

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

UNIVERZITET U NIŠU  
PRAVNI FAKULTET

**ZBORNİK RADOVA PRAVNOG  
FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 75 | GODINA LVI | 2017

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

Nº 75 | YEAR LVI | 2017

NIŠ, 2017.

# ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Niš, 2017.

## Izdavač

Pravni fakultet u Nišu

## Za izdavača

Prof. dr Saša Knežević, dekan

## Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Irena Pejić

### Članovi Redakcionog odbora iz zemlje

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

Članovi Redakcionog odbora iz inostranstva Prof.  
dr Michael Geistlinger, profesor Univerziteta, Salzburg  
Austrija  
Prof. dr Ivanova Svetlana Anatoljevna, dekan  
Pravnog fakulteta Finansijskog univerziteta Vlade  
Ruske federacije  
Prof. dr Sašo Georgijevski, profesor Pravnog  
fakulteta Justinijan Prvi, Skoplje, Makedonija  
Grucina Людmila Югьевна, doktor pravnih nauka,  
Katedra građanskog prava Finansijskog univerziteta  
Vlade Ruske federacije  
Prof. dr Anatoliј Kapustin, profesor  
Finansijskog univerziteta Vlade Ruske  
federacije  
Prof. dr Isabel S. Marcus, profesor Pravnog fakulteta  
Univerziteta Bafaloo, Bafalo, SAD Selivon Nikolaј  
Fedosovič, akademik, predsednik Međunarodnog  
trgovinskog arbitražnog suda pri Privredno-  
industrijskoj komori Ukrajine  
Prof. dr Šagieva Rozalina Vasiljevna, prorektor  
Akademije advokature i notarijata Ruske federacije

**Sekretar Redakcionog odbora:** Doc. dr Miloš Prica

**Prevodi:** Gordana Ignjatović (engleski)

**Lektura:** Aleksandra Gojković **Tehnički**

**urednik:** Nenad Milošević **Štampa:**

Medivest Niš, **Tiraž:** 100

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu  
pod nazivom Collection of papers, Faculty of Law, Nis je u punom tekstu dostupan  
u HeinOnline bazi podataka, EBSCO bazi Legal Source, kao i u bazi Central and Eastern  
European Online Library – CEEOL.

---

CENTAR ZA PUBLIKACIJE Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu  
18 000 Niš, Trg kralja Aleksandra 11, tel. +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



# SADRŽAJ

Uvodna reč.....IX

## I ČLANCI

### U FOKUSU

#### MEĐUNARODNO PORESKO PRAVO

**Dejan POPOVIĆ,**  
**Gordana ILIĆ POPOV**  
Značaj i efekti BEPS multilateralne  
konvencije u međunarodnom poreskom pravu .....13

**Cvjetana CVJETKOVIĆ**  
Uloga poreza u upravljanju otpadom u  
državama članicama Evropske unije.....33

**Nevena PETRUŠIĆ,**  
**Kosana BEKER**  
Diskriminacija pravnih lica: fenomenološke karakteristike i  
pravna zaštita.....49

**Драган СТОЈАНОВИЧ, Драгиша**  
**Б. СЛИЕПЧЕВИЧ,** Защита  
основных прав человека в  
Конституционном суде Сербии .....71

**Ranko SOVILj,**  
Upravljanje kreditnim rizikom u bankama  
sa stanovišta sudske prakse .....95

**Mihajlo VUČIĆ,**  
Pravičnost i korišćenje zajedničkih vodnih dobara..107

**Dragan JOVAŠEVIĆ,**  
Uslovna osuda u nemačkom krivičnom pravu .....129

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

<b>Ivana SIMONOVIĆ,</b> Uticaj zablude na pravni posao – posebno o bitnim svojstvima predmeta činidbe .....	161
<b>Veljko VLAŠKOVIĆ,</b> Pravo deteta na mišljenje i najbolji interes deteta sa težištem na pristupu komiteta za prava deteta.....	183
<b>Darko DIMOVSKI,</b> Mobing – kriminološki i krivičnopravni aspekt .....	203
<b>Željko MIRKOV,</b> O suočenju okrivljenog u krivičnom postupku.....	223
<b>Yury PUDOVOCHKIN,</b> <b>Georgy RUSANOV,</b> Crimes against Cultural Values as a basis of international criminal responsibility.....	235

## II SUDSKA PRAKSA

<b>Filip MIRIĆ,</b> Povreda prava na suđenje u razumnom roku (slučaj Ristić protiv Srbije) .....	255
--	-----

## III PRIKAZI

<b>Ninoslav S. STANOJLOVIĆ,</b> Boriša Radovanović, „Parlamentarna istorija srbije u XIX veku. Skupštine u Kragujevcu 1813-1880“, Zbornik radova, I, autorsko izdanje, Kragujevac 2014. ....	267
---	-----

## IV RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

<b>Dušan DUBAJIĆ,</b> Promenjene okolnosti i ponovno pregovaranje u ugovorima o stranim investicijama .....	275
<b>Uputstvo za autore</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
--	-----

## V PHD STUDENTS' PAPERS

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



## Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

Pred vama se nalazi prva sveska (br. 75) naučnog časopisa Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu u 2017. godini, koja obuhvata 15 originalnih i preglednih naučnih radova, kao i jedan prikaz knjige. U fokusu broja 75. nalazi se oblast Međunarodnog poreskog prava, dok se ostali radovi bave različitim temama iz užih pravnih oblasti sa teorijskim razmatranjem i kritičkom analizom pozitivnopravnih propisa i stavova u naučnoj literaturi. Redakcija časopisa želi da vas informiše da je Pravni fakultet u Nišu zaključio ugovor sa Centralnom i istočnoevropskom onlajn bibliotekom (Central and Eastern European Online Library GmbH - CEEOL), što će omogućiti da Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu bude vidljiv u još jednoj internet bazi naučnih časopisa, knjiga, periodike i drugih izvora ([https:// www.ceeol.com/search/journal-detail?id=1716](https://www.ceeol.com/search/journal-detail?id=1716)). Takođe, Centar za evaluaciju u obrazovanju i nauci (CEON) obavestio nas je da je naš časopis prihvaćen za indeksiranje u bazi časopisa sa otvorenim pristupom (Directory of Open Access Journals – DOAJ, <https://doaj.org/toc/2560-3116>). Pored dosadašnjeg prisustva u servisima EBSCO i HeinOnline, vidljivost u CEEOL i DOAJ bazi podataka otvara šire mogućnosti za dalje unapređenje naučnog kredibiliteta časopisa.

U Nišu, septembar, 2017.

*Prof. dr Irena Pejić,  
glavni i odgovorni urednik*

## **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

# ČLANCI

---

---

**U FOKUSU  
MEĐUNARODNO  
PORESKO PRAVO**



**Dr Dejan Popović,\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Beogradu  
**Dr Gordana Ilić Popov,**  
Redovni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Beogradu

originalan naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1775013P

UDK: 336.227.1.025

Rad primljen: 16.06.2017.  
Rad prihvaćen: 29.06.2017.

## **ZNAČAJ I EFEKTI BEPS MULTILATERALNE KONVENCIJE U MEĐUNARODNOM PORESKOM PRAVU**

**Apstrakt:** U radu se analizira Multilateralna konvencija za primenu mera koje se u cilju sprečavanja erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti odnose na poreske ugovore, nastala kao jedan od rezultata BEPS projekta OECD i G20. Predmet i cilj BEPS multilateralne konvencije jeste brza i konzistentna primena rešenja, čiji je cilj sprečavanje izbegavanja plaćanja poreza u međunarodnom kontekstu, kroz modifikacije postojećih bilateralnih poreskih ugovora, a uz obezbeđivanje visokog nivoa fleksibilnosti u implementaciji. Autori polaze od hipoteze da su u dosadašnjem razvoju međunarodnog poreskog prava multilateralni ugovori o izbegavanju dvostrukog oporezivanja bili veoma retki, pre svega zbog problema usklađivanja različitih interesa involviranih država. BEPS multilateralna konvencija označava, međutim, sasvim nov instrument, primeren uslovima globalizacije, jer pokazuje nameru gotovo sto država koje su učestvovala u njegovoj pripremi da u svoje bilateralne poreske ugovore ugrade odredbe kojima će suzbiti poresku evaziju. Konvencija sadrži dva minimalna standarda, koja svaki potpisnik mora da na neki od ponuđenih načina ugradi u svoje obuhvaćene poreske sporazume: jedan se tiče sprečavanja treaty-shopping aranžmana, a drugi unapređenja postupka zajedničkog dogovaranja poreskih vlasti. Fleksibilnost je obezbeđena pravom svake države i jurisdikcije da izabere koje će poreske ugovore „staviti na listu“, opcijom da se na široki krug specifikovanih odredaba istakne rezerva i

---

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

*moogućnošću opredeljivanja između dopuštenih alternativa. U članku je istražena pozicija Srbije, jedne od potpisnica Konvencije, u odnosu na izbor koji je ponuđen.*

**Ključne reči:** BEPS; bilateralni poreski ugovori; dvostruko oporezivanje; klauzula o kompatibilnosti; međunarodno poresko pravo; multilateralna konvencija; poresko planiranje.

## 1. Uvodne napomene

U poreskopravnoj literaturi navode se određene prednosti multilateralnih konvencija u odnosu na bilateralne ugovore o izbegavanju dvostrukog oporezivanja dohotka i imovine. One obezbeđuju jednoobraznost rešenja u nacionalnim poreskim zakonodavstvima država ugovornica za situacije koje nastaju u njihovim unakrsnim međusobnim odnosima. Otuda bi se njima lakše razrešio problem tzv. triangularnog slu čaja, kada preduzeće jedne države ostvaruje dohodak preko stalne poslovne jedinice locirane u drugoj državi iz treće države (Kim, 2015: 237). Pošto multilateralni sporazum zaključuju najmanje tri države, principi kojima bi se razgraničavala njihova subjektivna poreska prava, metode za eliminaciju dvostrukog oporezivanja i druga relevantna pravila bili bi ujednačeni (Loukota, 1997: 96). Njegova je prednost i u tome što omogućuje istovremeno usklađivanje različitih interesa država ugovornica, garantujući određenu stabilnost uspostavljenog pravnog režima. Konačno, postupak sporazumevanja poreskih organa zemalja ugovornica i rešenja koja se tiču sprečavanja zloupotrebe konvencije u multilateralnom sporazumu daju veće efekte (Pires, 1990: 244–245).

Uprkos navedenim prednostima, vrlo mali broj opštih multilateralnih konvencija o izbegavanju dvostrukog oporezivanja (Nordijska konvencija, Konvencija između država članica Karipske zajednice, Konvencija između država članica Unije arapskog Magreba i Sporazum između država članica Saveta Arapske ekonomske unije) mogao bi se, prema našem mišljenju, objasniti nekoliko razlozima. Naime, države ugovornice nisu u stanju da predvide efekte takve konvencije na visinu poreskih prihoda, dok se bilateralni ugovor uobličava shodno spremnosti država da se liše odgovarajućeg dela fiskalnih prihoda. Uz to, države nerado pristaju na ograničavanje svojih subjektivnih poreskih prava na širokoj, multilateralnoj osnovi, pa se poreski sistemi, različiti po svojoj strukturi (Popović, 1997: 491–494) mogu potpunije uskladiti na bilateralnoj osnovi (Knechtel, 1979: 189). Upravo zbog specifičnosti nacionalnih poreskih sistema, multilateralne konvencije nisu

dovoljno fleksibilne (Orow, 2005: 73). Najzad, postupak zaključivanja multilateralne konvencije je ne samo dugotrajniji, već i složeniji jer, po pravilu, zahteva održavanje međunarodne konferencije, kojoj prethodi priprema nacрта o kojem će se raspravljati prvo u pregovaračkoj grupi, pa na plenarnoj sednici (Kim, 2015: 258–259).

U radu polazimo od hipoteze da u uslovima globalizacije multilateralne poreske konvencije dobijaju novu sadržinu i ulogu. Analizi ćemo podvrći multilateralni instrument nastao zajedničkim naporima gotovo sto država u cilju da se u brojne bilateralne poreske ugovore ugrade norme koje bi trebalo da doprinesu suzbijanju izbegavanja plaćanja poreza u međunarodnom kontekstu. Namera nam je da pokušamo da damo ocenu njegovih stvarnih domašaja u međunarodnom poreskom pravu.

## **2. Mere za sprečavanje erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti, povezanih sa poreskim ugovorom**

Ideja o „multilateralizmu“ kod izbegavanja dvostrukog oporezivanja postaje naročito aktuelna na nivou OECD-a od sredine druge decenije XXI veka. Pritisak na poreske prihode mnogih država zbog rasprostranjenog iskorišćavanja „poreskih rajeva“ i preferencijalnih režima u zemljama sa inače visokim porezima doveo je, pogotovo po izbijanju globalne finansijske krize 2008. godine, do koordinacije napora da se domaća poreska osnovica zaštiti od strategija poreskog planiranja multinacionalnih kompanija. Godine 2013. OECD je pripremio BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) akcioni plan (*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, 2013), podržan od strane lidera G20, koji je identifikovao 15 akcija kojima bi se na sveobuhvatan način suprotstavilo eroziji osnovice i premeštanju dobiti. BEPS projekat je dobio podršku i značajnog broja zemalja u razvoju, što je od suštinskog značaja za uspeh akcija protiv agresivnog poreskog planiranja, koje se odvija na globalnoj osnovi (Arnold, 2016: 187). Akcija 15 BEPS akcionog plana upućivala je na analizu mogućeg razvoja multilateralnog instrumenta za implementaciju onih BEPS mera koje su povezane sa poreskim ugovorima, kako bi se omogućilo državama i jurisdikcijama koje, ukoliko žele, mogu da primene te mere.

Zaključeno je da je taj „instrument“ za primenu BEPS mera povezanih sa poreskim sporazumom, kao pravno obavezujuća konvencija međunarodnog javnog prava, poželjan, te da će primena završnog BEPS paketa zahtevati izmene ne samo u model-konvencijama (OECD, UN i dr.), nego i u važećim bilateralnim poreskim ugovorima (*Developing a Multilateral Instrument*, 2015: 10). S obzirom na to da danas ima preko 3.000 poreskih ugovora, bilateralna

usklađivanja bi bitno ograničila efikasnost multilateralnih napora.

Do 2015. godine usaglašena je sadržina svih sa poreskim ugovorima povezanih BEPS mera. To su mere iz sledećih akcija: Akcija 2 – Neutralisanje efekata aranžmana sa nepodudaranjem hibrida; Akcija 6 – Sprečavanje pružanja pogodnosti iz poreskih sporazuma u neodgovarajućim okolnostima; Akcija 7 – Sprečavanje artifičijelnog izbegavanja statusa stalne poslovne jedinice; i Akcija 14 – Činjenje mehanizama rešavanja sporova efikasnijim.

Komitet za fiskalne poslove OECD-a je obrazovao *ad hoc* radnu grupu za izradu multilateralnog instrumenta (u kojoj je, među predstavnicima 99 država, učestvovala i Srbija), čiji je glavni zadatak bio da pronađe način kako da se najefikasnije modifikuju odredbe postojećih bilateralnih poreskih ugovora da bi se primenile BEPS mere. Kao rezultat tih napora, OECD je 24. novembra 2016. godine predstavio Multilateralnu konvenciju za primenu mera koje se u cilju sprečavanja erozije poreske osnovice i pre- meštanja dobiti odnose na poreske ugovore (dalje: *BEPS multilateralna konvencija* ili *Konvencija*), a uz nju i Objašnjenje. Konvencija je, počev od 31. 12. 2016. godine, otvorena za potpisivanje svim državama, ostrvima Gernsi, Džersi i Man (zavisnim teritorijama britanske Krune /eng. *Crown dependencies*/) i svakoj drugoj jurisdikciji kojoj je konsenzusom strana i potpisnica priznato pravo da bude strana. Ceremonija potpisivanja održana je 7. juna 2017. godine u Parizu, kada je 68 država i jurisdikcija širom sveta, uključujući Srbiju, pristupilo Konvenciji. Još 9 država je tim povodom iskazalo nameru da je uskoro potpišu, a očekuje se da će broj potpisnika kasnije biti i veći.

BEPS multilateralna konvencija funkcioniše *uporedo* sa postojećim sporazumima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, što je čini drukčijom od postojećih (malobrojnih) multilateralnih konvencija o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, koje zamenjuju sve bilateralne poreske sporazume koji su postojali između država koje su je zaključile.

Prilično neodređene formulacije u Završnom izveštaju o Akciji 15 mogle su voditi do dva različita zaključka: ili da su predmet i cilj BEPS multilateralne konvencije *konzistentna primena* pravila poreskih sporazuma, razvijenih tokom BEPS projekta ili pak da su oni ograničeni na *brzu primenu* određenih modifikacija u ugovorima, uz obezbeđivanje visokog nivoa fleksibilnosti u implementaciji rezultata BEPS projekta (Bravo, 2016a: 293). Tumačenje preambule Konvencije navodi na zaključak da njen predmet i cilj predstavljaju brza, ali koordinisana i konzistentna implementacija. Pretpostavljamo da će se



u praksi tokom primene Konvencije ipak otvoriti dilema kojem od ta dva pristupa treba dati primat.

### **3. Minimalni standardi povezani sa poreskim sporazumom**

BEPS multilateralna konvencija sadrži norme o nepodudaranju hibridnih entiteta i hibridnih finansijskih instrumenata, zloupotrebi poreskog sporazuma, izbegavanju statusa stalne poslovne jedinice, unapređenju mehanizma rešavanja sporova i arbitraži; prve četiri grupe odredaba imaju bilateralno dejstvo na odnose između ugovornih jurisdikcija uređene njihovim obuhvaćenim poreskim sporazumima, dok odredbe o arbitraži – koje su opcionog karaktera – imaju multilateralni efekat. Konvencija ne predstavlja skup protokola koji se dodaju svakom bilateralnom sporazumu, već samostalan instrument međunarodnog javnog prava.

Da bi mogla da ostvari svoj cilj, tj. brzu, koordinisanu i konzistentnu primenu, u multilateralnim okvirima, BEPS mera povezanih sa poreskim ugovorima, u mnogim odredbama te konvencije ponavlja se odgovarajući tekst iz Model-konvencije OECD o dvostrukom oporezivanju dohotka i imovine (*Model Tax Convention*), ali uz više vrsta modifikacija (*Explanatory Statement: 4–5*). U tom smislu, uočavamo *promene u terminologiji radi preciziranja polja primene Konvencije*. Tako se terminom „obuhvaćeni poreski sporazum“ menjaju različiti nazivi za bilateralne poreske ugovore. Kada je u pitanju Srbija, među njenim poreskim ugovorima sreću se, između ostalih, nazivi: ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja u odnosu na poreze na dohodak (npr. s Irskom), ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja u odnosu na poreze na dohodak i na imovinu (npr. sa Rusijom), ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja i sprečavanju poreske evazije u odnosu na poreze na dohodak (npr. sa Norveškom), ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja i sprečavanju poreske evazije u odnosu na poreze na dohodak i na imovinu (npr. sa Kazahstanom) i dr. Da bi neki bilateralni poreski ugovor imao svojstvo „obuhvaćenog poreskog sporazuma“, obe strane (ugovorne jurisdikcije) ga moraju dostaviti depozitaru Konvencije (OECD), sa svim podacima neophodnim za identifikaciju. Sem toga, primetna je i *zamena upućivanja na određene članove i stavove obuhvaćenih poreskih sporazuma opisom tih odredaba*. Naime, sadržina norme, kao i numeracija članova i stavova u postojećim poreskim ugovorima su neujednačeni (na primer, umesto pozivanja na čl. 13, st. 4 Model-konvencije OECD, čija je norma u poreskom ugovoru Srbije sa Albanijom smeštena u čl. 14, st. 4, koristi se nešto izmenjenija formulacija). Takođe,

uočljive su i *izmene koje odražavaju razlike nastale zbog toga što neka BEPS mera donosi rešenja za pitanja koja proizlaze iz određenih odredaba Model-konvencije OECD*. Na primer, kod određivanja uslova pod kojima kompanija rezident jedne ugovorne jurisdikcije može ostvariti pogodnost u vidu snižene stope poreza po odbitku na dividende koje isplaćuje rezidentu druge ugovorne jurisdikcije, do sada se u čl. 10, st. 2, tač. a) Model-konvencije OECD zahtevalo samo da je primalac dividendi kompanija koja neposredno ima najmanje 25% kapitala kompanije koja isplaćuje dividende. Zbog poreskog planiranja mogućeg tako što bi kompanija koja poseduje manje od 25% kapitala uoči dana kada će isplatiti dividende povećala svoj udeo prvenstveno da bi obezbedila pogodnost primene snižene stope poreza po odbitku, u čl. 8, st. 1 Konvencije sadržana je BEPS mera protiv zloupotrebe poreskog ugovora, koja propisuje da holding period mora trajati najmanje 365 dana. Valja primetiti da Srbija ni u jednom od svojih poreskih sporazuma nema normu o minimalnom holding periodu, te je u 43 važeća i 2 potpisana poreska ugovora primenila tu odredbu Konvencije. Uz to, u 29 važećih poreskih ugovora (i 4 samo potpisana) ugradila je čl. 9, st. 4 Konvencije, koji predviđa da se dobiti od otuđenja akcija ili udela rezidenta jedne ugovorne jurisdikcije koji, u bilo kojem momentu tokom 365 dana koji prethode otuđenju, više od 50% svoje vrednosti ostvaruju neposredno ili posredno od nepokretnosti koja se nalazi u drugoj ugovornoj jurisdikciji, mogu oporezovati u toj drugoj jurisdikciji. Takođe, kod rešavanja problema dvojnog rezidentstva lica osim fizičkog, Srbija se opredelila za pristup iz čl. 4, st. 1 Konvencije, tj. nadležni organi će nastojati da postignu zajednički dogovor, a neće se automatski prihvatati kriterijum mesta stvarne uprave.

U preambuli Konvencije je, između ostalog, istaknuto da je neophodno obezbediti da se postojeći bilateralni poreski sporazumi tumače tako da eliminišu dvostruko oporezivanje u pogledu poreza koje obuhvataju, a da se ne stvaraju mogućnosti za neoporezivanje ili za nelegitimno umanjenje poreza. U tom smislu, u Konvenciji su postavljena dva *obavezna* minimalna standarda povezana sa poreskim sporazumom, oko kojih su se usaglasile sve strane u završnom BEPS paketu.

*Prvi minimalni standard* odnosi se na sprečavanje zloupotrebe poreskog ugovora, ugrađen u čl. 6, st. 1 Konvencije, koji nalaže da se u preambulu obuhvaćenog poreskog sporazuma unese izričita izjava da je zajednička namera obe strane da se eliminiše dvostruko oporezivanje, bez stvaranja mogućnosti da dođe do neoporezivanja ili sniženog oporezivanja putem nezakonite evazije ili nelegitimne zakonite evazije, uključujući *treaty-shopping* aranžmane (Gustafson, 2006: 210–211), čiji je cilj da olakšice

predviđene u Konvenciji budu u indirektnu korist rezidenata trećih država. Uz takvu formulaciju, u preambuli se može iskazati i namera dveju strana da dalje razvijaju svoje ekonomske odnose i unapređuju saradnju u poreskoj materiji. Srbija se opredelila za taj drugi pristup.

Takva namera ugovornih strana može se ostvariti primenom opšteg anti-abuzivnog testa glavnog cilja transakcije ili aranžmana (eng. *principal purpose test*, dalje: *test GCT*), koji pokazuje da će, imajući u vidu sve relevantne činjenice, ako je jedan od glavnih ciljeva transakcije ili aranžmana da se ostvare pogodnosti iz poreskog ugovora, one biti uskraćene, osim ukoliko se ne ustanovi da bi pružanje pogodnosti bilo u skladu sa predmetom i ciljem ugovora.

Implementacija navedene zajedničke namere je moguća i paralelnom primenom specijalne anti-abuzivne mere u vidu pojednostavljene klauzule o limitiranju pogodnosti (eng. *limitation of benefits* – LOB). Cilj takve klauzule je uskraćivanje poreskih pogodnosti kompaniji koja je rezident jedne od ugovornih jurisdikcija, ali u stvari služi kao „protočna“ (eng. *conduit*) kompanija rezidenta treće države (Guerra, 2011: 85). LOB klauzula razlikuje „kvalifikovano lice“ od „lica koje nije kvalifikovano“. Svaki rezident jedne ugovorne jurisdikcije, bez obzira na „kvalifikovanost“, ima pravo na pogodnosti iz obuhvaćenog poreskog sporazuma u pogledu određenog prihoda ostvarenog u drugoj ugovornoj jurisdikciji, pod uslovom da je uključen u aktivno obavljanje poslovanja u prvoimenovanoj ugovornoj jurisdikciji, a prihod, ostvaren iz druge ugovorne jurisdikcije, proizlazi iz tog poslovanja ili je sporedan za to poslovanje. U ostalim situacijama, rezidentno lice koje nije kvalifikovano nema pravo na pogodnosti iz obuhvaćenog poreskog sporazuma. Izuzetno, ono može imati takvo pravo u pogledu određenog prihoda ukoliko tokom najmanje polovine dana od dvanaestomesečnog perioda, koji uključuje vreme kada bi se inače pružila pogodnost, lica koja inače uživaju pravo na tu pogodnost poseduju najmanje 75% akcija tog rezidentnog lica.

Srbija se opredelila za test GCT iz čl. 7, st. 1 i 2 Konvencije, ali je obavestila depozitara da se u poreskim sporazumima sa Kazahstanom, Republikom Korejom i Norveškom već nalaze norme koje sadrže određenu formulaciju testa GCT. Ako i druga strana da recipročno identično obaveštenje (kao što je to do sada učinila Republika Koreja), postojeća odredba iz obuhvaćenog poreskog sporazuma biće zamenjena odredbom o testu GCT iz Konvencije. U suprotnom, ostaće na snazi odredbe poreskog sporazuma koje nisu u suprotnosti sa čl. 7, st. 1 Konvencije.

*Drugi minimalni standard*, ugrađen u čl. 16 i 17 Konvencije, treba da obezbedi da se obaveze iz obu hvaćenog poreskog sporazuma u pogledu postupka zajedničkog dogovaranja, uključujući slu čajeve iz domena transfernih cena, u potpunosti i u dobroj veri primenjuju, čime se obezbeđuje sigurnost i predvidivost, ali i unapređuje postupak rešavanja sporova. Taj minimalni standard zbog toga nalaže da se u obuhvaćene poreske sporazume ugrade odredbe koje odgovaraju čl. 25, st. 1-3 Model-konvencije OECD (u verziji iz 2014. godine), uz odgovarajuća prilagođavanja (*Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective*, 2015: 13). Konvencija u tom smislu predviđa da se mora dopustiti da lice koje smatra da mere jedne ili obe ugovorne jurisdikcije dovode ili će dovesti do toga da ne bude oporezovano u skladu s odredbama obuhvaćenog poreskog sporazuma može, nezavisno od pravnih sredstava koja mu stoje na raspolaganju u domaćem pravu ugovornih jurisdikcija, izložiti svoj slučaj nadležnom organu bilo koje od dve ugovorne jurisdikcije (a ne samo organu države ugovornice čiji je rezident – kako predviđa odgovarajuća norma iz Model-konvencije OECD). Ako pak obuhvaćeni poreski sporazum dopušta da se zahtev za postupkom zajedničkog dogovaranja dostavi samo onoj jurisdikciji čiji je lice rezident, ta jurisdikcija može istaći rezervu da će primeniti postupak bilateralnog obaveštavanja ili konsultovanja sa drugom ugovornom jurisdikcijom u slučajevima kada nadležni organ kojem je zahtev upućen ne smatra da je obveznikov prigovor opravdan. Kako ni u jednom od svojih poreskih ugovora Srbija nema odredbu koja bi licu koje smatra da mere jedne ili obe ugovorne strane dovode ili mogu dovesti do toga da ne bude oporezovano u skladu s odredbama tog poreskog ugovora dopustila da izloži svoj slučaj nadležnom organu bilo koje od dve strane, ona se opredelila za drugu opciju. Srbija, međutim, nije stavila rezervu na odredbu da se slučaj mora izneti pred nadležni organ u roku od tri godine od prvog obaveštenja o preduzetoj radnji, pa je obavestila depozitara da je u ugovoru s Italijom (kao i s Indonezijom, koji još nije stupio na snagu) predviđen rok kraći od tri godine i dostavila listu od 52 poreska ugovora (uz 5 koji nisu na snazi) u kojima je uslov u pogledu roka ispunjen.

