе установа за посредовање или списка посредника социјално-економског савета сачињеног на предлог социјалних партнера, као и списка удружења грађана чији су циљеви усмерени на послове посредовања. Несумњиво је да су посредници са ових листа и спискова особе које су претходно прошле одговарајућу обуку, али проблем може да представља посредник који је колега злостављача и злостављеног а није прошао претходну обуку. Како случајеви злостављања могу бити веома компликовани, неопходно је да посредници морају, макар они били и колеге са посла, проћи одговарајућу обуку.

Наредни проблем у вези примене Закона о спречавању злостављања на раду односи се на привремене мере које се одређују од стране суда. Наиме, као привремене мере законодавац наводи забрану приближавања, као и забрану приступа у простор око места рада запосленог који учини вероватним да је изложен злостављању. Потенцијални проблем се огледа у могућности да злостављач и жртва злостављања раде у истој канцеларији, те је примена ових наведених привремених мера илузорна, јер само присуство злостављача и злостављеног у истој просторији, на основу

поделе послова коју је израдио послодавац, доводи до тога да забрана приближавања и забрана приступа у простор око места рада запосленог, као привремена мера, буду беспредметне. Стога, предлажемо да се назив једне од ових мера промени, чиме би се и суштински променио њен квалитет или да се списак привремених мера допуни још једном мером на основу које би се превазишао учени проблем. Наиме, једна од мера може бити измештање злостављача из простора око места рада запосленог. На тај начин би се отклонила могућност изрицања већ поменутих мера, а постоји фактичка препрека за њихову примену, јер злостављач и злостављани раде у истој канцеларији.

Наредни недостатак Закона огледа су у томе што је законодавац пропустио да регулише неопходну помоћ жртви злостављања на раду. Иако је могуће навести различите типологије последица мобинга, све последице злостављања на раду односе се на физичке промене, психичке промене, психосоциолошке промене и промене које се огледају у променама на послу и каријери. Без обзира што је могуће помоћ за одређене врсте промена, као што су на пример психичке и физичке, добити у разним државним установама, потребно је радити на томе да се законом предвиди оснивање тзв. саветовалишта за жртве мобинга, чиме би се уштедела знатна финансијска средства, јер је сва неопходна помоћ обједињена на једном месту, а и на тај начин врши се специјализација саветовалишта за пружање услуга само жртвама једног оваквог облика криминалитета насиља, са свим својим специфичностима. Таква саветовалишта могуће је основати при центрима за социјални рад или при институтима медицине рада, при чему није потребно додатно запошљавање стручњака различитих профила, већ њих едуковати за рад са жртвама мобинга. На тај начин жртве мобинга не би остајале без неопходне подршке стручњака ради превазилажења одређених последица, које се не могу, на пример, отклонити у установама здравствене заштите.

## **8. Закључак**

У савременом свету борба за стална места је перманентна. У државама које су дуго година суочене са економском кризом, као што је Република Србија, број радних места је знатно мањи у односу на број потенцијалних радника. Стога радна средина уместо да буде окружење креирано ради постизања оптималних резултата на послу, претвара се у окружење у коме се не бирају средства за напредовање на хијерархијској лествици. Полазећи од ове чињенице неопходно је обезбедити такве услове за рад у којима ниједан запослени неће бити суочен са мобингом. Република Србија

је створила (не)одговарајући законски оквир као основу за реакцију на појаву овог облика криминалитета насиља.

Анализа појединих кривичноправних решења указује нам да феномен мобинга није санкционисан у потпуности, те је неопходно радити на томе да се инкриминишу сви облици мобинга како би се пружила неопходна кривичноправна заштита жртвама оваквог облика криминалитета насиља. Другим речима, потребно је инкриминисати мобинг, односно злостављање на раду, као посебно кривично дело, при чему треба тежити да се једном таквом инкриминацијом обухвате сви облици у којима се мобинг јавља.

Уједно, Закон о спречавању злостављања на раду има одређене недостатке које је могуће исправити његовом новелацијом. Тако би се добио адекватан нормативни оквир на основу којег надлежни органи могу благовремено реаговати на прву појаву неког облика мобинга. Исто тако, потребно је радити на превентивним мерама како уопште не би дошло до испољавања феномена мобинга, на тај начин да се у јавним предузећима и приватним фирмама спроводе едукације о овом облику криминалитета насиља, његовим последицама и начинима како га треба пријавити надлежном органу.

## **Литература**

Baltazarević, V. (2007). Mobing: komunikacija na četiri noge, Pančevo: Mali Nemo.

Beck, C. (2012) Communication Yearbook 30, New Jersey: Routledge.

Bilgin, M. H., Danis, H., Demir, E., Lau, C. K. M. (2015). Innovation, Finance, and the Economy: Proceedings of the 13th Eurasia Business and Economics Society Conference, Springer.

Duffy, M., Sperry, L. (2012). Mobbing: Causes, Consequences, and Solutions, Oxford: Oxford University Press.

Duffy, M., Sperry, L. (2014). Overcoming Mobbing: A Recovery Guide for Workplace Aggression and Bullying, New York: Oxford University Press.

Fersurella, S. (2010). The Mirror and the Mask: Vicissitudes of the Self and the Phenomenon of Mobbing, In: Montreal 2010 - Facing Multiplicity: Psyche, Nature, Culture: Proceedings of the 18th Congress of the International Association for Analytical Psychology, Montreal: Daimon.

Goossens, R. (2016). *Advances in Social & Occupational Ergonomics: Proceedings of the AHFE 2016 International Conference on Social and Occupational Ergonomics*, Florida: Springer.

Háša, S., Brunet-Thornton, R. (2017). *Impact of Organizational Trauma on Workplace Behavior and Performance*, USA: IGI Global.

Кривични законик, Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.

Molé, N. (2012). *Labor Disorders in Neoliberal Italy: Mobbing, Well-being, and the Workplace*, Indiana: Indiana University Press.

Nikolić Ristanović, V., Konstantinović Vilić, S., Kostić, M. (2009). *Kriminologija*, Niš: Sven.

Правилник о правилима понашања послодаваца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду, Сл. гласник РС, бр. 62/2010.

Shallcross, L., Sheehan, M., Ramsay, S. (2008). *Workplace mobbing: experiences in the public sector*, Australia: *International Journal of Organisational Behaviour*, Volume 13 (2).

Вуковић, Д. (2006). Мобинг на радном месту, Темида, бр. 4. Београд: Виктимолошко друштво Србије.

Вуксановић, М. (2013). Могућности мерења последице мобинга, Темида, бр. 3–4. Виктимолошко друштво Србије, Београд,

Закон о раду, Сл. гласник РС, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014. и 13/2017 – одлука УС.

Закон о спречавању злостављања на раду, Сл. гласник РС, бр. 36/2010.

Zapf, D., Leymann, H. (1996). *Mobbing and Victimization at Work*, European Journal of Work and Organizational Psychology, United Kingdom: Psychology Press.

**Darko Dimovski, LL.D.**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

### ***MOBBING: criminological and criminal law aspects***

#### ***Summary***

*Mobbing, as a form of criminal violence, is a phenomenon that has attracted the attention of criminologists only in the 1980s. Since then, numerous studies have been undertaken for the purpose of establishing different forms of mobbing, their distribution and consequences, etc. However, there is a need for further research on this matter. In this paper, the author focuses on the criminological aspects as well as on the criminal law aspects of mobbing, in an effort to analyze the normative framework of state response to this form of criminal violence. Finally, the author gives some suggestions for amending the legal framework in order to improve the protection against mobbing.*

**Keywords:** *mobbing, criminological aspect, criminal law aspect.*



**Др Жељко Мирков,\***  
Виши тужилачки сарадник  
Основно јавно тужилаштво, Кикинда

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrgpfi1775223M

UDK: 343.131.4

Рад примљен: 07.05.2017.  
Рад прихваћен: 10.06.2017.

## **О СУОЧЕЊУ ОКРИВЉЕНОГ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ\*\***

**Апстракт:** Суочење је процесна радња која се састоји у непосредној дискусији два лица, са циљем да се отклоне разлике у њиховим исказима поводом чињеница које су битне за пресуђење кривичне ствари. Ради се о институту кривичнопроцесног права, па је његова правна компонента примарна. Ипак, несумњиво је да суочење поред правног, садржи и криминалистичке и психолошке аспекте. Наведени аспекти су определили и структуру рада. Први део рада посвећен је нормативним аспектима ове процесне радње и бави се условима под којима се може одредити суочење, као и техником њеног извођења. Други део рада је посвећен криминалистичким правила која се односе на спровођење суочења, као и психолошким основама ове процесне радње. Приказ наведених аспеката је неопходан ради потпуног сагледавања ове комплексне процесне радње, која може бити користан метод за утврђивање веродостојности исказа.

**Кључне речи:** окривљени, суочење, законска регулатива, криминалистичка правила, психологија суочења.

### **1. Увод**

У кривичном поступку се кроз доказни поступак најпре утврђује чињенично стање, а затим се оно подводи под одредбе материјалног кривичног права, са циљем да се утврди да ли је окривљени извршио кривично дело које му се оптужбом ставља на терет и да ли има услова за изрицање кривичне санкције. У овом, често нимало лако задатку, по правилу учествује више лица са различитим правима и дужностима, од којих свако има своје мотиве и интересе. Латинска пословица каже да, као што се људи разликују по изгледу, тако се разликују и по нарави („*Ut forma homines, sic et natura differunt.*“). Тако, сведок у кривичном поступку може бити у потпуности незаинтересован за ток и резултат поступка, па

\* zeljko.mirkov@yahoo.com

\*\* „Ко чека ти не зна, тај неће схватити нити ће знати други да си ме спасила ти једина чекањем својим дугим.“ *Посвећено Бранки.*

у том смислу и не показивати нарочит напор да помогне у утврђивању спорних чињеница. Оштећени може преувеличавати улогу окривљеног приликом извршења кривичног дела или умањивати свој допринос, док ће се окривљени, који је и те како заинтересован за исход кривичног поступка, по правилу трудити да својом одбраном избегне доношење осуђујуће пресуде или да, у најмању руку, утиче на правну квалификацију кривичног дела које му се ставља на терет.

Положај окривљеног у кривичном поступку је посебно интересантан, јер се ради о лицу против којег постоји одређени степен уверења да је извршио кривично дело, који се током поступка може кретати од основа сумње, па до извесности. Коначан исход кривичног поступка може бити ограничење одређеног права окривљеног (на пример, права на слободу) или умањење његове имовине (изрицањем новчане казне). Због тога се не може рећи да је окривљени незаинтересован за ток и начин окончања поступка и за очекивати је да ће током поступка дати све од себе да одбрани своје интересе, па чак се и користити правом на лаж. Како истиче Златић, окривљени није правно овлашћен да говори неистину, али није правно дужан ни да исказује истину (Данић, 2001: 23).<sup>1</sup>

До неслагања у исказима лица која су саслушана или испитана током трајања кривичног поступка може доћи из разлога који се могу сврстати у две велике групе. Први разлог је околност да лице у свом исказу свесно описује да се догађај који је предмет оптужбе одиграо другачије од онога како се то десило у стварности, тј. да то лице даје намерно лажан исказ. У другом случају, исказ лица је погрешан, услед недостатака који се могу јавити код психичких функција које учествују у настанку исказа. Иако, по правилу, лажан исказ даје окривљени како би избегао доношење осуђујуће пресуде, ова врста исказа није страна ни сведоцима који желе да сведоче у корист окривљеног. Са друге стране и окривљени некада може погрешно опазити или интерпретирати одређену чињеницу, мада се претпоставља да је њему најбоље познато како се одиграо догађај који је предмет оптужбе.

Због наведеног, орган поступка посебно пажњу треба да поклони оцени веродостојности исказа окривљеног и начину на који ће, у ситуацији

---

1 До потврде првог дела ове тврдње долази се анализом одредаба нашег кривичнопроцесног законодавства, као и неких упоредноправних решења, где је уочљиво да закон експлицитно не помиње право на лаж. Са друге стране, да окривљени није дужан да говори истину приликом давања исказа, упућује одредба чл. 68 ст. 1 тач. 2 важећег Законика о кривичном поступку (2011), којом је прописано да окривљени има право да ништа не изјави, да ускрати одговор на поједина питања, *да слободно изнесе своју одбрану*, или да призна или не призна кривицу.



када пред собом има садржински различите изјаве, одлучити којем ће поклонити веру. Вредност доказа садржаних у исказу окривљеног утврђује се најпре појединачно, а затим упоређивањем са осталим доказима којима се утврђује постојање или непостојање чињеница, које образују чињенично стање одређене кривичне ствари (Ђурђић, 2006: 88).

Један од института кривичнопроцесног права који служе за проверавање исказа окривљеног јесте суочење.<sup>2</sup>

## 2. Суочење – законска регулатива

У нашем праву претечу суочења налазимо у доказном средству „свод.“ Одредба члана 180 Душановог законика говори о „своду“ као о доказном средству и начину за ослобођање од кривичне одговорности за дело крађе. Онај код кога је пронађена спорна ствар (тужени) могао је да се ослободи кривичне одговорности „давањем свода“ – тј. именовањем, означавањем лица од кога је спорну ствар прибавио (Ђорђевић, 2008: 204).<sup>3</sup>

У нашем кривичном поступку суочење не представља доказно средство, већ посебну процесну радњу која се састоји у провери раније датих исказа два лица који се тичу одређених спорних чињеница. Дакле, суочење се односи на проверу истинитости чињеница које су предмет доказивања и има везе са оценом исказа, тако да не спада у доказно средство. То је посебно „средство за разјашњавање сумњивих или противречних података окривљеника или сведока“ (Алексић, Шкулић, 2007: 212).<sup>4</sup>

Одредбом члана 89 Законика о кривичном поступку<sup>5</sup> регулисано је суочење окривљеног у кривичном поступку. Одредбом овог члана одређен је круг лица која се могу суочити са окривљеним, услов(и) под којим се суочење одређује и сама техника извођења суочења.

---

2 Поред суочења, постоје још два метода за проверавање исказа окривљеног. Први се огледа у дужности органа поступка да прати континуитет исказа окривљеног и његовој могућности, односно дужности да реагује уколико дође до промена у исказу. Други метод проверавања исказа окривљеног је препознавање лица или предмета (Бркић, 2014: 320, 321).

3 Суочење је установа која се задржала до данас, а према неким ауторима настала је у италијанским средњовековним поступцима (Zlatarić, Damaška, 1966: 320).

4 Са друге стране, према ставу Европског суда за људска права, суочење јесте доказно средство које омогућава оптуженом, у било којој фази поступка, да контролише доказе изнете против њега (Fenyvesi, 2009: 577).

5 *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014. У даљем тексту: ЗКП.

Окривљени може бити суочен са сведоком или другим окривљеним<sup>6</sup>, а могуће је суочење и сведока са другим сведоком или окривљеним.<sup>7</sup> Произлази да се суочење може одредити само између две особе, те да није могуће вршити суочење више лица истовремено.

Суочење није обавезна процесна радња, што проистиче из одредбе наведеног члана у којем стоји да окривљени „може бити суочен“ са наведеним лицима. Како је суочење само могућност о чијој примени одлучује орган поступка у сваком конкретном случају и став судске праксе је да није повређено право одбране када суд није извео суочење, иако је то окривљени предложио.<sup>8</sup>

До суочења долази када се исказ окривљеног не слаже са исказом другог окривљеног или сведока у погледу чињеница које су предмет доказивања. Предмет доказивања у кривичном поступку су релевантне чињенице које су у вези са применом одредаба кривичног материјалног или кривичног процесног права. Дакле, потребно је да се неслагања у исказу, чије је разјашњење битно за пресуђење кривичне ствари, односе на чињенице које чине обележје кривичног дела, или од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона или пак на чињенице од којих зависи примена одредаба кривичног поступка.<sup>9</sup> У супротном, одређивање суочења није потребно, јер оно неће имати утицај на утврђивање битних чињеница. Постојање разлике у исказима није једини услов за обављање суочења. Оно треба да буде у функцији правилног утврђивања чињеничног стања, па ће се применити само онда када се може очекивати да ће се тиме разјаснити неке важне чињенице или да ће суд моћи лакше да оцени исказе сведока или окривљених и да се определи коме ће поверовати (Mirošavić, 2007).<sup>10</sup>

Суочење се спроводи тако што се суочени постављају један према другом, па орган поступка од њих захтева да један другом понове своје исказе о свакој спорној околности и да расправљају о истинитости онога што су

---

6 Чл. 89 ст. 1 ЗКП.

7 На одредбе о суочењу сведока, примењују се одредбе о суочењу окривљеног из чл. 89 ст. 2 ЗКП.

8 Пресуда Врховног суда Србије, Кж. бр. 376/92 од 8. септембра 1992. године (наведено према: Илић, Мајић, Бељански, Трешњев, 2014: 305).

9 Види чл. 83 ст. 1 и ст. 2 ЗКП.

10 У питању је чланак „Суочење у кривичном поступку“, објављен у Билтену Округног суда у Београду бр. 76/2007, аутора Милосавић Владимира. Наведени чланак је аутору овог рада достављен без нумерације страница у електронској форми од стране издавача ове публикације, фирме „Intermex.“ Цитирани део се налази на првој страни електронске верзије текста.

исказали.<sup>11</sup> Из наведеног произлазе две битне ствари. Прва се тиче технике суочења, а друга се односи на то који орган током трајања поступка може одредити суочење. Техника суочења, на начин како је одређена у закону, одређује и његову суштину. Наиме, процесна радња суочења није просто накнадно саслушање лица у погледу тачака у којима се њихови искази не слажу, већ се састоји у томе да лица чији се искази не слажу једно другом (а не органу поступка) понове свој став у погледу спорних тачака исказа, и уколико се тако казане чињенице не подударају, дискутују о истинитости казаног и узроцима неслагања (Vasiljević, 1971: 284).<sup>12</sup> Дакле, суочење није накнадно саслушање, већ расправа суочених лица која су постављена „очи у очи“ о спорним деловима и истинитости исказа (Grubač, 2006: 231).<sup>13</sup> Имајући у виду да се органом поступка у смислу закона сматра јавни тужилац, суд или други државни орган пред којим се води поступак<sup>14</sup>, произлази да начелно ови органи могу одредити суочење. Ипак, у пракси је тешко замислити да суочење буде одређено у просторијама полицијске управе, када, на пример, јавни тужилац повери полицији извођење доказне радње испитивања сведока<sup>15</sup>, па овој доказној радњи присуствује окривљени или његов изабрани бранилац. Сматрамо да суочење свој прави смисао добија на главном претресу где се у пуном обиму остварује начело контрадикторности (расправности) које омогућава тужиоцу да изнесе чињенице којима поткрепљују оптужбу, а окривљеном околности које иде у прилог одбрани. У овој фази поступка окривљени је по правилу

---

11 Чл. 89 ст. 2 ЗКП.