Minimalni standard iz čl. 16, st. 2 Konvencije nalaže da se zajednički dogovor kojim je rešen sporan slučaj između dve ugovorne jurisdikcije primenjuje bez obzira na vremenska ograničenja u njihovim unutrašnjim pravima. U nekoliko poreskih ugovora Srbije (npr. sa Francuskom i Velikom Britanijom) ne nalazi se, međutim, odredba o „vremenskom neograničenju“, o čemu je obavesthen depozitar, tako da će je zameniti navedena norma iz Konvencije.

#### **4. Obezbeđivanje fleksibilnosti BEPS multilateralne konvencije**

Već je konstatovano da oba minimalna standarda mogu biti ispunjena na mnogo različitih načina, tako da je zbog širokog kruga država i jurisdikcija uključenih u pripremu BEPS multilateralne konvencije bilo neophodno da ona bude dovoljno fleksibilna kako bi odgovarala pozicijama različitih strana, a da ostane konzistentna sa svojim ciljem. Fleksibilnost je potrebna i u odnosu na odredbe koje ne odražavaju minimalne standarde, posebno u pogledu načina na koji one međusobno deluju s odredbama u obuhvaćenim poreskim sporazumima (*Explanatory Statement: 3*).

Fleksibilnost Konvencije obezbeđena je na nekoliko načina. Najpre je potrebno specifikovati poreske ugovore na koje se Konvencija primenjuje („obuhvaćene poreske sporazume“). Da bi se izbegla neizvesnost u pogledu poreskih ugovora koje ona obuhvata, predviđeno je, ponovimo, da Konvencija modifikuje samo onaj sporazum koji je pojedinačno identifikovan u obaveštenju koje svaka strana dostavlja depozitaru. Srbija je prijavila sve svoje poreske ugovore (njih 58 koji su na snazi, kao i 6 samo potpisanih), ali Nemačka, Švajcarska i Švedska svoje ugovore sa Srbijom nisu svrstale među obuhvaćene poreske sporazume. U krugu originalnih potpisnika Konvencije nalazi se 36 država koje su svoje poreske ugovore sa Srbijom svrstale među obuhvaćene poreske sporazume.

Fleksibilnost je, takođe, prisutna u odredbama koje se odnose na minimalni standard. „Izlazak“ (eng. *opting out*) iz takvih odredaba moguć je samo kada je u nekom obuhvaćenom poreskom sporazumu određene strane već ispunjen taj standard. Ako se minimalni standard može realizovati na različite načine – primenom opšteg anti-abuzivnog pravila, ili kombinovanom primenom testa GCT sa specijalnim anti-abuzivnim pravilom, Konvencija ne daje prednost nijednom od tih načina. Ali, ukoliko svaka ugovorna jurisdikcija prihvati drukčiji pristup ispunjenju minimalnog standarda, ugovorne strane moraju da pronađu obostrano prihvatljivo rešenje konzistentno sa minimalnim standardom (*Explanatory Statement: 3*).

Kada se radi o materijalnoj normi koja ne odražava minimalni standard, strana može da optira za „izlazak“ iz takve odredbe, u potpunosti ili delimično. „Izlazak“ se ostvaruje putem rezervi, koje su posebno uređene za svaki član koji sadrži materijalne odredbe. Iako se rezervama u literaturi zamera da narušavaju celovitost multilateralnog ugovora, argumenti njima u prilog polaze od činjenice da one omogućavaju potencijalnim ugovornicima da po svojoj meri „iskroje“ ugovor, tako da ugovorni

režim obuhvata veći broj država, što je upravo cilj višestranih ugovora (Lukić, 2008: 215). Čl. 28, st. 1 BEPS multilateralne konvencije navodi listu dopuštenih rezervi, što znači da, u skladu s odredbom čl. 20, st. 1

Bečke konvencije o ugovornom pravu, takva rezerva ne mora da bude docnije prihvaćena od strane ostalih država ugovornica. Međutim, naknadno prihvatanje rezervi bilo bi prikladno, jer bi obezbedilo sigurnost u pogledu nivoa privrženosti neke strane obavezama preuzetim prema drugim stranama (Bravo, 2016b: 340). Ako neka strana upotrebi rezervu da bi optimala za „izlazak“ iz određene odredbe Konvencije, takva odredba se neće primenjivati između te strane i svih ostalih strana Konvencije. Ukoliko bi se primenio pristup po kojem rezerva važi samo za jedan ugovor ili za više njih, bila bi narušena konzistentnost u primeni BEPS mera, a nastale razlike otvorile bi prostor za agresivno poresko planiranje (Bravo, 2016a: 295). Iz toga proizlazi da se modifikacija sadržana u odredbi u odnosu na koju je primenjena rezerva neće sprovesti ni u jednom obuhvaćenom poreskom sporazumu strane koja se ogradila. Istaknuta rezerva ne menja odredbe Konvencije za ostale ugovorne jurisdikcije u njihovim odnosima *inter se*. Srbija je istakla rezerve u pogledu čl. 3 (*Transparentni entiteti*), čl. 5 (*Primena metoda za eliminaciju dvostrukog oporezivanja*), čl. 10 (*Anti-abuzivna pravila za stalne poslovne jedinice locirane u trećim jurisdikcijama*), čl. 11 (*Primena poreskih sporazuma da bi se ograničilo pravo jedne strane da oporezuje svoje rezidente*), kao i prve rečenice u st. 1, čl. 16 (*Postupak zajedničkog dogovaranja*). Čl. 17 (*Korespondirajuće korekcije dobiti*) Srbija neće primenjivati u odnosu na većinu svojih obuhvaćenih poreskih sporazuma, jer oni već sadrže odgovarajuću odredbu.

Fleksibilnost postoji i u pogledu isticanja rezerve na pojedine odredbe ili njihove delove, kako bi se zadržale postojeće specifične odredbe iz obuhvaćenih poreskih sporazuma, koje su usvojene zbog posebnih (poresko) političkih razloga. Kada neka strana primeni takvu rezervu, ona važi samo između te strane i svih ugovornih jurisdikcija koje predstavljaju drugu stranu obuhvaćenih poreskih sporazuma pokrivenih rezervom (*Explanatory Statement*: 4). Na primer, čl. 14, st. 1 Konvencije sadrži normu kojom se onemogućuje izbegavanje statusa „građevinske stalne poslovne jedinice“ (Popović, 2016: 281) putem podele ugovora na više njih kako se ne bi prešao prag predviđen obuhvaćenim poreskim sporazumom u pogledu dužine trajanja građevinskog ili sličnog projekta. Strana može da izađe iz celokupnog čl. 14, ali može i da stavi rezervu da se taj član Konvencije ne primenjuje samo u odnosu na odredbe njenih obuhvaćenih poreskih sporazuma koje se tiču istraživanja ili

iskorišćavanja prirodnih resursa, što je Srbija učinila u pogledu čl. 21, st. 3 poreskog ugovora sa Norveškom.

Konvencija sadrži jedan broj opcionih i alternativnih odredaba kojima se tretira određeni BEPS problem, koje će biti primenjene samo ako se obe ugovorne jurisdikcije nekog obuhvaćenog poreskog sporazuma za to opredele (*Explanatory Statement: 4*). Tako, čl. 13 Konvencije sadrži normu kojom se onemogućuje izbegavanje statusa stalne poslovne jedinice putem izuzeća određenih delatnosti navedenih u čl. 5, st. 4 Model-konvencije OECD, pri čemu se ta norma nudi u dve opcije. Jedan broj strana, uključujući Srbiju, je stava da je potrebno izričito navesti da navedene delatnosti ne čine stalnu poslovnu jedinicu samo ukoliko su pripremnog ili pomoćnog karaktera. Druge strane pak smatraju da su neke od tih delatnosti već po svojoj prirodi pripremnog ili pomoćnog karaktera (npr. održavanje zalihe dobara ili robe koja pripada preduzeću isključivo u svrhu uskladištenja, izlaganja ili isporuke) i da, zbog toga, ne treba da se posebno postavlja uslov da su pripremnog ili pomoćnog karaktera, čime se obezbeđuje veća pravna sigurnost.

Konvencija ne sadrži klauzulu o saobraznosti (eng. *obedience clause*), odnosno odredbe Konvencije ne dovode u pitanje pravo ugovornih jurisdikcija na naknadne modifikacije njihovih obuhvaćenih poreskih sporazuma. Iako su pojedini autori bili za to da se u Konvenciju unese klauzula o saobraznosti (Kim, 2015: 261), njeno izostavljanje može se objasniti okolnošću da čl. 41, st. 1 Bečke konvencije o ugovornom pravu predviđa da je izmena multilateralnog ugovora moguća ako je predviđena tim ugovorom (što ovde nije slučaj), ili ako nije zabranjena, pod uslovom da: (a) ne ide na štetu uživanja prava koja ostale strane izvode iz multilateralnog ugovora i izvršavanja obaveza; (b) se ne odnosi na odredbu od koje se ne može odstupiti a da ne dođe do nesaglasnosti sa efektivnim ostvarenjem predmeta i cilja multilateralnog ugovora.

## **5. Klauzule o kompatibilnosti**

### ***5.1. Rešavanje konflikta između Konvencije i obuhvaćenih poreskih sporazuma***

Mnoge odredbe BEPS multilateralne konvencije preklapaju se s odredbama koje se nalaze u obuhvaćenim poreskim sporazumima, pa kada ne postoji međusobni konflikt one će se jednostavno primeniti. Međutim, ako konflikt postoji, u primeni su dva alternativna pristupa njegovog rešavanja: primena opštih pravila međunarodnog prava (*lex posterior dero gat legi priori*),

ili izričito određivanje odnosa između multilateralnog instrumenta i bilateralnih poreskih ugovora koje on modifikuje. Postoje mišljenja da je drugi pristup suvišan iz dva razloga (Bravo, 2016b; 335–336). Prvo, odredbe o konfliktu u multilateralnom instrumentu imale bi efekat samo između dve strane koje su već zaklju čile bilateralni poreski sporazum, što znači da su strane na koje utiču konfliktne norme iz multilateralnog instrumenta identične onima iz odgovarajućeg bilateralnog sporazuma. Taj faktor smanjuje broj konflikata koji se mogu pojaviti između multilateralnog instrumenta i odgovarajućeg bilateralnog sporazuma. Drugo, pošto je cilj multilateralnog instrumenta da izmeni ili dopuni nekoliko odredbi u bilateralnim poreskim sporazumima, namera ugovornih strana je ona koja je izražena u multilateralnom instrumentu, pa bi trebalo primeniti pravilo *lex posterior derogat legi priori*. Problem bi nastao i zbog neefikasnosti jer bi, umesto jedne konfliktne klauzule opšteg karaktera, trebalo formulisati konfliktnu normu koja bi se izričito odnosila na svaku pojedinačnu odredbu obuhvaćenog poreskog sporazuma koju zamenjuje neka odredba multilateralnog instrumenta.

Uprkos takvim *contra* argumentima, Završni izveštaj za Akciju 15 opredeljuje se, ipak, za drugi pristup, „da bi se sačuvale jasnoća i transparentnost“. Eksplicitno određivanje odnosa između multilateralnog instrumenta i postojećih bilateralnih poreskih ugovora sprovodi se unosenjem klauzule o kompatibilnosti u multilateralni instrument. Na primer, odredba čl. 12, st. 3, tač. a) BEPS multilateralne konvencije predstavlja klauzulu o kompatibilnosti koja uređuje odnos između čl. 12, st. 1. Konvencije i odredaba obu hvaćenih poreskih sporazuma, a u vezi sa sprečavanjem artifičijelnog izbegavanja statusa stalne poslovne jedinice putem komisionih i sličnih aranžmana. Klauzula o kompatibilnosti, prihvaćena od strane Srbije u svim njenim obuhvaćenim poreskim sporazumima, predviđa da se čl. 12, st. 1 Konvencije primenjuje umesto odredaba obuhvaćenog poreskog sporazuma koje uređuju uslove pod kojima se smatra da preduzeće ima stalnu poslovnu jedinicu u ugovornoj jurisdikciji u odnosu na delatnosti koje to lice, osim zastupnika sa samostalnim statusom, obavlja za preduzeće, ali samo u meri u kojoj se te odredbe odnose na situaciju u kojoj u toj ugovornoj jurisdikciji to lice ima ovlašćenje da zaključuje ugovore u ime preduzeća. Takav koncept klauzule o kompatibilnosti, gde se u multilateralnom sporazumu jasno naznačava koja će se od njegovih odredaba modifikovati ili dodati postojećim bilateralnim ugovorima, nije redak u međunarodnom javnom pravu.



## 5.2. Prateće klauzule o rezervama i obaveštavanju

Klauzule o kompatibilnosti praćene su klauzulama koje definišu dopuštene rezerve u pogledu svake one odredbe o odgovarajućoj BEPS meri za koju je postignut dogovor da se dozvoli opcija izlaska. Strana koja pravi rezervu koja se primenjuje na uži krug obuhvaćenih poreskih sporazuma na osnovu objektivnih kriterijuma dužna je da preda listu postojećih odredaba u njenim obuhvaćenim poreskim sporazumima koji potpadaju pod tu rezervu (*Explanatory Statement*: 5). Ponovimo da se, kada je jedna strana istakla rezervu u pogledu neke odredbe, ta rezerva primenjuje kao da postoji između te strane i svih drugih strana koje pristupaju Konvenciji.

Imajući u vidu složenost modifikacija u obu hvaćenim poreskim sporazumima, kao i broj takvih sporazuma, najefikasnije rešenje kojim se obezbeđuje jasnost postojećih odredaba koje se nalaze u okviru klauzula o kompatibilnosti sastoji se u formulisanju specifične klauzule o kompatibilnosti za svaku odredbu Konvencije koja utiče na obuhvaćene poreske sporazume. Suprotan pristup, koji bi se zasnivao na klauzuli o kompatibilnosti koja samo naznačava da Konvencija modifikuje ili zamenjuje postojeće bilateralne sporazume, bez navođenja pojedinačnih odredbi koje se modifikuju, imao bi efekat upućivanja na *lex posterior* princip, pa bi bilo teško da se utvrdi koje odredbe obuhvaćenih poreskih sporazuma treba smatrati modifikovanim (Bravo, 2016a: 296). Kada neka odredba zamenjuje ili modifikuje određenu vrstu postojećih odredaba obuhvaćenog poreskog sporazuma, od strana se načelno traži da pošalju obaveštenje u kojem će specificovati koji obuhvaćeni poreski sporazumi sadrže odredbe toga tipa. Učinak takvih obaveštavanja razlikuje se u zavisnosti od tipa klauzule o kompatibilnosti koja se primenjuje na tu odredbu (*Explanatory Statement*: 5–6). Naime, moguće je da se:

- odredba Konvencije primenjuje *umesto* postojeće odredbe obuhvaćenog poreskog sporazuma (tj. ne i kada takve odredbe u sporazumu uopšte nema);
- odredbom Konvencije *modifikuje* postojeća odredba obu hvaćenog poreskog sporazuma, tj. menja se njena primena, a ne dolazi do zamene;
- odredba Konvencije primenjuje *u odsustvu* postojeće odredbe obuhvaćenog poreskog sporazuma;
- odredba Konvencije primenjuje *umesto ili u odsustvu* postojeće odredbe obuhvaćenog poreskog sporazuma.

Imajući u vidu navedeno, zaključujemo da se odredba obuhvaćenog poreskog sporazuma smatra nekompatibilnom s odredbom Konvencije ako postoji

konflikt između te dve odredbe, koji se rešava primenom klauzule o kompatibilnosti. Tako je u čl. 17, st. 1 Konvencije, koji predstavlja minimalni standard, propisano da „ako ugovorna jurisdikcija uključuje u dobit preduzeća te ugovorne jurisdikcije dobit za koju je preduzeće druge ugovorne jurisdikcije oporezovano u toj drugoj ugovornoj jurisdikciji – i shodno tome je oporezuje – i ako je tako uključena dobit ona dobit koju bi preduzeće prvopomenute ugovorne jurisdikcije ostvarilo da su uslovi dogovoreni između ta dva preduzeća bili oni koje bi dogovorila nezavisna preduzeća, ta druga ugovorna jurisdikcija vrši odgovarajuću korekciju iznosa poreza koji je u njoj utvrđen na tu dobit. Prilikom vršenja te korekcije, vodiće se računa o ostalim odredbama ovog obuhvaćenog poreskog sporazuma i, ako je to potrebno, nadležni organi ugovornih jurisdikcija međusobno će se konsultovati.“ Čl. 17, st. 2 Konvencije, kao klauzula o kompatibilnosti, propisuje da se st. 1 toga člana primenjuje *umesto* postojeće odredbe koja ne nalaže obavezu sprovođenja korespondirajuće korekcije i konsultacija (kada su potrebne) ili *u odsustvu* norme koja bi takvu obavezu nametala.

Srbija je, ponovimo, istakla rezervu iz čl. 17, st. 3 da neće primenjivati ceo čl. 17 u odnosu na svojih 47 obuhvaćenih poreskih sporazuma (od kojih 6 još nije stupilo na snagu), jer oni već sadrže odredbu tog tipa. Međutim, u 16 svojih poreskih ugovora (sa Belgijom, Češkom, Finskom, Francuskom, Holandijom, Italijom, Kiprom, Mađarskom, Malezijom, Nemačkom, Slovačkom, Sri Lankom, Švajcarskom, Švedskom, Velikom Britanijom i Vijetnamom) Srbija nema normu iz čl. 9, st. 2 Model-konvencije OECD koja propisuje korespondirajuću korekciju u slučaju kada zbog propisa o transfernim cenama jedna država ugovornica uključiti, u skladu sa principom „van dohvata ruke“, u poresku osnovicu preduzeća te države dobit za koju je preduzeće druge države ugovornice oporezovano u toj drugoj državi – i shodno tome je oporezuje. Otuda nije stavila rezervu u odnosu na obuhvaćene poreske sporazume sa tim državama, te će, u odsustvu norme, odredba čl. 17, st. 1 BEPS multilateralne konvencije biti uneta u obuhvaćene poreske sporazume sa državama na toj listi. Njima je, iz nejasnih razloga, priključen i ugovor sa Litvanijom, iako on već sadrži odgovarajuću odredbu o korespondirajućoj korekciji dobiti.

## **6. Zaključna razmatranja**

U pregovorima koji se doveli do formulisanja BEPS multilateralne konvencije, strane su se složile da predmet i cilj tog multilateralnog instrumenta nije da se pravila sadržana u Završnom BEPS izveštaju u

identičnom tekstu primene u celokupnoj mreži obuhvaćenih poreskih sporazuma, pa su se zato opredelile za klauzule o kompatibilnosti, koje će omogućiti da se fleksibilno zadrže neke norme iz postojećih bilateralnih ugovora koje, iako različitim rečima, već zadovoljavaju minimalne standarde ili su oslonjene na Model-konvenciju UN, koja bolje štiti interese zemalja u razvoju. Da je izabran suprotan pristup, konsenzus bi bio uži i cilj Konvencije, iskazan u njenoj preambuli formulacijom da strane „prepoznaju potrebu za efektivnim mehanizmom za primenu dogovorenih izmena na sinhronizovani i efikasan način *kroz mrežu postojećih sporazuma* o izbegavanju dvostrukog oporezivanja dohotka, a da nije neophodno da se bilateralno ponovo pregovara o svakom sporazumu“, ne bi bilo moguće ostvariti. Analiza je pokazala da je Konvencija rezultat nastojanja da se pronađe balans između zahteva za konzistentnošću sadržanih rešenja i zahteva za fleksibilnošću.

Ostaje dilema u kojoj će meri Multilateralna konvencija za primenu mera koje se u cilju sprečavanja erozije poreske osnovice i premeštanja dobiti odnose na poreske ugovore doprineti postizanju cilja sadržanog u njenom nazivu. Poreski savetnici će u *post-BEPS* ambijentu svakako imati teži zadatak, ali će „sudbinu“ budućeg međunarodnog poreskog planiranja odrediti reakcija država i jurisdikcija na ovu multilateralnu konvenciju. Može se očekivati da npr. SAD neće pristati na klauzulu o testu GCT iz čl. 7, st. 1 Konvencije, jer je „subjektivna, neprecizna i dodaje nesigurnost sporazumu“ – kako je Senat konstatovao u postupcima ratifikacije nekih bilateralnih poreskih ugovora u kojima je postojala slična norma (Maisto, 2016). Kod primene LOB klauzule, Evropska komisija je obavestila Holandiju da pokreće postupak pred Sudom pravde EU zbog povrede osnovnih sloboda iz Sporazuma o funkcionisanju EU, ukoliko Holandija ne izmeni član koji sadrži LOB klauzulu u poreskom sporazumu sa Japanom, jer ta norma favorizuje kompanije čiji su akcionari holandski rezidenti, odnosno čijim se akcijama trguje na holandskoj berzi, u odnosu na uporedive kompanije čiji su akcionari rezidenti drugih država članica EU, odnosno čijim se akcijama trguje na berzama u drugim članicama EU. Odbijanje pojedinih država da prihvate neke od odredaba BEPS Multilateralne konvencije može, prema našem mišljenju, dovesti do većih razlika između obuhvaćenih poreskih sporazuma, kao i do šireg prostora za međunarodno poresko planiranje.

Smatramo da se mogu pojaviti i problemi u situaciji kada Konvencija modifikuje neku odredbu obuhvaćenog poreskog sporazuma suštinski povezanu sa drugom odredbom koja se ne nalazi u polju primene Konvencije. Na primer, čl. 12 BEPS Multilateralne konvencije modifikuje odredbe

čl. 5 Model-konvencije OECD (i poreskih sporazuma koji prate taj model) o stalnoj poslovnoj jedinici. Kadgod se, na osnovu modifikovane odredbe, utvrdi da postoji stalna poslovna jedinica biće neophodno da joj se pripíše dobit u skladu sa čl. 7 Model-konvencije OECD, a na taj član BEPS Multilateralna konvencija uopšte ne utiče. U većinu postojećih bilateralnih poreskih ugovora nije uključena najnovija verzija čl. 7 Model-konvencije OECD (iz 2010. godine), a u nekim ugovorima taj član nije oblikovan prema Model-konvenciji OECD. Zbog toga će se posledice modifikovanja čl. 5 razlikovati od države do države, u zavisnosti od toga kako glasi čl. 7 odnosnog obu hvaćenog poreskog sporazuma, kao i od načina primene pravila o pripisivanju dobiti stalnoj poslovnoj jedinici u domaćem pravu (Silberztein, Tristram, 2016: 353).

Stupanje na snagu BEPS multilateralne konvencije ne znači, prema našem mišljenju, da se radi o najavi novog multilateralnog poreskog poretka. U pitanju su politički osetljiva pitanja koja se tiču fiskalnog suvereniteta preko 200 država i jurisdikcija, od kojih neke neće biti spremne da pristupe Konvenciji koja samo fleksibilno modifikuje, ali zadržava obuhvaćene poreske sporazume. Na to se naslanja problem izbora međunarodnog foruma kroz koji bi se raspravljalo o globalnim poreskim pitanjima i upravljalo njima na međuvladinoj osnovi. OECD se, naravno, nameće kao očigledno rešenje, ali ne treba izgubiti iz vida da ta organizacija obuhvata samo 34 države članice, pa ne može imati pun legitimitet, čak ni podržana od strane G20 i uz participaciju jednog broja država koje ne pripadaju tim grupacijama. Razvijene države ne bi prihvatile da ulogu tog međunarodnog foruma imaju UN, ne želeći da rizikuju da budu preglasavane od zemalja u razvoju, tako da nam izgleda da je era punog poreskog multilateralizma ipak još prilično daleko.

## Literatura (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. Dostupno na <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.

Lukić, M. (2008). Rezerve i interpretativne izjave – pojam i mogućnost njihove primene na Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 56 (1). 211–231.

Maisto, G. Shall International Tax Planning Drop Dramatically by Virtue of BEPS? It Depends, Kluwer International Tax Blog Dostupno na <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 Dostupno na <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.

Popović, D. (1997). *Nauka o porezima i poresko pravo*. Beograd: Savremena administracija.

Popović, D. (2016). *Poresko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Silberstein, C., J.-B. 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.*





**Dr Cvjetana Cvjetković,\***  
Asistent sa doktoratom  
Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu

pregledni naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1775033C

UDK: 336.221:351.777.61](4-672EU)  
Rad primljen: 24.05.2017.  
Rad prihvaćen: 21.06.2017.

## **ULOGA POREZA U UPRAVLJANJU OTPADOM U DRŽAVAMA ČLANICAMA EVROPSKE UNIJE**

**Apstrakt:** U radu se razmatraju najvažniji poreski oblici koji se primenjuju u državama članicama Evropske unije kako bi se stalo na put sve većem stvaranju otpada. Tu se, pre svega, misli na porez na odlaganje otpada, porez na spaljivanje otpada i poreze na ambalažu. Cilj rada je da se kroz analizu ovih poreskih oblika utvrdi da li su podesan instrument za smanjivanje količine proizvedenog otpada i podsticanje njegove prerade.

**Ključne reči:** porez na odlaganje otpada; porez na spaljivanje otpada, porez na ambalažu; porez na plastične kese; „piknik“ porez.

### **1. Uvod**

Jedna od posledica potrošačke groznice, koja je svojstvena za savremena društva, jeste i prekomerno stvaranje otpada. Prema podacima iz 2014. godine u članicama Unije stvoreno je oko 2,5 milijardi tona otpada. Ako se ima u vidu količina otpada po glavi stanovnika, ubedljivo, na prvom mestu je Bugarska (oko 25.000 kg), a na poslednjem Hrvatska (oko 1.200 kg).<sup>1</sup> Uočena je i tendencija porasta količine otpada, pa se prema nekim procenama očekuje da će do 2020. godine količina proizvedenog otpada biti za 45% veća u odnosu na nivo iz 1995. godine (Shinn, 2005: 79).

Odlaganje otpada na deponije uzrokuje ekološke probleme, jer su one značajan emitent gasova koji izazivaju efekat staklene bašte. Štetne materije iz deponija, međutim, ne dospevaju samo u vazduh, nego i u vodu i zemljište, uzrokujući njihovo zagađenje. Na taj način posredno ulaze i u lanac ishrane ljudi i životinja. Poseban problem, ako se na adekvatan

---

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

1 Waste Statistics. Preuzeto 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).

način prethodno ne tretiraju, predstavljaju specifične vrste otpada, kao što su plastika, baterije, elektronski i električni uređaji (Shinn, 2005: 81–83).

Ni spaljivanje otpada, kao alternativa odlaganju, nije lišeno nedostataka, i to zbog dospevanja zagađujućih materija u vazduh koje se oslobađaju prilikom njegovog sagorevanja.

U najvećem broju slučajeva odlaganje otpada je profitabilnije u odnosu na njegovu preradu. Dakle, zbog toga što se otpad tretira kao jeftin „artikal“, proizvode se njegove prekomerne količine, i to kroz neefikasan proces proizvodnje, kratak životni vek proizvoda i prekomerne obrasce potrošnje (Giblin, 2002: 5).

## **2. Ekonomski instrumenti u politici upravljanja otpadom**

Životna sredina je javno dobro koje, usled rasta stanovništva i povećanog korišćenja tehnologija, postaje sve više ugroženo, te se intervencija države u ovoj oblasti nameće kao neminovnost. Instrumenti koje savremene države primenjuju u politici zaštite životne sredine se mogu podeliti na administrativne (različite zabrane i ograničenja), društvene (promovisanje zaštite životne sredine, podizanje ekološke svesti, itd.) i ekonomske.

U finansijskoj literaturi ne postoji saglasnost u pogledu toga šta sve spada u ekonomske instrumente zaštite životne sredine. Tako, sreću se stanovišta da se tu svrstavaju: porezi i naknade, dozvole za zagađivanje životne sredine, uklanjanje tržišnih barijera i subvencija koje promovišu ekonomski neefikasno ponašanje, kao i ono koje nije „prijateljski nastrojeno“ prema životnoj sredini (Stavins, Whitehead, 1992: 192). Postoje i gledišta da se u ekonomske instrumente svrstavaju: ekološki porezi, subvencije, sistem povraćaja depozita (eng. *deposit refund system*), prenosive dozvole, takse za nepoštovanje ekoloških standarda i ekoloških poreza, kao i administrativne takse (Ilić-Popov, 2000: 212–218). Često se navedenim ekonomskim instrumentima dodaju još i tzv. garancije izvršenja (eng. *performance bonds*), odštete (eng. *liability payments*), kao i različiti vidovi odgovornosti proizvođača (OECD, 1999: 15–49).

U oblasti upravljanja otpadom od ekonomskih instrumenata najčešće se primenjuju različiti vidovi odgovornosti proizvođača za specifične vrste otpada (npr. električni i elektronski uređaji), sistem povraćaja depozita, kao i porezi i naknade. Odgovornost proizvođača podrazumeva

njihovu obavezu da obezbede podršku različitim vidovima recikliranja, odnosno njihovu obavezu da uzmu od potrošača određene proizvode čiji je vek trajnja istekao, kako bi se ponovo upotrebili, reciklirali ili odložili uz poštovanje ekoloških standarda (Watkins *et al.*, 2012: 101, 125), dok je za sistem povraćaja depozita svojstveno da se uvodi obaveza plaćanja dodatne naknade (depozita) na proizvode koji su ekološki nepodobni, s tim da se u slučaju ispunjenja određenih uslova, odnosno ukoliko zagađivanje biva izbegnuto, plaćeni depozit vraća (Ilić- Popov, 2000: 215). Za ekološke poreze svojstvena je internalizacija eksternih troškova koji nastaju kao posledica ugrožavanja životne sredine, odnosno povećanje troškova proizvodnje ili aktivnosti koje nisu prijateljski nastrojene prema životnoj sredini (Publications Office of the European Union, 2013: 18). Što se tiče naknada, iako liniju razgraničenja sa porezima nije uvek jednostavno povući, osnovne razlike se ogledaju u tome da su naknade, prvenstveno, namenski javni prihod, da se njihova visina određuje u ekvivalentnom iznosu prema troškovima održavanja i unapređivanja upotrebnih svojstava dobara koja se koriste, da ih plaćaju samo određene kategorije obveznika, da nisu prihod budžeta, itd. (Cvetković, 2014: 387–389).

Porezi koji se primenjuju u oblasti upravljanja otpadom su ekološki porezi, koja god njihova definicija da se prihvati. Naime, oporezivanjem otpada povećava se cena njegovog odlaganja, a sve kako bi što manja količina otpada završila na deponijama, odnosno kako bi se najveći njegov deo pretvorio u sekundarne sirovine, kompostirao ili upotrebio kao izvor energije (Bartelings *et al.*, 2005: 4).

Ekološkim porezima se realizuje princip – zagađivač plaća. No, u slučaju otpada može se postaviti pitanje ko je zagađivač, odnosno da li je to potrošač, subjekt koji proizvodi ili pakuje proizvod. Nije jednostavno odgovoriti na ovo pitanje. Neki autori poput Godarda (*Goddard*) smatraju da je najoptimalnije da u ulozi obveznika bude ono lice koje je u najboljoj poziciji da kontroliše pravac kretanja (priliv) otpada. U tom smislu postoje preporuke da to treba da bude potrošač, jer rukovodeći se cenom raspolaganja, doneće odluku o tome koliko će otpada odložiti na deponije, a koliko reciklirati, ponovo upotrebiti i sl. (Bartelings *et al.*, 2005: 4).

Osnovni izvor kojim se na nivou Unije uspostavlja okvir za upravljanje otpadom je tzv. Direktiva o otpadu,<sup>2</sup> koja se dotiče i ekonomskih

---

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.

instrumenata, s tim da ne sadrži odredbe o obavezi njihovog uvođenja, već je to, u skladu sa principom subsidijarnosti, prepušteno samim članicama. Tako, Direktiva o otpadu uvodi princip zagađivač plaća tj. propisuje da troškove upravljanja otpadom treba da ponesu izvorni proizvođači ili trenutni ili prethodni držaoci otpada. U kontekstu ekonomskih instrumenata od značaja je i princip proširene odgovornosti proizvođača, koji može obuhvatati obavezu prihvatanja vraćanja proizvoda ili otpada koji preostane nakon njihove upotrebe, kao i naknadno upravljanje otpadom i finansijsku odgovornost za te aktivnosti za sva lica koja profesionalno razvijaju, proizvode, prerađuju, obrađuju, prodaju ili uvoze proizvode. Važno je naglasiti da Direktiva o otpadu podstiče i primenu hijerarhije upravljanja otpadom. Reč je o tome da članice treba da daju prioritet prevenciji, a ukoliko otpad već nastane, pripremi za ponovnu upotrebu, recikliranju i drugim postupcima ponovnog iskorišćenja (npr. u cilju dobijanja energije). Dakle, na poslednjem mestu treba da bude njegovo odlaganje. Iako je uspostavljena hijerarhija opcionog karaktera u njenoj implementaciji su najdalje odmakle države severne Evrope (Williams, 2015: 1–2).

Na nivou Unije usvojena je i Direktiva o spaljivanju otpada,<sup>3</sup> čiji je cilj da spreči ili ograniči negativne uticaje spaljivanja i suspaljivanja otpada na životnu sredinu i po zdravlje ljudi. Kako bi se ostvarili navedeni ciljevi propisani su različiti mehanizmi (npr. propisivanje odgovarajućih uslova za rad, propisivanje graničnih vrednosti emisije postrojenjima za spaljivanje otpada), ali ne i ekonomski instrumenti.

Iako nisu obavezane regulativom Unije, pojedine članice su se opredelile, da u cilju povećanja troškova odlaganja otpada, uvedu poreze kao što su porez na odlaganje otpada, porez na spaljivanje otpada, porez na ambalažu u koju se pakuju različiti proizvodi, porez na plastične kese i porez na jednokratni pribor za jelo (Adolf, Röhrig, 2016: 28). Dakle, u kategoriju poreza koji služe kao instrument upravljanja otpadom svrstavaju se i posebni porezi na proizvode koji po svojoj prirodi stvaraju povećan otpad (Ilić-Popov, 2000: 182), odnosno porezi na proizvode čije zbrinjavanje po proteku veka trajanja negativno deluje na životnu sredinu.

---

3 Directive 2000/76/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. Porez na odlaganje otpada**

Porez na odlaganje otpada (eng. *landfill tax*) ima za cilj da stimuliše obveznike da se okrenu ka različitim vidovima recikliranja otpada. Da bi se to postiglo, njegove stope treba da budu dovoljno visoke, a sve kako bi alternative odlaganju otpada bile ekonomski isplativije za obveznike.

Po pravilu, u ulozi obveznika ovog poreza javljaju se oni subjekti koji u okviru obavljanja svoje delatnosti odlažu otpad na deponije (eng. *landfill site operators*), tj. subjekti koji imaju odgovarajuće dozvole za odlaganje otpada na deponije. Takvo rešenje prisutno je, primera radi, u UK, Francuskoj, Poljskoj, Letoniji i Irskoj (Fischer *et al.*, 2012: 41, 45, 65, 70, 89). Međutim, u ulozi obveznika mogu da budu i vlasnici deponija, što je slučaj u Danskoj, Finskoj i Švedskoj (Bragadóttir *et al.*, 2014: 43, 61, 121).

Visina stopa ovog poreza zavisi od različitih faktora. Najveći broj zemalja, poput Austrije, Estonije, Italije, Letonije, Holandije, Portugala, Slovenije i UK, propisuje različite stope u zavisnosti od vrste otpada (Fischer *et al.*, 2012: 3, 34, 51, 55, 58, 70, 73). Primera radi, u UK standardna stopa u iznosu od 84, 4 £/t se primenjuje na aktivan otpad (npr. plastiku), a na manje zagađujući, neaktivan, otpad (npr. građevinski) 2, 65 £/t. U Sloveniji je diferenciran poreski tretman predviđen čak i za različite kategorije aktivnog otpada, u smislu da se pravi razlika između opasnog i neopasnog otpada i stepena njihove biorazgradivosti (Fischer *et al.*, 2012: 73). Diferenciranje poreskih stopa u zavisnosti od vrste otpada je potpuno opravdano, jer njihovo zbrinjavanje prouzrokuje različite troškove (Bartelings *et al.*, 2005: 5). Pojedine zemlje prilikom određivanja visine stopa, pored vrste otpada, vode računa i o nekim drugim faktorima. Primera radi, u Austriji visina stope zavisi i od tehničkih karakteristika deponija, pa se znatno niži iznosi poreza plaćaju ako se otpad odlaže na deponije koje primenjuju vrhunske tehnologije obrade otpada (Fischer *et al.*, 2012: 13). S druge strane, izuzetak, u smislu da je istovetan poreski tretman predviđen za sve vrste otpada, jeste Švedska (Fischer *et al.*, 2012: 82).

Što se tiče poreskih olakšica, sreću se različita rešenja. Tako, od oporezivanja može da bude izuzet radioaktivan otpad (npr. u Austriji i Švedskoj), otpad nastao kao posledica prirodnih katastrofa (npr. u Austriji), opasan otpad (npr. u Bugarskoj i Finskoj), pepeo nastao spaljivanjem otpada (Portugal, Austrija), mulj<sup>4</sup> izvađen iz rečnih tokova

---

4 U Holandiji je 2002. godine uveden porez na mulj izvađen iz vodenih pu teva. Cilj je bio da se spreči odlaganje mulja na deponije, tj. da se podstakne njegova ponovna upotreba i drugi načini obrade. Mulj u kome je udeo peska bio manji od 60% (skoro 90%)

(Švedska, UK), itd. (Fischer *et al.*, 2012: 13, 24, 70, 82, 89; European Environment Agency, 2005: 73). Poreske olakšice se mogu javiti i u obliku poreskog kredita. Tako, u UK propisan je poreski kredit, i to u iznosu od 20% poreske obaveze, u slučajevima kada obveznici izvrše donacije u ekološke svrhe, kroz odgovarajući sistem (Giblin, 2002: 6).

Kada je u pitanju visina poreskog opterećenja, ono je najniže u Bugarskoj (1.53 €/t), a najviše u Francuskoj (150 €/t).<sup>5</sup> Neke od zemalja koje se nalaze na sredini u pogledu visine poreskog opterećenja (oko 63 €/t, odnosno 50 €/t) jesu Danska i Finska (Hennlock *et al.*, 2014: 35, 38).

Što se tiče upotrebe prihoda od ovog poreza, u pojedinim zemljama prikupljena sredstva se slivaju u budžet centralne (npr. u Danskoj i Švedskoj), odnosno lokalnih vlasti (npr. u Španiji i Švedskoj), dok se u drugima (npr. u Austriji) koriste za finansiranje ekoloških projekata (npr. čišćenje, tj. održavanje deponija), ili neke druge namene (npr. u UK se koriste ne samo za ekološke svrhe, nego i za smanjenje doprinosa koje plaćaju poslodavci) (European Environment Agency,<sup>2005: 63</sup>).

Ako se imaju u vidu ciljevi ovog poreza (smanjenje količine otpada na deponijama i povećanje obima recikliranja), pojedina istraživanja su pokazala da su u najvećem broju zemalja ovi ciljevi ostvareni, s tim da postoje i zemlje u kojima su njegovi ekološki dometi prilično skromni. Tako, u Sloveniji je nakon njegovog uvođenja došlo do blagog porasta ponovne upotrebe otpada, ali je njegova količina na deponijama ostala manje-više ista. Ni u Francuskoj nije doveo do značajnog povećanja recikliranja, jer je konstantan porast bio zabeležen i pre njegovog uvođenja, odnosno povećanja stopa (European Environment Agency, 2014: 14). U Italiji je, takođe, dejstvo poreza na odlaganje otpada ograničeno, prvenstveno iz razloga što su stope niske (European Environment Agency 2013a: 14).<sup>6</sup> S druge strane, u kategoriji zemalja u kojima je implementacija ovog poreza bila uspešna nalaze se, primera radi, Holandija, Danska, Švedska i UK. Tako, u UK se količina otpada koja završava na deponijama

---

zagađenog mulja je takvo) nije bio podvrgnut porezu, zbog nepostojanja alternativnih načina odlaganja. Ovaj porez je ukinut zbog neefikasnosti. Podrška je bila minimalna, a i sam porez je bilo teško implementirati. Osim toga, stopa nije bila dovoljno visoka da stimuliše dalju preradu mulja. Njegovi kritičari su isticali da stvara podsticaj da se zagađeni mulj ne vadi iz vodenih tokova. Otuda je zamenjen administrativnim instrumentom, tj. propisivanjem minimalnih standarda u pogledu njegove obrade.

5 *Landfill Taxes & Bans*. Preuzeto 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 Stopa se razlikuje od regiona do regiona i kreće se u rasponu od 14-18 evra po toni.

gotovo prepolovila u prvih 12 godina njegove primene, dok je u Švedskoj, tokom prvih šest godina primene, za oko 13% umanjena količina otpada koja završava na deponijama i za oko 4,5% povećan obim reciklaže. U Austriji je ovaj porez, u periodu od 2003. do 2010. godine, u sadejstvu sa porezom na spaljivanje otpada, doprineo smanjenju količine odloženog otpada za oko 28%. Takođe, doprineo je i modernizaciji deponija (Fischer *et al.*, 2012: 91, 76, 56, 53, 43, 39, 27, 14). Jedan od pokazatelja njegove uspešnosti u Austriji je i činjenica da su prihodi od ovog poreza opali, uprkos tome što je došlo do povećanja njegovih stopa (European Environment Agency, 2013b: 13–14). Dakle, iskustava sa porezom na odlaganje otpada se razlikuju od zemlje do zemlje.

Pojedina istraživanja dovode u pitanje podsticajnu ulogu poreza na odlaganje otpada, tj. u njima se ističe da na obim recikliranja više utiču vrednosni stavovi pojedinaca, agresivni programi recikliranja, kao i njihova dostupnost i jednostavna izvodljivost (Bartelings *et al.*, 2005: 6, 14).

O uticaju ovog poreza na povećanje ilegalnog odlaganja otpada ne postoji jedinstveno stanovište. Tako, u pojedinim sprovedenim studijama je istaknuto da nema dokaza da ovaj porez povećava količinu otpada na „divljim“ deponijama, dok je u drugima istaknuto da je smanjenje količine otpada na deponijama, koje se često pripisuje ovom porezu, u stvari, rezultat povećanog obima ilegalnog odlaganja otpada (Bartelings *et al.*, 2005: 5). Otuda pojedini autori tvrde da bi, zbog visokih društvenih troškova uklanjanja otpada sa ilegalnih deponija, bilo bolje njihovo odsustvo iz poreskih sistema (Nagy, 2013; 519).

## **2.2. Porez na spaljivanje otpada**

Porez na spaljivanje otpada (eng. *incineration tax*) je znatno manje rasprostranjen od poreza na odlaganje otpada. Štaviše, i one zemlje koje su ga imale u svojim poreskim sistemima, ukinule su ga, uglavnom zbog nezadovoljavajućih performansi (Švedska, Norveška), ali i iz nekih drugih razloga<sup>7</sup> (Hennlock *et al.*, 2014: 35; Bragadóttir *et al.*, 2014: 122).

Imajući u vidu da se i prilikom spaljivanja otpada emituju štetne materije, cilj ovog poreza je, po pravilu, povećanje obima reciklaže i smanjenje emisije ugljen-dioksida, ali i povećanje kogeneracije, tj. istovremene proizvodnje električne energije i toplote. Njegova visina,

---

<sup>7</sup> Primera radi, porez na spaljivanje otpada je u Danskoj postojao sve do 2009. godine, kada je zamenjen porezom zasnovanim na energetskom sadržaju otpada, tj. porezom na energente, čija je osnovica specifična i izražava se u GJ. Ideja je bila da se obezbedi jednak poreski tretman otpada koji se spaljuje i fosilnih goriva za grejanje.

po pravilu, zavisi od količine spaljenog otpada ili sadržaja ugljenika, s tim da se može voditi računa i o količini proizvedene električne energije koja nastane spaljivanjem otpada, kao što je svojevremeno bio slučaj u Švedskoj (Bragadóttir *et al.*, 2014: 121–122). Po pravilu, njegove stope su niže od stopa poreza na odlaganje otpada,<sup>8</sup> pa obveznici imaju podsticaj da otpad spaljuju umesto da ga odlažu na deponije (European Environment Agency, 2013b: 13–14). Porez na spaljivanje otpada sreće se i u poreskim sistemima Francuske, kao i u pojedinim delovima Španije i Belgije. Tako, u Francuskoj standardna stopa iznosi 15 €/t, s tim da postoje poreske olakšice (njih uživa oko 90% obveznika) u slučajevima energetski efikasnog spaljivanja, kao i u slučajevima kada se spaljivanjem otpada dobija energija (European Environment Agency, 2014: 14). Poreske olakšice u situacijama kada se spaljivanjem otpada dobija energija sreću se i u Belgiji, tj. u Valoniji i Flandriji (European Environment Agency, 2013c: 36–37).

Što se tiče podataka o efektima ovog poreza, iako su relativno skromni (Hennlock *et al.*, 2014: 35, 50), oni ukazuju na to da se čak i one zemlje koje ga nisu ukinule ne mogu pohvaliti njegovim dobrim ekološkim performansama. Tako, smatra se da u Francuskoj nije doprineo većem stepenu recikliranja (European Environment Agency, 2014: 14), a da u belgijskim regionima nije uticao na smanjenje spaljivanja otpada (European Environment Agency, 2013c: 36–37). Tome su, svakako, doprinele i relativno niske poreske stope (European Environment Agency, 2013b: 13; European Environment Agency, 2013c: 17, 36).

### **2.3. Porezi na ambalažu**

Korišćenje ambalaže prouzrokuje ekološke probleme. Oni se vezuju za sam proces njihove proizvodnje (zbog emisije ugljen-dioksida i korišćenja oskudnih resursa), ali i za njeno zbrinjavanje po okončanju upotrebe. Zbrinjavanje ambalažnog otpada zahteva primenu određenih mera, između ostalih i ekonomskih instrumenata. U državama članicama Unije u upotrebi su najčešće: proširena odgovornost proizvođača, sistem povraćaja depozita i porezi na ambalažu (Kjær *et al.*, 2012: 8).

Porez na ambalažu trenutno se primenjuju u veoma malom broju članica.<sup>9</sup> Finska i Danska su države koje su na veoma sličan način koncipirale ovaj porez, tj. u njima je njegovo plaćanje povezano sa sistemom povraćaja

---

8 Primera radi, u Austriji iznosi 8 €/t, naspram 30 €/t, koliko je stopa poreza na odlaganje otpada.

9 Neke od njih, popu t Holandije i Švedske, nedavno su ga ukinule.



depozita, i to tako da se u Finskoj naplaćuje samo na ambalažu za piće koja nije u ovom sistemu (0,51 €/l), a u Danskoj su poreske stope niže (DKK 0,05-0,64 naspram standardne stope DKK 0,13-1,60) ako je ambalaža obuhvaćena sistemom povraćaja depozita (Hennlock *et al.*, 2014: 35, 38). Proizvođači i uvoznici u obe zemlje plaćaju odgovarajuću naknadu za članstvo u sistemu povraćaja depozita,<sup>10</sup> s tim da u Danskoj od volje obveznika ne zavisi da li će biti u ovom sistemu, već to zavisi od vrste ambalaže, tj. ambalaža za određena pića (npr. za voćne sirupe, žestoka alkoholna pića) nije obuhvaćena povraćajem depozita.<sup>11</sup> Na sličan način koncipiran je i u Estoniji i Litvaniji, tj. porez na ambalažu ne plaćaju oni proizvođači i uvoznici koji su uključeni u PRO sheme,<sup>12</sup> što umanjuje njegov ekološki domet (Hogg *et al.*, 2014: 124, 203).

Uporednopravna analiza je pokazala da se porez na ambalažu primenjuje pod restriktivnim uslovima, tj. da je postavljen tako da bude podsticaj proizvođačima i uvoznicima da se uključe u sisteme ponovne upotrebe i reciklaže ambalaže. Imajući u vidu oskudne resurse koji se koriste prilikom njihove proizvodnje, s jedne strane, i njihov veliki reciklažni potencijal,<sup>13</sup> s druge strane, takvo rešenje je opravdano.

### 2.3.1. Porezi na plastične kese

Neke države članice Unije su se opredelile da, umesto poreza na svu ambalažu, oporezivanju podvrgnu samo određene tipove ambalaže, poput plastičnih kesa, jednokratnog pribora za jelo i sl.

---

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

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

12 PACK AGING RECOVERY ORGANISATION EUROPE je evropska organizacija za ponovnu upotrebu i recikliranje ambalaže i ambalažnog otpada, koja je glavni izdavalac trgovačke oznake „Green Dot”. Ona označava način finansiranja, tj. podrazumeva da je za takvu ambalažu u plaćen određeni novčani iznos odgovarajućoj nacionalnoj organizaciji za ponovnu upotrebu ambalažnog otpada, koja je osnovana u skladu sa Direktivom o ambalaži i ambalažnom otpadu. *PRO Europe*. Preuzeto 31.1.2017. <http://www.pro-e.org/Overview.html>.

13 Primera radi, aluminijumske konzerve su odličan materijal za recikliranje, jer 100% prikupljenih konzervi može da bude iskorišćeno za proizvodnju novih, a i proces njihovog recikliranja može da bude ponavljan skoro unedogled. Slično važi i za staklene i plastične boce. *Different Types of Beverage Packages*. Preuzeto 31.1.2017. <https://www.palpa.fi/beverage-container-recycling/beverage-container-types/>.

Plastične kese, nesumnjivo, spadaju u proizvode koji nisu prijateljski nastrojeni prema životnoj sredini. One svoj životni vek ne završavaju samo na deponijama, nego i u prirodi, pa tako, neretko, kroz zemljište i vodu, ulaze u lanac ishrane (Bio Intelligence Service, 2011: 25–26, 32). Predstavljaju ekološki problem, jer da bi se razgradile u prirodi neophodno je da prođe nekoliko vekova. Često se vide kao simbol potrošačkog društva, jer se zbog niske cene proizvodnje uglavnom besplatno distribuišu na prodajnim mestima, pa se, samim tim, koriste u prekomernim količinama, i to najčešće samo jednom.

Plastične kese predstavljaju ozbiljan problem i u Evropskoj uniji. Prema nekim procenama u 2010. godini oko 99 milijardi plastičnih kesa je stavljeno na tržište, što znači oko 200 plastičnih kesa po stanovniku Unije (European Parliamentary Research Service, 2014: 1–2).<sup>14</sup> Imajući u vidu da se plastične kese sa debljinom manjom od 50 mikrona (lagane plastične kese), znatno ređe ponovo upotrebljavaju, pa, samim tim, brže postaju otpad, na nivou Unije usvojena je odgovarajuća direktiva koja za cilj ima smanjenje njihove potrošnje.<sup>15</sup> Iako informisanje potrošača o štetnosti plastičnih kesa po životnu sredinu ima ključnu ulogu u postizanju navedenog cilja, države članice treba da preduzimaju i druge mere, pa i ekonomske instrumente. Koje god mere da se primenjuju, bitno je da države članice ostvare barem jedan od sledećih ciljeva: a) nivo godišnje potrošnje od 31. 12. 2019. godine ne sme da premaši 90 plastičnih kesa po osobi, a od 31. 12. 2025. godine 40 kesa po osobi;<sup>16</sup> b) plastične kese od 31. 12. 2018. godine ne smeju biti besplatne na prodajnim mestima, osim ako se preduzmu jednako delotvorni instrumenti.

Pristupi država članica Unije u pogledu smanjenja upotrebe plastičnih kesa su različiti. Neke od njih, poput Danske, Francuske, Irske, Bugarske i Engleske su uvele posebne poreze, druge, poput Češke i Estonije, ih oporezuju porezom na ambalažu, dok se u pojedinim, poput Nemačke, Holandije i Mađarske, naplaćuju kese, iako za to ne postoji zakonska obaveza (Kasidoni, Moustakes, Malamis, 2015: 419–420).

---

14 Potrošnja plastičnih kesa u samim članicama se razlikuje i kreće se od 20 kesa po stanovniku u Luksemburgu, do čak 400 kesa po stanovniku u Bugarskoj.

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 – Direktiva 2015/720.

16 Države članice iz opsega primene mera mogu da isključe „vrlo lagane plastične kese“, čija je debljina manja od 15 mikrona, koje su potrebne zbog higijenskih razloga ili koje služe kao primarna ambalaža.

U ulozi obveznika poreza na plastične kese može da bude trgovac na veliko (Belgija) ili proizvođač (Irska i Rumunija). U pojedinim zemljama poput Belgije i Rumunije biorazgradive kese su isključene iz obuhvata ovog poreza, dok, primera radi, u Irskoj nisu. Visina poreza u Belgiji i Danskoj se kreće u rasponu od 1-10 centi po kesi (u zavisnosti od njene težine), u Rumuniji iznosi 4 centa, a u Irskoj čak 22 centa po kesi (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).

Što se tiče efekata uvođenja ovog poreza, istraživanja su pokazala da se oni razlikuju od zemlje do zemlje. Tako, nakon njegovog uvođenja, upotreba plastičnih kesa u belgijskim supermarketima je drastično opala, dok je manje uspeha zabeleženo u manjim radnjama, pekarama, apotekama, buticima i sl., gde su one i dalje obezbeđivane besplatno. Krajnji rezultat je bio da je zahvaljujući ovom porezu u periodu od 2003. godine do 2010. godine došlo do smanjenja njihove upotrebe za 80%. Ovaj porez doživeo je veliki uspeh u pogledu ekoloških performansi i u Irskoj. Najbolji pokazatelj toga je činjenica da je pre njegovog uvođenja svaki stanovnik Irske upotrebljavao 328 kesa godišnje, a 2010. godine svega 18 plastičnih kesa. Jedan od razloga zbog kojeg je ovaj porez tako uspešan u Irskoj jeste i podrška javnosti (Convery, McDonnell, Ferreira, 2007: 1-2). S druge strane, očekivani efekti ovog poreza su izostali u Rumuniji, tj. u njoj nije došlo do smanjenja njihove upotrebe nakon uvođenja poreza, već naprotiv njihovo korišćenje je povećano, tako da je u 2009. godini, prvoj godini njegove primene, prodato 27 miliona plastičnih kesa, a naredne godine oko 60 miliona (European Regional Development Fund, 2011c: 9).

### *2.3.2. „Piknik“ porez*

Kao vrsta poreza na ambalažu, u pojedinim poreskim sistemima sreće se i tzv. piknik porez, tj. porez koji se plaća na jednokratni pribor za jelo, plastičnu i aluminijumsku foliju. Jedna od zemalja koja ga ima u svom poreskom sistemu je i Belgija, u kojoj je nakon uvođenja ovog poreza došlo do značajnog povećanja cene jednokratnog pribora za jelo, plastičnih i aluminijumskih folija, ali ne i do smanjenja njihove tražnje. Kao dobra strana ovog poreza, pored fiskalnog efekta, navodi se i njegov doprinos podizanju ekološke svesti (European Regional Development Fund, 2011a: 1-14).

### 2.3.3. Ostali porezi na ambalažu

U pojedinim zemljama, poput UK, predlagalo se uvođenje posebnog poreza na jednokratne šolje za kafu. Kao glavni argument za to isticana je činjenica da je odvajanje plastike od papira, od kojih su napravljene ove šolje, skoro nemoguće, tako da su one samo izuzetno predmet uobičajenog procesa recikliranja. Na iznenađenje većeg dela javnosti, predlog o uvođenju poreza čija bi visina bila 5 penija po šolji za kafu nije usvojen. S druge strane, protivnici uvođenja ovog poreza smatrali su da je takva odluka očekivana, s obzirom na to da jedan broj najvećih lanaca (*Starbucks, Caffè Nero*) ohrabruje ponašanje koje je prijateljski nastrojeno prema životnoj sredine, tj. odobrava popuste ako mušterije donesu svoje šolje.<sup>17</sup>

Iako su podaci o fiskalnom značaju poreza u oblasti upravljanja otpadom u državama članicama Unije prilično skromni, oni ukazuju na to da je reč o vrsti najmanje izdašnih ekoloških poreza (Publications Office of the European Union, 2013: 12–13).<sup>18</sup> Porezi u oblasti upravljanja otpadom se, zajedno sa porezima na emitovanje zagađujućih materija u vodu i vazduh, kao i sa porezima na buku, svrstavaju u posebnu vrstu ekoloških poreza – porezi na zagađivanje. U periodu 2000–2011. godine, udeo poreza na zagađivanje i poreza na prirodne resurse u ukupnim prihodima od poreza i doprinosa država članica Unije se kretao od 0,22% do 0,27% (Publications Office of the European Union, 2013: 36).

## 3. Zaključak

Uporednopravna analiza je pokazala da je kod poreza u oblasti upravljanja otpadom njihova podsticajna uloga dominantna, kao i da oni bez odgovarajućih sistema prevencije i primene drugih ekonomskih instrumenata ne mogu da daju zadovoljavajuće efekte.