12 У том смислу треба напоменути да одредбе чланова Законика о кривичном поступку из 1929. године, Закона о кривичном поступку из 1948. године, Законика о кривичном поступку из 1953. године и Закона о кривичном поступку из 1976. године нису на најбољи начин одређивале технику извођења суочења, па самим тим ни његову суштину. Тако у законском тексту из 1929. године у одредби чл. 158 ст. 2 стоји да ће се саучесници саслушати о свакој појединој околности, због које се међу собом не слажу и њихов одговор ће се унети у записник.“ Одредбе закона из 1948. године (чл. 160 ст. 2), 1953. године (чл. 214 ст. 2) и 1976. године (чл. 220 ст. 2) су идентичне – суочени ће се испитати о свакој околности у вези са којом се њихови искази међусобно не слажу, а њихов одговор ће се унети у записник. Овако одређеном суочењу недостаје елеменат контрадикторности, у смислу да искључује међусобно дискутовање лица о спорним околностима, а акценат ставља на орган поступка, којем лица код којих постоји неслагање у изјави поново исказују оно што су већ једном изјавила.

13 Тако сматра и: Simić-Jekić, 1983: 245. Другачије: Dimitrijević, 1972: 204. Овај аутор наводи да је суочење посебан вид сведочења, који се састоји у истовременом испитивању суочених чији се искази не слажу у погледу чињеница које су важне за расветљавање кривичне ствари.

14 Чл. 2 ст. 1 тач. 15 ЗКП.

15 У смислу чл. 299 ст. 4 ЗКП.

у познат са садржином исказа саслушаних и испитаних лица и другим доказима који га терете, будући да оптужница садржи образложење у којем ће се према резултату истраге описати стање ствари, навести докази којима се утврђују чињенице које су предмет доказивања, изнети одбрана окривљеног и становиште тужиоца о наводима одбране<sup>16</sup>, а оптужни предлог садржи предлог које доказе треба извести на главном претресу, са назначењем чињеница које би се имале доказати и којим од предложених доказа.<sup>17</sup> Наравно, окривљени има право да током поступка пред тужилаштвом присуствује извођењу доказних радњи и већ у тој фази буде упознат са исказима других лица, али се њихово извођење под одређеним условима може предузети и у његовом одсуству, па окривљени може остати у незнању у погледу тога шта је одређено лице изјавило. Из тог разлога сматрамо да је главни претрес фаза када је окривљени упознат са свим доказима који иду у прилог оптужби, па из тог разлога и суочење има највише смисла. На главном претресу председник већа може суочити саоптужене чији се искази о истој околности разликују<sup>18</sup> и то на начин предвиђен одредбом чл. 89 ЗКП, а може суочити и окривљеног и сведока.

Ток суочења и изјаве које су дали суочени, орган поступка ће унети у записник. На крају, дискусију и ставове суочених лица орган поступка уноси у записник, констатујући да ли је било промена у односу на почетни став суочених лица. У записник о суочењу се не уносе описи држања суочених лица, као што се такве констатације не уносе у записнике о другим саслушањима, тј. не уноси се логички и психолошки садржај суочених лица (Васиљевић, Грубач, 2002: 190; Илић et al., 2014: 305). Сматрамо да је опису и оцени држања суочених лица место у образложењу пресуде, односно решењу о одбачају кривичне пријаве тужилаштва, уколико овај орган оцени да је током споровођења доказних радњи нужно одредити суочење. У том смислу, интересантно је поменути одредбу о суочењу из Законика о кривичном поступку из 2006. године<sup>19</sup>, према којој је било предвиђено да ће се поред тока суочења и изјаве суочених, у записник унети и понашање суочених лица.<sup>20</sup> Међутим, судбина овог законског текста је била таква да никада није примењиван, иако је ступио на правну снагу.

---

16 Чл. 332 ст. 1 тач. 6 ЗКП.

17 Чл. 500 ст. 1 тач. 5 ЗКП.

18 Чл. 399 ст. 4 ЗКП.

19 *Сл. гласник РС*, бр. 46/2016 и 49/2007. У даљем тексту: ЗКП из 2006. године.

20 Чл. 97 ст. 2 ЗКП из 2006. године.

### 3. Криминалистичка правила и основи психологије суочења

За успешно спровођење суочења нужно је познавање одређених криминалистичких правила и смерница који су се у досадашњој пракси показали као најделиходнији. Указаћемо на неке до њих.

Суочење се мора добро припремити, што подразумева темељено упознавање предмета и прибављање података о лицима која ће бити суочена. При састављању плана суочења, треба: 1) формулисати питања и одредити њихов редослед; 2) одредити чињеницу на коју се односи питање; 3) утврдити шта су о томе раније исказали суочени и 4) наћи страну списа на којој се те изјаве налазе (Vodinelić, 1996: 237). Наведеним мерама треба додати још једну, која може имати значајан ефекат на утврђивање веродостојности исказа – утврдити које ће лице прво изнети свој став у погледу спорне околности која је предмет суочења. У том смислу, у литератури има изричитих ставова да увек прво треба да говори лице у чију је истинитост исказа уверен орган поступка (Šaver, Vinberg, 1948: 136), али сматрамо да ову одлуку треба донети имајући у виду околности сваког појединачног случаја.<sup>21</sup>

Врло је важно да суочење не буде само формално понављање раније реченог, већ да суочена лица међусобно расправљају о истинитости онога што су раније исказали (Вуковић, 2002: 95). Као и свако неслагање око неке околности и суочење носи опасност жустре расправе и свађе, посебно зато што се одиграва у атмосфери суднице и зато што су код окривљеног у питању много већи интереси, него када се ради о сучељавању мишљења у обичном животу. Стога орган поступка треба да спречи могућност да се суочење претвори у свађу, вређање или физички обрачун, те да суочење ограничи само на спорне околности.<sup>22</sup> Ово је један од разлога зашто се суочење према законском тексту може вршити само између два лица. Да се суочење врши између више лица чији се искази не слажу, са једне стране би постојала већа опасност од избијања конфликта (вербалног, па и физичког), док би се, са друге стране довео у питање квалитет спроведеног суочења, будући да би орган поступка испред себе имао више лица чије би реакције морао да посматра у светлу онога што та лица говоре.

---

21 Тако: Симоновић, 2004: 251; Vodinelić, 1996: 239. Водинелић наводи да ће одлука о томе зависити од убедљивости исказа и својства веродостојног лица, особина окривљеникове личности, да ли се он брзо сналази и опоравља одмах од тактичких удараца итд.

22 Суочени може да одговара за кривично дело увреде, а расправа треба да се креће у оквирима чињеница које су предмет доказивања (Пресуда Врховног суда Србије, Кзз. бр. 21/2002 од 14. јуна 2002. године и пресуда Окружног суда у Београду, Кж. бр. 1450/2003 од 22. маја 2003. године).

Циљ суочења је да се лица која се у својим исказима не слажу, изјасне о противречностима и да се непосредним објашњењем отклоне ненамерно настала неслагања, односно да се исказ који није истинит повуче под непосредним супротним тврђењем друге стране (Васиљевић, Грубач, 2002: 189). Да би се овај циљ остварио, тактички је неправилно, чак и опасно, да лица која ће бити суочена буду о томе унапред упозорена, што може имати за последицу да сведоци, односно окривљени дођу са унапред припремљеном стратегијом (Алексић, Шкулић, Жарковић, 2004: 354). На тај начин, окривљени који је дао лажан исказ има прилику да се унапред психички припреми за суочење и да „вежба“ своје држање и припреми исказ током његовог извођења, посебно ако зна да на супротној страни има лице којем су добро познате спорне околности и које зна да је окривљени исказивао другачије од онога како се критични догађај заиста догодио. Ово ће помоћи окривљеном да не одступи од свог лажног исказа и да исказ супротне стране код њега не изазове узбуђење и узнемиреност. Наравно, описану ситуацију није могуће избећи ако је предлог за суочење упућен од стране одбране.

Резултат суочења се може огледати у следећем: 1) свако остаје при свом исказу – противречност остаје неразјашњена; 2) једно од суочених лица у потпуности мења свој исказ – противречност је разјашњена и 3) делимична промена исказа – делимично разјашњење противречности. Циљ суочења се у пуном смислу остварује у другом случају, када нестане првобитна неусаглашеност у погледу битних чињеница. Међутим, поставља се питање шта може са психолошког аспекта довести до тога да лице које првобитно није говорило истину током суочења промени своју изјаву. Теже је лагати пред неким ко има знање о правом стању ствари, а посебно у ситуацији када се лажливац са том особом налази постављен један према другом („очи у очи“). Ток, атмосфера суочења и ситуација у којој се чињенице говоре окривљеном у лице проузрокују притисак, тензију и стрес који су у стању да (бар на експерименталном нивоу) пољуљају или чак сруше вољу и осујете намеру. Стога се као хипотеза истраживања суочења може узети да ће особа која лаже због тензије и психолошког притиска признати истину другом суоченом који поседује потпуно знање о правом стању ствари, будући да лажливац зна да је та особа лично опазила (чула и/или видела) догађаје, па стога и зна да је његова изјава лажна (Fenyvesi, 2010: 230, 233) У супротном, ако лажливац не зна да друга особа има непосредна сазнања о противречним чињеницама, то само може учврстити његову истрајност да остане код своје изјаве.

Када се говори о суочењу, а посебно његовом практичном значају, потребно је нагласити два битна момента. Прво, суочењу се приступа када постоје

одређене противречне чињенице у исказима суочених лица и приступа му се само изузетно, када се те чињенице не могу разјаснити другим доказима. Тога су свесни и окривљени, па је у пракси ретко да одступе од свог исказа. Из тог разлога орган поступка ову процесну радњу треба да предузима само када се ради о важним чињеницама које није могуће на други начин утврдити (Алексић, Шкулић, Жарковић, 2004: 354). Други битан моменат указује на сложену, правно-психолошку природу овог средства. Ради се о томе да се суочење у битном делу ослања на психолошка знања органа поступка који треба да процени којем ће од два супротстављена исказа поклонити веру. Ово није ни мало лак задатак, јер се орган поступка може наћи у ситуацији да нема других могућности да разјасни спорну чињеницу, осим суочењем, што га ставља у ситуацију да о спорним деловима исказа суочених лица суди на основу њихове симптоматске слике. Међутим, бројна емпиријска истраживања су показала да не постоји поуздан индикатор лажи.<sup>23</sup> Током суочења орган поступка испред себе има једну особу која говори истину у погледу одређене спорне чињенице и другу која о тој чињеници лаже (лажан исказ) или несвесно говори неистину (погрешан исказ). Претпоставка је да је особа која говори истину опуштена, да се лако и без нервозе изјашњава о спорним околностима, док је лаж комплексна активност која оставља трага на симптоматској слици лажљивца. Криминално-психолошка истраживања су показала да се одређене манифестације симптоматске слике могу указивати на потенцијалну лаж или лажну изјаву.<sup>24</sup> У ситуацији када орган поступка има могућност да испред себе посматра два лица која непосредно и „очи

23 На пример, анализа преко 100 случајева коју је спровео Вриј (*Vrij*) довела је до закључка да не постоји типичан знак/показатељ лагања (Баић, 2011: 29). Амерички професор Екман (*Ekman*) о лажи каже: „Људи би сигурно мање лагали када би мислили да постоји било какав сигуран знак лагања, али он, нажалост, не постоји. Не постоји знак обмане, сам по себи, ниједан гест, израз лица или трзај мишића који значи да неко лажно исказује, јер ниједан наговештај обмане на лицу, телу, у гласу или у речима није довољно поуздан.“

24 Указаћемо само на неке индикаторе лагања које у свом раду наводи Фењивеши (*Fenyesi*, 2010: 224–228). На пример, истраживање које су спровели Екман, Фризен и О’Саливен (*Ekman, Friesen, O’Sullivan*) указује да се особе склоне лажи мање смеју. Затим, резултати 18 истраживања Де Паола, Стоуна и Ласитера (*DePaolo, Stone, Lassiter*) су показала да се код лажљивца контакт очима продужава, што се објашњава претпоставком да се онај који лаже боји да ће бити ухваћен тренутак када скрене поглед, па супротно томе гледа у саговорника. Даље, супротно општеприхваћеном уверењу, особе које лажу не праве немирне, нервозне покрете (рука, нога и глава) и немају подмукло држање, управо зато што се намерно контролишу и покушавају да владају својим телом. Доказано је и да лажљивац мање гестукулира рукама зато што је усредсређен на вербалну, а не невербалну комуникацију. Такође, указано је и да се невербална комуникација може побољшати вежбом.

у очи“ расправљају о спорним чињеницама, њихово држање у стицају са оним што суочени исказују може код органа поступка створити утисак о томе којем исказу поклонити веру. Кроз суочење органу поступка може бити омогућено да непосредно „дживи“ исказе суочених лица. Реакције суочених лица на орган поступка могу оставити јак утисак и дубок траг – лица могу бити потресена исказом друге стране, показати висок степен емотивности, неверице, па чак и зgroжености. Овако оживотворени утисак, поткрепљен логичким резоновањем, може навести орган поступка да закључи које лице говори истину.

#### 4. Закључак

Суочење не представља доказно средство, већ посебан начин за оцену веродостојности исказа суочених лица. Претпоставке за његово одређивање су: 1) да се искази суочених лица не подударају у погледу чињеница које су предмет доказивања и 2) да се та неподударност не може отлонити на други начин.

Током поступка се могу суочити два окривљена, окривљени и сведок или два сведока. Окривљени може свесно лажно да исказује током поступка, али његов исказ може бити и погрешан, јер није добро опазио или интерпретирао одређену чињеницу. По овоме се исказ окривљеног не разликује од исказа сведока. Специфичност положаја окривљеног у кривичном поступку се огледа у томе што окривљени не може да одговара за давање лажног исказа и што исход поступка директно погађа његове интересе, па се не може рећи да је окривљени незаинтересован за ток и начин на који ће кривични поступак бити окончан.

Суочење је сложен институт кривичнопроцесног права. Поред примарног – кривичнопроцесног аспекта суочења, који одређује његову нормативну страну, нераздвојни и нужни за његово комплетно сагледавање јесу и криминалистички и психолошки аспект. Иако је готово немогуће унапред дати криминалистичка правила о извођењу суочења која би важила у сваком конкретном случају, треба имати у виду досадашња систематизована искуства која могу бити добра стартна основа за добру припрему суочења. Психолошки аспект суочења се огледа у опажању понашања и реакција суочених лица која међусобно расправљају о важним околностима. Уколико би орган поступка занемарио симптоматску слику суочених током дискусије и исказе само записнички констатовао, суочење не би имало никакав практични ефекат. Држање суочених лица помаже органу поступка да њихову дискусију стави у контекст њиховог проживљавања исказа, што уз логичко резоновање и слободну оцену



доказа, може помоћи у нимало лако задатку – којем од два садржински супротна исказа у погледу битних чињеница треба поклонити веру.

### Литература

Алексић Ж., Шкулић М., Жарковић М. (2004). *Лексикон криминалистике*. Издавач: Проф. др Живојин Алексић

Алексић Ж., Шкулић М. (2007). *Криминалистика*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Баић В. (2011). Детектовање лагања на основу посматрања невербалног понашања. *Безбедност*. 1. 28 – 42

Бркић С. (2014). *Кривично процесно право I*. Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду

Vasiljević T. (1971). *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*. Београд: Zavod za izdavanje udžbenika Socijalističke Republike Srbije

Васиљевић Т., Грубач М. (2002). *Коментар Закона о кривичном поступку*. Београд: Службени гласник

Vodinelić V. (1996). *Kriminalistika*. Београд: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva

Вуковић С. (2002). *Коментар Закона о кривичном поступку (са судском праксом, образцима и регистром појмова)*. Београд: Пословни биро

Grubač M. (2006). *Krivično procesno право*. Београд: Правни факултет Универзитета Union и Службени гласник

Dimitrijević D. (1972). *Krivično procesno право*. Београд: Savremena administracija

Данић Р. (2001). *Испит окривљеног у кривичном поступку*. Ниш: СБЕН

Ђорђевић, А. (2008). Доказно средство „свод“ у судском поступку код Словена. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 51. 197–207.

Ђурђић В. (2006). *Krivični postupak Srbije*. Ниш: Правни факултет

Zlatarić B., Damaška M. (1966). *Rječnik krivičnog prava i postupka*. Загреб: Informator

Илић Г., Мајић М., Бељански С., Трешњев А. (2014). *Коментар Закона о кривичном поступку*. Београд: Службени гласник

Mirosavić V. (2007). Suočenje u krivičnom postupku. *Bilten Okružnog suda u Beogradu*. 76.

Simić-Jekić Z. (1983). *Krivično procesno pravo SFRJ*. Beograd: Privredna štampa

Симоновић Б. (2004). *Криминалистика*. Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу

Fenyvesi Cs. (2009). Suočenje u svetlu međunarodnih dokumenata i u odlukama Evropskog suda za ljudska prava. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 2. 561–578

Fenyvesi Cs. (2010). Suočenje iz kriminalno-psihološkog aspekta. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1. 219–234

Šaver B. M., Vinberg A. I. (1948). *Kriminalistika*. Beograd: Prosveta

**Željko Mirkov, LL.D.**

*Senior Prosecutorial Assistant,*

*Basic Public Prosecutor's Office in Kikinda*

## **ON THE CONFRONTATION OF THE DEFENDANT IN CRIMINAL PROCEEDINGS**

### **Summary**

*Confrontation is a procedural action involving a direct discussion between two persons with an aim to eliminate the differences in their testimonies regarding the facts which are essential for adjudication of the criminal matter. It is an institute of criminal procedure law, which implies the central role of its legal component. However, in addition to the legal aspect, it is indisputable that confrontation contains criminalistic and psychological aspects as well. These three aspects have determined the structure of this paper. In the first part of the paper, the author explores the normative aspects of this procedural action, discusses the conditions under which confrontation may be ordered and elaborates on the application technique. The second part of the paper focuses on the rules in criminalistics related to the implementation of this procedural action, as well as to the psychological bases of confrontation. Further elaboration on the three aforementioned aspects is necessary for a complete understanding of this complex procedural action, which can be a useful method for determining the authenticity of a testimony.*

**Keywords:** *defendant, confrontation, regulation, criminalistic rules, psychology of confrontation.*

**Prof. Yury Pudovochkin,\***

*Doctor of law,*

*Head of the Department of Criminal Law Research,  
Russian State University of Justice, Moscow, Russia*

**Georgy Rusanov,**

*Candidate of law (Russia),*

*PhD student at the University of Turin (Italy)*

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

doi:10.5937/zrpfni1775235P

UDK: 343.71:930.85

UDK: 341.22:930.85

Рад примљен: 23.05.2017.

Рад прихваћен: 03.08.2017.