Ekološke performanse poreza u oblasti upravljanja otpadom se razlikuju od zemlje do zemlje. Uspех njihove implementacije zavisi od dejstva većeg broja faktora. Ako se imaju u vidu porezi na spaljivanje otpada i porezi na odlaganje otpada, važno je postojanje adekvatnih alternativa odlaganju, odnosno spaljivanju otpada. Nesumnjivo je da oni ne mogu obezbediti zadovoljavajuće ekološke performanse ukoliko nisu praćeni adekvatnim

---

17 *The British Government Just Rejected a Tax on Disposable Coffee Cups*. Preuzeto 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 Prema klasifikaciji koju je sproveo EUROSTAT, ekološki porezi se dele u četiri grupe: poreze na energente, poreze u oblasti saobraćaja, poreze na zagađivanje i poreze na prirodne resurse.

programima recikliranja, tj. recikliranje bi moralo da bude dostupno i lako izvodljivo. Ako se imaju u vidu različiti oblici oporezivanja ambalaže, pored programa recikliranja, neophodno je obezbediti i podršku kroz odgovarajuće sisteme povraćaja depozita, odnosno uporednopravna analiza je pokazala da ove poreze treba shvatiti samo kao prateći instrument nekih drugih ekonomskih instrumenata. U radu se došlo do zaključka da se nezadovoljavajuće ekološke performanse poreza u oblasti upravljanja otpadom mogu pripisati i nedovoljno visokim poreskim stopama, nedovoljno razvijenoj ekološkoj svesti i neprihvaćenosti od strane obveznika. S obzirom na to da stepen razvitka ekološke svesti zavisi od socioekonomskih faktora, poput obrazovanja i nivoa dohotka, jasno je da manje razvijene zemlje ne mogu računati na to da će ovi porezi doprineti smanjenoj proizvodnji otpada. Slučajevi Bugarske i Rumunije su najbolji primer za to.

## Literatura

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*. Preuzeto 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/ES 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.

Ilić-Popov, G. (2000). *Ekološki porezi*. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.

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. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 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*. Preuzeto 2.2.2017.  
<http://www.pro-e.org/Denmark>.
- PRO Europe. Preuzeto 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*. Preuzeto 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.
- Cvetković, C. (2014). Ekološke naknade kao instrument zaštite životne sredine. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 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*. Preuzeto 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*. Preuzeto 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.*



**Dr Nevena Petrušić,\***  
Redovna profesorka Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu  
**Kosana Beker\***

originalan naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1775049P

UDK: 347.191:342.72/.73

Rad primljen: 19.06.2017.  
Rad prihvaćen: 09.07.2017.

## **DISKRIMINACIJA PRAVNIH LICA: FENOMENOLOŠKE KARAKTERISTIKE I PRAVNA ZAŠTITA\*\***

**Apstrakt:** U radu je analizirano pravo pravnih lica na nediskriminaciju i zaštitu od diskriminacije, u kontekstu opštih načela ljudskih prava i specifičnih karakteristika samog fenomena diskriminacije koja se vrši prema pravnim licima. U prvom delu rada ukratko je razmotren pravni subjektivitet pravnih lica i ukazano je na domete i limite njihove zaštite od diskriminacije na domaćem i međunarodnom nivou. Drugi deo rada posvećen je fenomenološkim karakteristikama diskriminacije pravnih lica. Posebna pažnja posvećena je ličnim svojstvima na kojima diskriminacija pravnih lica može biti zasnovana. U tom kontekstu razmotreno je da li pravna lica mogu biti diskriminisana samo na osnovu ličnih svojstava sopstvene pravne ličnosti ili i na osnovu ličnih svojstava svojih članova.

**Gljučne reči:** ljudska prava, pravna lica, diskriminacija, pravna zaštita od diskriminacije, lična svojstva.

### **1. Uvod**

Savremeni sistem ljudskih prava zasnovan je na ideji o slobodi, urođenom dostojanstvu i neotuđivim pravima koja pripadaju svim ljudskim bićima. Na tom osnovu izvedeno je načelo jednakosti i zabrana diskriminacije ljudi na osnovu njihovih ličnih svojstava, kao što su nacionalnost, vera, pol, invaliditet, rodni identitet, političko uverenje ili bilo koja druga lična osobenost. Zato su načelo jednakosti i zabrana

\* nevena@prafak.ni.ac.rs

\* kosana@beker.rs

\*\* Koautorski doprinos Nevene Petrušić rezultat je rada na projektu br. 179046: Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

diskriminacije<sup>1</sup> „dve strane iste medalje“ i „srž celokupnog koncepta ljudskih prava“ (Paunović, Krivokapić, Krstić, 2007: 137). Kao ljudsko pravo, jednakost ima karakter „potpornog prava“, jer je uslov uživanja drugih ljudskih prava, ali je ono vremenom emancipovano i preraslo u samostalno ljudsko pravo – pravo na nediskriminaciju (Marinković, 2012: 40).

Iako je ideja ljudskih prava tesno vezana za pojedince (fizička lica), oni su upućeni na zajednicu u kojoj žive i mnoga prava mogu da ostvare samo u zajednici sa drugima. Jedan izraz tog zajedništva jeste kolektivno uživanje ljudskih prava, kao i priznavanje kolektivnih prava pojedinim grupama,<sup>2</sup> kojima se čuva njihov poseban identitet, ali koja u krajnjem služe pravima pripadnika tih grupa. Društvena priroda ljudi podstiče ih da se udružuju i zajednički ostvaruju ciljeve koje pojedinačno ne bi mogli da ostvare. Kao jedan od pravnih modaliteta tog udruživanja nastaju pravna lica – posebni entiteti koji poseduju sopstveni pravni subjektivitet nezavisan od subjektiviteta njihovih članova. U skladu sa principom univerzalnosti ljudskih prava, pojedina prava iz korpusa ljudskih prava, ona čija priroda to dopušta, uživaju i pravna lica (Petrušić et al., 2016: 34). Tako pravnim licima, baš kao i fizičkim, pripada pravo na ugled (poslovnu reputaciju), pravo na imovinu, pravo na privatnost, pravo na udruživanje i dr.

Pravna lica su titulari i prava na nediskriminaciju. Suština diskriminacije ogleda se u nedozvoljenom razlikovanju zasnovanom na nekom ličnom svojstvu, kao što su rasa, nacionalnost, pol, seksualna orijentacija, invaliditet i druge lične osobenosti. Najveći broj zaštićenih ličnih svojstva imanentan je ljudskim bićima, pa bi diskriminacija pravnih lica mogla da izgleda besmisleno, s obzirom

---

1 O odnosu načela jednakosti i zabrane diskriminacije, šire: Marinković, T., Pravna i suštinska jednakost – konceptualna razgraničenja, u: Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije, (Nevena Petrušić ur.), Beograd, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pravosudna akademija, 2012, str. 41

2 Iako svako pravo ima kolektivnu dimenziju, kolektivna prava su posebna kategorija ljudskih prava. Radi se o pravima trajnog karaktera, koja su usmerena na očuvanje identitetskih razlika između grupa. U literaturi se navodi da kolektivna prava pretpostavljaju postojanje grupe [...] kao jedinstvenog korporativnog entiteta sa odgovarajućim moralnim statusom koji je „logički preduslov“ i prethodi interesima i pravima grupe“[...]. (Jovanović, 2008: 101). Mada kolektivna prava ističu poseban identitet grupe, ona u krajnjem služe pravima pojedinih pripadnika grupe. Naime, prema dominantnom liberalnom shvatanju, kolektivna prava služe ostvarivanju i očuvanju prava pojedinaca, pa zato ne smeju biti opravdanje za grupu da na osnovu njih odluči o pravima pojedinaca (Fleck, 2001: 11).

na to da pravna lica nemaju pol, nacionalnost, invaliditet i druga lična svojstva. Zbog toga je potrebno razmotriti specifičnosti koje se tiču samog fenomena diskriminacije jer one utiču i na obim zaštite od diskriminacije ove kategorije pravnih subjekata. U tom kontekstu posebnu pažnju zaslužuje pitanje koja i čija lična svojstva mogu biti osnov za diskriminaciju pravnih lica.

Pregled literature u oblasti antidiskriminacionog prava pokazuje da ova pitanja nisu bila predmet šire pažnje i da specifičnosti koje se javljaju u pogledu diskriminacije i zaštite od diskriminacije pravnih lica nisu u dovoljnoj meri istražena i teorijski elaborirana. Jedan od uzroka slabog interesovanja za ova pitanja leži u činjenici da pravna lica mnogo ređe traže zaštitu od diskriminacije u odnosu na fizička lica,<sup>3</sup> a nekim međunarodnim forumima nadležnim za razmatranje slučaja diskriminacije uopšte nemaju pristup. U nastojanju da postaknemo širu naučnu i stručnu raspravu o specifičnostima zaštite pravnih lica od diskriminacije, ovaj rad posvetile smo teorijskim i praktičnim problemima koji izviru iz specifičnih karakteristika diskriminacije pravnih lica. Cilj rada je da se evidentiraju i sagledaju osnovne fenomenološke karakteristike nejednakog tretmana pravnih lica i ukaže na izazove u pružanju pravne zaštite u slučajevima njihove diskriminacije.<sup>4</sup>

## **2. Zaštita pravnih lica od diskriminacije**

### ***2.1. Pravni subjektivitet pravnih lica***

Pravna lica su jedna od pravnih formi udruživanja ljudi radi ostvarivanja ciljeva koje pojedinačno ne bi mogli da ostvare. Iako postoje različite teorijske definicije pravnih lica,<sup>5</sup> opšte je prihvaćeno da

---

3 Prema podacima iz godišnjih izveštaja Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, procenat pritužbi koje su ovom nezavisnom telu podnela pravna lica u proseku iznosi oko 4% (1,3% u 2013. 8,7% u 2014. 2,5% u 2015. 5,4% u 2016. Godišnji izveštaji Poverenika. Retrieved 1. June 2017 from <http://ravnopravnost.gov.rs/izvestaji/>.

4 Imajući u vidu cilj rada, predmet razmatranja nisu u zakonska ovlašćenja organizacija koje se bave zaštitom ljudskih prava, odnosno prava određene grupe lica, kao i sindikata da pokreću postupke za zaštitu od diskriminacije pojedinaca i grupa lica. Naime, organizacijama, odnosno sindikatima je ovo ovlašćenje priznato ne radi njihove sopstvene zaštite od diskriminacije, već zaštite lica, odnosno grupa za čija se prava zalažu.

5 U pravnoj teoriji još uvek nema saglasnosti o pravnoj suštini pravnog lica. Pristalice negatorske teorije odbacuju pojam pravnog lica, polazeći od stava da su pojedinci (fizička lica) jedini realni pravni subjekti i da su pravna lica samo

su osnovni i zajednički elementi pravnih lica, bez obzira na njihov organizacioni i svojinski oblik, *organizaciona samostalnost*, koja podrazumeva da pravno lice prema trećim licima istupa kao poseban pravni subjekat (spoljna samostalnost) i da je samostalno u odnosu na svoje osnivače i članove (unutrašnja samostalnost), *imovinska samostalnost* – posedovanje posebne imovine različite od imovine osnivača i članova, *cilj*, koji mora biti u skladu sa zakonom i moralom društvene zajednice, kao i *priznanje pravnog subjektiviteta* od strane pravnog poretka (Popov, 1997: 39–44).

Pravna lica su posebne pravne ličnosti i imaju svoju samostalnu pravnu egzistenciju, koja je jasno razdvojena od pravne egzistencije njihovih osnivača i članova, tako da vode svoj „samostalan pravni život“ (Stanković, Vodinelić, 1996: 72). Pravni poredak priznaje pravni subjektivitet različitim vrstama pravnih lica, <sup>6</sup> pri čemu ih podvrgava i različitom pravnom režimu u pogledu uslova osnivanja, delatnosti i dr. Uprkos razlikama, svim pravnim licima priznata je pravna i poslovna sposobnost, što im omogućava da stupaju u privatnopravne i javnopravne odnose i stiču prava i obaveze.

## **2.2. Pravo pravnih lica na nediskriminaciju: dometi i limiti**

Danas je sasvim nesporno da su pravna lica titulari ljudskih prava čija priroda to dopušta, iako sam termin „ljudska prava“ asocira na fizička lica kao njihove „prirodne“ beneficijare. Saglasno principu univerzalnosti ljudskih prava, ona pripadaju *svakome*: pojedincima (fizičkim licima), socijalnim grupama, kao i pravnim licima. U praksi Evropskog suda za ljudska prava (ESLjP) evidentan je trend da se pojedina prava koja se tradicionalno vezuju za fizička lica, priznaju i pravnim licima. Tako je, npr., ESLjP „dinamičnim tumačenjem“ pravnih pojmova sadržanih u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i sloboda (EKLjP),<sup>7</sup> koju smatra „živim instrumentom“, pravnim licima priznao mnoga prava koja se tradicionalno vezuju za pojedince, kao što je pravo

---

pravna fikcija. Teoretičari koji priznaju realnost pravnih lica daju različita objašnjenja s uštine pravnih lica (organska teorija, teorija pravne realnosti, teorija ustanove i dr.). Šire, videti: (Kovačević-Kuštrimović, Lazić, 2008: 154–157; Stanković, Vodinelić, 1996: 99–100; Popov, 1997: 36–39).

<sup>6</sup> Privredna društva, udru ženja, ustanove, zadu žbine, fondacije, fondovi i dr., od kojih su neka javnopravne prirode, neka deluju u domenu privatnog prava, a neka su meštovitog karaktera. O različitim vrstama pravnih lica, detaljno: (Kovačević- Kuštrimović, Lazić, 148–154).

<sup>7</sup> „Službeni glasnik SCG“, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 – ispr.

na poštovanje privatnog života,<sup>8</sup> a u slučaju povrede prava garantovanih konvencijom dosuđuje pravnim licima i naknadu nematerijalne štete.<sup>9</sup>

Kao i fizička lica, i pravna lica su titulari (ljudskog) prava na nediskriminaciju, koje obavezuje svakog i podrazumeva dužnost države da pravnim licima obezbedi delotvornu zaštitu od diskriminacije. Pravo na nediskriminaciju pravnih lica crpi svoj smisao u razlozima zbog kojih se pravna lica osnivaju. Udruživanjem, pojedinci se saglašavaju da posredstvom pravnog lica učestvuju u privrednom, društvenom ili političkom životu. Iako tako stvoreno pravno lice stupa u pravne odnose nezavisno od svojih članova, zabranom njegove diskriminacije, pravo obezbeđuje garancije da će pravno lice biti u mogućnosti da efektivno i pod jednakim uslovima ostvaruje svoje ciljeve. Saglasno tome, pružanjem pravne zaštite pravnom licu izloženom diskriminaciji, pruža se zaštita kolektivnom interesu članova pravnog lica, koji bi u protivnom ostao nezaštićen.

Nema nikakve sumnje da su u domaćem antidiskriminacionom pravu pravna lica titulari prava na nediskriminaciju i da jednako kao i fizička lica imaju pravo na efikasnu zaštitu od diskriminacije. Princip jednakosti i nediskriminacije proklamovan u čl. 21 Ustava

---

8 U predmetu *Case of Soci  t   Colas Est and others v. France*, predstavka br. 37971/97, odluka od 16. 7. 2022. ESLjP zauzeo je stav da izraz „*domicile*“ koji se koristi za označavanje doma u francuskoj verziji teksta člana 8 Evropske konvencije ima šire značenje od engleske reči „*home*“, te da obu hvata i poslovni prostor. Zato, po shvatanju ESLjP, garancije koje pruža čl. 8 EK LjP u pogledu poštovanja privatnog života obuhvataju i „pravo na poštovanje sedišta, filijale i ostalih prostorija kompanije“.

9 Sud je vremenom proširivao i primenu odredbe čl. 41 EKLjP kojom je propisano da sud može da odredi pravično zadovoljenje oštećenoj stranci zbog povrede nekog prava garantovanog konvencijom ili protokolima. Naknada materijalne štete dosuđivana je pravnim licima dugi niz godina, dok je naknada nematerijalne štete prvi put dosuđena 1999. godine pravnom licu (političkoj partiji), kao kompenzacija zbog frustracije koju su članovi i osnivači partije pretrpeli kao posledicu kršenja prava na slobodu udruţivanja (Videti: *Case of freedom and democracy part y (  zdep) v. Turkey*, predstavka br. 23885/94) presuda od 8. 12. 1999. Retrieved 1. June 2017 from

). Ovo je bio slučaj u kojem je naknada nematerijalne štete dosuđena pravnom licu, ali je osnov za naknadu štete, u stvari, bila šteta koju su pretrpela fizička lica, članovi i osnivači pravnog lica. Među tim, nedugo zatim je sud je dosudio naknadu nematerijalne štete pravnom licu zbog povrede prava na pravično suđenje iz člana 6, stav 1 EKLjP, a ova naknada štete dosuđena je pravnom licu, nezavisno od članova i/ili osnivača (*Case of Comingersoll S.A. v. Portugal*, predstavka br. 35382/97, presuda od 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#{)).

Republike Srbije<sup>10</sup> odnosi se na sve pravne subjekte.<sup>11</sup> Sama sadržina ustavne norme o zabrani diskriminacije, u čijoj su formulaciji upotrebljeni izrazi „svi“, „svako“, nedvosmisleno upućuje na zaključak da je zabrana diskriminacije univerzalne prirode i da su titulari prava na nediskriminaciju i fizička i pravna lica, kao i socijalne grupe. Takav pristup ima i Zakon o zabrani diskriminacije, kojim je u čl. 4 propisano: „Svi su jednaki i uživaju jednak položaj i jednaku pravnu zaštitu, bez obzira na lična svojstva,“ a u čl. 3 da „Svako ima pravo da ga nadležni sudovi i drugi organi javne vlasti Republike Srbije efikasno štite od svih oblika diskriminacije“. Sam izraz „svako“, odnosno „lice“ zakonski je preciziran propisivanjem da se njima označava onaj „ko boravi na teritoriji Republike Srbije ili na teritoriji pod njenom jurisdikcijom, bez obzira na to da li je državljanin Republike Srbije, neke druge države ili je lice bez državljanstva“, ali i svako „pravno lice koje je registrovano, odnosno obavlja delatnost na teritoriji Republike Srbije“.

Svi mehanizmi namenjeni zaštiti od diskriminacije u unutrašnjem pravu dostupni su i pravnim licima, koja mogu pokrenuti parnicu za zaštitu od diskriminacije,<sup>12</sup> podneti pritužbu Povereniku za zaštitu od diskriminacije,<sup>13</sup> kao i prijavu zbog krivičnih, odnosno prekršajnih dela sa elementom diskriminacije,<sup>14</sup> a ovlašćeni su i na podnošenje ustavne žalbe zbog diskriminacije.<sup>15</sup>

---

10 „Sl. glasnik RS“, br. 98/2006. U čl. 21 pod rubrumom „zabrana diskriminacije“ propisano je da su pred Ustavom i zakonom svi jednaki, da svako ima pravo na jednaku zakonsku zaštitu, bez diskriminacije, kao i da je zabranjena svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psihičkog ili fizičkog invaliditeta.

11 Sama sadržina ustavne norme o zabrani diskriminacije, u čijoj su formulaciji upotrebljeni izrazi „svi“, „svako“, nedvosmisleno upućuje na zaključak da je zabrana diskriminacije univerzalne prirode i da su titulari prava na nediskriminaciju i fizička i pravna lica, kao i socijalne grupe.

12 U članu 41, st. 1 ZZD propisano je da svako ko je povređen diskriminatorskim postupanjem ima pravo da podnese tužbu sudu.

13 Prema članu 35 ZZD, lice koje smatra da je pretrpelo diskriminaciju podnosi Povereniku pritužbu pismeno ili, izuzetno, usmeno u zapisnik, bez obaveze plaćanja takse ili druge naknade.

14 O krivičnopravnoj i prekršajnoj zaštiti od diskriminacije, videti: (Miladinović: 2016: 144–171)

15 Prema odredbama člana 83 Zakona o Ustavnom sudu („Sl. Glasnik RS“, br. 109/2007, 99/2011, 18/2013 – odluka US, 103/2015 i 40/2015 – dr. zakon) pravo na izjavljivanje ustavne žalbe priznato je „svakom“, ali iz uslova za izjavljivanje ustavne žalbe

Kada je reč o pravu pravnih lica na nediskriminaciju i zaštitu od diskriminacije pred međunarodnim forumima uspostavljenim međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima, situacija je različita.

Univerzalni međunarodni ugovori o ljudskim pravima zasnovani su na individualističkom konceptu ljudskih prava, kao prirodnih i neotuđivih prava pojedinaca, a sama zabrana diskriminacije ima različitu prirodu. U nekim međunarodnim ugovorima ona je isključivo „potporno pravo“ jer se odnosi samo na ona ljudska prava i slobode koje međunarodni ugovor garantuje.<sup>16</sup> Međutim, većina UN ugovora o ljudskim pravima garantuje pravo na nediskriminaciju i kao samostalno ljudsko pravo koje važi u pogledu svih prava koja države ugovornice priznaju pravnim subjektima.<sup>17</sup> Ipak, kada je reč o podnošenju individualnih predstavi ugovornim telima zbog kršenja prava garantovanih međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima, aktivna legitimacija priznata je pojedincima, a ne kolektivitetima. Tako predstavku Komitetu za ljudska prava, koji je ustanovljen Paktom o građanskim i političkim pravima, mogu uputiti samo lica koja su žrtve kršenja prava, tj. koja su lično i direktno pogođena, pri čemu to u njihovo ime mogu učiniti i nevladine organizacije. S obzirom na to da se pravna lica ne kvalifikuju kao titulari prava koje ovaj ugovor garantuje,<sup>18</sup> ne mogu se javiti ni kao

---

proizlazi da to mora biti lice kome je osporenim aktom povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda, tj. titular ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajamčene Ustavom, odnosno lice o čijem se pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu osporenim aktom odlučivalo. Nesporno je da ustavnu žalbu mogu izjaviti fizička lica, pravna lica, kao i kolektiviteti, ako su titulari Ustavom garantovanih prava i sloboda (Šire: Simović, 2012: 203–223). Iako se u procesnom pravu ovlašćenje na pokretanje postupka uobičajeno naziva procesnom legitimacijom, u literaturi se ovlašćenje na podnošenje ustavne žalbe ponekad naziva i „žalbenom sposobnošću“ (Stojanović, 2016: 232). Ovaj izraz nije sasvim adekvatan jer nije reč ni o kakvoj posebnoj sposobnosti, već pravnom ovlašćenju.

16 Tako Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine („Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori, 7/1971) u čl. 2, st. 2 ograničava zabranu diskriminacije samo na prava koja su njime garantovana.

17 Pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine sadrži nesamostalne (zavisne) odredbe (eng. *dependent provision*) kojima se zabranjuje diskriminacija u pogledu poštovanja ljudskih prava zajamčenih ovim Paktom (čl. 2 i 3), ali i samostalnu (nezavisnu) odredbu (eng. *free-standing*) kojom je propisana obaveza država da zakonom zabrane diskriminaciju u uživanju svih prava i obezbede jednaku i efikasnu zaštitu od diskriminacije po osnovu bilo kog ličnog svojstva (čl. 26) (Raičević, 2017: 25). Metod zabrane diskriminacije putem samostalnih i nesamostalnih odredbi o zabrani diskriminacije primenjen je i u drugim međunarodnim ugovorima.

18 Takav stav Komitet je eksplicitno izrazio u mnogim svojim odlukama: A newspaper publishing company v. Trinidad and Tobago, Comm. 360/1989, par. 3.2 (company); HRC,

podnosioci predstavke (Van Kempen, 2010: 2–3). S druge strane, nije dopušteno ni apstraktno osporavanje pravne norme, politike ili prakse kojima se krše prava garantovana Paktom o građanskim i političkim pravima (*actio popularis*) (Raičević, 2016: 40). Zato pravna lica nemaju pristup Komitetu za ljudska prava.

Evropska konvencija o ljudskim pravima sadrži nesamostalnu odredbu o zabrani diskriminacije u pogledu uživanja prava i sloboda koji su njome garantovani (čl. 14),<sup>19</sup> a koji mogu pripadati i fizičkim i pravnim licima. Polje primene zabrane diskriminacije prošireno je Protokolom br. 12, kojim je diskriminacija zabranjena u pogledu svakog prava koje zakoni države ugovornice garantuju pravnim subjektima (čl. 1),<sup>20</sup> čime je pravo na nediskriminaciju dobilo status samostalnog ljudskog prava. Kada je reč o zaštiti ljudskih prava pred ESLJP, iako je čl. 34 EKLJP aktivna legitimacija priznata fizičkim licima, nevladinim organizacijama i grupama lica koji tvrde da su žrtve povrede prava zajemčenih konvencijom ili protokolima uz nju, ESLJP je proširio pojam nevladinih organizacija na sva pravna lica, osim onih koja su nosioci javnopravnih ovlašćenja.<sup>21</sup>

Da bi predstavka pravnog lica bila prihvatljiva, pored opštih uslova za prihvatljivost predstavke, pravno lice, kao i fizičko lice, mora biti žrtva kršenja nekog prava garantovanog konvencijom i njenim protokolima, odnosno mora biti direktno pogođeno nekom radnjom ili

---

View of 6 April 1983, J. R. T. & the W. G. Part y v. Canada, Comm. 104/1981, par. 8(a) (political part y); HRC, View of 9 April 1981, Hartikainen v. Finland, Comm. 40/1978, par. 3. Navedeno prema: (Van Kempen, 2010: 2).

19 Član 14 glasi: „Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj konvenciji obezbeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status“.

20 Prema pratećem objašnjenju uz Protokol 12, zaštita od diskriminacije pruža se u slučajevima diskriminacije u pogledu uživanja bilo kog prava garantovanog nacionalnim propisima, kao i prava koje se može izvesti iz jasne obaveze organa javne vlasti prema nacionalnom pravu, tj. kada je organ javne vlasti prema nacionalnom pravu dužan da se ponaša na određeni način; u situacijama kada javna vlast vrši diskreciono ovlašćenje, kao i prilikom bilo kog drugog delovanja ili nedelovanja organa javne vlasti. Šire: (Krstić, Marinković, 2016: 101; Raičević, 2016: 47–48).

21 U literaturi se navodi da takav stav ESLJP opravdava i engleska verzija Konvencije „koja predviđa da Evropski sud može primiti, između ostalog, individualnu predstavku od bilo kog lica (*from any person*), ne precizirajući da li je ono fizičko ili pravno“, iako „francuski izvornik Konvencije, s druge strane, izričito navodi da bilo koje fizičko lice (*toute personne physique*), pored nevladinih organizacija i drugih grupa lica, ima pravo podnošenja predstavke. Svojom praksom Sud je sinhronizovao obe zvanične verzije Konvencije“ (Krstić, Marinković, 2016: 40).



propuštanjem, jer ni Evropski sud za ljudska prava ne prihvata apstraktne predstavke (Krstić, Marinković, 2016: 41; Raičević, 2016: 51).

U praksi ESLJP zaštita pravnih lica od diskriminacije ustanovljena je u pogledu ostvarivanja određenih prava crkava i verskih zajednica. U slu čajevima Katoličke crkve u Grčkoj i Rumuniji<sup>22</sup> sud je utvrdio povredu člana 14 u vezi sa članom 6 konvencije, zbog diskriminatornih prepreka pri ostvarivanju prava na pristup pravdi.<sup>23</sup> Takođe, u slučaju Jehovinih svedoka protiv Austrije<sup>24</sup>, sud je utvrdio povredu člana 14 u vezi sa članom 9 konvencije, zbog diskriminacije u vezi sa različitim poreskim tretmanom crkava i verskih zajednica.<sup>25</sup>

U evropskom antidiskriminacionom pravu nema posebnih odredaba koje se odnose na pravna lica, osim u Direktivi 2000/43/EZ o primeni principa jednakog tretmana bez obzira na rasno ili etničko poreklo (tzv. Rasna direktiva)<sup>26</sup>. Ovom direktivom se od država članica Evropske unije zahteva da uspostave sudski i/ili upravni postupak kojim će se omogućiti žrtvama rasne diskriminacije da traže zaštitu i zadovoljenje (čl. 7, st.

1), kao i da obezbede da udruženja, organizacije i druga pravna lica koja imaju pravni interes da države postupaju u skladu sa odredbama ove direktive, mogu da pokrenu ove postupke u ime podnosioca predstavke ili kao podrška podnosiocu predstavke, uz njegovu/njenu saglasnost (čl. 7, st.

2)<sup>27</sup>. Iako je Rasnom direktivom pravnim licima omogućeno podnošenje predstavke samo u ime određene žrtve diskriminacije, imajući u vidu da se zahteva saglasnost žrtve, to ne znači da države ne mogu propisati

---

22 Case of Canea Catholic Church V. Greece, predstavkab. 25528/94, presuda od 16.12.1997 Retrieved 5. June 2017 from <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&key=31838&portal=hbk&source=external&table=285953B33D3AF94893DC49EF6600CEBD49;AffaireParoisseGreco-CatholiqueSâmbataBihorc.Roumanie,predstavkab.48107/99,presudaod12.4.2010> Retrieved 5. June 2017 from .