## **CRIMES AGAINST CULTURAL VALUES AS A BASIS OF INTERNATIONAL CRIMINAL RESPONSIBILITY**

**Abstract:** *The article discusses the problem of international criminal responsibility for crimes against cultural property. The authors consider three offenses against cultural values: smuggling of cultural values, destruction of cultural property, and theft of cultural property. The research of crimes against cultural values includes a number of issues: the nature of crimes against cultural values; the benefits of international or national character of responsibility for crimes against cultural values; the circumstances of commission of crimes against cultural property (e.g. the existence of an armed conflict); the objectives of the commission of crimes against cultural values (to export them as a treasure, to destroy the cultural heritage; to intimidate); the potential consequences of crimes against cultural values. On the basis of this program, the authors identify a number of models of crimes against cultural property. Each of these models is considered from the point of view of the possibility of international responsibility.*

**Keywords:** *crimes, cultural values, international law, smuggling.*

---

\* 11081975@list.ru

georgyrusanov@mail.ru

## 1. Introduction

The Cultural heritage is an important symbol of the existence of people and a state or civilization in general. Culture preserves the identity of a specific community of people. Without the existence of cultural heritage the link between generations is destroyed. Consequently, self-determination of the people is lost. Therefore, attacks on cultural values could potentially be used to destroy a specific ethnic or cultural community (Forrest, 2010).

Destruction of cultural heritage as a means of war has existed in the world since immemorial times (Jiri, 1999: 260-263). Suffice it to recall the shooting of the Great Sphinx in the Egyptian campaign of Napoleon. As a result, it was considerably damaged.

In recent years, a significant «contribution» in this direction was made by the ISIL (the Islamic State of Iraq and the Levant), which has embarked on a battle against the cultural heritage that is unacceptable to them. In particular, the following crimes against cultural property were committed by ISIL militants in 2015: the National Library of Mosul was detonated, as a result of which about 8 to 10 thousands of ancient books on culture, philosophy and history were destroyed; the tombs of the Shiite saint Muhammad binAli and Sufi religious leader Nizar Abu Baha al-Din were blown up; the Olympic Stadium in the Iraqi city of Ramadi was bombed (York, 2015: 22-23). According to the UNESCO data, about 10 thousand objects of cultural property are currently under the ISIL control. All of them are under the threat of destruction.

As a hypothesis of our research, we propose the following thesis: several crimes against cultural property have signs of international crimes according to the Statute of the ICC. Consequently, such crimes should be considered as international crimes.

## 2. Research data and methods

There is a system of crimes against cultural property in the laws of most states. This system includes several crimes: smuggling, destruction of cultural property, theft of cultural property. These three types of classic criminal offenses against cultural property will be considered by using a specific of research, which includes several important issues:

- 1) the nature of crimes against cultural values;
- 2) international or national character of responsibility for the crimes against cultural values;

- 3) the circumstances of crimes against cultural property (e.g. the presence of an armed conflict);
- 4) the objectives of the commission of crimes against cultural values (to export them as a treasure, to destroy the cultural heritage; to intimidate);
- 5) the potential consequences of crimes against cultural values.

As the basis of research, we will use the analysis of judicial practice of the International Criminal Court, the analysis of the practice of the Russian courts on issues relating to crimes against cultural values, and the results of a survey of legal scholars specialized in matters of international criminal law and protection of cultural property.

### **3. Results**

#### ***3.1. Smuggling of cultural values***

The smuggling of cultural values is one of the most common crimes against cultural property (Pridanov, Sherba, 2002: 282).

At the moment, the International Convention on mutual administrative assistance for the prevention, investigation and repression of Customs offenses (Nairobi, 9 June 1977) is the main international instrument related to the fight against smuggling, regardless of its subject matter. According to art. 1 of the Convention, the term “smuggling” means fraud of the Customs consisting in movement of goods across a Customs frontier in any clandestine manner.

In 2015, the UN management representative on Drugs and Crime (J. Brandolino, 2015) noted that the smuggling of cultural property is a source of huge illegal profits. According to the UN statistics, the annual income of transnational criminal activities related to cultural values can range from 3.4 to 6.3 billion, i.e. 0.8 % of all illicit financial flows.

As a rule, the nature of smuggling of cultural values is economic. The cultural property is moved across the border for the purpose of subsequent pecuniary interest, i.e. for sale. Yet, in recent years, the nature of smuggling cultural property has changed. So, during the «round table» held at the UNESCO headquarters in Paris in 2016, which was dedicated to the fight against trafficking in cultural property, it was noted that the conflicts in Iraq, Syria, Libya and Yemen directly contributed to a surge of illicit trade in archaeological objects. The income from such trafficking is used to finance terrorism. Therefore, once a purely economic crime, the purpose of which was to obtain illegal income, smuggling of cultural property has become a crime related to a complex array of actions aimed at the commission of a socially dangerous acts (e.g. terrorism).

In modern jurisprudence, the issue of national or international jurisdiction concerning the criminal liability for smuggling cultural values is usually resolved in favor of the national law. As a rule, a state of export of cultural values has the pre-emptive right to punish.

Our study of the Russian judicial practice has shown that the export of cultural values outside the Russian Federation was recorded in 95% of cases of criminal liability for smuggling. This is largely due to the fact that the state (Russia is not an exception) is interested in the preservation of its cultural heritage. Consequently, the state is mainly trying to fight against the export of cultural property.

Meanwhile, smuggling is a displacement of an object from one country to another. Thus, there are two interested countries. The moving of cultural heritage within the administrative territory is not smuggling. The international character of this crime is determined by its essence.

The circumstances of committing an act of smuggling are an important factor, reflecting the social danger of smuggling cultural property. Above all, it refers to the presence of an armed conflict. During an armed conflict, the parties in conflict often illegally transfer cultural values to their territory. The typical example is the Second World War. For example, it is well known that a huge number of cultural values was illegally moved from the USSR to Germany; the search of famous Amber Room is still underway. It causes significant damage to the country of origin. According to a special protocol to the Convention on the Protection of Cultural Property in the Event of an Armed Conflict, each High Contracting Party undertakes an obligation to prevent the exportation of cultural property from an occupied territory during an armed conflict, as it is defined in Article I of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of an Armed Conflict, signed at the Hague on 14 May, 1954. Thus far, the Protocol has been ratified by 87 states (the Convention was ratified by more than 100 countries). According to Article 11 of the Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, the export and transfer of ownership of cultural property under compulsion arising directly or indirectly from the occupation of a country by a foreign power shall be regarded as illicit. Thus, the international law prohibits the export of cultural property from an occupied territory during an armed conflict. Such a prohibition envisaged in the international law can potentially be the basis for international responsibility.

Notably, under this Convention, the import, export or transfer of the ownership of cultural properties effected contrary to the provisions adopted under this Convention by the States Parties will be illicit. Therefore, the ban extends not

only to cases of international conflicts. The aim of the criminal act is another factor that should be taken into account when determining the nature of criminal responsibility for the smuggling of cultural property. The economic benefit is the main purpose of smuggling cultural property. Our expert survey and the analysis of the practice of the Russian courts showed that smuggling of cultural values had economic reasons in 90% of cases. Other cases are usually linked to the export of cultural property belonging to the defendant. But, the movement of such values across the border is restricted or prohibited.

The smuggling of cultural values in armed conflict zones is generally associated with the desire to obtain material resources. Cultural values are perceived as trophies and means of material enrichment. For example, according to the UN, one of the ISIL financial sources is the trafficking of cultural goods, including trafficking on the territory of European countries.

To sum up, it should be noted that there are two models of smuggling of cultural values:

A) *The smuggling of cultural values committed for purely economic reasons.* The subject matter of such smuggling is the cultural property acquired legally or illegally (according to interviews with experts, this model is found in about 95% of all cases of smuggling of cultural values).

B) *The smuggling of cultural values illegally acquired in the armed conflict zone.* The purpose of such smuggling is basically economic interest but the income derived from the sale of cultural values can be used to fund future terrorist acts (according to the survey of experts, this model of smuggling of cultural values occurs in about 5% of all cases of smuggling of cultural values).

### **3.2. Destruction of cultural values**

The destruction of cultural property is also one of the most common offenses against cultural property. The UNESCO periodically provides information on systematic actions aimed at the destruction of cultural heritage. For example, in 2013, the UNESCO was informed about the looting of the national museum of Malawi in El-Minya in Upper Egypt and the destruction of several religious monuments, including churches and mosques in Upper Egypt, El Fayoum and Cairo. In 2015–2016, many cultural artifacts were destroyed in Syria and other countries of the East (York, 2015: 22). At the same time, in judicial practice, there are cases involving the destruction of cultural heritage by individuals. For example, in 1975, the Rembrandt's painting "Night Watch" was cut by an unemployed teacher Wilhelm von Rajk. In 1985, Rembrandt's "Danae" in the

Hermitage was spilled with acid, and then cut. The listing of similar examples involving the destruction of cultural values can be continued.

The UNESCO Declaration adopted in 2003, concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage states that a State which intentionally destroys or intentionally fails to take appropriate measures to prohibit, prevent, stop, and punish any intentional destruction of cultural heritage of great importance for humanity, whether it is inscribed or not in the list maintained by UNESCO or another international organization, bears the responsibility for such destruction to the extent provided for by the international law. States should take all appropriate measures in accordance with the international law, to establish jurisdiction over and provide effective criminal sanctions against those persons, who commit or order to commit acts of intentional destruction of cultural heritage of great importance for humanity, whether it is inscribed or not in the list maintained by UNESCO or another international organization.

Considering the nature of the destruction of cultural property, it should be noted that it is usually related to two aspects: personal and political. In this case, the nature of the destruction of cultural property is largely determined by the purpose of the act. The following purposes of destruction of cultural values should be noted:

a) *Intimidation of population.* The cultural heritage is destroyed by one of the belligerents in order to realize its military goals. In particular, it was the tactics of Nazi Germany during the Second World War. In recent years, cultural values are destroyed by the ISIL. Speaking on the deliberate destruction of Syria's precious heritage (in particular the archaeological sites of Palmyra and the Old City of Aleppo), Libya, Yemen and Iraq, the UNESCO Director-General said: «The intentional destruction of cultural heritage is a military crime, used as a tactic of war, designed to spread fear and hatred. The target of violent extremists is the culture, as they are well aware that their actions weaken the social structure and have a pernicious effect on the ability of the population to resist».

A similar statement was made by the UNESCO Director-General on the situation in Iraq. She condemned the destruction of the ancient city of Nimrud in Iraq. She urged the international community to speak in one voice in defense of Iraq's cultural heritage. Irina Bokova has called the incident as a «criminal folly» and a war crime. The Head of UNESCO reported on the appeal to the International Criminal Court and the UN Security Council.

b) *Political and ideological protest.* Cultural values are a good target to attract attention in order to express one's political dissent. For example, it was exactly the cause of destruction of Rembrandt's «Danae» in the Hermitage. Persons who ostentatiously destroy cultural sites of avant-garde, modernist and post-



modernist persuasion under the guise of protecting traditional religious values (and viceversa) have similar motivations.

c) *Deprivation of a group's particular national, ethnic, linguistic, religious and cultural identity.* As many national traditions are transmitted through culture and art, the widespread destruction of cultural heritage may be one of the steps aimed at the oppression of a particular national, ethnic, linguistic or religious group.

d) *Destruction of economic potential.* Culture has a serious economic potential. Many countries base their economy on tourism, associated with visiting cultural heritage sites. Hence, destruction of cultural objects can cause substantial damage to the country's economic potential.

The issue of international or national character of responsibility for the destruction of cultural property is of great importance. At present, the majority of national criminal laws establish liability for the destruction of cultural property. In international criminal law, the responsibility for crimes against cultural property is considered, as a rule, in the context of war crimes. Thus, according to Art. 3 of the ICTY Statute, seizure, destruction or willful damage done to the institutions dedicated to religion, charity and education, the arts and sciences, historical monuments and works of art and science are considered as a violation of the laws or customs of war.

A similar rule is contained in the ICC Statute. According to this act, intentional attacks against buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historical monuments, hospitals and places where the sick and wounded are situated, provided they are not military objectives, are considered the war crime. The elements of this crime are:

a) The perpetrator struck a blow.

b) The object of the attack was one or more buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historic monuments, hospitals or places where the sick and wounded are collected, which were not military objectives.

c) The perpetrator deliberately chose as the object of the attack such building or buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes, historical monuments, hospitals or places where the sick and wounded are situated, which were not military objectives.

d) The conduct took place in the context of an armed conflict not of international character and was associated with it.

e) The perpetrator was aware of factual circumstances that testified to the existence of an armed conflict.

Currently, international liability for the destruction of cultural values is highly limited:

a) *The List of items related to cultural values is restricted.* Based on the elements of the crime, the international responsibility can take place only for attacks on buildings dedicated to religion, education, art, science or charitable purposes and historical monuments. At the same time, certain cultural values or their collections are not included into this list.

b) *The presence of a military conflict is a mandatory circumstance of the destruction of cultural property.* Therefore, it is necessary to consider this circumstance in detail. In the present judicial practice, it is assumed that the nature of conflict has no significance, i.e. it may be international or non-international. Thus, Jokic (case *The Prosecutor vs Jokic M., IT-01-42-1*) and Strugar were convicted for the destruction of cultural property under Article 3 (d) of the Charter. Concurrently, the nature of conflict was not clear. According to the ruling, Article 3 can be applied in both cases. The destruction of cultural heritage is raised to the level of international crime in the following cases:

(A) The act has led to the destruction of values that constitute the cultural or sacred heritage of the people;

(B) The destroyed property was not used for military purposes at the time of hostilities;

(C) The act was carried out with the aim to destroy these values.

Thus, the nature of the conflict is irrelevant for recognizing the act as an international crime. Cultural values are destroyed on a large scale, not only in times of an armed conflict. For example, the act may be aimed at oppressing a particular social, ethnic, religious, racial or linguistic group. Such a situation is possible, for example, in the form of destruction of books published in a rare language, spoken by a certain group of people, in order to destroy the cultural and linguistic identity of the group. A well-known historical example of burning of books is the destruction of more than 1.2 million books in Chisinau and more than 250 thousand books in Tiraspol, which happened in 1941 in the period of policy of Romanization after the Romanian troops occupied Bessarabia. All the books written in non-Romanian languages were destroyed.

The question of possibility of the international criminal responsibility for the destruction of cultural heritage is of great importance for determining the extent of the destruction of cultural property. Of course, in most cases it is impossible to speak about international liability for destruction of any individual objects, except when the object is so special and important for a state or nation that its destruction causes irreparable harm.

Therefore, typical model actions in case of destruction of cultural property are as follows:

- a) Destruction of one or more objects of cultural heritage by an individual;
- b) Organized destruction of certain cultural values during an armed conflict;
- c) Organized destruction of certain cultural values without an armed conflict;
- d) Organized massive destruction of cultural values during an armed conflict;
- e) Organized massive destruction of cultural values without an armed conflict.

In our opinion, in case of large-scale destruction of objects of cultural heritage, the destruction complies with the criteria of international crimes according to the ICC Statute, such as: “the seriousness of the offense” and “the concern of the international community.”

### ***3.3. Theft of cultural property***

Theft of cultural property is one of the most common crimes in the world today. To a large extent, this type of crime is due to economic reasons because of the high cost of items of cultural heritage (Kuligin, 2002: 31-33). There are many well known examples of theft of certain cultural values. For example, the world’s most famous painting “Mona Lisa” by Leonardo da Vinci was stolen in 1911; Rembrandt’s self-portrait was stolen from the National Museum in Stockholm, Sweden, in 2000. The list could be continued. In particular, large-scale theft of cultural property took place during the Second World War. Until now, numerous international commissions have been trying to resolve the issues of return of cultural property to their rightful owners.

By its nature, the theft of cultural property is an economic crime. The perpetrator of this crime usually steals cultural values in order to obtain economic benefits. The beneficiaries may be individuals on whose behalf the theft was committed, as well as the states which obtain cultural properties as war trophies. It should be noted that the theft of cultural property, as a rule, is directly related with the previously discussed smuggling of cultural values. These crimes often have a single chain of events: a cultural property is stolen and exported to the territory of another country (Fomichev, 2005: 180-181).

A theft of cultural property, as a rule, is a crime according to the national criminal law. Almost every state sets its own legal protection of cultural heritage from criminal attacks. In most cases, it does not matter whether properties belong to the state or private citizens. The nature of liability for the theft of cultural

property is a question of circumstances of the crime. As in other crimes against cultural property, the first one is the presence of an armed conflict.

During an armed conflict, there is theft of cultural property organized by the state and theft of cultural property committed by individuals directly involved in armed conflicts (individuals officially serving in the armed forces of one of the parties involved in the conflict). Also, theft of cultural property can be committed by individuals who are not direct parties to the conflict (the so-called marauding). It should be noted that the percentage of stolen cultural properties during an armed conflict is not more than 10-15% of the total number of stolen cultural properties (70% of the surveyed experts called this percentage).

The question of the scale of such thefts is of great importance for consideration and classifying specific cases of thefts of cultural property as international crimes. Most thefts of cultural property imply a theft of one or more cultural values. Concurrently, there have been cases of large-scale thefts in history (e.g. previously noted cases during the Second World War). It should be noted that a large-scale theft may be associated with a single object which has a special historical or cultural importance, such as the Amber Room which was stolen by Nazi Germany and exported from the USSR during the Second World War.

In general, there are the following typical models of thefts of cultural values:

- a) theft of one or more objects by individuals in their own interests in times of peace;
- b) theft of one or more cultural values by individuals during an armed conflict (either as direct participants of an armed conflict or not);
- c) large-scale organized theft of cultural properties under the auspices of the State during an armed conflict.

#### **4. Discussion**

In this part of our research, we will consider the possibility of recognizing typical models of actions related to the commission of offenses against cultural properties as international crime.

1. *Smuggling of cultural values acquired by legal or illegal means for economic reasons only.* Such model can be organized and unorganized. Thus, smuggling can be committed by individuals and by organized criminal groups, specializing in smuggling cultural values. However, such an act cannot satisfy the criteria of an international crime: “the seriousness of the offense” and “the concern of the international community.” As a rule, such cases do not have large-scale consequences. Therefore, the perpetrator should be prosecuted in accordance

with the national criminal law (this approach is supported by 100% of the surveyed experts).

Despite the lack of international responsibility, this model of smuggling cultural values has an international character. Smuggling cultural values always requires moving an object across the border. Consequently, the cooperation of States in combating this crime and return of cultural values is essential.

2. *Smuggling of cultural values acquired in the armed conflict zone.* This issue is much more complicated and controversial, and should be considered from two aspects: a) organized smuggling of cultural values under the auspices of the state on the occupied territory; and b) smuggling committed by individuals during an armed conflict.

Organized smuggling of cultural values during an armed conflict suggests a sequence of actions to implement the intention of the State party in the conflict to export cultural values to the territory of another state. This is the most dangerous form of smuggling of cultural values, implying large-scale activities of the state.

In this regard, the issue of compliance of such offence with the criteria of an international crime should be considered. The most comprehensive account of such criteria was set out in the Statute of the ICC: “the seriousness of the offense” and “the concern of the international community”. Despite the fact that the criteria are evaluative, we believe that a large-scale smuggling of cultural values from one country to another during an international conflict will certainly cause significant harm to the victim and the State which violates the basic norms of human behavior. A particular problem is the case when the official authorities approve such activity, which should be the matter of concern of the international community. Our expert survey showed that 85% of respondents believe that a large-scale smuggling of cultural property committed during an armed conflict must be considered as an international crime. At the same time, 60% of the surveyed experts believe that such liability is possible only in case of an international conflict, while 40% of experts believe that such responsibility should be applied in case of both international and internal conflicts. It seems that the nature of conflict is essential for this kind of smuggling. Displacement of cultural heritage within the administrative territory has no signs of smuggling because there is no movement of the object across the border. Consequently, it cannot be considered an international crime. The classification into a specific type of international crime is a debatable issue when it comes to a large-scale smuggling of cultural property during an armed conflict. It seems that specific circumstances of commission of the crime indicate that such an act must be considered as a war crime.

The second aspect of the issue is related to cases where the smuggling of cultural values during an armed conflict was committed by individuals. As a rule, such actions during armed conflicts occur either for economic reasons (easy extraction of money) or for any personal reasons (desire to collect memories). There are two situations: the crime is committed by a person who is a participant of the conflict (combatant), and the crime is committed by a person who is not a participant of an armed conflict (noncombatant). We believe that both variants of action do not contain the features of international crime because they have no serious effects typical for such acts (this approach is supported by 98% of the surveyed experts). However, smuggling of cultural values committed during an armed conflict is an increased public danger. Consequently, the commission of such acts should entail more strict punishment, but according to the rules of the national criminal law.

3. *Destruction of one or more of the objects of cultural heritage by an individual is committed for personal reasons.* Such actions cannot have a large-scale character although the cost of the destroyed object can be quite large. Nevertheless, such an act does not correspond to features of international crime, both in terms of the seriousness of the offense and the concerns of the world community. In this case, the perpetrator may be subject to criminal liability under the rules of the national criminal law; notably, 100% of surveyed experts supported the approach that the destruction of one or more objects of cultural heritage by an individual shall not be subject to international criminal liability.

4. *Organized destruction of certain cultural values during an armed conflict.* As a rule, this type of destruction of certain cultural values has political and ideological reasons. For example, the destruction of important historical, religious or cultural symbols of the enemy provides a psychological advantage or spreads fear. Great and important objects are usually chosen in such cases. International responsibility for the destruction of such objects is set in contrast to a number of other attacks on cultural values. Under the ICC Statute, international responsibility may occur only for attacks on buildings dedicated to religion, education, art, science, charity and historic monuments. Thus, it is recognized that this act corresponds to the features of international crime. Notably, 92% of surveyed experts supported the idea that the organized destruction of certain cultural values during an armed conflict is an international crime.

The question of considering this act as one of the forms of international crime is not relevant due to the fact that the international liability for the commission of this act is set in a number of international instruments, which have recognized that such a crime is a military crime.

5. *Organized destruction of certain cultural values without an armed conflict.* This model is quite rare but possible. For example, it is possible when, inside a particular state, a national, racial or religious group destroys some important cultural property belonging to another group. This may occur to intimidate a group and to terminate cultural traditions, as well as to destroy the cultural identity of the group. Such organized actions are especially dangerous because they are part of the policy pursued by the state authorities. The current international criminal law does not establish liability for the commission of such acts. However, in our opinion, the organized destruction of certain cultural values without an armed conflict, but aimed at intimidation of a particular social community or elimination of the cultural identity of the group, corresponds to the features of an international crime specified in the ICC Statute. Such actions should be part of the policy aimed at oppressing of a specific group of people. Cultural values have special cultural and historical significance to a particular community of people (ethnic, linguistic, racial or religious group). The need to establish international liability for this crime was supported by 75% of the surveyed experts.

The question of classifying this crime into a specific type of type international crime is more complicated. We believe that crimes against humanity are the most appropriate type of the criminal acts for the organized destruction of certain cultural values without an armed conflict. We consider this issue in the light of features of crimes against humanity under the ICC Statute. According to Article 7 of the ICC Statute, «crime against humanity» means any of the following acts when committed as a part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, accomplished deliberately. Thus, a widespread or systematic attack against any civilian population is a mandatory feature of crimes against humanity.

According to the ICC Statute, “an attack directed against any civilian population” means a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1 against any civilian population, pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such an attack.

Therefore, the first important aspect is whether we can consider the destruction of cultural property as a kind of an attack on the civilian population. The ICC Statute lists mainly physical acts: murder, rape, torture, etc. However, in our view, the destruction of cultural heritage is a form of psychological violence against a certain group of people. Therefore, it can be considered as a form of an attack on civilians. It should be noted that 65% of the surveyed experts agreed that the large-scale destruction of cultural heritage should be considered as an attack on civilians. “Widespread” and “systematic” attacks are two features of crimes against humanity. In theory, the international criminal law, as a rule, relates

“widespread attacks” to the number of victims of attacks (Cryer, 2007:195). It should be noted that the practice of the International Criminal Court extends this approach. Large-scale attacks are associated not only with the number of victims of abuse but also with the width of the area of attacks. In particular, in the matter of *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, the Court pointed out that the attack on the part of the civilian population of Darfur was widespread in nature because it was directed against at least hundreds of thousands of people and was carried out over large areas of Darfur region (*Case: The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09*). In case of destruction of certain cultural values, the extent can be related to the number of potential victims of such acts, i.e. the number of persons for whom the destroyed items were of particular cultural value.

There are several approaches to the feature “systematic” for crimes against humanity.

According to some researchers, “systematic” means carefully organized activities related to the conduct of a common policy related to crimes against humanity with the participation of public resources. An example is the case of *The Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein*. It was pointed out that there are reasonable grounds to believe that the attacks perpetrated by the Sudanese Armed Forces and/or the formation of militia “Janjaweed” were made in the context of a systematic and large-scale campaign. The campaign was based on public policy, which included attacks against the civilian population, mostly belonging to the Fur, Masalit and Zaghawa. These peoples were considered as the supporters of the rebels (*Case: The Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein, ICC-02/05-01/12-2*).

According to another point of view, the “systematic” character means planning of the commission of such acts by the supreme bodies of the state power, the scale and the continuity of crimes, the use of significant resources (Cryer, 2007:195).

There is another specific position in the case *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*. It was stated that acts of violence were systematic because they followed largely the same schema (*Case: The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09*).

In our opinion, the sign of the systematic destruction of certain cultural values is an organized and deliberate character of such actions on the part of the supreme bodies of the state power. At the same time, such destruction must be part of the common policy aimed at the suppression of a particular community.



6. *Organized massive destruction of cultural values without an armed conflict.* Some signs of this crime are overlapping with the previously considered one, in particular, “attacks directed against any civilian population”.

The necessity of envisaging the international responsibility for the crime was supported by 82% of surveyed experts. In our opinion, the offense such as the previous one should be considered as a crime against humanity. A widespread destruction of cultural values in this case can be characterized both by the number of potential victims of the crime and by the number of destroyed cultural values. The systematic character of destruction of cultural values in this case can also be expressed in the organized nature of such offences on the part of higher authorities and the frequency of such acts.

7. *Organized massive destruction of cultural values during an armed conflict.* The signs of this model are very similar to the signs of destruction of certain cultural values during an armed conflict. Nevertheless, there is a significant feature associated with the fact that the international responsibility does not work every time for such an act. For example, the destruction of the library containing a large number of books is a military crime under the ICC Statute. However, the destruction of objects of cultural heritage (for example, a large number of books) is not a war crime under the ICC Statute. This approach seems to be illogical. In our view, organized offences during an armed conflict, sanctioned by a state and aimed at the destruction of certain cultural values, comprise the features of an international crime (the seriousness of the offense, the concern of the international community). Consequently, a massive destruction of cultural property during an international armed conflict must be treated as a war crime. A total of 78% of surveyed experts supported this approach.

8. *Theft of cultural property is a theft of one or more objects by individuals in their own interests in peacetime.* This model is common. Such an act does not correspond to the features of an international crime listed in the ICC Statute. Even the theft of the most valuable cultural property unconnected with an organized policy of any state cannot have serious consequences for the world community. Consequently, such an offence should be punished only by the rules of the national criminal law. A total of 100% of surveyed experts supported this thesis.

9. *Theft of one or more cultural values by individuals during an armed conflict.* This model is more complex in terms of assessing the possibility of international responsibility. In this case, it is necessary to consider two possible developments. The first case is related to the theft of objects by individuals. Such cases are common during an international conflict and, in most cases, civilians are the victims of these actions. It seems that this should be considered as a military crime. However, the offences of individuals that violated the international law

without the general policy of the State must not be considered as international crimes. This is due to the fact that such actions of individuals cannot contain signs of an international crime. In this case, liability is possible only under the national criminal law. It should be noted that 95% of polled experts supported this thesis. The issue of a theft of certain cultural values within a unified policy of the state is solved differently, for example, when there is a specific purpose to steal the cultural values belonging to other participants of the conflict. These organized actions supported by the leadership of a state in the event of significant damage as a result of the theft should be considered as an international crime. The situation of an armed conflict suggests that such an offense is a military crime. A total of 68% of polled experts supported this approach.

10. *Large-scale organized theft of the cultural property under the auspices of the State during an armed conflict.* There are two aspects of this model: when the authorities give the order to plunder a particular area, and when they try to find objects of cultural heritage for the purpose of their subsequent exportation. In both cases, it seems that the patronage of the state makes such actions an international military crime. Such actions may cause great damage because of a large-scale nature of the offence. At the same time, the scale of such acts is difficult to control. A total of 85% of surveyed experts supported the view that a large-scale organized theft of the cultural property under the auspices of the State during an armed conflict should be regarded as an international crime.

## 5. Conclusions

Summarizing the investigation of various models of attacks on cultural values, a number of theses should be allocated:

1. International responsibility for attacks on the cultural property at present is selective and covers only some possible models of crimes against cultural heritage. International responsibility for crimes against cultural property should be expanded by including a series of acts.
2. The following models of attacks on cultural values should be considered as international war crimes:
  - a) Large-scale smuggling of cultural property committed during an international armed conflict;
  - b) Organized (under the patronage of the state) destruction of certain cultural property during an armed conflict;
  - c) Theft of one or more cultural values by individuals during an armed conflict as part of common policy of a State.

d) Large-scale organized theft of cultural property under the auspices of the State during an armed conflict.

3. The following models of attacks on cultural values should be considered as crimes against humanity:

a) Organized (under the patronage of a state) destruction of certain cultural values of particular historical, cultural and religious significance to a particular group of persons without an armed conflict in order to intimidate a certain community of people, differing on national, racial, social or linguistic grounds.

b) Organized (under the patronage of a state), large-scale destruction of cultural values without an armed conflict to intimidate a certain community of people, differing on national, racial, social or linguistic grounds.

## References

Kuligin, V. (2002). *Criminal law protection of cultural values*. Khabarovsk, 2002. [Кулыгин В. В. *Уголовно-правовая охрана культурных ценностей*. Хабаровск. 2002].

Pridanov, S., Sherba S. (2002). *Crimes against culture values*. Moscow, 2002. [Приданов С. А., Шерба С. П. *Преступления, посягающие на культурные ценности: квалификация и расследование*. Москва, 2002].

Cryer, Robert; Hakan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurts (2007). *International criminal law and procedure*. Cambridge University Press, 2007.

Fomichev, S. (2005) Smuggling of cultural values: dis...cand of law. Ulyanovsk, 2005. [Фомичев С. А. *Контрабанда культурных ценностей: Дис...канд. юрид. наук*. Ульяновск, 2005].

Forrest C. (2010). *International law and the Protection of cultural values*. London–New-York, 2010.

Jiri, T. (2009). *Cultural property in war: improvement in protection*. Paris, 2009.

York, R. (2015). *Know thy Enemy. Islamic State of Iraq and the Levant*. London, 2015.

Case: *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* // ICC-02/05-01/09-1.

Case: *The Prosecutor v. Abdel Raheem Muhammad Hussein* // ICC-02/05-01/12-2.

Case: *The Prosecutor v. Jokic M.* // IT-01-42-1

**Проф. Јури Пудовочкин**, доктор правних наука,  
Управник катедре за кривичноправна истраживања,  
Руски државни Универзитет правде, Москва, Русија  
**Георги Русанов**,  
Кандидат за доктора правних наука (Русија),  
Докторанд Универзитета у Торину (Италија)

## **КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ КУЛТУРНИХ ДОБАРА КАО ОСНОВ КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ**

### **Сажетак**

Чланак се бави питањем међународне кривичне одговорности за кривична дела против културних добара. Аутори анализирају кривична дела против културних добара: кријумчарење културних добара, уништавање културних добара и крађа културних добара. Истраживање кривичних дела против културних добара обухвата низ питања: природа кривичних дела против културних добара; користи од међународног или националног карактера одговорности за кривична дела против културних добара; околности вршења кривична дела против културних добара (нпр. постојање оружаног сукоба); циљеви вршења кривичних дела против културних вриједности (да се извозе као благо, уништи културно наслеђе, застраши); могуће последице кривичних дела против културних добара. На основу тога, аутори идентификују низ модела кривичних дела против културних добара. Сваки од ових модела се посматра са становишта могуће кривичне одговорности у међународном праву.

**Кључне речи:** кривична дела, културна добра, међународно право, кријумчарење.

## II СУДСКА ПРАКСА

---



**Др Филип Мирић,\***  
Стручни сарадник за наставу  
Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

СУДСКА ПРАКСА  
doi:10.5937/zrpfni1775255M

UDK: 342.72:347.962.6

Рад примљен: 30.04.2017.  
Рад прихваћен: 08.06.2017.

## **ПОВРЕДА ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ (СЛУЧАЈ РИСТИЋ ПРОТИВ СРБИЈЕ)**

**Апстракт:** Право на суђење у разумном року је саставни део права на правично суђење које је прокламовано чланом 6 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Највећи број поступака који је вођен пред Европским судом за људска права имао је за свој предмет управо накнаду штете због повреде права на суђење у разумном року. Од мноштва сличних случајева у раду је анализиран случај Ристић против Србије (представка бр. 32181/08 из 2008. године), који илуструје сву погубност предугог трајања судских поступака у случајевима извршења кривичног дела недавање издржавања на штету малолетних лица. Овај случај је интересантан и из разлога што је Европски суд за људска права право на суђење у разумном року сагледавао из угла жртава кривичних дела, а не из угла окривљених, како се то обично чини.

**Кључне речи:** суђење у разумном року, недавање издржавања, Европски суд за људска права.

### **1. Увод**

Задатак покренутог кривичног поступка се огледа у законитом и правилном расветљењу и решењу кривичне ствари. Но, да би реални животни догађај добио правни израз, потребно је да се обезбеде оптималне процесне претпоставке за изражавање супротстављених теза оптужбе и одбране (Кнежевић, 2004: 209). У оквиру остваривања овог задатка од изузетног је значаја поштовање људских права учесника у кривичном поступку, које представља огледало демократског друштва. Посебно је важно обезбедити њихово поштовање приликом вођења судског поступка, односно онда

---

\* filip@prafak.ni.ac.rs

када се појединац налази у интеракцији са државом, оличеном у виду њених органа надлежних за обезбеђење поштовања захтева, којима она нормира понашање појединаца. Додатну тежину носи са собом поступање према окривљеном током вођења кривичног поступка (Илић, И, 2012: 211). Поштовање људских права није од значаја само за окривљеног, већ и жртву која у кривичном поступку има положај оштећеног. Ово је нарочито значајно када се у улози жртве нађу малолетна лица, која своја права у поступку не остварују самостално, већ уз помоћ законског заступника. Оваква правна ситуација се често јавља у случају извршења кривичног дела недавања издржавања.

Недавање издржавања свакако представља облик економског насиља. Ово насиље је посебно погубно уколико се у улози жртве нађу деца. Основна карактеристика приступа насиљу над децом је да оно буде друштвено сагледано, да не остане сакривено у оквирима породице и да се сузбија мерама социјалне контроле (Константиновић-Вилић, Николић-Ристановић and Костић, 2012: 128). У средишту свих ових процеса, како правних, тако и ванправних, требало би да буде жртва, а не само учинилац кривичног дела. Тога је свестан и законодавац, па је кривичнопроцесно законодавство у Србији конципирано тако да уважава интересе жртве (оштећеног) у кривичном поступку. Наиме, снижавање прага осетљивости према повреди или угрожавању личних или имовинских права оштећеног, довело је до потребе да се у току кривичног поступка са оштећеним поступа саосећајно, с поштовањем и уз уважавање његовог достојанства (Илић, Г, 2012: 156). Међутим, и поред тога, могуће су и ситуације у којима оштећени фактички не може да оствари своја права иако је донета одговарајућа судска одлука. На овом месту било би корисно указати на још један проблем који се, нажалост, често јавља у пракси, а чије решавање може допринети ефикаснијој заштити жртава кривичног дела недавање издржавања. Уколико родитељ који је обавезан да плаћа издржавање то не чини, други родитељ који се стара о детету (најчешће је то мајка) обично има много тешкоћа у обезбеђивању средстава за живот, подизање, васпитање и образовање детета. Решење за ове тешкоће и проблеме било би оснивање посебног фонда који би омогућио да деца лакше и брже остваре своје право на издржавање од родитеља дужника издржавања (Петрушић and Константиновић-Вилић, 2012: 80).

Интересантно је питање да ли оштећеним лицима кривичним делом (па и недавањем издржавања) припада право на правично суђење. Право на суђење у разумном року је саставни део права на правично суђење одређе-



ног у Конвенцији за заштиту људских права и основних слобода.<sup>1</sup> Према ставу Европског суда за људска права (у даљем тексту: Суд), заштита права на суђење у разумном року припада оштећеном.<sup>2</sup> Законом о заштити права на суђење у разумном року Републике Србије је прописано да оштећени има право на судску заштиту права на суђење у разумном року под условом да је истакао имовинскоправни захтев.<sup>3</sup> Условљавање права на заштиту права на суђење у разумном року истицањем имовинскоправног захтева у кривичном поступку од стране оштећеног свако не доприноси заштити права оштећеног, јер су у пракси сасвим могуће ситуације да оштећени не истакне свој имовинскоправни захтев у кривичном поступку иако се претходно придружио кривичном гоњењу. На овај начин се један добар законски текст који за свој циљ има заштиту права на суђење у разумном року може претворити у своју супротност. Наиме, примена оваквог законског решења може довести и до својеврсне законске дискриминације оних оштећених који, из различитих разлога, нису истакли имовинскоправни захтев у кривичном поступку. Због тога, приликом примене наведеног законског решења, према нашем мишљењу, треба водити рачуна о томе у којој мери се њиме може остварити начело правичности.