23 Izveštaj o borbi protiv diskriminacije na osnovu religije, Parlamentarna skupština Saveta Evrope, dokument br. 12788 od 10. novembra 2011. godine, Tudor Panțiru, izvestilac Komiteta za pravna pitanja i ljudska prava, Retrieved 1. June 2017 from <https://www.strasbourgconsortium.org/content/blurb/files/Combating%20all%20forms%20of%20discrimination.pdf>.

24 Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria, predstavka br. 40825/98, presuda od 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 Izveštaj o borbi protiv diskriminacije na osnovu religije, op.cit.

26 Direktiva o rasnoj jednakosti (2000/43/EZ), 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. godine, Retrieved 1. June 2017 from

povoljnije uslove od onih propisanih direktivom.<sup>28</sup> U tom smislu, Sud pravde EU utvrdio je da odredbe člana 7 Rasne direktive nisu prepreka državama članicama da omoguće organizacijama da pokreću sudske ili upravne postupke bez uslova da moraju da postupaju u ime određene osobe ili u slučaju nemogućnosti pronalazačenja osobe koja je žrtva diskriminacije.<sup>29</sup> U dosadašnjoj svojoj praksi Sud pravde EU je u nekoliko slučajeva utvrdio diskriminaciju pravnih lica.<sup>30</sup>

### 3. Fenomenologija diskriminacije pravnih lica

Od samog nastanka<sup>31</sup> pa sve do prestanka, pravna lica mogu biti izložena raznovrsnim oblicima neposredne i posredne diskriminacije. Diskriminacija pravnih lica obuhvata širok spektar diskriminatorskih aktivnosti, kako u privatnoj, tako i u javnoj sferi društvenih odnosa. Kao i diskriminacija koja se vrši prema fizičkim licima, i diskriminacija pravnih lica ogleda se u njihovom nedozvoljenom razlikovanju zasnovanom na nekom ličnom svojstvu, a može biti direktna (neposredna) ili indirektna (posredna).<sup>32</sup> Imajući u vidu opšti pojam neposredne diskriminacije,<sup>33</sup> do neposredne diskriminacije pravnih lica dolazi kada se prema pravnom licu nejednako (nepovoljnije) postupa, zbog njegovih ličnih svojstava, u odnosu na postupanje prema drugom pravnom licu

---

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 od 10. jul 2008, para. 27.

30 U predmetu C-17/03 – VEMW and Others (Vereniging voor Energie, Milieu en Water and Others v. Directeur van de Dienst uit voering en toezicht energie, ECLI:EU:C:2005:36 s ud je u tvrdio da dodela preferencijalnog pristupa prekograničnoj mreži za prenos električne energije preduzeću koje je prethodno imalo monopol na tržištu, na osnovu ugovora koji s u zaključen pre libera licencije tržišta predstavlja diskriminaciju zabranjenu Drugom direktivom o internom tržištu struje. Retrieved

1. June 2017 from <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-17/03/> Takođe, u predmetu C-385/12 – Her vis Sport- és Divatkereskedelmi (Her vis Sport- és Divatkereskedelmi Kft. v. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága, ECLI:EU:C:2014:47) sud je zauzeo stav da opozivanje koje je nepovoljnije za preduzeća koja su povezana u grupu preduzeća osnovanih u drugoj državi članici, predstavlja indirektnu diskriminaciju na osnovu sedišta preduzeća. Retrieved 1. June 2017 from <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=147342&doclang=EN>.

31 Do diskriminacije može da dođe i prilikom samog osnivanja pravnog lica. Međutim, u tom slučaju diskriminaciji su izloženi osnivači, a ne samo pravno lice.

32 Detaljno o neposrednoj i posrednoj diskriminaciji: (Petrušić et al., 2016: 41–55); (Tasić, 2016: 29–34); (Pavlović, 2012: 158–181).

33 Član 6 ZZD.

u analognoj situaciji, koje to svojstvo nema (uporednik – *comparator*). Kada je u pitanju posredna diskriminacija<sup>34</sup> pravnih lica, do nje dolazi kada neko neutralno pravilo, kriterijum ili praksa pravno lice sa određenim ličnim svojstvom stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na drugo pravno lice u analognoj situaciji, koje to lično svojstvo nema.<sup>35</sup>

Analiza mogućih slučajeva diskriminacije pravnih lica pokazuje da fenomenologija diskriminacije pravnih lica nije bitno različita od fenomenologije diskriminacije fizičkih lica, iako mogu postojati izvesne specifičnosti. Kao i diskriminacija koja se vrši prema fizičkim licima i grupama lica, i diskriminacija prema pravnim licima može biti izvršena tako što se pravnom licu uskraćuje neko pravo koje je drugim pravnim licima dostupno, ili mu se neko pravo ograničava, a drugim pravnim licima se priznaje u punom obimu, ili se pravno lice stavlja u gori položaj time što se drugim pravnim licima daje prvenstvo, tj. neka privilegija. Nema suštinskih razlika ni u pogledu načina izvršenja diskriminacije prema pravnim licima: ona može biti izvršena činjenjem ili propuštanjem, preduzimanjem neke faktičke ili pravne radnje, govorom, gestikulacijom i sl., onako kako se vrši i prema pojedincima (Vesić-Antić: 2012: 28–30).

Generalno posmatrano, pravna lica mogu biti žrtve svih oblika neposredne i posredne diskriminacije, čak i onih za koje se na prvi pogled može činiti da mogu biti izvršeni samo prema fizičkim licima. Tako, govor mržnje<sup>36</sup> koji sadrži poruke mržnje ili netrpeljivosti može biti uperen prema samom pravnom licu. Primer takvog oblika diskriminacije pruža slu čaj otvaranja Fejsbuk stranice „Stop kupovini hrvatskih proizvoda”, na kojoj je bila postavljena slika jednog od marketa trgovinskog lanca „Idea” sa natpisom „Ne kupuj ovde! Ne finansiraj genocidnu državu Hrvatsku!”.<sup>37</sup> Ipak, žrtve nekih posebnih slučajeva diskriminacije<sup>38</sup> po prirodi stvari mogu biti isključivo fizička lica, jer samo ona mogu biti subjekti odnosa u okviru koga dolazi do diskriminacije. Takav je slučaj

---

34 Član 7 ZZD.

35 Kod direktne diskriminacije radi se o različitom (nepovoljnijem) postupanju, dok se kod indirektno diskriminacije ne razlikuje samo postupanje, već se razlikuju posledice, koje su nesrazmerno nepovoljnije u odnosu na određenog pojedinca ili grupu (tzv. diskriminatorni efekat) (Arnardóttir, 2012: 3).

36 Član 11 ZZD.

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

38 Posebni slu čajevim diskriminacije regulisani su u čl. 15–28. Šire: Beker, 2012: 201–217).

sa seksualnim uznemiravanjem, segregacijom u obrazovanju, narušavanjem jednakih mogućnosti za zasnivanje radnog odnosa i drugim posebnim slučajevima diskriminacije koji su inherentni fizičkim licima. Moglo bi se reći da su fizička lica „ekskluzivne žrtve“ diskriminacije samo kada je u pitanju diskriminacija koja se tiče onih prava, odnosno onih odnosa čiji su ekskluzivni titulari, odnosno subjekti.

Pravno lice može biti žrtva ponovljene, produžene i višestruke (ukrštene) diskriminacije – diskriminacije po osnovu dva ili više ličnih svojstava, kao i drugih teških oblika diskriminacije, kao što je, npr., diskriminacija izvršena od strane organa javne vlasti ili u postupcima pred organima javne vlasti.<sup>39</sup> Isto tako, pravno lice može biti izloženo viktimizaciji,<sup>40</sup> tj. neprijatnostima i problemima zbog toga što je zatražilo zaštitu od diskriminacije, na sličan način na koji viktimizaciju mogu trpeti i fizička lica.

Za pravilnu primenu propisa o zabrani diskriminacije pravnih lica od izuzetne važnosti je da se diskriminacija samog pravnog lica jasno razgraniči od diskriminacije članova pravnog lica. Tako, npr., ako bi preduzeću bilo uskraćeno u češće u postupku javne nabavke zbog toga što je njegov vlasnik lice romske nacionalnosti, u pitanju bi bila diskriminacija preduzeća. Ako bi, međutim, licu romske nacionalnosti zaposlenom u tom preduzeću radnik obezbeđenja zabranio da uđe u zgradu i preda dokumentaciju preduzeća radi učešća u postupku javne nabavke, u pitanju bi bila diskriminacija zaposlenog, a ne samog preduzeća. Pravno lice ima pravo na zaštitu od diskriminacije ako je ono samo neposredna žrtva diskriminacije, a ne i kada je diskriminacija izvršena prema njegovim članovima.<sup>41</sup>

Diskriminaciju pravnog lica treba razlikovati i od diskriminacije korisnika usluga pravnog lica. Tako, npr., ZZD zabranjuje diskriminaciju vaspitnih i obrazovnih ustanova koje obavljaju delatnost u skladu sa zakonom i drugim propisom, kao i lica koja koriste ili su koristili usluge ovih ustanova u skladu sa zakonom.<sup>42</sup> Ukoliko bi konkursom kao uslov za zasnivanje radnog odnosa bilo propisano da kandidat ima završen državni pravni fakultet, time bi bili diskriminirani kandidati koji su završili privatne pravne fakultete i samo bi oni bili ovlašćeni

---

39 Član 13 ZZD.

40 Član 9 ZZD.

41 U praksi ESLJP pravnim licima se u nekim situacijama dozvoljava obraćanje Sudu i kada nastupaju u ime svojih članova (Krstić, Marinković, 2016: 41).

42 Čl. 19, st. 3 ZZD.

da traže zaštitu od diskriminacije, a ne i privatni pravni fakulteti čiji su bivši studenti izloženi diskriminaciji.

#### **4. Primena testa diskriminacije u slučajevima diskriminacije pravnih lica**

U pogledu sprovođenja testa diskriminacije, tj. ispitivanja da li određeno postupanje prema pravnom licu predstavlja diskriminaciju,<sup>43</sup> ne postoje bitne razlike u odnosu na test diskriminacije koji se primenjuje kada je u pitanju diskriminacija izvršena prema fizičkim licima, odnosno grupama lica. Ono što u praksi može predstavljati određenu poteškoću jeste pronalaženje adekvatnog (stvarnog ili hipotetičkog) uporednika, a to, po prirodi stvari, mora biti pravno lice u analognoj situaciji. Prilikom pronalaženja uporednika mora se uzeti u obzir da među pravnim licima postoje velike razlike i da se njihov pravni status u velikoj meri razlikuje. Tako je pravni režim koji važi za preduzeća potpuno različit od pravnog režima koji važi za ustanove ili udruženja. Zato je uporednik, po pravilu, pravno lice koje ima ili sličan pravni status, slične ciljeve, delatnost, kao i druge karakteristike koje ima i navodno diskriminirano pravno lice.<sup>44</sup>

Treba, međutim, imati u vidu da u nekim situacijama postavljanje uslova za ostvarivanje prava pravnih lica koji se tiče nekog njihovog statusnog obeležja može predstavljati diskriminaciju, u kom slučaju se kao uporednik mora javiti pravno lice koje ima sasvim drugi status u odnosu na pravna lica koja taj uslov ne ispunjavaju. Ako bi se, npr., u oglasu za prodaju rashodovnih mašina navelo da pravo učešća na licitaciji imaju samo akcionarska društva, time bi bila diskriminirana pravna lica koja imaju drugu pravnu formu (ortačka društva, komanditna društva,

---

43 Zabrana diskriminacije ne isključuje svako pravljenje razlike, već samo pravljenje onih razlika za koje ne postoji objektivno i razumno opravdanje. Zato se prilikom ispitivanja da li je diskriminacija izvršena, primenjuje test diskriminacije, koji je razvio ESLJP, a prihvaćen je i u srpskom pravu. Ovaj test je različit kod neposredne i posredne diskriminacije. Šire o testu diskriminacije (Petrušić et al., 2016: 56–57).

44 Tako, na primer, ukoliko bi marketinška agencija odbila zahtev nevladine organizacije koja se bavi pravima LGBT populacije da izradi promotivni materijal kojim se promovišu istopolne zajednice, uporednik bi bila neka druga nevladina organizacija koja se ne bavi pravima LGBT osoba, a kojoj je marketinška organizacija pružila ovu vrstu usluga.

društva sa ograničenom odgovornošću)<sup>45</sup> jer za postavljanje ovakvog uslova ne bi postojalo objektivno i razumno opravdanje. Bilo bi, međutim, dopušteno da se pravo učešća na konkursu za finansiranje projekata za promociju ljudskih prava u lokalnoj zajednici prizna samo nevladinim organizacijama koje se time bave, a ne i pravnim licima osnovanim radi sticanja dobiti.

## 5. Lično svojstvo kao osnov diskriminacije pravnih lica

Jedna od bitnih karakteristika diskriminacije jeste da je njen osnov uvek neko lično svojstvo – stvarno ili pretpostavljeno. Ukoliko nejednak tretman nije zasnovan na ličnom svojstvu, nije reč o diskriminaciji, već se eventualno radi o nekom drugom protivpravnom postupanju.

Lično svojstvo se obično definiše kao lično obeležje lica koje određuje njegov fizički, psihološki, duhovni, ekonomski ili društveni identitet (Pavlović, 2012: 143). U međunarodnim i nacionalnim antidiskriminacionim propisima imenuju se različita lična svojstva. Tako se u čl. 14. ESLjP navode sledeća lična svojstva: pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje i rođenje. Ova lična svojstva su imenovana i u čl. 1 Protokola 12. U ZZD imenovano je čak 19 ličnih svojstava.<sup>46</sup> Ni u međunarodnim ugovorima ni u domaćim zakonima lista ličnih svojstava nije zatvorena, tako da praktično svako lično svojstvo koje definiše identitet lica može biti osnov za nedopušteno razlikovanje.

Analiza ličnih svojstava pokazuje da su ona veoma raznovrsna: neka se tiču ličnih osobenosti koje su po prirodi stvari vezane za ljudsko biće, pa ih jedino pojedinci (fizička lica) mogu imati. Tako zdravstveno stanje, seksualna orijentacija, rodni identitet, genetske osobenosti predstavljaju karakteristike inherentne fizičkim licima. Neka lična svojstva su takve prirode da ih može imati i pravno lice, kakav je slučaj

---

45 Član 8 Zakona o privrednim društvima („Sl. glasnik RS“ br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon i 5/2015)

46 Lična svojstva imenovana u čl. 2, st. 1, tač. 1 ZZD jesu: rasa, boja kože, preci, državljanstvo, nacionalna pripadnost ili etničko poreklo, jezik, verska ili politička ubeđenja, pol, rodni identitet, seksualna orijentacija, imovno stanje, rođenje, genetske osobenosti, zdravstveno stanje, invaliditet, bračni i porodični status, osuđivanost, starosno doba, izgled i članstvo u političkim, sindikalnim i drugim organizacijama.

sa državnom pripadnošću pravnog lica,<sup>47</sup> njegovim boravištem, imovnim stanjem i osuđivanosti.

Nema nikakve sumnje da pravna lica mogu biti diskriminirana na osnovu svojstava svoje sopstvene pravne ličnosti, a to su ona koja čine objektivne elemente samog pravnog lica i deo su njegovog identiteta, kao što su pripadnost određenoj državi, sedište, vrsta delatnosti, organizacioni oblik, tip svojine i dr. Svako od ovih obeležaja može potencijalno biti osnov diskriminacije. Tako, npr., u postupku javne nabavke koji sprovodi opštinska uprava pravno lice čiji je sedište na području druge opštine može biti diskriminirano jer je prednost neopravdana data pravnom licu sa sedištem na teritoriji opštine koja sprovodi postupak javne nabavke. Osnov diskriminacije može biti povezan sa ciljem i programom koji pravno lice ostvaruje i sl.<sup>48</sup>

Ako bi pravnim licima bila obezbeđena zaštita od diskriminacije samo kada su diskriminirana na osnovu ličnih svojstava koja se isključivo tiču njihove pravne ličnosti, ona svakako ne bi bila sveobuhvatna jer pravna lica nemaju pol, rasu, rodni identitet, invaliditet, genetska obeležja, kao ni mnoga druga lična svojstva imanentna fizičkim licima. U vezi sa tim postavlja se pitanje može li diskriminacija pravnih lica biti zasnovana i na ličnim svojstvima njegovih članova, tj. lica koja čine personalni supstrat pravnog lica.

Praksa još nije dala odgovor na ovo pitanje. Domaći sudovi nisu bili u prilici da se o njemu izjašnjavaju jer se procesuirani slučaji diskriminacije odnose na diskriminaciju fizičkih lica. Poverenik za zaštitu ravnopravnosti je u jednom predmetu razmatrao osnovanost pritužbe grupe građana koja formalno nema statusa pravnog lica ali je kao politička organizacija učestvovala na parlamentarnim izborima. U pritužbi je bilo navedeno da je diskriminacija zasnovana na „*političkoj*

47 U teoriji se govori i o državljanstvu i nacionalnosti pravnih lica, koja poseban značaj ima u međunarodnom privatnom pravu (Stanivuković: 2003: 435–436).

48 U jednom takvom slučaju post upao je Poverenik za zaštitu u ravnopravnosti. Naime, udruženje građana, u čijem je vlasništvu gej magazin, podnelo je pritužbu protiv jednog pozorišta zbog uskraćivanja pres materijala za najavljenju predstavu. Zahtev udruženja za dostavljanje pres materijala odbijen je sa obrazloženjem „da im reklama u tom smislu ne bi odgovarala i da bi predstava dobila značenje koje nisu hteli da plasiraju“. Poverenica za zaštitu ravnopravnosti stala je na stanovište da je ovakvim postupanjem pozorište stavilo u nejednak položaj gej magazin u odnosu na druge medije, i na taj način izvršilo akt neposredne diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije. Mišljenje br. 07-00-649/2013-02 od 20. 1. 2014. Retrieved

6. June 2017 from <http://ravnopravnost.gov.rs/pritužba-r-i-c-protiv-pozorista-b-b-zbog-diskriminacije-po-osnovu-seksualne-orijentacije-u-oblasti-informisanja/>.

*pripadnosti*“. U mišljenju koje je povodom ovog slučaja dala, poverenica je ukazala da diskriminaciji po osnovu „političke pripadnosti“, tj. po osnovu pripadanja, odnosno nepripadanja političkoj stranci mogu biti izložena samo fizička lica, a ne sama politička stranka. Kada je reč o diskriminaciji na osnovu političkog ubeđenja, poverenica je stala na stanovište, pozivajući se na stav ESLJP u predmetu *Kokkinakis protiv Grčke* iz 1993. godine<sup>49</sup>, da „*političko ubeđenje (kao i veroispovest), predstavlja rezultat intelektualnog i duhovnog procesa i čini deo identiteta osobe, pa, kao takvo, predstavlja lično svojstvo koje je, po prirodi stvari, vezano za pojedince/ke, tj. fizička lica*“, da [...] „*Kada su u pitanju političke stranke, kao i drugi oblici političkog organizovanja, oni mogu biti izloženi nejednakom tretmanu na osnovu političkih ubeđenja, uprkos tome što je političko ubeđenje, po prirodi stvari, imanentno fizičkim licima*“. Po mišljenju poverenice, [...] *iako se političko ubeđenje, kao osnov diskriminacije, vezuje za fizička lica, tako da politički entiteti koje ova lica stvaraju objektivno ne mogu imati političko ubeđenje, ipak, same političke organizacije, odnosno drugi oblici političkog organizovanja mogu biti diskriminirani na osnovu političkih ubeđenja svojih članova, jer bi im, u protivnom, bilo uskraćeno pravo na zaštitu od diskriminacije po osnovu ovog ličnog svojstva.*“<sup>50</sup>

Nema nikakve sumnje da političke stranke, kao posebna kategorija pravnih lica, mogu biti diskriminirane na osnovu političkih ubeđenja, jer one upravo i nastaju udruživanjem građana koji dele istu političku ideologiju, težeći da je što više prošire (Lukić, 1981: 41). Diskutabilno je, međutim, da li se u slučaju diskriminacije političke stranke na osnovu političkih ubeđenja radi o diskriminaciji na osnovu političkog ubeđenja njenih članova, ili o diskriminaciji na osnovu političke ideologije same stranke, tj. sistema određenih ideja i uverenja za koje se politička stranka zalaže, a koji čine objektivni element njenog političkog identiteta. Stoga, da bi se zauzeo stav o mogućnosti diskriminacije pravnog lica na osnovu ličnih svojstava njegovih članova, potrebno je analizirati slučaj diskriminacije pravnog lica koji je zasnovan na ličnom svojstvu člana pravnog lica, koje nije ni u kakvoj vezi sa elementima identiteta samog pravnog lica. Može li, npr., preduzeće biti diskriminirano u postupku javne nabavke koji sprovodi uprava opštine u kojoj je na vlasti određena politička

---

49 *Kokkinakis v. Greece*, predstavka br. 14307/88, presuda od 25. 5. 1993, stav 31.

50 Mišljenje br. 07-00-94/2014-02 od 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/>.



stranka po osnovu političke pripadnosti njegovog vlasnika, koji u javnosti nastupa kao opozicioni lider? Može li udruženje novinara biti diskriminirano u pogledu pristupa informacijama na osnovu javno iskazanih i opštepoznatih političkih uverenja svog predsednika?

Ukoliko bi se pošlo od činjenice da je pravno lice posebna pravna ličnost, i da je, kao takvo, samostalno u odnosu na svoje članove, odgovor na navedeno pitanje bio bi negativan, iz čega bi sledio zaključak da se pravnom licu može pružiti zaštita od diskriminacije samo ako je diskriminirano na osnovu karakteristika sopstvene pravne ličnosti. Čini se, međutim, da bi u potrazi za odgovorom trebalo imati u vidu činjenicu da pravno lice čine pojedinci, njegovi članovi, koji u pravnom licu imaju različite uloge: neki su osnivači, neki njime rukovode, neki ga zastupaju, a neki se javljaju kao njegovi zaposleni. Iako pravna lica imaju svoj „samostalni život“, nezavisan od života svojih članova, ti „životi“ se susreću i prepliću. Lično svojstvo nekog od članova pravnog lica (npr. osnivača ili zastupnika) može biti „preneto“ i na pravno lice i postati deo njegovog identiteta sa kojim se pojavljuje na društvenoj i pravnoj pozornici. Saglasno tome, i negativne posledice koje nastupaju zbog posedovanja određenog ličnog svojstva (stvarnog ili pretpostavljenog) od strane člana pravnog lica mogu takođe biti „prenete“ na samo pravno lice. U tom smislu diskriminacija kojoj je pravno lice izloženo na osnovu ličnog svojstva svojih članova bila bi specifičan vid prenesene (asocijativne) diskriminacije, analogno asocijativnoj diskriminaciji fizičkih lica, kojoj su izložena lica koja nemaju zaštićeno lično svojstvo, ali su rodbinskim ili drugim bliskim vezama povezana sa licem koje ga ima.<sup>51</sup>

Faktička je činjenica da lično svojstvo člana pravnog lica može da utiče na društvenu poziciju i odnos organa javne vlasti i pojedinaca prema samom pravnom licu, što uključuje mogućnost da zbog ličnog svojstva nekog svog člana pravno lice bude izloženo nejednakom tretmanu. Nije teško zamisliti kakvim sve oblicima neposredne i posredne diskriminacije može biti izloženo preduzeće čiji je vlasnik albanske nacionalnosti u gradu u kome u organima javne vlasti i među

---

51 U literaturi se ovaj oblik diskriminacije naziva „transferisanom“ diskriminacijom jer se posledica posedovanja neke karakteristike „prenosi“ na drugo lice (Honeyball, 2007: 2) Retrieved 5. June 2017 from <http://or.e.eunet.ac.uk/Repository/bitstream/10036/15933/honeyball4.pdf?sequence=2>. Prema čl. 2, st. 1, tač. 1 ZZD, do diskriminacije dolazi i kada je lice diskriminirano zbog ličnih svojstava člana svoje porodice, odnosno zbog svoje bliske povezanosti sa licem koje ima određena lična svojstva.

stanovništvom dominiraju pripadnici većinskog naroda, imajuću u vidu dubinu etničke distance prema pripadnicima albanske nacionalne manjine i njihovu predispoziciju za diskriminaciju.<sup>52</sup> Negiranje mogućnosti da diskriminacija prema pravnim licima bude izvršena na osnovu ličnih svojstava njegovih članova značilo bi negiranje stvarnosti i ignorisanje društvenih dimenzija diskriminacije. Praktični efekat takvog pristupa ogledao bi se u sužavanju mogućnosti za ostvarivanje pravne zaštite od diskriminacije, na koju pravna lica imaju pravo.

Iako se na prvi pogled može činiti da mogućnost diskriminacije pravnih lica na osnovu ličnih svojstava njihovih članova izaziva dodatne teškoće u pogledu sprovođenja testa diskriminacije, to, u suštini, nije tačno. Okolnost da je navodna diskriminacija pravnog lica zasnovana na ličnom svojstvu njegovog člana (npr. osnivača) nije prepreka da se test diskriminacije podjednako uspešno primeni i izvede pravilan zaključak o tome da li je do diskriminacije došlo, imajući u vidu sve okolnosti konkretnog slučaja. To važi i kada je reč o dokazivanju diskriminacije. Teškoće koje se javljaju u vezi sa dokazivanjem uzročno-posledičnog odnosa između ličnog svojstva i nejednakog postupanja prema pravnom licu podjednako su kompleksne i ne zavise od toga da li je diskriminacija zasnovana na ličnim svojstvima samog pravnog lica ili na ličnim svojstvima njegovog člana.<sup>53</sup> Pravilo o preraspodeli tereta dokazivanja pouzdan je pravni instrument za njihovo prevazilaženje.

Imajući u vidu da su načelo jednakosti i zabrane diskriminacije „*jemstvo protiv arbitrarnih akata vlasti i poštovanja drugih osnovnih prava*“ (Marinković: 2012: 40), čini se da ne postoje razlozi zbog kojih bi pravnim licima trebalo uskratiti zaštitu od diskriminacije kada je ona zasnovana na ličnom svojstvu njihovih članova. Štetne posledice takvog pristupa u krajnjem bi trpeli sami članovi pravnog lica.

## Literatura

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 Videti: „Odnos građana i građanki prema diskriminaciji u Srbiji“, 2016. Retrieved 5. June 2017 from <http://ravnopravnost.gov.rs/izvestaj-o-istrazivanju-javnog-mnjenja>.

53 U slu čaju diskriminacije pravnog lica zasnovane na ličnom svojstvu njegovog člana, jedina činjenica koju dodatno treba dokazati, ukoliko je među stranama sporna, jeste da je nosilac ličnog svojstva član pravnog lica.

Beker, K. (2012). „Slučajevi diskriminacije“, u: *Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije*, (Nevena Petrušić ur.), Beograd, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pravosudna akademija.

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>

Vesić-Antić, A. (2012). „Diskriminacija kao društvena pojava“, u: *Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije*, (Nevena Petrušić ur.), Beograd, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pravosudna akademija.

Jovanović, M. (2008). „Postoje li kolektivna prava?“ (I deo), *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1.

Krstić, I., Marinković, T. (2016). *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu.

Kovačević–Kuštrimović, R., Lazić, M. (2008). *Uvod u građansko pravo*, Niš, Punta.

Marinković, T. (2012). „Pravna i suštinska jednakost – konceptualna razgraničenja“, u: *Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije*, (Nevena Petrušić ur.), Beograd, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pravosudna akademija.

“Odnos građana i građanki prema diskriminaciji u Srbiji“, (2016) Beograd, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Institut za ljudska prava „Ludvig Bolcman“. Retrieved 5. June 2017 from <http://ravnopravnost.gov.rs/izvestaj-0-istrazivanju-javnog-mnjenja>.

Miladinović, D. (2016). „Krivičnopravna zaštita od diskriminacije, Prekršajnopravna zaštita od diskriminacije“, u: *Antidiskriminaciono pravo, propisi, praksa i stvarnost* “ (Nevena Petrušić ur.), Niš, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

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

Paunović, M., Krivokapić, B., Krstić, I. (2007). *Osnovi međunarodnih ljudskih prava*, Beograd, Megatrend univerzitet.

Pavlović, S. (2012). „Oblici diskriminacije“, u: *Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije*, (Nevena Petrušić ur.), Beograd, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pravosudna akademija.