Један од најзначајнијих проблема са којим се суочава правосуђе у Србији је сигурно дуго трајање кривичних поступака. Иако је последњих година учињено доста тога на убрзавању судских поступака (шира примена спонтаности о признању кривице и кривичног дела, боља контрола достављања судских писмена итд.), проблем њиховог дугог трајања није још увек решен. Наиме, према подацима Републичког завода за статистику за 2015. годину, највећи број кривичних поступака (21351) је трајао преко годину дана.<sup>4</sup>

Највећи број поступака против Србије је покренут пред Европским судом за људска права управо због повреде права на правично суђење, чији је елемент и право на суђење у разумном року.<sup>5</sup> У наставку рада биће укратко приказан случај Ристић против Србије у коме је вођен поступак пред Европским судом за људска права (European Court for Human Rights – ECHR)

---

1 Конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Преузето 15.04.2017. [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SRP.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf) (у даљем тексту: Конвенција).

2 Видети, рецимо, случајеве *Perez v. France*; *Ristić v. Serbia*.

3 Видети чл. 3 Закона о заштити права на суђење у разумном року („Службени гласник РС“, бр. 40/2015).

4 Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији – пријаве, оптужења, осуде 2015, Републички завод за статистику, 2016. Преузето 24.04.2017. <http://www.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/02/35/82/SB-617-Punoletni2015.pdf>

5 Видети детаљније *European Court of Human Rights, Analysis of Statistics (2016)*. Accessed 24. 04. 2017, [http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2016\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2016_ENG.pdf)

за накнаду штете због повреде права на суђење у разумном року у кривичном поступку због кривичног дела недавање издржавања на штету малолетних лица. Ради се о случају из нешто старије праксе Европског суда за људска права, у коме је Суд јасно указао на значај суђења у разумном року када је реч о кривичним поступцима у којима се као оштећени јављају малолетна лица.

## 2. Приказ случаја Ристић против Србије<sup>6</sup>

Предмет је формиран на основу представке (број 32181/08) против Републике Србије, коју је Суду, према члану 34 Конвенције, поднела у име два држављанина Србије, Ј.Р. и Н.Р (у даљем тексту: «подносиоци представке»), њихова мајка 26. јуна 2008. године.<sup>7</sup> Поступак је инициран због претеране дужине кривичног поступка у вези са неплаћањем издржавања малолетној деци од стране њиховог оца. Суд је утврдио да је пресуда којом је тужени отац обавезан да на име издржавања сваком од малолетних тужилаца плаћа 25% месечних прихода постала правоснажна 27. јуна 2001. године. Мајка подносилаца представке је 2. априла 2003. године поднела кривичну пријаву против туженог због кривичног дела недавање издржавања. Треће општинско јавно тужилаштво у Београду је 13. маја 2003. године поднело захтев за покретање истраге.<sup>8</sup> У току претходног кривичног поступка пред Трећим општинским судом у Београду, мајка подносилаца представке је 29. маја 2003. године, поступајући у име подносилаца представке, захтевала исплату заосталог издржавања за децу на основу пресуде усвојене 28. децембра 2000. године, тј. поднела имовинскоправни захтев. Треће општинско јавно тужилаштво је 14. јула 2003. године поднело формални оптужни предлог против туженог. Трећи општински суд је 8. октобра 2008. године утврдио да је тужени извршио кривично дело недавање издржавања и осудио га на казну затвора од три месеца, условно на годину дана. Суд је даље упутио подносиоце представке, према тада важећем кривичнопроцесном законодавству Републике Србије, да у парничном поступку остваре своје

6 Пресуда Европског суда за људска права у предмету Ристић против Србије. Преузето 16.04.2017, <http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/RISTI%C4%86%20protiv%20Srbije%20%2832181-98%29.pdf> (у даљем тексту ће ова пресуда бити означавана називом случаја на који се односи Ristić v. Serbia).

7 У раду су коришћени иницијали подносилаца представке јер су они у време њеног подношења били малолетни.

8 Треба напоменути да је у време вођења првостепеног поступка у случају Ристић због кривичног дела недавање издржавања у примени био концепт судске истраге у којој је истрагу водио истражни судија, за разлику од концепта тужилачке истраге, који је владајући концепт у позитивном кривичнопроцесном праву Републике Србије, у коме истрагу води овлашћени јавни тужилац.

имовинскоправне захтеве.<sup>9</sup> Констатовано је да подаци прикупљени током кривичног поступка не пружају довољан основ да се о имовинскоправним захтевима одлучи у кривичном поступку. Окружни суд у Београду је 12. фебруара 2009. године укинуо пресуду Трећег општинског суда и вратио предмет првостепеном суду на поновно одлучивање. После два одложена рочишта за главни претрес, Трећи општински суд је 16. јула 2009. године обуставио поступак због застарелости кривичног гоњења. Он је даље упутио подносиоце представке да могу да остваре свој имовинскоправни захтев у посебном парничном поступку. Пошто жалба није поднета, ова одлука је постала правоснажна 9. октобра 2009. године.<sup>10</sup>

Да би се представка могла сматрати допуштеном, неопходно је да подносиоци представке претходно исцрпе сва правна средства предвиђена националним правом. Сврха овог правила је да се онемогући решавање конкретног случаја пред Европским судом за људска права пре него што је он разматран пред националним судовима. У погледу допуштености саме представке у анализираном случају, Влада Републике Србије је остала при ставу да подносиоци представке нису исцрпели сва делотворна домаћа правна средства у смислу члана 35, став 1 Конвенције. Они су посебно пропустили да поднесу уставну жалбу Уставном суду Републике Србије, као и да траже извршење парничне пресуде од 27. јуна 2001. године.

Насупрот наводима тужене државе, подносиоци представке су изјавили да у датом тренутку нису сматрали да је уставна жалба домаће правно средство које треба исцрпети пре достављања предмета Суду. Подносиоци представке су даље објаснили да је тужени наводно пренео сву своју имовину на брата и садашњег партнера, што значи да извршење парничне пресуде не би било могуће. Најзад, они су сматрали да ће кривични поступак убрзати исплату досуђеног издржавања, посебно после првобитне одлуке кривичног суда да разматра основаност њихових захтева. Подносиоци представке су навели да сматрају да постоји повреда чл. 6 Конвенције у коме је прописано 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.“<sup>11</sup>

Одлучујући о допуштености поднете представке Суд је констатовао да је предметна представка поднета 26. јуна 2008. године. Суд даље подсећа да

---

9 Видети чл. 206 Законика о кривичном поступку („Службени гласник РС“, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 46/06, 49/07, 122/08, 20/09 и 72/09).

10 Ristić v. Serbia

11 Ristić v. Serbia

је већ утврдио да уставна жалба треба, у начелу, да се сматра делотворним правним средством у смислу члана 35, став 1 Конвенције у вези са свим представкама поднетом после 7. августа 2008. године. Суд не види ниједан разлог да у предметном случају другачије утврди, због чега се примедба Владе (Владе Републике Србије, прим. аут.), с овим у вези мора одбацити. У вези са другом примедбом Владе, Суд констатује да према важећем домаћем законодавству, оштећени кривичним делом може тражити накнаду претрпљене штете услед кривичног дела или истицањем имовинско-правног захтева у кривичном поступку према Законнику о кривичном поступку, или подношењем посебне парничне тужбе. Суд примећује да су подносиоци представке изабрали кривични пут. Имајући у виду да је кривични суд прихватио да разматра њихове имовинско-правне захтеве, подносиоци представке су према томе оправдано очекивали да ће наведени суд приступити разматрању њихове основаности. У сваком случају, подносиоци се пред Судом нису жалили због неизвршења пресуде од 27. јуна 2001. године, већ само у вези са одуговлачењем кривичног поступка у коме су они оштећени са имовинскоправним захтевом. Стога, у вези са овим предметом, примедба Владе је очигледно ирелевантна и, као таква, мора се одбацити. С обзиром на наведено, Суд је закључио да се притужбе подносилаца представке не могу прогласити недопуштеним због неисцрпљивања домаћих правних средстава према члану 35, став 1 Конвенције. Суд је заузео став да притужбе нису очигледно неосноване у смислу члана 35, став 3 Конвенције и не налази ниједан други основ да их прогласи недопуштеним. Притужбе се према томе морају прогласити допуштеним.<sup>12</sup> Суд је, дакле, притужбу странака прогласио допуштеном јер су претходно исцрпљени сви унутрашњи правни лекови, у складу са општепризнатим начелима међународног права, сходно чл. 35 Конвенције.

Влада је оспорила да је укупна дужина предметног поступка била претерана. Она је посебно остала при ставу да је: (а) иако се може сматрати да је спорни кривични поступак почео 13. маја 2003. године, период који спада у надлежност Суда *ratione temporis* почео 3. марта 2004. године, а то је датум када је Конвенција ступила на снагу у односу на Србију; (б) предмет релативно сложен због дужности суда да утврди и елементе кривичног дела и дуга туженог; (в) иако би се одлагање рочишта у неколико наврата могло приписати домаћим органима, понашање пуномоћника подносилаца представке такође је допринело дужини поступка; (г) председавајући судија одложио неколико рочишта како би осигурао право туженог на правично суђење. Насупрот мишљењу Владе, заступник подносиоца представке је истакао да је реч о правно и фактички једноставном случају и

12 Ristić v. Serbia.

да је суд одуговлачењем овог кривичног поступка упутио веома узнемирујућу поруку неодговорним очевима да могу некажњено да не плаћају издржавање за своју децу.<sup>13</sup>

Једно од значајних питања које се поставило пред Суд у конкретном случају је да ли се чл. 6 Конвенције примењује и на имовинскоправне захтеве оштећених, односно да ли и оштећеним лицима треба признати право на суђење у разумном року, које представља кључни елемент права на правично суђење. Одлучујући о овоме, Суд је утврдио да се члан 6 Конвенције примењује и у вези са имовинскоправним захтевима оштећених.<sup>14</sup> Суд је утврдио да је у овом случају кривични поступак трајао од 29. маја 2003. године до 9. октобра 2009. године. Према ставу Суда у конкретном случају се не ради о сложеном кривичном поступку, а кривични суд је био у обавези да води рачуна о правима жртава нарочито јер је до одуговлачења кривичног поступка дошло, између осталог, и због неактивности суда у дужем временском периоду, без кривице подносилаца представке. Суд је утврдио да у конкретном случају постоји повреда чл. 6 Конвенције и обавезао државу Србију да подносиоцима представке исплати 2.600 евра у динарској противвредности на име нематеријалне штете у року од три месеца од правоснажности пресуде и 500 евра на име трошкова поступка.<sup>15</sup> Интересантно је да су подносиоци представке захтевали да им на име нематеријалне штете и издржавања буде исплаћено укупно 25.500 евра. Суд је одбио овај захтев јер не постоји никаква узрочна веза између утврђене повреде права на суђење у разумном року и накнаде издржавања.<sup>16</sup>

У наведеном случају је описана повреда чл. 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, којом се гарантује право на правично суђење, односно право на суђење у разумном року. Овакви случајеви показују колико погубне последице може имати спорост и неефикасност судских поступака.

Приликом анализе овог случаја, у већем делу је цитирана одговарајућа пресуда. Циљ оваквог приступа је да се укаже на аутентичне ставове Суда приликом решавања спорних питања у вези са повредом права на суђење у разумном року, као саставним елементом права на правично суђење. Специфичност овог случаја је у томе што се на страни оштећених појављују

---

13 Ristić v. Serbia.

14 Видети случај *Perez v. France* [VV], No. 47287/99, *Perez v. France* [VV], No. 47287/99, Accessed 29.4.2017 from [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["47287/99"\],"itemid":\["001-141649"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

15 Ristić v. Serbia.

16 Ristić v. Serbia

малолетна лица, о чему је Суд посебно водио рачуна, што је, према нашем мишљењу, пример добре судске праксе.

Осим кршења људских права, немогућности процесуирања и кажњавања извршилаца кривичних дела због наступања околности које трајно искључују гоњење (у овом случају се радило о наступању застарелости кривичног гоњења), не треба занемарити ни финансијски аспект оваквих пресуда јер се новац за накнаде штета подносиоцима представки обезбеђује из буџета Републике Србије. Због свега наведеног, треба предузети све мере како би се повећала ефикасност правосуђа и повећао степен поштовања људских права у свим фазама судских поступака.

### **3. Уместо закључка**

Иако се о праву на суђење у разумном року обично говори као о праву од значаја за целокупни кривичноправни статус окривљених, домашај овог права је много шири. Оно се у великој мери односи и на жртве кривичних дела, јер је једино правовремена правда истинска правда, која доноси суштинску моралну и материјалну сатисфакцију жртви за сву патњу и бол која јој је нанета извршењем кривичног дела. У научној и стручној јавности, али и у друштву у целини, широко је прихваћен став да кривични поступци у српском правосуђу предуго трају. Увођење шире примене споразума о признању кривице има за циљ да се до правде за жртве и учиниоце кривичних дела долази на много бржи и једноставнији начин. Ипак, то је само један од начина за убрзавање кривичних поступака. О процесној економичности се пре свега стара суд, али и све остале странке у поступку. Велики број судских поступака против Републике Србије због повреде права на суђење у разумном року (као што је и овде описан случај Ристић против Србије) је само једна од последица дугих и спорих судских поступака у Србији. На тај начин се право, које би требало да служи правди, претвара у неправу, које сасвим сигурно води у неправду.

### **Литература**

Илић, Г. (2012), О положају оштећеног у кривичном поступку, *Анали Правног факултета у Београду*, vol. LX, бр. 1, стр. 137–158.

Илић, И. (2012), Путеви и странпутице права на правично суђење, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 59, стр. 211–228.

Кнежевић, С. (2004), Право на правично суђење, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 44, стр. 207–237.

Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В. and Костић, М. (2012), *Криминологија*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Петрушић, Н. and Константиновић-Вилић, С. (2012), *Право на законско издржавање - кривично дело недавање издржавања*, Врање: ЈУ Народни универзитет Врање и ОЦД Одбор за људска права Врање.

*Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији – пријаве, оптужења, осуде 2015*, Републички завод за статистику, 2016. Преузето 24.04.2017. <http://www.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/02/35/82/SB-617-Punoletni2015.pdf>.

#### Правни извори

*European Court of Human Rights, Analysis of Statistics (2016)*. Accessed 24. 04. 2017, [http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2016\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2016_ENG.pdf)

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода. Преузето 15.04.2017. [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SRP.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf).

Законик о кривичном поступку („Службени гласник РС“, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 46/06, 49/07, 122/08, 20/09 и 72/09).

Пресуда Европског суда за људска права у предмету Ристић против Србије (Ristić v. Serbia). Преузето 16.04.2017, <http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/RISTI%C4%86%20protiv%20Srbije%20%2832181-98%29.pdf>.

Perez v. France [VV], No. 47287/99, Accessed 29.4.2017 from [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["47287/99"\],"itemid":\["001-141649"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

**Filip Mirić, LL.D.**

Associate for Post-Graduate Studies,  
Faculty of Law, University of Niš

**VIOLATION OF THE RIGHT TO TRIAL WITHIN A  
REASONABLE TIME (Ristić v. Serbia)**

**Summary**

*The right to trial within a reasonable time is one of the basic human rights. It is an integral part of the right to a fair trial, which is proclaimed in Article 6 of the European Convention on Human Rights. The largest number of proceedings before the European Court of Human Rights include involve claims for just compensation due to the violation of the right to trial within a reasonable time. Considering the multitude of similar cases, this paper provides an analysis of the case Ristić v. Serbia (Application No. 32181/08 of 2008), where the applicants filed a criminal complaint under the Serbian Criminal Procedure Code seeking just compensation for the excessive length of judicial proceedings in a case relating to the father's failure to provide maintenance. The case illustrates the court's failure to conduct the proceedings within a reasonable time, which was at the detriment of the juveniles. This case is interesting because the European Court of Human Rights did not consider the right to trial within a reasonable time from the perspective of the defendant, as it usually does in order to protect the due process, but from the victims' perspective by taking into account the interests of the two juvenile victims of crime.*

**Keywords:** *trial within a reasonable time, failure to provide maintenance, the European Court of Human Rights.*



## III ПРИКАЗИ

---



**Нинослав С. Станојловић,\***

*Професор историје*

*Јагодина*

ПРИКАЗ

doi:10.5937/zrpfni1775267S

*Рад примљен: 04.04.2017.*

*Рад прихваћен: 05.06.2017.*

**Бориша Радовановић, „Парламентарна историја Србије у XIX веку. Скупштине у Крагујевцу 1813–1880“, Зборник радова, I, Ауторско издање, Крагујевац 2014.**

Ако искреној намери повесничара да реално спозна и прикаже прошла збивања, уз познавање методологије историјске науке, додамо спремност и спретност једног дугогодишњег архивског делатника, долазимо до узоритог историографског дела.

Прави пример таквог чињења у актуелној српској историографији је горе-наведена студија, заправо зборник радова Борише Радовановића (1950), архивског саветника у крагујевачком Историјском архиву Шумадије, иначе плодносног аутора бројних сериозних монографија, стручних и научних чланака, прилога, изложби и каталога, углавном тематиком везаних за богату прошлост Крагујевца и Шумадије.

Како до сада парламентарна историја Србије у XIX веку није била предмет посебног изучавања, изузимајући неколико докторских дисертација, односно научних скупова који су третирали одређене народне скупштине, овај зборник радова, по нашем мненију, представља синтезу скупштинског живота Србије од 1813. до 1880. године, односно приказ свих скупштина одржаних у Крагујевцу у датом периоду.

Аутор ове значајне студије, као етаблирани историк који се три деценије бавио овом проблематиком, прикупио је своје раније радове, објављене у бројним периодичним часописима, односно истим је придодао и неколико необјављених прилога и тако је настао овај вредан зборник који је пропратио развој парламентарне повеснице у Србији током осам деценија претпрошлог века и осветлио поједине народне скупштине које су мало или нимало обрађиване у нашој историографији.

Зборник је подељен на шест, хронолошки омеђених, делова. После *Предговора* (стр. 9–10), у коме се образлажу разлози настанка ове публикације,

---

\* stenakamen@gmail.com

следи *Уводни приступ* (стр. 11–26), где аутор упућује читаоца, између осталог, и на зачетке српског парламентарног живота, који се јавља крајем XVIII столећа, након Свиштовског мира 1791. и добијања султанових фермана 1793. и 1794. године, који су били основ за појаву и сазивање народних скупштина обор кнезова и народних првака. У првом делу *Скупштине Првог устанка (1804–1813)* (стр. 27–43) истиче се да исте, а било их је четрнаест и називане су обичне или мале, односно била је и једна главна (велика) и једна чрезвичайна (тајна), нису биле регулисане писаним нормама, већ обичајним правом. Дужна пажња посвећена је Скупштини у Крагујевцу 1813. године, последњој пре краха Првог српског устанка, чији су закључци покушали да дипломатским путем сачувају Србију у оним правима и границама које су јој биле загарантоване Букурешким уговором. Неуспехом ове акције завршио се Први устанак, а самим тим угасиле се све устаничке установе.

Други део зборника обрађује тему *Скупштине за време прве владе кнеза Милоша и Михаила Обреновића (1815–1842)* (стр. 44–151), у оквиру које постоји подела на скупштине одржане пре и после стицања аутономије 1830. године. Маниром искусног историчара, аутор истиче да институција народне скупштине није била предвиђена споразумом између кнеза Милоша и Марашли Али-паше, али да у наведеном периоду, иако нису биле ни орган власти, ни народно-представничка тела, често су биле одржаване. Уз краћи или дужи коментар уз сваку, следи попис тадашњих скупштина, малих или обичних и великих или главних, од оних држаних на Ђурђевдан или Митровдан, почев од 1815. године, које су заправо биле више скупови нахијских старешина, до прве редовне, Ђурђевске скупштине (1824) и надаље, преко Митровске (1824), Мајске (1825), Прве представничке (1825), Ђурђевске (1826), Велике народне (1827), Тајне (1827), Ђурђевске (1828), Митровске (1828), Фебруарске (1829), Ђурђевске (1829), Велике народне (1830), Трифунске (1834), Сретењске велике народне (1835), Петровске (1835) до Спасовске скупштине (1837).

Посебна пажња посвећена је Сретењској великој народној скупштини (1835), сигурно најзнаменитијој скупштини за време прве владавине кнеза Милоша Обреновића, на којој је обнародован Сретењски устав. По овом кратковеком уставу била је предвиђена народна скупштина од сто народних посланика, али са финансијским овлашћењима, док је законодавна власт била код Савета.

Трећа целина зборника, под називом *Уставобранитељске скупштине (1842–1858)*, са поднасловом *Народне скупштине у Крагујевцу у време владе кнеза Александра Карађорђевића (1842–1858)* (стр. 152–193), указује на

почетку да се по Уставу из 1838. године скупштина и не помиње, ни као орган власти, ни као саветодавно тело. Ипак, скупштине су одржаване и након његовог доношења, чак је Порта, посебним амандманом из 1839. године, допустила рад српском парламенту у складу са обичајима земље. У време Уставобранитеља одржано је шест скупштина, Врачарска (1842), Митровска (1842), Топчидерска (1843), Крагујевачка (1843), Петровска (1848) и Светоандрејска (1858). Двема скупштинама одржаним у Крагујевцу, Крагујевачкој и Петровској, аутор је посветио највише простора, истичући да је на првој донето компромисно решење да се призна кнез Александар Карађорђевић, уз услов да се протерају уставобранитељски прваци из земље на руски захтев, односно, да је друга, Петровска, била последња народна скупштина која је радила на основу обичајног права.

Следећи, четврти део ове волуминозне студије, под насловом *Скупштине друге владе кнеза Милоша и Михаила Обреновића (1859–1868)* (стр. 194–268), објашњава ситуацију након повратка династије Обреновић, истичући да, иако Устав из 1838. године није био промењен, кнез Милош влада апсолутистички. Његов син Михаило, не пристајући да му Порта прописује највиши законски акт, мења поменути Турски устав доношењем закона уставног карактера, од којих су бар два (о устројству Државног савета и Народној скупштини) изменила формално важећи устав, у смислу јачања власти владара. Аутор врло исцрпно описује Малогоспојинску народну скупштину (1859) одржану у Крагујевцу, прву и последњу скупштину одржану за време краткотрајне друге владавине старог и оболелог кнеза Милоша, наглашавајући да је то и прва народна скупштина настала избором народних посланика на основу Закона о Народној скупштини, као и да је на истој учињен неуспели покушај да се Крагујевцу врати положај престоног града.

После смрти кнеза Милоша и доласка кнеза Михаила Обреновића по други пут на власт, у Крагујевцу се одржава Ванредна Преображенска скупштина (1861), која је посебно важна због напред наведених уставних закона (о Народној скупштини, Савету, народној војсци итд.), који су из основа побијали Устав из 1838, који ће формално остати на снази до 1869. године. Нови Закон о скупштини предвиђао је две врсте овог тела, обичну и велику скупштину, и представљао је први писани нормативни акт којим је трајније регулисан положај народног представништва у Србији, уз натукницу да је Савет и даље остао законодавни орган. На Михољској скупштини (1867), такође одржаној у Крагујевцу, осим свечаног оглашавања добијања утврђених градова, дошло је и до сукоба актуелног српског владара, који је до тада испунио готово све тачке свог политичког програма, и либералне опозиције, која је истакла своје политичке захтеве. Аутор, уз помоћ

уверљивости архивске грађе коју обилато користи, истиче да скупштина није успела да одговори захтевима опозиције, у намери да парламент добије законодавну функцију, али и да се прогласи слобода штампе, општинска самоуправа, одговорност министара и др. Ова скупштина, у закључку аутора, биће последња тзв. саветодавна.

Пети део, назван *Скупштине за време намесништва (1868–1872)* (стр. 269–348) аргументовано даје податке о Великој уставотворној народној скупштини (1869) одржаној у Крагујевцу, која је донела Устав (Тројички или Намеснички), по коме ће народна скупштина коначно постати законодавни орган, али је и трасирао смернице будућег развоја српске државе и друштва. Овај први српски устав је прописао да се избори морају вршити сваке четврте године, а скупштина да има своја заседања сваке године. Значај овог правног акта је двострук, јер је њиме први пут у новијој историји Србије ограничена моћ владара и истовремено укинута Турски устав из 1838. године. Да би се могли донети најважнији закони, саобразни новом уставном стању, сазвана је Прва законодавна народна скупштина (1870) у Крагујевцу, о чијем раду аутор износи низ појединости, констатујући да су сви акти донети на овој скупштини били израз воље народа који је изабрао своје представнике у ово тело, чиме је заправо започео наш парламентарни политички живот, који се убрзо и активирао. Даље следи прича о Првом редовном сазиву Народне скупштине (1871) и заседању Народне скупштине (1872). Оба догађаја десила су се у Крагујевцу, први је значајан јер је овим скупом започео наш представнички систем у правом смислу те речи, а други је битан због великог броја закона који су донети том приликом.

Последњи, шести део овог зборника, аутор је насловио *Скупштине за време владе кнеза Милана Обреновића (1872–1880)* (стр. 349–447) и он садржи детаље са заседања Народне скупштине (1873) у Крагујевцу, током које се први пут јављају посланичке интерпелације, али и доносе важни закони. Ова редовна се (1874) претворила у ванредну скупштину, карактеристичну по томе што се, услед сукоба око избора потпредседника парламента, јављају зачеци страначког живота, односно на овој скупштини је, први пут у парламентарној историји Србије, пала влада јер није имала скупштинску већину. У граду на Лепеници је одржана и „Патриотична“ скупштина (1875), а у вези са актуелним Херцеговачким устанком. Том приликом донета је одлука о помагању устаника у Херцеговини да отпочну припреме за рат против Османског царства, односно договорено је да се Србија у спољној политици окрене решавању Источног питања. Како је Први српско-турски рат започео у лето 1876. године, Друго редовно заседање скупштине одржано је, у оквиру припрема за нови рат са Турском, у Крагујевцу у

лето 1877. године. Тада су изгласани нови буџет, као и закони о кредиту и зајму, између осталих. По завршеном раду Берлинског конгреса, одржан је и трећи сазив скупштине, који је објавио кнежеву прокламацију о миру између Србије и Турске и о успостављању независности Србије. Аутор наводи одлуке Берлинског конгреса које су се односиле на Србију, уз пригодне коментаре. Последњи одељак ове главе посвећен је Ванредном заседању Народне скупштине (1880), одржаном у Крагујевцу, чија је најважнија одредба прихватање Железничке конвенције, коју су, недуго пре, у Бечу потписале владе Србије и Аустро-Угарске, а која је предвиђала, сходно одлуци Берлинског конгреса, изградњу железничке пруге Београд-Ниш и повезивање са аустроугарским желеницама. Аутор је приложио цео текст поменуто конвенције.

На крају овог зборника, заснованог на оригиналној архивској грађи, искључиво домаће провенијенције, похрањене углавном у Архиву Србије, као и релевантне литературе, обогаћене оновременом штампом, трудољубиви аутор је дао и краћи *Закључак* (стр. 448–449), где је, осим краћег осврта на изнето, истакао и надежду да ће успети да обради наредни период и објави још два слична зборника којима би се ова тема наставила. Први би обухватио парламентарни живот Србије од 1882. до 1914, а други од 1914. до 1918. године. Приказана публикација је солидно одштампана, садржи неколике илустрације, као и исцрпни попис извора и литературе (стр. 451–456), као и краћу животну и радну биографију аутора (стр. 457).





IV РАДОВИ СТУДЕНАТА  
ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

---

---



**Душан Дубајић\***, М.А.  
Студент докторских студија,  
Правни факултет Универзитета у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК  
doi:10.5937/zrpfni1775275D

UDK: 339.727.22

Рад примљен: 24.01.2017.  
Рад прихваћен: 15.03.2017.

## **ПРОМЕЊЕНЕ ОКОЛНОСТИ И ПОНОВНО ПРЕГОВАРАЊЕ У УГОВОРИМА О СТРАНИМ ИНВЕСТИЦИЈАМА\*\***

**Апстракт:** Страни инвеститори, били они и моћне мултинационалне компаније, суочавају се са значајним ризицима по сигурност свог капитала увек када инвестирају у иностранству. Постоји више начина за алокацију и ублажавање тих ризика, а један од могућих је закључење дугорочних уговора о инвестирању са владом државе пријема инвестиције, тзв. дијагоналних споразума. Дијагонални споразуми имају значај инструмента алокације инвестиционих ризика, при чему њихов учинак може бити умањен. Конкретно, у поступку реализације стране инвестиције, на позиције уговорних страна делују променљиве економске, политичке, социјалне и друге околности. Дејство тих околности је толико изражено да доводи у питање целисходност останка при уговору, како за страног инвеститора тако и за државу пријема инвестиције. Немогућност уговорних страна да на прихватљив начин амортизују промене околности током реализације уговора генерише конфликт који доводи у питање опстанак уговора и инвестиције, уз наговештавање будућег судског или арбитражног спора. Инструмент есенцијалног значаја за опстанак уговора између страног инвеститора и државе пријема инвестиције је ревизиона клаузула или клаузула поновног преговарања (енг. *renegotiation clause*). Активирањем ревизионе клаузуле покрећу се поновни преговори између страног инвеститора и државе пријема инвестиције. У овом раду пажња је посвећена околностима које покрећу поновне преговоре, обавезама уговорних страна током поновних преговора, као и резултатима поновних преговора.

**Кључне речи:** стране инвестиције; уговор; поновно преговарање; ревизиона клаузула; промењене околности; окидач за преговоре; добра вера.

\* [dusandubajic90@gmail.com](mailto:dusandubajic90@gmail.com)

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, број 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

## 1. Уводна разматрања

Ревизиона клаузула и питање шта представља и како се активира окидач за преговоре у уговорима о страним инвестицијама, тзв. дијагоналним споразумима, побуђују живу дискусију. У оквиру те дискусије реномирани аутори сучељавају мишљења у жељи да унапреде ову област и пруже потенцијалним уговорним странама најефикасније решење које ће усагласити њихове интересе. Тако, на пример, Готанда сматра да ревизиона клаузула не би требало да буде укључена у уговор уколико се догађај који представља окидач за преговоре налази под контролом једне од уговорних страна (Gotanda, 2003: 1462). Супротно претходном, присутна су мишљења респектабилних аутора који сматрају да одређивање околности које се налазе у домену утицаја државе пријема инвестиције за окидач не представља препреку за успешно вођење преговора, нити прилику за злоупотребе неких споредних процеса (Berger, 2003: 1351).

Чињеница која покреће преговарачки механизам и чини легитимним захтев једне или обе уговорне стране да се са преговорима започне кључни је елемент избалансиране ревизионе клаузуле, а следствено томе и уговора о страним инвестицијама у целини. Може се рећи да је уобличавање окидача за преговоре најважнији и најделикатнији тренутак у предуговорном преговарачком процесу, с обзиром на то да одређује судбину ревизионе клаузуле и судбину уговора о страним инвестицијама. Стабилност конструкције уговора о страним инвестицијама почива на квалитету и стручности дефинисања чињеница, чијим наступањем суштинско преговарање уговорних страна може да започне.

## 2. Промењене околности као окидач за поновне преговоре

На уважавање промењених околности као разлога за покретање преговора о модификацији уговора о страним инвестицијама, поред осталог, утиче и схватање појма уговора у различитим пословним културама. За прихватање адаптације уговора услед промене околности под којима се реализује, од значаја је пословна култура којој припада страни инвеститор, односно пословни менталитет и етика у држави пријема инвестиције. За пример се могу навести америчка и јапанска култура као парадигме ширих западних и источних цивилизацијских блокова. Док за Американце потписивање уговора представља тзв. „затварање“ посла, за Јапанце потписивање уговора има другачије значење, а то је почетак или отварање новог односа (Salacuse, 1991: 60). Уколико уговорне стране сматрају да приступањем уговору долази до даље еволуције истог односа, тада ће околности које наступе након склапања уговора за њих имати исти значај

као и било која околност пре тога, због чега ће оне представљати и сасвим легитимни покретач преговора.

Уговори о страним инвестицијама представљају пример уговора код ког је неопходно уважити принцип „*gebus sic stantibus*“, односно чињеницу да се не може тражити извршење уговора онако како гласи уколико су се од момента закључења околности битно измениле. Оправдање за примену поменутог принципа представља дугорочни карактер уговора о страним инвестицијама. Што је дужи период спровођења уговора, то је теже да се у време закључења уговора обави алокација будућих ризика (McKendrick, 1995: 307). Поред тога, уговори о страним инвестицијама се закључују у области пружања јавних услуга, водоснабдевања или снабдевања струјом, као и у сектору истраживања и коришћења природних ресурса. Поменуте области су веома специфичне и осетљиве на најмање екстерне поремећаје, политичке утицаје и тржишне потресе. Дугорочна природа уговора о страним инвестицијама, различити интереси јавног и приватног сектора, као и широк распон несигурности које погађају очекивани износ добити и трошкова остварују стресан утицај на уговорни однос између страног инвеститора и државе (Johnson, Volkov, 2013: 363).

Поједини аутори наглашавају значај промењених околности и указују на обавезу арбитража да воде рачуна о њима. Конкретно, Велс и Ахмед износе озбиљне критике на рачун арбитраже између страног инвеститора и државе пријема инвестиције, мерејући управо велику ригидност и недостатак осећаја за чињеницу да су се промениле околности уговора и политичке околности (Wells, Ahmed, 2007: 283–298). Даље наводе да арбитраже не узимају у обзир ни морални хазард који стварају таквим арбитражним одлукама, обесхрабрујући тиме покушаје страних инвеститора да обезбеде стабилност својих уговора са домаћим државама (Wells, Ahmed, 2007: 283–298).

### ***2.1. Промењене економске околности***

Области у којима су стране инвестиције најучесталије као што је енергетика или инфраструктура су капитално захтевне и често за њихово потпуно финансирање нису довољна финансијска средства којима инвеститор располаже, већ је неопходно ослањање на позајмљене изворе. Из наведеног произилази ослањање инвеститора на банке код којих аплицирају за кредите или банкарске гаранције, што се поставља као услов за квалификовање инвеститора за извођење инфраструктурних радова. Након отпочињања инвестиције за страног инвеститора је кључно да остварује добит, како би био у стању да сервисира дуговања према

финансијерима. Међутим, остваривање добити није унапред одређено и крајње је неизвесно, управо због деловања различитих економских фактора.<sup>1</sup>

Код уговор о страним инвестицијама, као и код свих других уговора који се реализују у дужем временском периоду, од посебног је значаја очување тзв. „економског еквилибријума“. Комисија Уједињених нација за транснационалне компаније је израдила Нацрт кодекса о мултинационалним корпорацијама,<sup>2</sup> који у члану 12 поставља обавезу поновног вођења преговора у случају када је уговорни еквилибријум, који је постојао у време закључења уговора, нарушен фундаменталном променом околности. Преговарање које се обавља након закључења уговора сматра се много осетљивијом техником избегавања спорова и обезбеђења да уговорни однос опстане у контексту промењених економских околности (Sornarajah, 2010: 244).

Очување економског еквилибријума за стране инвесторе постаје значајније и од очувања правне стабилности. Из тог разлога се у поједине дијагоналне споразуме, уместо термина „поновно преговарање“, уноси термин „устпостављање економског еквилибријума“.<sup>3</sup>

## **2.2. Промењене политичке околности**

Без обзира што се у први план истичу околности економског карактера, потенцијално већи ризик по опстанак уговора између државе пријема инвестиције и страног инвеститора стварају промене у политичким околностима. Ово из разлога што уговори о страним инвестицијама имају

1 Конкретно, када је реч о страним инвестицијама у енергетском сектору, које су дуго времена биле доминантан облик страних инвестиција, поједини аутори указују да на њихову исплативост утичу околности на екстерном, макро, мезо и микро нивоу. Дејство економских околности доминантно је присутно на екстерном и макро нивоу, док на мезо и микро нивоу значајно већи утицај имају политичке и законодавне околности. Екстрени ниво обухвата колебање цена нафте, чији низак износ у дужем временском периоду чини инвестицију неисплативом. На макро нивоу под дејство економских околности подводе се промене стопе инфлације и валутног курса, као и радње које држава пријема инвестиције предузима ради очувања стабилности платног биланса. Наведено у Bhattacharyya S.C. (2011). *Energy Economics: Concepts, Issues, Markets and Governance*. London: Springer – Verlag. 496, 497.

2 UNCTC. (1988). *Proposed Text of the Draft Code on Transnational Corporations*. E/1988/39/Add.1.

3 Модел уговор о истраживању и производњи нафте Катарa, усвојен 1994. године, у члану 34.12 који је насловљен са „Уговорни еквилибријум“, инсистира на очувању економског еквилибријума. Видети Dolzer, R., Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press. 77.

своју политичку димензију. Нису ретки случајеви када представници новоизабране власти настоје да промене уговоре које су представници претходне државне власти закључили са страним инвеститорима, наводећи као разлог корупцију при закључењу уговора или просто оспоравајући легитимитет претходне власти да предузима такве мере (Sornarajah, 2010: 75). Обећање да ће „преиспитати“ уговоре које је претходна власт закључила често се налази у агенди представника нове политичке власти, нарочито уколико се ради о уговорима којима се располаже националним добрима у корист страног инвеститора или уколико је реч о уговорима велике вредности у области инфраструктуре.