Petrović, V. (2012). „Nadzor nad ispunjavanjem obaveza iz međunarodnih ugovora u pogledu prevencije i zaštite od diskriminacije“, u: *Sudska građanskopravna zaštita od diskriminacije*, (Nevena Petrušić ur.), Beograd, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti, Pravosudna akademija.

Petrušić, N., Krstić, I., Marinković, T. (2016). *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije*, Glasnik, Beograd.

Popov, D. (1997). *Građansko pravo, Opšti deo*, Novi Sad, Akademska izdavačka kuća.

Lukić, R. (1981). *Političke stranke*, Beograd, Naučna knjiga.

Raičević, N. (2017). „Univerzalni međunarodni antidiskriminacioni standardi i nadzor nad njihovim poštovanjem“, u: *Antidiskriminaciono pravo, propisi, praksa i stvarnost*, (Nevena Petrušić ur.), Niš, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

Simović, D. (2012). „Ustavna žalba – teorijskopравни okvir“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1 (LX).

Stanković, O., Vodinelić, V. (1996). *Uvod u građansko pravo*, Beograd, Nomos.

Stanivuković, M. (2003). „Tačke vezivanja za komercijalna pravna lica u međunarodnom privatnom pravu“, *Pravni život*, br. 12.

Stojanović, D. (2016). *Ustavno pravosuđe – ustavno procesno pravo*, Niš, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

Tasić, A. (2016). *Postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije*, Niš, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

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

prethodno saopštenje  
doi:10.5937/zrpfni1775071S

UDK: 342.565.2:342.72/.73

Rad primljen: 02.02.2017.  
Rad prihvaćen: 28.03.2017.

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

**Анстракт:** 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 основных 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

неконституционных 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

---

<sup>1</sup> 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 жалобы, 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 конституционной жалобы, в силу своей природы, подчиняется строгим требованиям, которые на практике почти одинаковы во всех конституционных судах. Легитимацию для подачи конституционной жалобы имеют не только физические лица, отечественные и иностранные, но и юридические лица, если речь идет об основном праве, то есть гарантируемом Конституцией праве, которое по своей природе, как например, право собственности, применимо к юридическим лицам. Что касается предмета, посредством конституционной жалобы 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 конституционной жалобы чаще всего оспариваются судебные решения.

Для подачи конституционной жалобы необходимо наличие действующей легитимации заявителя - конституционная жалоба должна быть приемлема *rationae personae*. Конституционная 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 конституционная жалоба отличается от *actio popularis*.

Конституционная жалоба должна быть подана своевременно, а это подразумевает подачу в установленный законом короткий срок. Конституционная 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 конституционно-правовые причины оспаривания отдельного акта. Если ни эти предпосылки *rationae materiae* не выполнены, Конституционный Суд отклоняет конституционную жалобу в процессе предварительного рассмотрения.

Для принятия конституционной жалобы в качестве основы для возбуждения судопроизводства Конституционным 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 переносится на большую коллегию, 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 зайдет 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 может решать споры по существу, в отношении которых уже вынесено судебное решение, то есть не может вносить изменения в такие решения. Когда определит, что имело место нарушение основного права, Конституционный Суд может только аннулировать судебное решение, являющееся предметом конституционной жалобы, но не может сам внести в него изменения. Кроме того, его констатация о том, что повреждено основное право, не должна сопровождаться в обязательном порядке кассацией судебного решения. Соответственно, конституционное правосудие в органическом смысле не является частью судебной власти, однако с функциональной точки зрения является истинным „правосудием“, специфичной судебной властью.

Правовое действие решения Конституционного суда принятого по конституционной жалобе проявляется в следующем: во-первых, Конституционный Суд больше не может принимать решения, которыми устанавливает нарушение права на окончание судебного процесса в разумный срок, если не исчерпаны все средства правовой защиты, которые могут быть использованы в процессе защиты этого права, и которые предусмотрены в законе „О защите права на окончание судебного процесса в разумный срок“.<sup>3</sup> В отличие от Федерального Конституционного Суда Германии, наш Конституционный Суд не может принять ни решение о нарушении права на окончание судебного процесса в разумный срок, в связи с которым утверждается, что оно возникло в результате слишком длительного судопроизводства в предметном суде.

Во-вторых, Конституционный Суд может аннулировать любой отдельный акт, в том числе судебное решение, когда установит, что этим актом повреждено гарантируемое Конституцией право. Суд может запретить дальнейшее выполнение действий, которым повреждаются гарантируемые Конституцией права или определить принятие других мер или действий, которые приводят к устранению вредных последствий установленного повреждения или ущемления гарантируемых прав и свобод. Возможно и налаживание другой, соответствующей делу, справедливой компенсации заявителю конституционной жалобы.

---

<sup>3</sup> Судебные решения, принятые в ходе судебных разбирательств в судах общей юрисдикции, включая решения, вынесенные по искам в связи с финансовым обеспечением (нематериальный ущерб) и компенсацией имущественного ущерба, после определения наличия права на справедливое возмещение ущерба, из-за нарушения права на окончание судебного процесса в разумный срок, теперь подлежат конституционно-судебной проверке при условиях, которые обычно применяются в случаях оспаривания отдельных актов, в отношении которых утверждается, что ими нарушены гарантируемые Конституцией 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.

тьи 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 VIIY-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 преваляющими 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.

**Dr Dragan Stojanović,**

Redovni profesor Pravnog fakulteta,

Univerzitet u Nišu

**Dr Dragiša B. Slijepčević,**

Sudija Vrhovnog kasacionog suda Srbije

## **ZAŠTITA OSNOVNIH PRAVA ČOVEKA U USTAVNOM SUDU SRBIJE**

### **Rezime**

*Ustavni sud Srbije ostvaruje svoju funkciju zaštite Ustava celinom svojih nadležnosti koje su mu samim ustavom dodeljene. Kompetencije Ustavnog suda svakako mogu biti uže ili šire, ali su, bez izuzetka, uvek usmerene ka ostvarivanju najopštijeg cilja – očuvanja prioriteta ustava, kao najviše rangiranog prava. Bliže posmatranje njegovih ustavnih nadležnosti, međutim, omogućava da se iz ovog opšteg zadatka izdvoji nekoliko posebnih funkcija ustavnog pravosuđa, zavisno od toga da li se pojedinim kompetencijama Ustavnog suda ostvaruju konkretniji ciljevi, odnosno da li se ova zaštita može posmatrati u odnosu na pojedine, konkretnije funkcije samog ustava.*

*Posmatrano iz ovog ugla, polazeći od predmeta i najopštijeg cilja zaštite Ustava, mogu da se razlikuju tri osnovne funkcije ustavnog pravosuđa Srbije. To su funkcija zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda, održanje podele vlasti i funkcionalnih ustavnih ovlašćenja uopšte, te odbrana demokratskog poretka zajemčenog Ustavom od zloupotreba i uzurpacija bilo nosilaca vlasti bilo političkih partija i udruženja građana.*

*Stanje i rezultati odlučivanja Ustavnog suda Srbije u pojedinim posebnim ustavnosudskim postupcima, naročito u postupku odlučivanja o ustavnim žalbama i postupku odlučivanja o zabrani delovanja političkih partija i udruženja, pokazuju dosta sličnosti sa dejstvima njegovih odluka na osnovna prava donetim u najvažnijem ustavnosudskom postupku – normativnoj kontroli podustavnog prava. Ustavni sud veoma često interveniše i koriguje kako zakonodavne i druge normativne akte, tako i sudske odluke sa stanovišta povrede Ustavom garantovanih prava. Posmatrano u celini, njegova uloga se može smatrati zadovoljavajućom na planu zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda. Da se od Ustavnog suda ipak očekuje mnogo više, potvrđuje činjenica da broj ustavnih žalbi građana dramatično raste iz godine u godinu.*

**Ključne reči:** Ustav, Ustavni sud, Ustavom garantovana prava, osnovna prava, ustavna žalba, zabrana političkih partija i udruženja.

## **UPRAVLJANJE KREDITNIM RIZIKOM U BANKAMA SA STANOVIŠTA SUDSKE PRAKSE**

**Apstrakt:** Nivo, struktura i priroda problematičnih kredita predstavljaju značajan izvor kreditnog rizika u bankarskom poslovanju, pri čemu osnovni razlozi nastanka i povećanja problematičnih kredita ukazuju na potrebu sveobuhvatnog i strateškog pristupa za njihovo rešavanje. Osim toga, gomilanje problematičnih kredita u bilansima banaka negativno utiče na kreditnu aktivnost banaka, a samim tim i na privrednu aktivnost, pre svega zbog smanjenja dostupnosti mogućih izvora finansiranja kako za privredna društva, tako i za stanovništvo. Jedan od glavnih razloga povećane izloženosti kreditnom riziku banaka, pogotovo pre izbijanja Subprime krize, jesu slabije razvijeni modeli procene i merenja kreditnog rizika, kao i loša procena sredstava obezbeđenja. Stoga se u radu ukazuje na značaj pažljivog upravljanja kreditnim rizikom, kao i na razvijanje odgovarajućih postupaka i modela za rano otkrivanje problematičnih kredita i smanjenja izloženosti kreditnom riziku. U poslednjem delu rada dat je prikaz najznačajnijih sredstava obezbeđenja, s posebnim osvrtom na domaću sudsku praksu.

**Ključne reči:** Banka, kreditni rizik, upravljanje kreditnim rizikom, sredstva obezbeđenja.

### **1. Uvod**

Kreditni ili poverilački rizik jedan je od preovlađujućih rizika u poslovanju banaka, i izloženost kreditnom riziku prisutna je u gotovo svim finansijskim transakcijama. Najčešće se kreditni rizik definiše kao rizik neizvršenja obaveza po osnovu nastalog duga, odnosno neplaćanja glavnice i kamate od strane dužnika. Među vrstama rizika sa kojima su suočavaju banke u svom poslovanju, kreditni rizik je među najznačajnijima

\*rsovilj@idn.org.rs

ako se pažnja usredsredi na izvore njenih mogućih gubitaka. Upravo je kreditni rizik među glavnim uzrocima insolventnosti banaka. Razlog tome leži u činjenici da u današnjim uslovima poslovanja preko 80% bilansa banke odnosi se na ovaj aspekt upravljanja rizicima (Đukić, 2007: 21, 22).

Prilikom zaključenja svakog posla, postoji rizik za banku da bi klijent mogao postati insolventan. Neispunjenje dužnosti od strane klijenata banke, kao druge ugovorne strane u poslu, može imati za posledicu gubitak celog potraživanja. Ukoliko se dogodi da više značajnijih klijenata banke nije u mogućnosti da redovno izvršava svoje obaveze, to može prouzrokovati ogromne gubitke za banku i time ona može postati insolventna (Augustin, 1994: 141).

## 2. Određenje kreditnog rizika i dužnika

Kreditni rizik predstavlja rizik mogućnosti i spremnosti dužnika (klijenta banke) da izvršava svoje obaveze prema banci u svemu i prema uslovima iz zaključenog ugovora. Iz ovoga proizlazi da kreditni rizik potencijalno ima dve komponente: 1) subjektivnu spremnost, odnosno autonomiju volje dužnika da ispuni preuzete obaveze iz zaključenog ugovora sa bankom i 2) objektivnu mogućnost da izvršava obaveze prema banci po osnovu realizovanog prihoda ili na drugi prihvatljiv način (Matić, 2008: 76).<sup>1</sup>

Bazelski komitet za nadgledanje banaka definisao je kreditni rizik kao mogućnost da dužnik ili druga strana ne ispuni svoje obaveze u skladu sa ugovorenim uslovima.<sup>2</sup> Komitet je dopunio definiciju određenja kreditnog rizika konstatujući da neizvršavanje kreditnih obaveza postoji u nekoliko situacija: 1) dužnik neće u potpunosti da isplati glavnicu, kamatu ili proviziju; 2) nastanak gubitka u vidu otpisa kredita, uvođenja specifičnih rezervi (*specific provisions*) ili prinudnog reprogramiranja kredita, obu hvatajući oproštaj duga i odlaganje isplata; 3) docnja duža od devedeset dana po nekoj od kreditnih obaveza; 4) otvaranje stečaja nad dužnikom (Jovanić, 2009: 60).

Kreditni rizik pripada grupi finansijskih rizika. Često se dešava da kreditni rizik bude uzrok drugih rizika, uglavnom rizika likvidnosti i rizika solventnosti, a neretko se preklapa sa tržišnim i/ili

---

1 Čl. 31 Zakona o bankama, *Sl. glasnik RS*, 107/2005

2 Principi za upravljanje kreditnim rizikom iz 2000. godine (Basel Committee on Banking Supervision, Principles for the Management of Credit Risk, Basel, September 2000), 1.



operativnim rizikom. Da bismo razgraničili kreditni rizik od ostalih rizika, neophodno je navesti glavna obeležja kreditnog rizika: 1) Kreditni rizik je sistemski rizik, s obzirom da na njega utiču opšta ekonomska kretanja i stoga je visoko cikličan. Kreditni rizik je u direktnoj sprezi sa ekonomskim ciklusima: povećava se tokom recesije, a smanjuje tokom ekspanzije. 2) Kreditni rizik je i specifičan rizik, s obzirom da se menja shodno specifičnim događajima koji utiču na korisnike kredita. Na kreditni rizik vezan za korisnika kredita ili drugu ugovornu stranu neposredno utiču njegove karakteristike: veličina, korporativna strategija, događaji koji utiču na nju, promene u neposrednom ekonomskom okruženju. 3) Naspram tržišnih rizika, kreditni rizik je blisko vezan za uspeh u poslovanju i strukturu kapitala korisnika kredita (Spasojević, 2013: 106).

Već smo istakli da kreditni rizik nastaje zbog poslova pozajmljivanja, investiranja i davanja kredita i odnosi se na povraćaj pozajmljenog novca ili isplate od prodane robe. Tokom obavljanja poslova, uprava banke je dužna da svakodnevno prati visinu kreditnog rizika i visinu stope prinosa. Rizik gubitka nastaje usled mogućnosti da se ne mogu povratiti plasirana sredstva kroz amortizaciju kredita. Osim pomenutog, kreditni rizik se odnosi i na smanjenje kreditnog rejtinga klijenta (Spasojević, 2013: 106).

Kako bi se ustanovio uzrok nastanka kreditnog rizika, prethodno je potrebno odrediti dužnika. Dužnik može biti bilo fizičko, bilo pravno lice koje je zaključilo ugovor o kreditu. Međutim, nekada nije dovoljno posmatrati samo dužnika, kao drugu ugovornu stranu, već i njegovu vlasničku i organizacionu povezanost sa drugim subjektima. Kreditnim rizikom obuhvaćena je i grupa povezanih lica, nezavisno da li postoji garancija ili jemstvo matičnog društva za svoja potčinjena društva (Jovanić, 2009: 60).

Praksa nam ukazuje da je svaki dužnik slu čaj za sebe, te da prilikom kvantifikovanja verovatnoće da određeni dužnik nije u mogućnosti da redovno izvršava svoje obaveze, istorijski podaci o tome koliko je puta grupa dužnika (klijenata) sa određenim rejtingom došla u takvu situaciju ili koliko je to čest slu čaj dužnika iz određene grupe poslova, može nam samo delimično pomoći (Đukić, 2007: 23). Ukoliko se posumnja u kreditnu sposobnost dužnika, osnovno pravilo kreditne politike svake banke jeste da se uzdrži od finansiranja takvog klijenta. Osim tradicionalnih metoda, poput korišćenja istorijskih podataka, savremena analiza pri proceni kreditne sposobnosti klijenata koristi

faktore koji se obično označavaju kao "5C", jer svih pet faktora počinju na slovo C u engleskom jeziku: kapital (*Capital*), kapacitet (*Capacity*), sredstva obezbeđenja (*Collateral*), karakter (*Character*) i uslovi poslovanja (*Conditions*) (Jazić, 2007: 118). Pored navedenih "5C" faktora, koriste se i druge analize poznatije pod akronimima "CAMPARI" i "PARSAR" da bi se što jednostavnije zapamtili kriterijumi prema kojima se ocenjuju potencijalni klijenti. CAMPARI – *Character, Amount, Means, Purpose, Accountability, Risks, Insurance*; PARSAR – *Purpose, Amount, Reason, Source of repayment/Security, Ability, Risks* (Todorović, 2009: 90, 91).

### 3. Upravljanje kreditnim rizikom

Proces upravljanja kreditnim rizikom ne može se posmatrati samo kao proces odbrane od rizika, s obzirom da banke određuju vrstu i nivo rizika koji im je prihvatljiv za preuzimanje. Često se dešava da banke u toku poslovanja odlu čuju da žrtvuju tekuće prihode, zarad budućih neizvesnih prihoda. Preuzimanje rizika i upravljanje rizicima nisu suprotstavljene aktivnosti, naprotiv predstavljaju dve strane jedne medalje. Koncept proširenog upravljanja rizicima ne zasniva se samo na izbegavanju rizika, već i na korišćenju rizika (Jakšić, 2012: 155). Upravo, odnos banaka prema riziku nije ni pasivan, ni defanzivan, s obzirom da banke aktivno i svesno preuzimaju rizik, jer zauzvrat očekuju profit, koji se ne može realizovati bez rizika. Banke mogu, koristeći svoju tržišnu poziciju, strukturu kapitala i ekspertizu, upravljati rizikom transformišući ga i transferišući ga na tržištu. Prema tome, upravljanje kreditnim rizikom predstavlja upravljanje imovinom banke (Jovanović, 2011: 6).

Značaj upravljanja kreditnim rizikom proizlazi iz potencijalne opasnosti da veliki broj bančinih klijenata (korisnika kredita) ne bude u mogućnosti da redovno izvršava preuzete obaveze, te na taj način može prouzrokovati stečaj banke. Stoga je uprava banke obavezna da prati delovanje svih činilaca koji mogu uticati na kreditni portfolio banke, kako bi na vreme reagovali i preduzeli potrebne mere.

Da bi osigurala valjano poslovanje i smanjila izloženost rizicima i potencijalnim gubicima u svom poslovanju, banka je obavezna da u postupku upravljanja kreditnim rizikom obezbedi sledeće: 1) da se krediti odobravaju na osnovu jasno definisanih kriterijuma, kao i da je proces odobravanja, izmena, obnavljanja i refinansiranja kredita jasno određen; 2) da banke imaju interne metodologije koje im omogućuju procenu kreditnog rizika izloženosti prema pojedinim klijentima

(dužnicima), hartijama od vrednosti, kao i kreditnog rizika na nivou portfelja. Interne metodologije ne smeju se oslanjati isključivo na eksterne kreditne rejtinge, već moraju uzimati u obzir i druge relevantne podatke pri proceni rizika; 3) kontinuirano upravljanje i praćenje različitih portfelja osetljivih na kreditni rizik i izloženosti banke, uključujući prepoznavanje i upravljanje problematičnim kreditima, kao i određivanje odgovarajućih ispravki vrednosti i rezervisanja; 4) da je raspršivanje kreditnih portfelja usklađeno sa određenim tržištima i sa opštom kreditnom politikom banke.<sup>3</sup>

Pre nego što pristupi upravljanju kreditnim rizikom, banka je dužna da izvrši merenje kreditnog rizika. Brojni parametri i informacije koriste se kod merenja kreditnog rizika, poput: podaci iz bilansa dužnika (klijenta banke), cene dugova (kreditne rasprostranjenosti), makroekonomske varijable (Đukić, 2007: 51, 52). Postoji nekoliko sistema koji se koriste za kvantifikovanje kreditnog rizika, među kojima su najzastupljeniji *Credit Manager* (koji se zasniva na metodologiji kreditnih matrica koje je razvila Risk – Metrics Group i JP Morgan), *Portfolio Manager* koga je razvio KMV, *CreditRisc+* koga je razvio Credit Swiss Financial Product i *Credit Portfolio View* (koji se zasniva na oceni portfelja, koji je izdao McKinsey) (Carling, 2002: 4).

Sastavni deo procesa upravljanja rizicima jesu strategije, planovi, politike i ciljevi upravljanja kreditnim rizikom. Banka je u obavezi da strategiju za upravljanje kreditnim rizikom povremeno razmatra i ukoliko je potrebno da menja, a posebno u slučaju znatnih izmena poslovne politike i strategije banke, odnosno promena u makroekonomskom okruženju u kojem posluje. Odbor direktora je dužan da: usvoji strategije za upravljanje kreditnim rizikom, i najbitnije politike u odnosu na izloženost kreditnom riziku; odredi granice izloženosti banke kreditnom riziku; primenjuje i poštuje usvojene planove, procese i procedure u upravljanju kreditnim rizikom; obezbedi valjanu organizacionu strukturu i sisteme potrebne za upravljanje kreditnim rizikom (Sovilj, 2016: 182). Stoga je banka dužna da uspostavi takvu organizacionu strukturu kojom će aktivnosti upravljanja rizicima funkcionalno i organizaciono odvojiti od preuzimanja rizika, sa precizno utvrđenom podelom poslova i obaveza zaposlenih kojom se sprečava sukob interesa. Takođe, banka je obavezna da shodno obimu,

<sup>3</sup> [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, čl. 79.

vrsti i složenosti poslova koje obavlja, u sistemu upravljanja rizicima angažuje potreban broj zaposlenih sa odgovarajućom stručnom spremom i iskustvom, kako bi uvek omogućila kontinuitet u sprovođenju strategije i politike upravljanja rizicima.<sup>4</sup>

Kako bi se realizovala nezavisna funkcija upravljanja kreditnim rizikom, neophodno je da banka osnuje samostalni Odbor za upravljanje kreditnim rizikom, čiji bi sastav činili rukovodioci odeljenja za upravljanje kreditnim rizikom, odeljenja za kreditnu analizu i ocenu boniteta i odeljenja sredstava. Delokrug poslova ovog odbora bio bi primena strategija i politika za upravljanje kreditnim rizikom, odobrenih od strane odbora direktora, praćenje izloženosti kreditnom riziku, poštovanje limita odobrenih od strane odbora direktora, kao i predlaganje unapređenja procesa i procedura upravljanja kreditnim rizikom (Stanišić, Stanojević, 2010: 14).

#### **4. Sredstva obezbeđenja u bankarskom poslovanju – pregled domaće sudske prakse**

Kako je kreditni rizik najzastupljeniji u poslovanju banaka, banke su nastojale tokom proteklih godina da razviju različite tehnike za ublažavanje i prenos kreditnog rizika. Uvođenjem novih sredstava obezbeđenja i instrumenata poput kreditnih derivata, banke nastoje da se zaštite od mogućih gubitaka koji mogu nastati usled neispunjenja obaveza njenih klijenata. Tehnike za ublažavanje kreditnog rizika mogu se grupisati na tradicionalne i inovativne. U tradicionalne tehnike za ublažavanje i prenos rizika ubrajaju se: osiguranje obveznica, garancije, sredstva obezbeđenja, neting, prenos prava i obaveza, posredovanje, put opcije, sindicirani krediti, kreditni limiti, diversifikacija kreditnog portfolija. U inovativne tehnike za ublažavanje kreditnog rizika spadaju prodaja kredita, sekjuritizacija<sup>5</sup> i kreditni derivati (Sovilj, 2016: 196).

Domaći propisi omogućuju banci da može koristiti više od jednog sredstva obezbeđenja u cilju smanjenja kreditnog rizika po osnovu jedne izloženosti. U tom slučaju banka je dužna da datu izloženost podeli

---

4 Čl. 9–11 Odluke o upravljanju rizicima banke, *Sl. glasnik RS*, 45/2011, 94/2011, 119/2012, 123/2012, 23/2013, 43/2013, 92/2013.

5 Sekju ritizacija predstavlja finansijski instrument koji omogućava prodaju očekivanih prihoda sa kamatom kako bi se emitovanjem novih kredita sa višom kamatom finansiralo širenje kreditnog sistema. O prednostima i nedostacima sekjuritizacije videti kod: (Lazić, 2016: 58).

na takav način da svaki njen deo bude pokriven jednim instrumentom kreditne zaštite i da za svaki od tih delova posebno obračunava iznos aktive ponderisane kreditnim rizikom. Kao tehnike ublažavanja kreditnog rizika, banka može koristiti: 1) instrumente materijalne kreditne zaštite (npr. sredstva obezbeđenja u obliku finansijske imovine, sporazume o netiranju); 2) instrumente nematerijalne kreditne zaštite (npr. garancije, druge oblike jemstva i kontragarancije, kreditne derivate). Osim navedenih instrumenata, podobnim instrumentima smatraju se: gotovina, hartije od vrednosti i roba kupljena, uzeta u zajam ili primljena po osnovu repo ili *reverse* repo transakcija i transakcija davanja ili uzimanja u zajam hartija od vrednosti ili robe. Banka je obavezna da svojim unutrašnjim aktima utvrdi tehnike ublažavanja kreditnog rizika koje koristi i načine pribavljanja instrumenata kreditne zaštite, kao i da omogućiti realizaciju tih instrumenata.<sup>6</sup>

Sredstva obezbeđenja predstavljaju najstariji oblik zaštite banaka od potencijalnih gubitaka. Sredstva obezbeđenja služe kao zaštita prilikom zaključenja ugovora o kreditu i predstavljaju jednu od najčešće korišćenih tehnika za ublažavanje kreditnog rizika. Ukoliko korisnik kredita (klijent banke) ne izvrši ugovorom preuzete obaveze, odnosno ne isplati glavnicu i kamatu u roku, banka može iskoristiti sredstva obezbeđenja kako bi se zaštitila od mogućeg gubitka u poslovanju time što će prodati založena sredstva i na taj način namiriti svoje potraživanje (Spasojević, 2013: 110). Postoje personalna i stvarnopravna sredstva obezbeđenja. Kao personalna sredstva obezbeđenja koriste se: akceptovanje menice, menični aval, dokumentarni akreditiv, kreditno pismo, jemstvo banke, dok se kao stvarnopravna sredstva obezbeđenja koriste: založno pravo na pokretnim i nepokretnim stvarima, založno pravo na hartijama od vrednosti, zadržavanje prava svojine (Vasiljević, 2008: 405).

Opšte je poznata činjenica da se banka kao davalac novčanih sredstava svojim klijentima izlaže potencijalnom riziku u poslovanju, budući da tokom trajanja određenog posla između banke i njenog klijenta mogu nastupiti određene ekonomske ili tržišne promene na lokalnom ili međunarodnom planu koje mogu uticati na poslovanje banke. Iz toga proizlazi da prilikom zaključenja dugoročnih poslova, ugovorne strane moraju iskazati posebnu pažnju. Svesne tih okolnosti, banke kao davaoci novčanih sredstava nastoje umanjiti štetne posledice aleatornosti. To postižu time što zasnivanje ugovornog odnosa sa svojim klijentima uslovljavaju deponovanjem sredstava obezbeđenja. Načelno posmatrano,

---

6 Čl. 73–85 Odluke o adekvatnosti kapitala banke, *Sl. glasnik RS*, 46/2011, 6/2013, 51/2014.

ovakav vid zaštite banke predstavlja akt zakonitog postupanja dobrog privrednika, koji se preduzima u cilju zaštite kreditnih plasmana i ostvarivanja očekivanog profita – kamate kao ugovorom određene cene kredita (Slijepčević, 2017: 9).

To stanovište zauzeo je i prvostepeni sud kada je na osnovu izvedenih dokaza utvrdio da su tužilac, kao davalac kredita, i tuženi, kao korisnik kredita, dana 28. 7. 2001. godine zaključili ugovor o dugoročnom kreditu u iznosu od 2.711.618,55 dinara. Istim ugovorom korisnik kredita se obavezao da vrati kredit u roku od 5 godina u pet jednakih godišnjih rata sa grejs periodom od jedne godine, računajući od dana puštanja kredita u tečaj, s tim da prva rata dospeva 28. 7. 2003. godine, a ostale istog datuma narednih godina sve do isplate. Takođe, ugovorom je predviđena obaveza korisnika kredita da tužiocu, banci kao davaocu kredita, na ime obezbeđenja za uredno vraćanje kredita preda hartije od vrednosti 290 komada akcija, emitenta „D“ 3, nominalne vrednosti 9.498,74 dinara po akciji koje pripadaju korisniku kredita.