Поред тога, околности политичког карактера се од тренутка закључења уговора о страним инвестицијама могу драматично изменити у том погледу да нестане ентитет са којим је страни инвеститор уговор закључио. Такав случај постоји када се формира нова држава на територији на којој се уговор спроводи. Тада се може отворити простор за конфликт уколико нова држава одбије да прихвати било какву сукцесију уговорних обавеза владе која је претходно имала контролу над том територијом (Sornarajah, 2010: 75).

Приступање држава различитим политичким блоковима такође има значајан утицај на позиције уговорних страна из дијагоналних споразума. Директан пример за то је процес придруживања држава Европској унији и статус билатералних инвестиционих споразума. Билатерални инвестициони споразуми од велике су важности за стране инвеститоре и државу пријема инвестиције. Приказано на примеру Европске уније, усвајањем Лисабонског споразума закључење ових споразума се преноси у надлежност Европске уније, а државама чланицама може бити наложено да уђу у преговоре о измени споразума или њиховог укидања.<sup>4</sup> Тиме се отвара простор за отпочињање преговора државе пријема инвестиције и страног инвеститора, с обзиром да може доћи до измене или укидања билатералног инвестиционог споразума на бази којег је закључен уговор државе и страног инвеститора. Билатерални инвестициони споразуми између двеју држава се јављају као претходница потоњег закључења појединачних уговора са инвеститорима који имају порекло једне од држава чланица споразума. С обзиром да је важан део одлуке страног инвеститора да уђе

---

4 Више о томе видети у Ђирић, А. Цветковић, П. (2014). Карактеристике правног режима страних директних инвестиција у праву ЕУ. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 68 (LIII). 679 – 696; Burgstaller, M. (2011). The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States. In Bungenberg, M. Griebel, J. Hindelang, S. (Eds.). European Yearbook of International Economic Law – Special Issue: International Investment Law and EU Law. Berlin, Heidelberg: Springer – Verlag. P. 55–77.

у уговор, захтев да се приступи преговорима о модификацији уговора услед измене или укидања билатералног инвестиционог споразума био би основан.

За претходно наведену промену околности политичког карактера, непосредну одговорност сноси орган државне власти са којим страни инвеститор има уговорни однос. Страном инвеститору је лакше да се на промењене околности позове, имајући у виду да постоји уговорни однос са субјектом који је директно одговоран за настале промене. Међутим, политичке околности се још драстичније могу променити када је реч о политичким немирима, побунама, револуцијама, актима тероризма, ратовима и другим актима насиља који наступају мимо воље државе пријема инвестиције.<sup>5</sup>

Под оваквим изменама политичких околности, одговорност државе пријема инвестиције и даље постоји, а материјализује се кроз обавезу придржавања начела пуне заштите и сигурности страних инвестиција. Поменуто начело подразумева обавезу државе у коју се улаже да заштити страну инвестицију од физичког угрожавања предузимањем, уз дужну пажњу, разумних мера (Ћирић, Цветковић, 2016: 163, 164). Из праксе форума пред којима су решавани инвестициони спорови могу се апстраховати критеријуми разумног поступања и дужне пажње као део обавезе државе да обезбеди пуну заштиту и сигурност страних инвестиција (Ћирић et al. 2016: 168). Непредузимање разумних мера и непостојање дужне пажње код државе пријема инвестиције, током горе поменутих ванредних политичких догађаја на њеној територији, ствара одговорност државе која ће бити потврђена пред било којим трибуналом пред који страни инвеститор изнесе спор. Из тог разлога је за државу пријема инвестиције повољније да уважи разлоге политичког карактера као основ за покретање преговора о измени уговора.

### **2.3. Законодавне промене**

Законодавне промене могу бити учестале и остварују велик утицај на инвестициони пројекат. Без утицаја су уобичајене законске промене које

---

<sup>5</sup> Вероватноћа наступања ових догађаја је данас веома изражена и страни инвеститори је морају уважити. Услед тога се поставља питање, колико су заправо ове околности изненадне и непредвидиве, да би биле узрок поновних преговора. Са све већим економским и друштвеним раслојавањем, утицајем невладиних организација и борбом за очување основних људских права, тензије и конфликти у вишеструким релацијама постају правило, а не изузетак. Видети Sornarajah, M. (2015). *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press. 318, 415.



су део предвидивог и следљивог правца који је заузет у законодавству. За стране инвеститоре су релевантне законодавне промене које се могу окарактерисати као изненадне, ненајављене, оне којима се одступа од основних постулата на којима је утемељен привредни систем и организација државе. Поред тога и области у којима се врше законодавне промене немају подједнаку важност за стране инвеститоре. Као пример се могу навести две области чије недоследно законско уређивање највише погађа позицију страног инвеститора у уговору са државом пријема инвестиције. Ради се о области заштите конкуренције, те области опорезивања.

Законодавни напори учињени у циљу смањења дејства конкурентског механизма могу имати изузетно негативне ефекте по пословање страног инвеститора. Држава пријема инвестиције може након њене реализације предузети законске мере у области преузимања друштава или у области дефинисања картелизације и монополског положаја. Поменуте промене могу настати под притиском домаћих компанија како би могле да се, кроз удруживање и међусобно договарање, супротставе иностраној конкуренцији. Под тим околностима поновни преговори имају за циљ заштиту конкуренције и успостављање правичне равнотеже у регулисању конкуренције.

Уколико поновни преговори не дају резултат, страни инвеститор се може обратити држави свог порекла како би извршила притисак на државу пријема инвестиције, а у одређеним случајевима проширила дејство својих прописа о заштити конкуренције и на територију државе пријема инвестиције. Тзв. „екстратериторијално“ дејство прописа у области заштите конкуренције подржавају САД кроз „Иницијативу за уклањање структуралних препрека“, као и Европска унија кроз одлуке Суда правде у случајевима „Dyestuffs“ (Case 48/69. ICI v Commission [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557) и „Wood Pulp“ (Case 114/85. A Ahlström Oy v Commission [1988] ECR 5193, [1988] 4 CMLR 901).<sup>6</sup>

Друга крупна тема која се тиче измене законодавства обухвата област опорезивања. Област опорезивања је веома озбиљна и њено неодговорно законско уређење може резултовати одустанком страног инвеститора од даљег пословања. Неодговорност се може манифестовати у два правца. Први представља нестабилност пореског законодавства које прате честе и непредвидиве измене пореских стопа и укидање пореских ослобођења, а у циљу прикупљања средстава неопходних за финансирање јавних потреба и реализацију политичких обећања.

---

<sup>6</sup> Више о томе видети у Whish, R. Bailey, D. (2012). *Competition Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press. 487–501.

Други правац чине директни законодавни напори који резултирају у драстичном повећању пореских стопа, ван граница легитимног захватања дела профита који страни инвеститор остварује или дела економске вредности имовине коју поседује. Пореске стопе које се обрачунавају тада у себи обједињују уобичајени и нормални износ сврсисходног пореза, али и много већу додатну накнаду чији циљ се не подудара са циљем опорезивања. Циљ ове накнаде, која се само формално подводи под појам пореза и као таква обрачунава, јесте да се страни инвеститор натера на одустанак од своје инвестиције услед неисплативости. Тиме се заправо остварује тзв. „тиха експропријација“.<sup>7</sup>

Инвестициона област која најчешће бива погођена дискриминаторним опорезивањем и у којој је процес „тихе експропријације“ најучесталији је област експлоатације и производње нафте и природног гаса. Државно власништво, национализација, подељено власништво могу да промене перцепцију и створе илузију о државној контроли над нафтним сектором, али када се дође до кључних економских показатеља инвестиције, види се да је систем опорезивања тај кроз који се остварује права државна контрола, без обзира на власништво (Nakhle, 2008: 163). Оно што промену пореског законодавства чини још опаснијом од поступка национализације је то што код опорезивања изостаје чак и одређена компензација, која је код првог облика одузимања имовине страног инвеститора присутна.

Коришћење пореског законодавства у циљу провоцирања одлуке инвеститора да својевољно напусти област у којој је започео своју инвестицију неки би могли оправдати потребом државе да оствари контролу над својим ресурсима. Уз уважавање наведене легитимне потребе државе, непримерено је злоупотребљавати национално законодавство. Потврда таквог виђења су и ставови арбитража које усвајају захтеве страних инвеститора лишених власништва над својим подухватом на овакав начин. Недостатак стабилности и предвидивости пореског законодавства, арбитраже подводе под кршење принципа правичног и једнаког третмана страних инвестиција.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Како би поступак „тихе експропријације“ кроз опорезивање био заустављен, државе успостављају механизам скрининга пре неголи случај буде изнет пред арбитражу. Механизам скрининга се састоји у одржавању састанка пореских власти државе увознице и извознице капитала, на којем се одлучује о томе да ли је државна пореска моћ прекорачена у конкретном случају, те уколико се договор не постигне, предмет се износи пред надлежну арбитражу (Sornarajah, 2015: 408). Поменути механизам може бити пренет на све друге типове спорова државе и страног инвеститора (Sornarajah, 2015: 408).

<sup>8</sup> Такав став је заузет у случају пред трибуналом ОПЕЦ – а (LCIA Case No. UN 3467. Occidental Exploration and Production Co v. Ecuador. Award 1 July 2004), којом приликом је

## 2.4. Промењене околности животне средине

Околности животне средине дуго времена нису биле у фокусу интересовања нити компанија нити националних држава. Њихова временска учесталост није била изражена, а последице дејства нису биле разорне. Дужна пажња није посвећивана ризику климатских промена, а томе је допринио велики јаз између краткорочног хоризонта реализације инвестиције и дугорочног хоризонта материјализације ризика климатских промена (Ewing, Weller, 2014: 741). Из тог разлога нису ни могле бити узимане у обзир као релевантан фактор који би могао бити уважен као разлог за ревизију уговора о страним инвестицијама.

Међутим како је њихова фреквенција расла и како су износи проузрокованих материјалних штета достигли рекорде, околности које се тичу промена животне средине добиле су на значају. Стране инвестиције су допринеле умањењу квалитета животне средине, али данас оне и трпе услед тога. Страни инвеститори подносе велике материјалне губитке који настају као директна последица наступилих климатских промена. Као последица тих губитака, нису у стању да обезбеде економску исплативост своје инвестиције, као ни испуњење обавезе из закљученог дијагоналног споразума са државом. Финални резултат овог повратног процеса уништавања животне средине јесте предлог страног инвеститора упућен држави да се изврши ревизија уговора о страним инвестицијама услед немогућности испуњења обавеза, за шта се као узрок наводи дејство екстремних временских прилика.

Климатске промене су у толикој мери преузеле утицај на позицију страних инвеститора, да су износи њихових споредних улагања која нису везана за непосредну намену њиховог пословног подухвата, а која се тичу задовољења строгих прописа о заштити животне средине, достигли огромне размере. Строге обавезе очувања животне средине за стране инвеститоре намећу првенствено високоразвијене државе својим националним законодавством, за случајеве када се инвестиције реализују на њиховој територији. То утиче да трошкови страних инвеститора

---

наведено да „конфузија и нејасноћа (пореског законодавног ситета Еквадора) су довели до одређене форме арбитрности, чак иако то није била намера тужене Пореске управе Еквадора. Релевантно питање за међународно право у овој дискусији је да ли правни и пословни оквир прати потребе за стабилношћу и предвидљивошћу у међународном праву“. Више о наведеном предмету и његовом утицају на арбитражно резонување о законодавним променама у области опорезивања видети у Montt, S. (2009). *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing. 137, 322, 337.

константно расту, исплативост инвестиције опада, а потреба за изменом уговора постаје ургентна.

### 3. Иницирање преговора

Да би ревизиона клаузула остварила свој основни задатак, а то је измена уговора у циљу уравнотежења права и обавеза уговорних страна, од суштинске важности је да се означи уговорна страна која може да предложи отпочињање преговора и какве околности дају овлашћење за упућивање таквог предлога.

Два приступа фигурирају као полазна тачка у формулисању параметара чијим испуњењем се поновни преговори могу започети. Ћирић и Ђуровић истичу да се уговорне стране могу одредити за примену неодређених стандарда попут „суштинске измене уговора“, односно „потребе одржања правичног ефекта“ који отварају простор за различите интерпретације (Ћирић, Ђуровић, 2005: 342). Како би се простор за различита тумачења употребљених стандарда ограничио, могу се користити заједно са одређеним објективним појмовима који се могу квантификовати и бројчано изразити. Поменути аутори у том смислу истичу да би било пожељно да примена наведених стандарда има потпору у примени одређених објективних критеријума који су подложни квантификацији, као што је „поновно успостављање баланса финансијских обавеза страна“ (Ћирић et al. 2005: 342). Овим путем се ствара прилика да се финансијском анализом користи и трошкова које свака од уговорних страна у уговору остварује, меродавно утврди математичка пројекција кретања профита обеју уговорних страна од тренутка закључења уговора до критичног тренутка када је модификација уговора постала неопходна.

Поновне преговоре између уговорних страна могуће је и аутоматски покренути, прецизирањем јасних критеријума чијим наступањем за уговорне стране настаје обавеза да поново преговарају. Најчешће се овако дефинисана ревизиона клаузула користи у уговорима о грађењу. Самим тим се може применити и у области страних инвестиција, имајући у виду да изградња објеката инфраструктуре или других грађевинских објеката може бити предмет уговора о страним инвестицијама уколико је извођач радова инострана компанија.<sup>9</sup> Поред тога што постоји могућност

---

<sup>9</sup> Када се говори о дефинисању околности чијим наступањем аутоматски настаје обавеза вођења преговора, требало би правити разлику у односу на ситуације у којима се аутоматски врши прилагођавање уговорних обавеза. Преговорима, у смислу дејства ревизионе клаузуле, не сматрају се стандардна тарифна прилагођавања, проистекла из незнатног померања стопе инфлације. Тада се врше аутоматске измене

аутоматске адаптације, уговори о страним инвестицијама који за предмет имају извођење грађевинских радова (најчешће инфраструктурних) поседују тзв. „вариационе клаузуле“ које остварују исту функцију коју остварује и ревизиона клаузула, с тим што је у њима веома флексибилно дефинисано овлашћење за покретање преговора.<sup>10</sup>

У правној теорији је присутан став да је повремена анализа уговора благотворна и у складу са тим се препоручује уговорним странама да окидач за преговоре дефинишу према временском критеријуму. То значи да би уговорне стране имале обавезу да приступе преговорима у тачно одређеним временским интервалима. Сходно томе, један од уговора о страним инвестицијама у рударству предвиђа да уговорне стране имају обавезу да се састану сваких седам година „са задатком да размотри, у доброј вери, да ли уговор правично делује према свакој од уговорних страна и са задатком да, у будућности и у доброј вери, разматрају сваки проблем који произилази из практичног спровођења уговора“ (Peter, 1995: 79).

Питање се поставља да ли је за поновно преговарање неопходно да у уговору о страним инвестицијама буде изричито стипулирана ревизиона клаузула или је могуће покренути и поново водити преговоре без постојања поменутих клаузула? Бернардини указује да су у овом погледу присутна два опречна схватања (Bernardini, 2008: 99). Једно заступа тезу према којој сваки дугорочни уговор, чије се извршење реализује током дужег временског периода, по самој својој природи захтева адаптацију у случају да наступе промењене околности. Принцип „*rebus sic stantibus*“ остаје инхерентан за сваки такав уговор, као и принципи правичности и поступања у доброј вери.<sup>11</sup>

Схватање потпуно супротно претходном износи противљење, наводећи аргумент да су уговорне стране у уговорима о страним инвестицијама обично професионалци, богатог личног и стручно-професионалног искуства. Они су у стању да уграде ревизиону клаузулу у уговор, уколико сматрају да ће њена активација током трајања уговора бити неопходна.

---

уговора, али се аутоматски не покрећу преговори. Преговарању би аутоматски требало приступити у случају када дође до суштинских материјалних измена оригиналног уговора чије дејство утиче на његову супстанцу и у битном делу је мења. Наведено према Guasch, J.L. (2004). *Granting and Renegotiation Infrastructure Concessions – Doing it Right*. Washington D.C: The World Bank. 34.

10 Више о вариационим клаузулама видети у Klee, L. (2015). *International Construction Contract Law*. John Wiley & Sons. 165, 166.

11 Мишљење садржано у одлуци арбитражног суда Међународне трговинске коморе ICC Award No. 2291. (1975).

Из тог разлога одсуство ревизионе клаузуле из уговора значи да уговорне стране, у границама аутономије воље, бирају да осигурају стабилност уговорних односа, пре неголи да прилагођавају одредбе уговора у случају да дође до промене околности.<sup>12</sup>

#### **4. Дужност преговарања у доброј вери**

Поступање у доброј вери је један од основних постулата на којима су саздани темељи пословних односа. То је квалитет понашња учесника у пословној сарадњи који је очекиван и који се сматра за достигнути цивилизацијски стандард. У погледу конкретне садржине принципа преговарања у доброј вери веома је важно нагласити да се ради о правном стандарду. Правне стандарде одликује неодређеност садржине. Неодређеност садржине постоји у том смислу да, када се уговором предвиди дужност поступања у складу са принципом добре вере, то се чини на један генералан начин, без детаљног образлагања и појединачног навођења конкретних обавеза. Упркос томе што није јасно одређено шта је конкретно обухваћено овим принципом, постоји генерална сагласност о томе каквим понашањем се манифестује добра вера током преговора.

Како би олакшали разумевање принципа поступања у доброј вери и установили одређене смернице при тумачењу активности преговарача које се могу подвести под овај стандард, у теорији постоје предлози носећих елемената принципа поступања у доброј вери. Томас је понудио виђење састава принципа поступања у доброј вери, према којем постоји пет значења овог принципа:

1. нечасност ствара лошу веру;
2. уговорна страна би требало да одржи своју реч;
3. једна уговорна страна не би требало да погоршава позицију друге стране својим понашањем;
4. уговорне стране морају бити ослобођење апсурдних последица које произилазе из уговора;
5. кршење уговора сматра се нечасним (Thomas, 1999: 66–69).

Преговарање у доброј вери се тиче и односа према поверљивим информацијама добијеним од друге стране. Током поновних преговора једна уговорна страна може доћи у посед поверљивих информација од значаја за другу уговорну страну. Уговорна страна која проузрокује

---

<sup>12</sup> Видети одлуку арбитражног суда Међународне трговинске компе (Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce) ICC Arbitration Case No. 6281. (1989).