Kao nesporne činjenice prvostepeni sud je utvrdio da je prva rata za otplatu kredita dospela za naplatu 28. 7. 2003. godine, i da istu tuženi, kao korisnik kredita, nije platio tužiocu. Stoga, banka može prodati založene akcije i njihovom prodajom naplatiti dospeli dug. U konkretnom slučaju radi se o ugovoru o kreditu na osnovu koga je tužilac u smislu člana 1065 Zakona o obligacionim odnosima tuženom stavio na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava na određeno vreme bez utvrđene namene, a tuženi je kao korisnik kredita bio u obavezi da banci plaća ugovorenu kamatu i dobijeni iznos novca vrati u vreme i na način kako je utvrđeno ugovorom.<sup>7</sup> Smatramo da je u datom slučaju sud zauzeo ispravno stanovište, omogućujući banci kao davaocu kredita da, ukoliko korisnik kredita ne vrati isti o dospelosti, može namiriti svoje potraživanje prodajom založenih hartija od vrednosti, što je uostalom predviđeno i članom 1071 ZOO.<sup>8</sup>

Isto stanovište zauzeo je i Viši sud u Pančevu u presudi Gž. br. 441/12 od 12. 6. 2012. godine. U prvostepenom postupku utvrđeno je sledeće činjenično stanje: tužilac i tužena zaključili su ugovor o gotovinskom kreditu 16.5. 2007. godine, po kojem je banka odobrila gotovinski kredit od 4.999 evra u dinarskoj protivvrednosti sa rokom otplate od 60 meseci, sa kamatom od 11,95% godišnje, uz uplaćeni depozit od 1.000 evra od strane tužilje.

---

7 Sudska presuda Pž. 269/04, od 4. marta 2004. godine

8 Čl. 1071 Zakona o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, 29/78, 39/85, 57/89 i *Sl. list SRJ*, 31/93

Takođe, tužilja je predala menicu kao obezbeđenje duga po osnovu ugovora o gotovinskom kreditu. Ugovorom su u čl. 14 bili predviđeni otkazni razlozi tako da banka ima pravo da jednostrano raskine ugovor i naplati celokupni iznos kredita sa kamatom i troškovima, između ostalog i ukoliko korisnik kredita ne izvršava obaveze utvrđene ugovorom. Kako tužena nije plaćala kredit, ugovor je jednostrano raskinut od strane banke 7. 4. 2010. godine.

Na ovako utvrđeno činjenično stanje prvostepeni sud je pravilno primenio materijalno pravo kada je obavezao tuženu da plati dug u skladu sa ugovorom o kreditu u iznosu koji je obezbeđen njenom menicom. Konstatujemo da žalbeni navodi koji se odnose na pogrešnu primenu materijalnog prava nisu osnovani jer iz zaključenog ugovora o gotovinskom kreditu jasno proizlaze prava i obaveze tužioca kao davaoca kredita i tuženog kao korisnika kredita i u njima nema elemenata da se tumačenjem odredbi tog ugovora primeni pravilo da se on tumači u korist ekonomski slabije strane. Odredbe ugovora o gotovinskom kreditu su jasne jer su jasni iznosi i rokovi vraćanja kredita, osnov za odobravanje kredita, jasno je ugovoren kontinuitet otplate kredita i kamate kao i sredstva obezbeđenja naplate kredita i otkazni razlozi za ovaj ugovor.<sup>9</sup>

Nesporno je da je legitimno pravo banke u ulozi kreditora da štiti vrednost svog kapitala, kao i da nastoji da se obezbedi od preuzetog rizika. Stoga je neosnovan žalbeni navod tuženog da se ugovor protumači u korist ekonomski slabije strane, budući da banka u datom slučaju nije koristila svoju nadmoćnu ekonomsku poziciju, niti je tuženom nametnula nepravične uslove poslovanja.

Objektivno posmatrano, usled dugoročnosti – višegodišnjeg trajanja ugovora o kreditu, ni banka ni korisnik kredita nisu u mogućnosti da sagledaju buduća tržišna kretanja u momentu zaključenja ugovora. S obzirom da rizik potencijalnog gubitka može pogoditi obe ugovorne strane, potrebno je da i banka i korisnik kredita podjednako snose moguće štetne posledice neizvesnosti takovog posla, u okvirima tržišnih kretanja.

## **5. Zaključak**

Uopšteno posmatrano, postoje mikropreventivni i makropreventivni aspekti rešavanja problematičnih kredita, a samim tim i povećane izloženosti kreditnom riziku banaka. Sa mikropreventivnog

---

<sup>9</sup> Presuda Višeg suda u Pančevu Gž. br. 441/12 od 12. juna 2012. godine.

stanovišta, bankama je u interesu da smanje nivo i broj problematičnih kredita u cilju zaštite njihove solventnosti i likvidnosti, što će, u krajnjem ishodu, rezultirati i zaštitom interesa njihovih klijenata. Istovremeno, rešavanje problema problematičnih kredita ima i makropreventivni aspekt, s obzirom da visoko učešće problematičnih kredita može prouzrokovati sistemski rizik. Nivo problematičnih kredita ukazuje na probleme s kojima se suočava privreda jedne zemlje i njen realni sektor koji nije u mogućnosti da otplati dug, što može biti i znak lošeg regulatornog i pravosudnog okvira.

Premda su kreditni standardi znatno pooštreni u poređenju sa pretkriznim periodom, bankama je potrebno još da unaprede svoja kapacitete za upravljanje kreditnim rizikom. Operativne mogućnosti banaka u postupku upravljanja kreditnim rizikom ukazuju nam da su pojedine banke i dalje suočene sa slabom unutrašnjom organizacijom, kao i nedovoljnim analitičkim kapacitetom.

Na kraju, možemo zaključiti da je potrebno još dosta toga uraditi na stvaranju odgovarajućih podsticaja za banke da adekvatno pristupaju upravljanju kreditnim rizikom i rešavanju problema problematičnih kredita. S tim u vezi, banke su obavezne da uspostave, ukoliko već nisu, organizacione jedinice za upravljanje kreditnim rizikom, a u cilju unapređenja upravljanja problematičnim kreditima. Osim navedenog, banke su dužne da razviju i implementiraju sisteme ranog uočavanja povećanog kreditnog rizika, koji će omogućiti blagovremeno prepoznavanje dužnika kod kojih je došlo do povećanja i koji uključuje utvrđivanje kvalitativnih i kvantitativnih pokazatelja za rano uočavanje povećanog kreditnog rizika. Takođe, potrebno je unaprediti postupak procene vrednosti sredstava obezbeđenja, povećati transparentnost podataka o problematičnim kreditima i ukloniti pojedine regulatorne prepreke.

## Literatura

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.

Vasiljević, M. (2008). *Trgovinsko pravo*. Beograd: Službeni glasnik – Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

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 supervisi



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, čl. 79.

Đukić, Đ. (2007). *Upravljanje rizicima i kapitalom u bankama*. Beograd: Beogradska berza, 21–52.

Zakon o bankama. *Službeni glasnik RS*. Br. 107/2005.

Zakon o obligacionim odnosima. *Službeni list SFRJ*. Br. 29/1978, 39/1985, 57/1989 i *Službeni list SRJ*. Br. 31/1993.

Jazić, V. (2007). Upravljanje kreditnim rizikom. *Finansije*. 1–6. 118. Jakšić, M.

(2012). Upravljanje rizicima portfolija hartija od vrednosti. *Ekonomski horizonti*. 3. 155.

Jovanić, T. (2009). *Ciljevi i oblici regulisanja poslovanja banaka*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. 60.

Jovanović, M. (2011). Pojam rizika i upravljanje rizikom u ekonomiji. *Pravno-Ekonomski pogledi*. 3. 6.

Lazić, M. (2016). Zaštita potrošača u kreditnom odnosu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 74(LV). 58.

Matić, V. (2008). Kreditni rizik. *Bankarstvo*. 1–2. 76.

Odluka o adekvatnosti kapitala banke. *Službeni glasnik RS*. Br. 46/2011, 6/2013, 51/2014.

Odluka o upravljanju rizicima banke. *Službeni glasnik RS*. Br. 45/2011, 94/2011, 119/2012, 123/2012, 23/2013, 43/2013, 92/2013.

Presuda Višeg suda u Pančevu Gž.br.441/12 od 12. juna 2012. godine. Principi za upravljanje kreditnim rizikom iz 2000. god. (Basel Committee on Banking Supervision, Principles for the Management of Credit Risk, Basel, September 2000), 1.

Slijepčević, D. (2017). Primena valutne klauzule i promenljive kamatne stope u ugovoru o kreditu. *Pravni informator*. 2. 9.

Sovilj, R. (2016). *Pravni režim ograničenja rizika u poslovanju trgovaca hartijama od vrednosti*. doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu. 182–196.

Spasojević, J. (2013). Kreditni rizik i kreditni derivati. *Bankarstvo*. 1. 106–110.

Stanišić, M. Stanojević, Lj. (2010). Rizici u bankarskom poslovanju i Bazel II. *Finansije, bankarstvo i osiguranje*. 1(Vol. 6). 14.

Sudska presuda Pž.269/04, od 4. marta 2004. godine

Todorović, T. (2009). Upravljanje kreditnim rizikom u banci. *Ekonomski horizonti*. 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.

**Dr Mihajlo Vučić,\***  
Naučni saradnik,  
Institut za međunarodnu politiku i  
privredu, Beograd

originalan naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1775107V

UDK: 341.224

Rad primljen: 04.02.2017.  
Rad prihvaćen: 14.04.2017.

## **PRAVIČNOST I KORIŠĆENJE ZAJEDNIČKIH VODNIH DOBARA \*\***

**Apstrakt:** U ovom radu autor ispituje sadržinu načela pravičnosti u okviru međunarodnog prava koje reguliše korišćenje zajedničkih vodnih dobara. Autor ističe kako sadržina pojma pravičnosti u međunarodnom pravu nije do kraja utvrđena. Međutim, za potrebe raspodele i korišćenja vodnih dobara jedina dozvoljena pravičnost je ona koja se shvata kao korektiv čvrste pravne norme prilikom njene primene, radi ispravljanja besmislenih rešenja, odnosno kao sredstvo popune pravnih praznina ili razrade široko formulisanih pravnih načela. Pravilo pravičnog i razumnog korišćenja koje je osnovno pravilo pozitivnog prava u ovoj oblasti međunarodnog prava prožeto je ovakvim shvatanjem pravičnosti. Ono je istovremeno široko i neodređeno pravno načelo, ali i korektiv primene tehničkih pravila o raspodeli vodnih dobara. Međutim, ova formulacija pravičnog i razumnog korišćenja nije od pomoći u slučaju različitih pravnih tumačenja, sukobljenih tehničkih pravila, ili sukobljenih prava koja su prethodila sporazumu. Autor kroz praksu Međunarodnog suda pravde u pogledu razgraničenja epikontinentalnih pojaseva izvlači pojam srazmernosti kao ključni element dejstva pravičnosti u postizanju pravednih razgraničenja. Srazmernost je pogodna za primenu kao koncept i u oblasti korišćenja zajedničkih vodnih dobara, jer se u toj oblasti nailazi na slične probleme kao i kod razgraničenja epikontinentalnih pojaseva. Primena srazmernosti naglasak stavlja na potrebe za vodom pribrežnih država kao ključan

\* mihajlo@diplomacy.bg.ac.rs

\*\* Rad je u rađen u okviru projekta „Srbija u savremenim međunarodnim odnosima: s t rateški pravci ra zvoja i u čvršćivanja položaja Srbije u među narodnim integrativnim procesima – spoljnopolitički, međunarodni ekonomski, pravni i bezbednosni aspekti”, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije. Broj projekta: 179029.

*činilac u postizanju pravičnog rešenja, a sekundarno na fizičko-geografske odlike konkretnog vodotoka. Takođe, srazmernost pomaže da se u konkretnom slučaju dovede u sklad načelo pravičnog i razumnog korišćenja sa obavezom sprečavanja značajne štete i obavezom zaštite životne sredine međunarodnog vodotoka.*

**Ključne reči:** međunarodni vodotok, pravičnost, srazmernost, međunarodno pravo, zajednička vodna dobra.

## 1. Uvod

Zajednička vodna dobra iz naslova su prirodno dobro koje prelazi granice jedne države. Ona se nalaze u međunarodnim vodotokovima, slatkovodnim rezervoarima u obliku reka, jezera, podzemnih voda i slično. S obzirom na izuzetan značaj ovih dobara po razvoj i opstanak država i njihovog stanovništva, međunarodna pravila koja uređuju njihovo korišćenje su od izuzetnog značaja. Ta pravila, da bi ostvarila cilj očuvanja i održivog korišćenja zajedničkih vodnih dobara, moraju da pomire mnoge suprotstavljene interese i namire mnoge, često isključujuće potrebe za ovim dobrima. Opšta načela na kojima se temelji korišćenje zajedničkih vodnih dobara u međunarodnom pravu stoga su, logično, pravilo koje obavezuje svaku državu na korišćenje međunarodnog vodotoka na pravičan i razuman način, pravilo koje obavezuje svaku državu da spreči nanošenje značajne štete svakoj drugoj državi u korišćenju tih dobara, kao i pravilo koje obavezuje svaku državu da čuva životnu sredinu međunarodnog vodotoka zarad opstanka vodnih dobara i za buduće generacije korisnika (Brkić, Knez, Etinski, Milkov, Petrušić, Drakić, Salma, Nikolić, 2009: 53). Nas u ovom radu zanima prvo od tri navedena pravila. Pravično i razumno korišćenje je cilj do koga se dolazi kako primenom formalnog, tako i primenom materijalnog pojma pravde u jednom pravnom poretku. Što znači da proces dolaska do pravičnog rešenja za korišćenje zajedničkih vodnih dobara podrazumeva ispitivanje svih relevantnih okolnosti i poštovanje svih propisanih procedura, ali i da konačno rešenje mora da bude prožeto zahtevima pravde. Već na prvi pogled se vidi da je ovaj cilj teško ispuniti prostom primenom prava, pogotovo s obzirom da je pozitivno pravo u ovoj oblasti nedovoljno izgrađeno i precizno. Zato je potrebno krenuti od početka, odnosno utvrditi šta zapravo u međunarodnom pravu znači pravičnost (prvi deo). Pošto se sadržina pojma utvrdi, neophodno je videti kako se u praksi takav pojam primenjuje na zajednička prirodna dobra uopšte (drugi deo). Konačno, na osnovu tih uvida u trećem delu rada se ova praksa po analogiji analizira u kontekstu međunarodnih vodotokova.

## 2. Pravičnost u međunarodnom pravu

Sadržina pojma pravičnosti u međunarodnom pravu je upitna, pogotovo u pogledu korišćenja zajedničkih prirodnih dobara. Uloga pravičnosti kao pravnog pojma u tom pogledu se sastoji u davanju smernica i pravičnih načela za sklapanje ugovora koji zasnivaju režime korišćenja dobara, kao i za sudsko i arbitražno rešavanje sporova o zajedničkim dobrima. Problem je što univerzalno prihvaćeni pojam pravičnosti u međunarodnom pravu ne postoji. Međunarodni sud pravde (MSP) definiše pojam pravičnosti na sledeći način: „Pravičnost je kao pravni pojam direktna emanacija ideje pravde. Sud, čija je uloga po definiciji da deli pravdu, obavezan je da je primenjuje“.<sup>1</sup> Braunli definiše pravičnost kao „obzire pravednosti, razumnosti, i politike, koji su često potrebni radi razumne primene čvršćih pravnih pravila“ (Brownlie, 2007: 26). Lou (Lowe), ispitujući upotrebu pojma u praksi raznih arbitražnih tribunala, kaže: „Korisna definicija pravičnosti može da bude: opšta načela pravde koja se razlikuju od svakog konkretnog pravnog sistema ili unutrašnjeg državnog prava“ (Lowe, 1989: 54). Frenk, u raspravi o pravičnosti kao sredstvu za uvođenje pravičnih obzira prilikom raspodele zajedničkih dobara, pojašnjava: „Pravičnost nudi važnu pomoć na ovom zadatku, daje sudijama meru diskrecije, u okviru rastegljive strukture pravila, koja je saobrazna jedinstvenosti svakog slučaja i brzog evoluciji tehnologije obnove i upravljanja novim dobrima“ (Franck, 1995: 56).

Poznato je da Statut MSP predviđa primenu pravičnosti u međunarodnom pravu na dva odvojena načina. Najpre, član 38(1) navodi među izvorima međunarodnog prava koje Sud treba da primenjuje „opšta pravna načela koja priznaju civilizovani narodi“. Kako se pojam pravičnosti, a posebno pravičnih načela, može pronaći u brojnim nacionalnim pravnim sistemima, pravičnost može da ima ulogu sastavnog dela skupa normi koje čine međunarodno pravo.<sup>2</sup> Mogućnost da međunarodni tribunali primene pravična načela bez izričite dozvole strana u međudržavnom sporu potvrđuje sudija Hadson u slučaju *skretanja vode iz reke Meze*, kada navodi da „ono što je naširoko poznato kao načelo pravičnosti, dugo je smatrano sastavnim delom međunarodnog prava, i kao takvo dugo bilo primenjivano od strane međunarodnih tribunala“.<sup>3</sup> Zatim, član 38(2) daje

---

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

2 Videti pomenu tu raspravu koju donosi Lou, gde navodi da je pribegavanje opštim načelima pravde kao pomoćnim metodama primene prava zajednička odlika svih glavnih svetskih pravnih sistema, (Lowe, 1989: 55).

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

MSP ovlašćenje da „reši slučaj *ex aequo et bono* ako se ugovorne strane tako dogovore“. Pojam „međunarodna pravičnost“ je jedna „zbirka pojmova koja podržava, promovira i implementira ona ovlašćenja, koristi i zadovoljstva koje opravdava savremeno shvatanje pravde i pravednosti u društvu“ (Goldie, 1987: 107). U međunarodnom pravu pravičnost je odraz osnovnih načela sudske prakse i zakonodavstva koje uobličava i primenjuje pravdu, razum i vrednosti koje su danas rasute po svetskim pravnim sistemima. Međunarodna pravičnost služi da ublaži strogost primene pozitivnog međunarodnog prava na one posebne situacije gde generalizacija može da proizvede anomalije, nepravičnosti, ili nepravde.

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

Berber objašnjava da kada Sud donosi odluku na ovaj način, on „odlučuje na osnovu vanpravnih načela pravde, moralnosti, korisnosti, političke opreznosti i zdravog razuma“ (Berber, 1955: 266–267). Čeng, pišući o pravičnosti, govori o „čistoj pravičnosti“, koja se može primeniti „ne samo *secundum legem*, ili *praeter legem*, već, ako je potrebno, *contra legem*“ (Cheng, 1953: 20). Međutim, najveći broj autora se slaže da se pravičnost, ili klauzula *ex aequo et bono* Statuta MSP, ne odnosi na pravna pravila, primarna ili dopunska, već na sposobnost Suda da reši spor na osnovu pomirenja (Lapidoth, 1987: 172; Goldie, 1987: 107; Lauterpacht, 1958: 213; Cheng, 1953: 19).

Prema tome, pravičnost u *ex aequo et bono* smislu se ne odnosi na obzire koji leže u oblasti prava te ona nije sastavni deo skupa pravnih pravila i načela koja čine međunarodno pravo. Ako analiziramo stavove Međunarodnog suda, jasno nam je da Sud pominje pravičnost isključivo kao opšte pravno načelo. Na primer u slučaju *Epikontinentalnih pojaseva u Severnom moru*, Sud kaže: „Bilo kakvo da je tumačenje jednog suda, njegove odluke moraju po definiciji da budu pravedne, prema tome u istom smislu i pravične. Bez obzira na to, kada se govori o sudu koji deli pravdu ili proglašava pravo, misli se da odluka nalazi objektivno opravdanje u obzirima koji ne leže van pravnih pravila ... prema tome, u ovom slučaju se ne radi o odluci donetoj *ex aequo et bono*“.<sup>4</sup> Takođe, indikativno je da ni Stalni sud međunarodne pravde ni MSP nikada nisu rešili slučaj na

---

<sup>4</sup> *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969), 3, str. 48; Vidi takođe slu čaj *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex (France v. Switzerland)* (1930), PCIJ, Ser.A, No. 24, str.5, gde je MSP odbio da upotrebi ovaj način donošenja odluke u nedostatku izričitog sporazuma strana u sporu.

ovaj način jer strane u sporu oklevaju da im daju tako široku i nesputanu diskreciju.<sup>5</sup>

## **2.2. Pravičnost kao opšte pravno načelo**

Tvorci Statuta MSP svrstavaju „opšta pravna načela koja priznaju civilizovani narodi“ (u daljem tekstu opšta načela), u međunarodnopravne izvore prema njihovoj društvenoj zasnovanosti i razumnom karakteru, kao deo zajedničkog pravnog fonda (Goldie, 1987: 105). Prema tome, opšta načela su važan izvor međunarodnog prava jer su kroz priznanje u nacionalnim pravnim sistemima civilizovanih nacija stekla pozitivni karakter koji ih čini pravnim pravilima.

Klasičan primer pravičnog načela koje je kroz široko prihvatanje u nacionalnim pravnim sistemima pronašlo svoje mesto u međunarodnom pravu, jeste maksima rimskog prava *inadimplenti non est adimplendum* – onaj ko ne ispuni svoj deo sporazuma ne može da zahteva ispunjenje sporazuma od druge strane. U slučaju *reke Meze*, sudija Ančiloti za ovo načelo kaže da je „tako pravedno, tako pravično, tako univerzalno priznato, da se mora primeniti takođe i u međunarodnim odnosima“.<sup>6</sup> U kontekstu prekograničnih dobara, poznata je još jedna slična maksima, takođe zasnovana na reciprocitetu, da onaj ko traži pravičnost mora pravično da postupa. To znači da država koja prva krene da koristi zajednička dobra ne može da se žali kada i druga država to isto počne da čini, i obrnuto, da država koja uspe da spreči susednu državu da koristi zajedničko dobro može i sama da bude sprečena da to čini (Botchway, 2003: 217). Upravo se ovo dogodilo u slučaju *reke Meze*, gde je odbijena žalba Holandije na skretanje toka zajedničke reke Meze od strane Belgije, uglavnom zbog toga što je Holandija ranije i sama učinila takvo skretanje (Botchway, 2003: 217).

Naravno, postoje i mnogi drugi pojmovi koji imaju svoje ishodište u pravičnosti, i pronašli su svoje mesto u međunarodnom pravu kroz razvoj u nacionalnim pravnim sistemima. Dovoljno je pomenuti načela dobre vere i zabrane diskriminacije, koja su sada od središnje važnosti po

---

5 Treba reći, istine ra di, da je MSP usvojio načelo *ex aequo et bono* prilikom računanja odštete koju je dosudio jedan drugi Tribunal UN, nakon što je Sud utvrdio odgovornost, vidi *Judgments of the Administrative Tribunal of the Labor Organization, ICJ Reports (1956) 77*, str. 100, gde Sud kaže da „pošto precizno određenje tačne svote nije moglo da se zasnu je ni na jednom pravnom pravilu, Tribunal je, pribegavši proračunima *ex aequo et bono*, odredio ono što Sud naziva pravom merom naknade“.

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

mnoška formalna i materijalna pravila međunarodnog prava (Brownlie, 1979: 287).

Međunarodni sudovi su koristili načela pravičnosti u mnogim rešavanjima sporova o zajedničkim dobrima (Nelson, 1990: 837; Charney, 1984: 582; Higgins, 1991). MSP je naročito vodio računa da naglasi razliku između primene pravičnosti kao dela opštih pravnih načela i njegove primene *ex aequo et bono*, a pritom je naglašavao kako obziri pravičnosti u ovom prvom smislu leže u granicama prava.

### 2.3. Primena pravičnosti

Teoretski, primena pravičnih načela može da se izvede na tri različita načina, imajući u vidu dejstvo načela prema čvrstim materijalnim normama međunarodnog prava, a to su pravičnost *infra legem*, *praeter legem* i *contra legem*.

Primena pravičnosti *infra legem* nastaje kada postoji nekoliko mogućih pravnih tumačenja i pravična načela dozvoljavaju sudu da odabere jedno od njih vodeći se zahtevima pravde. Ova primena pravičnosti nije sporna jer je „pravljenje takvih izbora svojstveno funkciji sudije, i kao takvoj, ne treba joj posebna saglasnost strana u sporu“.<sup>7</sup> MSP je na ovaj način primenio pravičnost u slučaju *Epikontinentalni pojas (Tunis-Libija)*: „kada primenjuje pozitivno međunarodno pravo, sud može da bira između nekoliko mogućih tumačenja ono koje deluje kao, u svetlosti okolnosti slučaja, najbliže zahtevima pravde“.<sup>8</sup> Drugi primer se tiče situacije kada sud pokušava da napravi pravičnu procenu veličine naknade, kada se pravo na naknadu određene vrste odštete već ustanovilo.<sup>9</sup>

Pravičnost *praeter legem* služi da popuni pravne praznine ili da razradi poseban sadržaj neodređenih ili opštih pravila. MSP je jasno stavio do znanja da ovaj oblik pravičnosti znači pravičnost koja se koristi „ne sa ciljem popune društvene praznine u pravu, već ... da ublaži nedovoljnosti međunarodnog prava i popuni njegove logičke praznine“.<sup>10</sup> Mnogi se ne bi složili da u međunarodnom pravu uopšte postoje praznine (Fitzmaurice,

---

7 Higgins, 1994: 219. Mada Higgins izražava zabrinu toš da je pojam „zahtevi pravde“ inherentno subjektivan, i da njegova upotreba radi u ticanja na pravna pravila služi „samo da izbegne opravdavanje i konkretizaciju izvesnih političkih ciljeva“.

8 *Case Concerning the Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahirija)*, ICJ Reports (1982)

18, str. 60, para. 71.

9 Vidi slu čaj *Starrett Housing Corp. v. Iran* (1987) 16 Iran-US Claims 112, str. 221.

10 Odvojeno mišljenje sudije Amuna (Ammoun) u slu čaju *Barcelona Traction (Second Phase) Case* (1970) ICJ Reports, str. 3.



1965: 24–25). Oni autori koji smatraju da one ipak postoje se opet ne slažu da li je ovaj način primene pravičnosti prihvatljiv. Neki su viđenja da on nikako ne može biti prihvatljiv jer je posao međunarodnog suda da jednostavno proglasi da pravnog rešenja nema (*non liquet*) (Strupp, 1930: 469), dok drugi smatraju da je za njega potrebna saglasnost strana u sporu (Cheng, 1955: 209–210). Zbog pravne neizvesnosti u pogledu ovog načina primene pravičnosti, upotreba pravičnih načela u donošenju odluke će retko, ako ikada, biti izričito nazvana tako. Ovo je istina za slučajeve razgraničenja epikontinentalnih pojaseva pred MSP (Higgins 1994: 244, 220–224). Isto se može reći i za sudsku primenu načela pravičnog korišćenja, jer se sadržaj ovog pravila može označiti kao opšti i pun praznina. Ovo se jasno vidi iz analize formulacije pravičnog korišćenja koja se nalazi u Konvenciji UN od 1997. o neplovidbenim korišćenjima međunarodnih vodotokova,<sup>11</sup> kao i Nacrtu članova Komisije za međunarodno pravo koji joj je prethodio,<sup>12</sup> koja predviđa neiscrpljujuću listu relevantnih kriterijuma i nijednu smernicu oko njihovog redosleda primene.

Pravičnost *contra legem* se nikada ne može prihvatiti osim ako strane u sporu ne pristanu na primenu pravičnosti *ex aequo et bono*, što se nikada nije dogodilo u istoriji ni Stalnog suda međunarodne pravde, ni njegovog naslednika, MSP. Ova primena pravičnosti se označava kao pravičnost koja u svojoj primeni krši pravo, da bi ublažila društvene neprikladnosti prava,<sup>13</sup> pa takve odluke uopšte ne moraju da budu povezane sa sudskim razmatranjima (Lapidoth, 1987: 172).

### 3. Pravičnost i zajednička prirodna dobra

#### 3.1. Funkcije pravičnosti

Različiti autori zastupaju različite uloge pravičnosti u međunarodnom pravu tako da se može reći da ona ispunjava mnoge različite ciljeve. Međutim, za potrebe naše rasprave interesuje nas ispitivanje moguće uloge za pravičnost u primeni načela pravičnog korišćenja zajedničkih prirodnih dobara.

---

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 Vidi odvojeno mišljenje sudije Amuna u slu čaju *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969) , 3, str. 139.

Frenk navodi tri odvojena pristupa pravičnoj raspodeli zajedničkih dobara: „korektivna pravičnost“, „široko zasnovana pravičnost“ i „pravičnost zajedničkog nasleđa“ (Franck, 1995: 57). „Korektivna pravičnost“ podrazumeva da se pravična načela primenjuju samo po izuzetku, kako bi ublažila teške nepravednosti koje mogu ponekad da nastanu iz stroge primene pravnih pravila. Ovakvo shvatanje pravične raspodele kretalo bi se u granicama pravičnosti *infra legem*.