штету другој уговорној страни откривањем поверљивих информација у чији посед је дошла током преговора о измени уговора обавезна је да надокнади проузроковану штету (Lo, Tian, 2009: 138). Поред тога, одговорност носи свако вођење преговора у лошој вери, што се може испољити кроз намерно прикривање материјалних чињеница везаних за измену уговора или намерно достављање погрешних информација, као и кроз друге радње којима се повређује принцип добре вере и ствара губитак за другу страну (Lo et al. 2009: 138). Поред опрезног поступања са поверљивим информацијама ради очувања интегритета преговарачког процеса, уговорним страна се препоручује уздржавање од јавних иступа кроз давање изјава медијима током поновних преговора (Griffin, Daggatt, 1990: 154–156).

За однос између страног инвеститора и државе као уговорних страна из уговора о страним инвестицијама и као учесника у преговорима који се реализују услед активације ревизионе клаузуле, значајно би било указати на повезаност појмова поступања у доброј вери (лат. „bona fides“) и забране злоупотребе права (фр. „L’abus de droit“). Принцип забране злоупотребе права везан је за међународно–правни контекст, а са интернационализацијом уговора о страним инвестицијама могао би да буде примењен и на њих. Суштински се овај принцип састоји из три ситуације које доносе ново значење за појам добре вере. Реч је о правичној међузависности права и обавеза, затим санкционисању намере да се проузрокује штета и коначно забрани злоупотребе дискреционих права без намере да се друга страна оштети (Panizzon, 2006: 30, 31). Трипартитни концепт забране злоупотребе права, изворно настао у праву Светске троговнискe организације,<sup>13</sup> сведен на ниво модификације уговора о страним инвестицијама, конституише одређене обавезе за државу као носиоца суверених овлашћења. Због специфичности државе и атрибута власти којима располаже, у односу на њу је неопходно извршити модификацију принципа поступања у доброј вери. Потребно је нагласити да се поступање у доброј вери односи како на држање њених представника током преговора са страним инвеститором, тако и на њено вршење власти. Ово из разлога што држава и током преговора наставља да врши своју власт чиме може, противно принципу добре вере, нашкодити позицији страног инвеститора.

---

13 Више о дејству принципа понашања у доброј вери у међународном праву, кроз систем Светске троговнискe организације и постојању двоструке забране понашања држава „contra legem“ и „contra utile“ видети у Ђирић, А. Цветковић, П. (2010). Принцип добре вере у праву Светске троговнискe организације. Зборник радова Правног факултета у Нишу. (LV). 29–46.

## 5. Дужност вођења преговора или дужност постизања договора?

Ефекти ревизионе клаузуле и целисходност њеног имплементирања у уговор о страним инвестицијама могу се видети тек по окончању преговора. Сасвим се логичним чини условљавање повољне оцене учинка ревизионе клаузуле очувањем уговора и наставком извршавања, сада већ модификованих, обавеза уговорних страна. На први поглед, може се сматрати исправним уверење према којем ревизиона клаузула мора да обезбеди опстанак уговора о страним инвестицијама ма колико он био неповољан по неку од уговорних страна.

Међутим, било каква искључивост не доприноси рационалном сагледавању сложених правних проблема, а такав је случај и са карактером ревизионе клаузуле у уговорима о страним инвестицијама. Конкретно, не може се очекивати од било ког субјекта који је својом слободно формираном и израженом вољом ступио у одређени уговорни однос, да остане у њему уколико за тако нешто код њега више не постоји економски или неки други интерес. Слобода уговарања обухвата и слободу да се у уговор ступи, али и да се из уговора иступи, уз све последице које то иступање са собом носи.

Пренето на ревизиону клаузулу из уговора о страним инвестицијама, значи да од уговорних страна зависи како ће одредити степен обавезности преговора. Уговорне стране имају начелну слободу да у уговору о страним инвестицијама предвиде да ће, у случају активирања преговора по ревизионој клаузули, представници уговорних страна имати само обавезу да се одазову позиву на преговоре, као и да у преговорима учествују у доброј вери. Формулисањем ревизионе клаузуле на овакав начин, страни инвеститор и држава пријема инвестиција су се сагласили већ при закључењу уговора да, не знајући да ли ће у будућности бити неопходно да се преговори активирају, нови преговори за њих немају изванредан значај. Оваквом формулацијом уговорне стране јасно стављају до знања да за њих није од нарочите важности то да ли ће договор бити постигнут или не. Без обзира на резултате преговора, а следећи принцип „*in favorem contractus*“, пожељно је да постоје допунски механизми за опстанак уговора уколико уговорне стране немају обавезу постизања договора.<sup>14</sup>

Са друге стране, држава и инострана компанија могу изричито дефинисати обавезу да, наступањем тачно или уопштено одређених околности, представници уговорних страна организују састанке на којима ће

---

14 Пример допунског механизма ревизије уговоре, могу бити „одбори за решавање спорова“, који учествују у поступку ревизије уговора о извођењу грађевинских радова. Више о томе у Chern, C. (2015). *Dispute Boards: Practice and Procedure*. 3. ed. Taylor & Francis.



пронаћи решење за превазилажење околности које угрожавају уговор. Опредељивањем за обавезу резултата, уговорне стране саме себи стављају у задатак да у преговорима морају бити кооперативне и спремне на компромисе. Све дотле док се поменути проактивни приступ преговорима захтева од обе уговорне страна подједнако, и овакав обавезујући начин дефинисања ревизионе клаузуле је прихватљив. Међутим, проблем настаје у ситуацији у којој је постизање договора обавезно, а једна од уговорних страна је у стању да намеће своју вољу другој, тзв. „hold – up“ ситуација или ситуација задржавања.<sup>15</sup>

С обзиром на њене основне карактеристике и негативне ефекте које остварује једностраним наметањем измена уговора, потребно је пронаћи ефикасан начин да се кроз процес поновног преговарања елиминише „hold – up“ ситуација. Неопходно је уважити потребе државе пријема инвестиције, чија је позиција, наступањем „hold – up“ ситуације, знатно отежана.<sup>16</sup> Из тог разлога се државе пријема инвестиције често опредељују за ревизиону клаузулу према којој немају обавезу постизања договора.

## 6. Закључак

Промењене околности и поновно преговарање у уговорима о страним инвестицијама представљају комплексно питање које је предмет живе полемике. Недовољно јасно и прецизно одређивање окидача за преговоре

---

15 Проблем задржавања нарочито долази до изражаја у уговорима о јавно – приватном партнерству. Као последица промењених околности приватни партнер је у стању да захтева измену уговора и да услед постојања „hold – up“ ситуације јавном партнеру практично наметне планиране измене уговора. Цветковић у том смислу истиче да: *„Најчешћа манифестација ограничења избора јесте управо саглашавање јавног партнера са предложеним изменама уговора. Ову сагласност квалификује чињеница да сагласност јавног партнера није резултат тржишно вођене евалуације његових интереса. Дата сагласност консеквенца је чињенице да је јавни партнер без суштинске могућности избора у погледу остваривања свог права кроз заштиту првобитне погодбе (погодбе садржане у немодификованом уговору).“* (Цветковић, 2015: 184). У склопу разматрања аспекта обавезности вођења преговора и резултата преговора у области страних инвестиција, „hold – up“ проблем у великој мери може отежати преговарачки капацитет државе пријема инвестиције. Поменути проблем се јавља у случају када страни инвеститор и држава пријема инвестиција уђу заједнички у инвестицију, која се, уколико не буде окончана, не може користити за друге намене осим за оне које су изворно предвиђене. Дејством „hold – up“ проблема одређује се унапред обавеза уговорних страна да постигну договор, кроз принудну позицију у којој се налази држава пријема инвестиције. Држава пријема инвестиције нема могућности замене уговорног партнера и нема други избор, осим да прихвати захтеве страног инвеститора, ма колико неповољни били.

16 О могућим излазима из „hold – up“ ситуације видети Holden, R. Malani, A. (2014) Renegotiation Design by Contract. The University of Chicago Law Review. Vol. 81. 153, 154.

отвара простор за тумачења, која собом увек носе проблем недостатка уједначености. Са друге стране, опредељивање за приступ којим се окидач за преговоре лимитира на тачно одређене околности показује своје недостатке. Они су садржани у реалној ограничениости људског ума да предвиди потенцијалне ризике који би могли да наруше еквилибријум уговора.

Немогућност уговорних страна да детерминишу да ли је наступила околност која покреће преговоре – захтева ангажовање надлежног арбитражног трибунала. Како би арбитрама било олакшано доношење одлуке, уговорним странама се препоручује да обрате пажњу на две ставке (Gotanda, 2003: 1472, 1473). Важно је да ли меродавно право дозвољава арбитрама да сами адаптирају одредбе уговора уколико уговорне стране то не постигну. Поред тога, суштински значај носи и критеријум којим се арбитражни трибунал води при адаптирању уговора.

Интересовање које и данас влада за дијагоналне споразуме, а у склопу њих за ревизиону клаузулу и окидач поновних преговора, не може се сматрати изненађујућим. Све су учесталији гласови који истичу да је међународно инвестиционо право доживело врхунац свог развоја. Могу се чути позиви да се приступи свеобухватној реформи основних принципа на којима су устројени односи између држава, друштва и моћних мултинационалних корпорација. Као један од стубова захтеване реформе промовише се повратак на заштиту страних инвестиција кроз уговоре, с обзиром да ће арбитражна заштита у будућности све више зависити од случајности него извесности (Sornarajah, 2015: 409). Постављањем уговора у центар реформе система страних инвестиција и сви његови саставни елементи морају бити конструисани тако да омогуће остваривање улоге која му је у том процесу намењена. Ревизиона клаузула може бити функционална потпора реформског капацитета уговора.

## Литература

Berger, K. (2003). Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts:

The Role of Contract Drafters and Arbitrators. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 36. 1347–1383.

Bernardini, P. (2008). Stabilization and adaptation in oil and gas investments. *Journal of World Energy Law & Business*. Vol. 1. No. 1. Oxford: Oxford University Press. 98–112.

Burgstaller, M. (2011). The Future of Bilateral Investment Treaties of EU Member States. In Bungenberg, M. Griebel, J. Hindelang, S. (Eds.). *European Yearbook of International Economic Law – Special Issue: International Investment Law and EU Law*. Berlin, Heidelberg: Springer – Verlag. 55–77.

Case 48/69. *ICI v Commission* [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557.

Case 114/85. *A Ahlström Oy v Commission* [1988] ECR 5193, [1988] 4 CMLR 901.

Dolzer, R., Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press.

Ewing, K.A. Weller, M. (2014). *Climate Change and Environmental Law*. In Sullivan, T.F.P.

(Edit.). *Environmental Law Handbook*. 22. Ed. Bernan Press. 695–750.

Gotanda, J. (2003). Renegotiation and Adaptation Clauses in International Investment Contracts, Revisited. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 36. 1461–1473.

Griffin. T, Daggatt, R. (1990). *The Global Negotiator*. Harper Collins Publishers.

Guasch, J.L. (2004). *Granting and Renegotiation Infrastructure Concessions – Doing it Right*.

Washington D.C: The World Bank.

Holden, R. Malani, A. (2014) *Renegotiation Design by Contract*. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 81. 151–178.

ICC Arbitration Case No. 6281. (1989).

ICC Award No. 2291. (1975).

Johnson L. Volkov O. (2013) *Investor-State Contracts, Host-State “Commitments” and the Myth of Stability in International Law*. *The American Review of International Arbitration*. Vol. 24. No. 3. 361 – 415.

Klee, L. (2015). *International Construction Contract Law*. John Wiley & Sons.

LCIA Case No. UN 3467. *Occidental Exploration and Production Co v. Ecuador*. Award 1 July 2004.

Lo, V.I. Tian, X. (2009). *Law for Foreign Business and Investment in China*. London and New York: Taylor & Francis.

McKendrick, E. (1995). *The Regulation of Long-term Contracts in English law*. In Beatson, J. Friedmann, D. (Eds.). *Good faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon Press. 305-333.

Montt, S. (2009). *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing.

Nakhle, C. (2008). *Petroleum Taxation: Sharing the oil wealth – a study of petroleum taxation yesterday, today and tomorrow*. London and New York: Taylor & Francis.

Panizzon, M. (2006). *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO: The Protection of Legitimate Expectations, Good Faith Interpretation and Fair Dispute Settlement*. Oxford and Portland. Oregon: Hart Publishing and Schulthess.

Peter, W. (1995). *Arbitration and Renegotiation in International Investment Agreements*, The Hague. London: Kluwer Law International.

Salacuse, J. (1991). *Making Global Deals: Negotiating in the International Marketplace*. Boston: Houghton Mifflin.

Sornarajah, M. (2015). *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.

Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press.

Thomas, J.M. (1999). *Good Faith in Contracting: A Sceptical View* In Forte, A.D.M. (Edit.). *Good Faith in Contract and Property*. Oxford and Portland. Oregon: Hart Publishing. 63–76.

UNCTC. (1988). *Proposed Text of the Draft Code on Transnational Corporations*. E/1988/39/Add.1.

Wells, L.T. Ahmed, R. (2007). *Making Foreign Investment Safe*. Oxford: Oxford University Press.

Whish, R. Bailey, D. (2012). *Competition Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press.

Ђирић, А. Ђуровић, Р. (2005). *Међународно трговинско право – посебни део*. Ниш: Правни факултет у Нишу.

Ђирић, А. Цветковић, П. (2016). *Начело пуне заштите и сигурности стране инвестиције*. Право и привреда. Број 7–9.

Ђирић, А. Цветковић, П. (2014). *Карактеристике правног режима страних директних инвестиција у праву ЕУ*. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 68 (LIII). 679–696.

Ђирић, А. Цветковић, П. (2010). Принцип добре вере у праву Светске трговинске организације. Зборник радова Правног факултета у Нишу. (LV). 29–46.

Цветковић, П. (2015). Право јавно приватних партнерстава. Правни факултет у Нишу.

**Dušan Dubajić, LL.M,**

*PhD Student,*

*Faculty of Law, University of Niš*

### **CHANGED CIRCUMSTANCES AND THE RENEGOTIATION OF FOREIGN INVESTMENT CONTRACTS**

#### **Summary**

*Today's world is shaped by the processes of globalization and economic liberalization, which dominantly determine the social, economic, environmental and political conditions. As part of these processes, there is an increasing rhetoric about the activities of the state to build a legal system "ideal for attracting" foreign investment, to establish state institutions in charge of "attracting foreign investment", and to create a business environment conducive to "attract" foreign investment. Faced with citizen requests and pressure to create conditions for employment, in initial negotiations with foreign investors state, authorities articulate their willingness to meet these requests. The affirmative stance of governments towards the investments of multinational companies easily can be changed. Once the investment begins, the pledges made by one contracting party to the other may prove to be unrealistic and economically unjustified. The tensions generated between the host state and foreign investors jeopardize the foreign investment contract concluded by the contracting parties.*

*Further fulfillment of contractual obligations from foreign investment contracts will be possible if the contracting parties resolve the resulting conflict through mutual negotiations. Through negotiations, the contracting parties can depreciate the impact of the changed circumstances, including a range of economic, political, legislative and environmental conditions. Initiating negotiations at the right time and conducting them in good faith may lead to a solution. Even if an agreement is not reached, the renegotiation may contribute to a better understanding of contractual partners and redefining the positions of the contracting parties.*

**Keywords:** *foreign investments, contract, renegotiation, renegotiation clause, changed circumstances, trigger for renegotiation, good faith.*



## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

### УПУТСТВО АУТОРИМА

<b>Опште напомене</b>	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), <b>величина фонта 12 pt</b> , размак између редова 1,5. Формат странице треба да
<b>Обим рада</b>	Један ауторски табак - рад не треба да има више од <b>40.000</b> карактера,
<b>Језик и писмо</b>	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
<b>Наслов рада</b>	<b>Наслов рада</b> куцати величином фонта <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman
<b>Аутор(и)</b>	Име и презиме аутора, назив и пуна адреса институције у којој аутор ради, контакт е-mail адреса (величина фонта 12 pt). Све податке о ауторима, титула и институција,
<b>Подаци о пројекту или програму*</b>	На дну прве странице текста, треба навести у фусноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
<b>Подаци о усменом саопштењу рада*</b>	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у
<b>Апстракт</b>	Апстракт садржи 100-250 речи.
<b>Кључне речи</b>	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
<b>Структура текста</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Увод</li> <li>2. Поднаслов 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Поднаслов 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Поднаслов 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Поднаслов 2</li> <li>4. Закључак</li> </ol> <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Литература (References)</b>	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).
<b>Резиме (Summary)</b>	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера
<b>Табеле, графикони, слике</b>	Табеле урадити у Wordу или Excelу. Фотографије, графикони или слике доставити у формату jpg.
<b>Ауторска права</b>	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети <b>овде</b> .
<b>Доставља радова</b>	Радови се достављају у електронском облику (као <i>attachment</i> ) на следећу адресу: <b><a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a></b>
<b>Огледни примерак рада</b>	Овде можете преузети ОГЛЕДНИ ПРИМЕРАК РАДА

\* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

## УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити **у тексту**, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

**Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати.** Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Онима теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права.	<b>Прво цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Наредно цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	<b>Фус нота:</b> Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Отојуди v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IУ-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	<b>Фус нота:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IУ-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Навођење у тексту:</b> (Wallace, 2001)  <b>Фус нота:</b> European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>



## Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

### GUIDELINES FOR AUTHORS

<b>General notes</b>	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font <b>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</b> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
<b>Paper length</b>	The paper shall not exceed 16 pages. <b>An article</b> shall not exceed 40.000 characters (including spaces). <b>A review</b> shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
<b>Language and script</b>	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
<b>Paper Title</b>	<b>The paper title</b> shall be formatted in font <b>Times New Roman</b> , font size <b>14 pt, bold</b> . The title shall be submitted in English as well.
<b>Author(s)</b>	After the title, the paper shall include the name and surname of the author(s), the name and full address of the institution affiliation, and a contact e-mail address (font size 12 pt). The data on the author(s), academic title(s) and rank(s), and the institution shall be provided in English as well.
<b>Data on the project or program*(optional)</b>	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
<b>Data on the oral presentation of the paper*(optional)</b>	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
<b>Abstract</b>	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
<b>Key words</b>	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Text structure</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Introduction</li> <li>2. Chapter 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Section 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Subsection 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Chapter 2</li> <li>4. Conclusion</li> </ol> <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>References</b>	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the <b>Guidelines for Authors</b> .
<b>Summary</b>	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Tables, graphs, figures</b>	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in <b>jpg</b> . format.
<b>Copyright</b>	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded <a href="#">here</a> .
<b>Paper submission</b>	The papers shall be submitted in electronic format (as an <i>attachment</i> ) to the following address: <a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a>

\* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

## CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	<b>First in-text citation:</b> (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) <b>A subsequent in-text citation:</b> (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	<b>Footnote:</b> Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IV-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	<b>Footnote:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IV-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>In-text citation:</b> (Wallace, 2001)  <b>Footnote:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>