„Široko zasnovana pravičnost“ je sama po sebi pravno pravilo za raspodelu dobara. Ovaj pristup daje sudu znatno više diskrecije nego korektivna pravičnost i teži da bude otvoreno distributivan. Frenk smatra da je načelo pravičnog korišćenja koje sadrži Konvencija UN o neplovidbenim korišćenjima međunarodnih vodotokova od 1997. primer široko zasnovane pravičnosti i primer prisutnog trenda da se stavljaju slični pravični mehanizmi u druge ugovore o životnoj sredini i prirodnim dobrima (Franck, 1995: 74–75). Ova pravičnost bi odgovarala shvatanju pravičnosti *praeter legem*.

„Pravičnost zajedničkog nasleđa“ primenjuje se na raspodelu dobara koja su zajedničko dobro celog čovečanstva, poput svemira,<sup>14</sup> Antarktika,<sup>15</sup> mineralnih dobara dubokog morskog dna,<sup>16</sup> i obično u sebi sadrži neki model povereništva prema kome je očuvanje jedini ili glavni cilj. Ovakav pristup može da ima sve veći značaj u pogledu međunarodnih vodotokova sa usponom zajedničkih režima upravljanja i institucija, gde se nekoliko ili čak sve države vodotoka obavezuju da će zajedno upravljati zajedničkim vodnim dobrom u zajedničkom interesu. Tu se supranacionalnost tela stvorenog u zajedničkom interesu zainteresovanih subjekata postavlja kao kontrateža nezavisnom odmeravanju interesa suverenih država na osnovu pravičnosti *contra legem*.

Međutim, trenutno pozitivno pravo koje uređuje zajednička vodna dobra daleko je od ove poslednje koncepcije. Zato se prihvaćenost pravičnosti *praeter legem* mora kanalisati sporazumima prema kojima je svaka država ovlašćena na razuman i pravičan udeo u koristima od prekograničnog vodnog dobra. Prema Ekspertskoj grupi za životnu sredinu: „Načelo pravičnog korišćenja prekograničnog prirodnog dobra mora da se

---

14 Vidi Sporazum o aktivnostima država na Mesecu i drugim nebeskim telima iz 1979, Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies, (1979) 18 ILM 1434.

15 Vidi Protokol o zaštiti životne sredine na Ugovor o Antarktiku iz 1991, Protocol on Environmental Protection to the Antarctic Treaty, (1992) 30 ILM 1455.

16 Vidi Konvenciju o pravu mora iz 1982, UN Convention on the Law of the Sea, (1982) 21 ILM 1261.

posmatra kao opšte prihvaćeno načelo međunarodnog prava koje se primenjivalo u brojnim međunarodnim sporazumima, a naročito onim koji se bave vodama međunarodnog vodotoka“ (Munro, Lammers, 1987: 73). Prema tome, željeni cilj sadržan u načelu pravičnog korišćenja je već jasno uobličen.

Međutim, postojeće formulacije načela pravičnog korišćenja daju malo ili nimalo uputstava oko različite težine koju nose različita pravna tumačenja, sukobljene pravne odredbe, ili sukobljena prava koja su prethodno postojala. Zaista, Konvencija UN od 1997, a pre nje i Nacrt članova komisije za međunarodno pravo, izričito predviđaju da nijedno korišćenje ili vrsta korišćenja neće imati prednost samo po sebi nad drugim korišćenjem ili vrstom korišćenja (član 10), osim možda onih koja su povezana sa vitalnim ljudskim potrebama (član 10(2)). Prema tome, pitanje da li su udeli država u korisnim upotrebama vodotoka razumni i pravični može se odrediti jedino razmatranjem svih relevantnih činilaca konkretnog slučaja. Čak se različitim činionicima ne daje ni nekakvo prvenstvo ili redosled važnosti.<sup>17</sup>

Ako prihvatimo da pravičnost igra kombinaciju uloga u primeni pravičnog korišćenja, čini se da je nesporno da se pravičnost primenjuje u nekoliko koraka. To su: identifikacija pravednog i pravičnog rešenja, razmatranje svih relevantnih činilaca i okolnosti i razrada neodređenih normativnih pravila. Međutim, nijedna formulacija načela ne daje uputstvo oko redosleda ovih funkcija pravičnosti. Na primer, da li će sud samo identifikovati pravično rešenje i nastaviti da traži to rešenje poklanjajući dobro odmerenu pažnju svakom relevantnom činioocu, ili će se pravično rešenje ukazati nakon prethodnog razmatranja relevantnih činilaca. Prvi pristup bi dao sudu veću meru diskrecije jer bi on tada arbitrarno odlučivao šta je pravično rešenje. Takvo rešenje bi logično bilo vrlo subjektivno. Slično tome, kada pravičnost služi da razradi posebna pravila za konkretan slu čaj, nije jasno da li ova pravila određuju prvenstvo koje eventualno ima neki od relevantnih činilaca, odnosno da li je prethodno razmatranje činilaca potrebno da bi se odredilo koja će se pravila primenjivati. Jasno je samo da pravično korišćenje može da funkcioniše jedino kao proces. Po rečima jednog autora: „Suština ovog načela pravičnog korišćenja je da ono više predviđa neku proceduralnu tehniku koja za cilj ima postizanje pravičnog rešenja u svakom konkretnom slučaju, pre nego što postavlja materijalnu normu manje ili više specifičnog sadržaja“ (Yamin, 1995: 17). Primena načela stoga zahteva pregovore između zainteresovanih

---

17 Vidi član 6(3) Konvencije UN od 1997.

država za određivanje pravičnog razgraničenja prava i obaveza svake države. Međutim, ovaj stav nam nije od pomoći da utvrdimo redosled koraka u tom procesu u kome pravičnost igra svoje uloge, bilo da je u pitanju pregovaranje oko sklapanja ugovora ili sudski proces.

### **3.2. Pravičnost i MSP**

Pregled prakse MSP oko razgraničenja epikontinentalnih pojaseva daje uvid u kontroverznu činjenicu da MSP u poslednjim godinama teži da identifikuje ono što on smatra pravičnim rešenjem. Prvobitno, MSP je smatrao da je običajno pravilo međunarodnog prava da se razgraničenje određuje prema pravičnim načelima: „nije pitanje primene pravičnosti samo pitanje apstraktne pravde, već i primene pravnog pravila koje samo zahteva primenu pravičnih načela“.<sup>18</sup> Međutim, nakon toga usledio je prilično različit stav. U narednom predmetu MSP je smatrao da je „obavezan da odluči slučaj na osnovu pravičnih načela“,<sup>19</sup> ali dajući pregled značenja pravičnih načela, Sud kaže da „rezultat primene pravičnih načela mora biti pravičan ... nije svako takvo načelo samo po sebi pravično; ono može da stekne takav kvalitet u odnosu na pravičnost rešenja ... „pravična načela“ ... se odnose na načela i pravila koja mogu biti odgovarajuća za postizanje pravičnog rešenja“.<sup>20</sup> Ovakav stav je odraz pristupa usvojenog u međuvremenu donetoj Konvenciji UN o pravu mora,<sup>21</sup> koja je otvorena za potpisivanje 1982, čiji član 83(1) predviđa da će „razgraničenje epikontinentalnih pojaseva između država sa naspramnim ili susednim obalama biti ostvareno sporazumno na osnovu međunarodnog prava, čiji se izvori nalaze u članu 38 Statuta Međunarodnog suda pravde, kako bi se postiglo pravično rešenje“. Ova odluka, o primeni onoga što Frenk naziva „široko zasnovana pravičnost“, nije prošla bez kritike. Sudija Oda, u svom izdvojenom mišljenju, izražava stav da je odluka prožeta „prećutnom svrhom raspodele“,<sup>22</sup> dok sudija Ivensen (*Evensen*) upoređuje tumačenje Suda sa primenom pravičnosti *ex aequo et bono*.<sup>23</sup> Pristup široko zasnovane pravičnosti je primenjen i u slučaju

---

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

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

20 *Ibid*, para. 70.

21 21 ILM 1261.

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

23 *Ibid*, para. 296.

*Epikontinentalni pojas (Libija-Malta)* gde MSP potvrđuje prednost pravičnog rešenja nad onim pravičnim načelima koja služe da bi se ono postiglo.<sup>24</sup> MSP pritom naglašava ulogu srazmernosti u postizanju takvog rešenja, opisujući srazmernost kao „intimno povezanu ... sa vladajućim načelom pravičnosti“.<sup>25</sup>

U arbitraži iz 1985. između *Gvineje i Gvineje-Bisao*, arbitražni tribunal, koji su činili trojica sudija MSP, razgraničio je epikontinentalni pojas vodeći računa o dva nova pravična obzira, naime „potrebe da se obezbedi da, koliko je moguće, svaka država kontroliše pomorsku teritoriju nasuprot svoje obale i u njenoj blizini“, i potrebe da se obezbedi da druga razgraničenja na moru u datoj oblasti, sadašnja ili buduća, budu uzeta u obzir sa dužnom pažnjom.<sup>26</sup> Zaista, poslednjih godina, čini se da je Sud sve spremniji da razmotri donekle i ekonomske činioce u određenju pravičnog razgraničenja.<sup>27</sup> Pojmovi distributivne pravde se, štaviše, izričito pominju u odredbama UN Konvencije o pravu mora iz 1982. koje se odnose na pristup isključivoj ekonomskoj zoni. Na primer, ova Konvencija daje zemljama koje nemaju izlaz na more pravo da učestvuju „na osnovu pravičnosti, u eksploataciji odgovarajućeg dela obalnih država u njenom podregionu ili regionu“, i zahteva od država da odrede uslove takvog učešća uzimajući u obzir, između ostalog, „potrebu da se izbegne šteta po ribarske zajednice obalnih država“ i „potrebe ishrane stanovništva datih država“ (Franck, 1995: 74). Ova poslednja odredba je po nama analogna sa onom o „vitalnim ljudskim potrebama“ iz člana 10(2) Konvencije UN od 1997.

Pristup MSP u primeni pravičnosti na slučajeve razgraničenja epikontinentalnih pojaseva, to jest, pristup usredsređenosti na poželjno rešenje, skoro je univerzalno kritikovan u pravnoj teoriji, gde najveći broj kritičara strahuje da on pruža suviše visok stepen sudske diskrecije (Higgins, 1994: 224; Jennings, 1986: 31). U slučaju *Tunis- Libija*, MSP i sam priznaje da postoje problemi sa pristupom pravičnog rešenja, rekavši da „on ne zadovoljava u potpunosti, jer koristi pojam pravično kako bi označio i rezultat koji treba postići i sredstva koja treba primeniti da bi se taj rezultat postigao“.<sup>28</sup> Međutim, takav pristup

---

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

25 *Ibid*, para. 43.

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

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

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

MSP je očigledno postao vodeći oslonac u primeni načela pravičnosti. Ključan oslonac Suda prilikom primene ovog tumačenja pravičnosti bio je, pak, pojam srazmernosti.<sup>29</sup>

Da bismo ispitali šta se podrazumeva pod pojmom srazmernosti u međunarodnom pravu, treba prvo napraviti razliku između srazmernosti koja se primenjuje u oblasti prava upotrebe sile i srazmernosti u raspodeli dobara. U prvom značenju, srazmernost postavlja ograničenje zakonitoj upotrebi sile u samoodbrani. U drugom, ona se opisuje kao „jedna od mnogih tehnika za postizanje pravičnog ishoda u posebnim geografskim okolnostima“ (Higgins, 1994: 230). Iako je pojam srazmernosti kao činioca u razgraničenju dobara uobličen i najpre razvijen kroz praksu razgraničenja epikontinentalnih pojaseva, i dalje je vrlo izražen nesporazum među naučnicima oko njegovog statusa i primenivosti, zbog čega Higgins zaključuje: „Pojam srazmernosti u razgraničenju na moru ostaje, za mene, pun neizvesnosti i problema“ (Higgins, 1994: 230). Pojam srazmernosti uobličio je Međunarodni sud pravde u slučajevima *Epikontinentalnih pojaseva u Severnom moru*, gde se on javlja kao deo pravičnosti, drugim rečima kao pravično načelo. U ovom slučaju države su bile pozvane da priznaju razuman nivo srazmernosti, da bi se odredila „mera epikontinentalnog pojasa koja pripada zainteresovanoj državi i dužine njihovih obalnih linija“.<sup>30</sup>

## 4. Srazmernost i zajednička vodna dobra

### 4.1. Srazmernost i pravična raspodela

Međunarodni vodotokovi međusobno dele niz posebnih fizičkih i geografskih odlika i teško je po analogiji prenositi praksu MSP koja se tiče razgraničenja epikontinentalnih pojaseva na polje korišćenja njihovih vodnih dobara. Međutim, između ove dve oblasti postoje važne paralele, tačnije u njima nastaju slični problemi prilikom korišćenja prirodnih dobara. Higgins ističe: „Nije slučajno da u oblasti raspodele dobara – u pravu mora, ili pravu međunarodnih vodotokova, postoji tako često pozivanje na pravične obzire“ (Higgins, 1994: 230). Morska obala,

---

<sup>29</sup> Činjenica da je dužina obale igrala u skorije vreme odličnu ulogu u ovoj raspodeli, znači da se u praksi primenjuje jedan pojednostavljeni test srazmernosti, vidi na primer: *North Sea Continental Shelf Cases (Germany/ Denmark /Netherlands)*, ICJ Rep. (1969), 3, para. 50, *Continental Shelf (Libya v. Malta)*, ICJ Reports (1985), 13, para. 46.

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

poput međunarodne reke ili njenog sliva, može da obuhvati teritoriju nekoliko država. Te države imaju često suprotstavljene zahteve za korišćenje prirodnih dobara, čije mirenje zahteva primenu pravičnih rešenja. Imajući u vidu iskustvo koje poseduje u pogledu razgraničenja epikontinentalnih pojaseva, nije nelogično da bi MSP u određivanju pravičnog korišćenja vodnih dobara međunarodnog vodotoka, naglasio važnost prirodnih i fizičkih odlika vodotokova u svakoj državi. Razumno je pretpostaviti da bi ključni činioци pravičnog korišćenja bili veličina sliva u svakoj državi i količina vode koju svaka država doprinosi vodotoku, a još verovatnije je da bi to bila kombinacija ova dva.

Indikativna lista činilaca od značaja po pravično i razumno korišćenje u Konvenciji UN od 1997. ukazuje da bi to mogao da bude slu čaj, jer se prvi niz činilaca odnosi na „geografske, hidrografske, hidrološke, klimatske, ekološke, i druge činioce prirodnog karaktera“ (član 6(1)(a)). Komentar na član 6 Nacrta članova Komisije za međunarodno pravo kaže da „stav 1(a) sadrži listu prirodnih ili fizičkih činilaca koji određuju fizički odnos vodotoka sa svakom državom vodotoka. „Geografski“ činioци se odnose na veličinu teritorije na kojoj se prostire vodotok u okviru svake države; „hidrografski“ činioци se generalno odnose na merenje, opisivanje i mapiranje voda vodotoka, a „hidrološki“ činioци se odnose na svojstva vode, uključujući protok vode i njegovu raspodelu, kao i doprinos vodotoku u vidu količine vode svake države vodotoka“.<sup>31</sup>

Helsinška pravila Udruženja za međunarodno pravo iz 1966. ističu na još očigledniji način da ovi činioци imaju prevashodnu važnost. Prema njima, prva dva činioца koja se navode kao bitna u određivanju pravičnog i razumnog udela su:

„a) geografija sliva, uključujući posebno veličinu drenažne oblasti na teritoriji svake države sliva;

b) hidrologija sliva, uključujući pogotovo doprinos u vodi svake države sliva“.<sup>32</sup>

---

31 „Report of the International Law Commission at its forty-sixth session“, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, deo drugi, 1994, para. 4.

32 Član V(2), (a) i (b), International Law Association, *Report of the Fifty-Second Conference*, Helsinki, 1966, ILA, London, 1966. Vidi takođe Berlinska pravila o pravu vodnih dobara iz 2004, koja osvežuju i zamenjuju Helsinška pravila, čiji član 13 navodi spisak činilaca od značaja za određivanje pravičnog i razumnog korišćenja tako što ponavlja spisak člana 6 Konvencije UN od 1997, ILA, *Berlin Rules on Water Resources Law*, 2004, <http://www.asil.org/ilib/WaterReport2004.pdf>, 20.1.2017.

Iako komentar Komisije za međunarodno pravo na Nacrt članova jasno kaže da će se „značaj koji se daje svakom od činilaca, kao i njihova težina, razlikovati prema okolnostima“,<sup>33</sup> može se sa pravom očekivati da međunarodni sudovi poštuju praksu MSP u razgraničenju epikontinentalnih pojaseva i da se opredele za pristup koji bi pravo učinio na neki način transparentnim i predvidivim. Takav pristup bi podrazumevao raspodelu koristi ili udela u vodi na način koji je otprilike srazmeran veličini drenažne oblasti i doprinosu u vodi svake države. Drugi činioци koji se nalaze u raznim kodifikacijama bi, prema tome, bili sekundarne prirode, i služili bi da ublaže krutu primenu takvog srazmernog pravila i obezbede da svako rešenje na osnovu pregovora ili sudska odluka ispune zahteve pravde u svetlosti okolnosti svakog slučaja.

Međutim, na osnovu veoma obuhvatne analize državne prakse i odluka sudova i arbitraža povezanih sa raspodelom zajedničkih vodnih dobara, Fuentes ubedljivo zaključuje kako je značaj koji se daje fizičkim odlikama svakog drenažnog sliva, pogotovo veličina drenažne oblasti koja se nalazi na teritoriji svake države i njihov doprinos u vodi, relativno mali (Fuentes, 1995: 394–400). Ona, na primer, ističe da je postupajući tribunal u slučaju *Narmada* napravio *prima facie* pravičnu raspodelu na osnovu potreba za vodom strana u sporu, koja je zatim donekle ispravljena pošto su analizirane fizičke odlike drenažnog sliva (Fuentes, 1995: 408). Tribunal je došao do svoje privremene odluke tako što je podelio vode zajedničkog vodotoka srazmerno potrebama za vodom dve države, ali je u početku odbio da razmotri kriterijume drenažne oblasti i doprinosa u vodi, koji su potom iskorišćeni kako bi se prilagodila privremena podela, na matematički način u vezi sa srazmernošću (Fuentes, 1995: 408). Fuentes ističe kako je ova praksa kojom se pridaje mali značaj fizičkim odlikama drenažnog sliva kao činioциma određivanja pravičnog režima za korišćenje zajedničkih vodnih dobara „u skladu sa pravilom pravičnog korišćenja, jer ako bismo prihvatili da ovi činioци služe kao neposredna osnova za raspodelu voda, to ne bi bilo u skladu sa načelom jednakosti država sliva“ (Fuentes, 1995: 408). U svakom slučaju, davanjem većeg značaja potrebama za vodom država vodotoka nego fizičkim odlikama drenažnog sliva, pravičnost na način na koji se primenjuje u međunarodnom pravu slatkovodnih dobara postaje distributivnija po prirodi nego pravičnost koja se primenjuje u razgraničenju epikontinentalnih pojaseva.

---

33 „Report of the International Law Commission at its forty-sixth session“, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, deo drugi, 1994, para. 4.



#### **4.2. Srazmernost i zaštita životne sredine**

Pojam srazmernosti može da ima uticaja na proces zasnivanja pravičnog i razumnog režima za korišćenje zajedničkih prekograničnih voda na još jedan način. On igra važnu ulogu u određivanju prirode obaveza prema životnoj sredini koje se sadrže u članovima 20–23 Konvencije UN od 1997, pa tako omogućava državama da ispune ove obaveze (Kroes, 1997: 94–95, 97). Čini se da se sistematskim tumačenjem odredaba Konvencije obaveze iz članova 20–23 (o zaštiti ekosistema i sprečavanju, umanjenju i kontroli štete od zagađivanja), kao i one iz člana 7 (o obavezama sprečavanja značajne štete), takođe potčinjavaju pravilu pravičnog i razumnog korišćenja iz članova 5 i 6. Zato nastaje potreba da se odredi kada šteta od zagađivanja koja nastane kao posledica korišćenja međunarodnog vodotoka može da se smatra *prima facie* nepravičnom ili nerazumnom. Načelo srazmernosti ima očiglednu i priznatu ulogu u takvom određivanju.

Takođe, može se istaći argument da opšte nepoštovanje obaveza prema životnoj sredini država vodotoka može da se smatra činiocem u postupku raspodele zajedničkih vodnih dobara. Na primer, pribrežne države na osnovu člana 20 treba da preduzmu zajedničke aktivnosti prema načelima saradnje i pravičnog učešća i gde je to moguće zaštite i očuvaju ekosisteme. Komentar Komisije za međunarodno pravo na Nacrt članova iz 1994. kaže da „opšta obaveza pravičnog učešća traži da doprinosi država vodotoka zajedničkim naporima na zaštiti i očuvanju budu makar srazmerni meri u kojoj su one doprinele šteti ili opasnosti od štete po ekosisteme u pitanju”.<sup>34</sup> Slično tome, komentar na član 20 u nastavku kaže da će se udeo države vodotoka u uzrokovanju propadanja životne sredine uzeti u obzir u odnosu na koristi koje se dobijaju od ublažavanja problema za države koje trpe štetu.<sup>35</sup> Najznačajnije je da komentar na član 21 kaže: „Državna praksa podržava opštu volju da se toleriše čak i značajna šteta, ukoliko država vodotoka koja uzrokuje štetu ulaže najveće napore da smanji zagađenje na obostrano prihvatljiv nivo. Zahtev da postojeće zagađenje koje nanosi takvu štetu bude smanjeno odmah, može, u nekim slučajevima, da ima za posledicu nepotrebne teškoće, posebno kada bi gubitak države štetnika bio u ogromnoj nesrazmeri sa koristima koje bi imala oštećena pribrežna država”.<sup>36</sup>

---

34 Komentar na član 20, „Report of the International Law Commission at its forty-sixth session”, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, deo drugi, 1994, para. 4.

35 *Ibid.*

36 Komentar na član 21, *Ibid.*, para. 4.

Prema tome, pojam srazmernosti može da nam pomogne da utvrdimo da li je šteta od zagađenja koja je nastala, ili može da nastane, određenim korišćenjem međunarodnog vodotoka, nepravična u smislu načela pravičnog korišćenja, i time neprihvatljiva za svaki pravični režim. Osim toga, pojam srazmernosti pomaže da se odredi da li je država vodotoka delovala u skladu sa različitim obavezama prema životnoj sredini međunarodnih vodotokova, što je činilac koji se može razmotriti u raspodeli koristi i udela u vodi prema pravičnom korišćenju. Uputno je da komentar člana 7 Berlinskih pravila od 2004. Udruženja za međunarodno pravo,<sup>37</sup> koji sadrži „osnovno pravilo koje je sada deo običajnog međunarodnog prava“,<sup>38</sup> koje zahteva da „države preduzmu sve odgovarajuće mere da upravljaju vodama na održiv način“, objašnjava da ovaj član „potvrđuje dužnost država da obezbede održivi razvoj njihovih prirodnih dobara, uključujući i načelo pravičnosti“.<sup>39</sup>

MSP je u slučaju *Zaliv Mejn* naveo dve uloge srazmernosti – kao činioca koji treba uzeti u obzir prilikom razgraničenja, i kao naknadnu proveru pravičnosti rešenja. Obe uloge nude prostor za razmatranje činilaca životne sredine u određivanju pravičnog režima korišćenja zajedničkih vodotokova. Prva uloga se izričito navodi u formulaciji pravičnog korišćenja u Konvenciji UN od 1997, gde se nekoliko činilaca od značaja po životnu sredinu izričito sadrže u indikativnom spisku činilaca koje treba uzeti u obzir na osnovu člana 6 (činioci od značaja za pravično i razumno korišćenje). Druga uloga omogućava donosiocu odluka, bilo da je to diplomata kao pregovarač u ime države, ili sudija kao nezavistan arbitar rešavanja spora između država, da unese izvestan stepen korekcije u primenu čvrstog pravnog pravila, odnosno da primeni analogije sa drugim pravilom u slučaju nejasnog ili nepostojećeg pravila. Režim pravičnog korišćenja koji bi nastao kao posledica takve odluke na pravičan način bi odrazio značaj raznih obaveza prema životnoj sredini koje se nalaze u ugovornom ili običajnom pravu, pogotovo onih koje se nalaze u članu 7 i članovima 20–23 Konvencije UN od 1997.

## 5. Zaključak

Nema sumnje da pravičnost igra sve važniju ulogu u pravu koje se primenjuje na raspodelu zajedničkih prirodnih dobara. Pravičnost ublažava prostu

---

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

38 Komentar, *Ibid*, str. 15.

39 *Ibid*.

primenu čvrstog pravnog pravila u kontekstu velikog broja mogućih geografskih, geoloških, topografskih, ekonomskih, političkih, strateških, demografskih i naučnih promenljivih činilaca. Bez tog korektivnog dejstva, rezultati proste primene čvrstog pravila mogli bi da dovedu do besmislenih rešenja. Ne treba zanemariti ni činjenicu da brzina naučnog i tehnološkog razvoja zahteva od međunarodnog prava da nastoji da nametne državama koje koriste zajednička prirodna dobra načela opšte primene prožeta odgovarajućom merom prilagodljivosti. Takođe, velika i sve veća nejednakost između razvijenih i zemalja u razvoju zahteva da formalna jednakost država pred pravom bude i ostvarena primenom pravednih ideja. Konačno, pravičnost je potrebna kao zaštitnik onih interesa koji nisu obično prepoznati od strane tradicionalnog prava, kao što je blagostanje budućih generacija i interesi prirodne okoline.

Sve ove osobine čine pravičnost pogotovo pogodnom za postupke odmeravanja suprotstavljenih interesa koji se još uvek nisu formirali u posebna prava i dužnosti, naročito u oblastima međunarodnog prava koje nisu dovoljno razvijene. Nastajući pojam međugeneracijske pravičnosti, kao i pravična načela u međunarodnom pravu životne sredine, jesu dobri primeri. Iz istih razloga, pravičnost je plodonosan pristup i u pitanjima koja se bave korišćenjem zajedničkih dobara, kao što su vodna dobra međunarodnih vodotokova, gde je važnije obezbediti rešenje koje je održivo za budućnost nego neko zasnovano na strogoj odbrani prava i dužnosti koja su nastala u prošlosti. U oba slučaja ne postoji potreba za raspodelom prava jednom za svagda, već za ustanovljenjem elastičnog okvira za izgradnju trajnog odnosa između zainteresovanih strana.

Međutim, vrlo je važno da pravilo pravičnog korišćenja međunarodnih vodotokova ne sklizne u tumačenje *ex aequo et bono*. Ovo pravilo ima normativni sadržaj i njegova primena zahteva odmeravanje svih mogućih relevantnih činilaca koji stvaraju pravična rešenja suprotstavljenih interesa država. Konkretna odluka se, prema tome, zasniva na konkretnim tehničkim pravilima koja su samo usmerena načelima pravičnosti ka pravednom rešenju. Dakle, međunarodni sudovi pravilo pravičnog korišćenja ne smeju da shvate drugačije od *praeter legem* pravičnosti. Naravno, države su slobodne da pristanu na svako rešenje koje smatraju valjanim ili korisnim, ali sudski i arbitražni organi moraju da prate precedente i druge izvore uputstava oko izbora i primene kriterijuma koje treba uzeti u obzir prilikom odlučivanja o pravičnoj raspodeli. Sa tekućom razradom uputstava ugovorne prirode i povećanim oslanjanjem sudova na pravičnost, pravična načela koja usmeravaju sudovanje će

postati jasnija i lakše predvidiva. Već sada je u velikoj meri jasno da se u sporovima oko međunarodnih vodnih dobara najbitnijim činocima smatraju potrebe za vodom zainteresovanih država, pogotovo vitalne ljudske potrebe, dok su činoci povezani sa fizičkim ili geografskim odlikama drenažnog sliva ipak drugog ranga.

Zanimljivo je primetiti da, iako nedavno usvojena Berlinska pravila najpre navode: „geografske, hidrografske, hidrološke, hidrogeografske, klimatske, ekološke, i druge prirodne odlike“ (član 13(2)(a)), među činocima od značaja za određivanje pravičnog i razumnog korišćenja, u skladu sa članom 6 Konvencije UN od 1997, ona u nastavku navode:

„1. u određivanju pravičnog i razumnog korišćenja, države će prvo raspodeliti vode kako bi zadovoljile vitalne ljudske potrebe;

2. nijedna druga vrsta korišćenja neće imati prednost sama po sebi nad bilo kojim drugim korišćenjem ili vrstom korišćenja“ (član 14).

## Literatura

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*.

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. deo drugi.

*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.

Odvojeno mišljenje sudije Amuna (Ammoun) u slučaju *Barcelona Traction (Second Phase) Case* (1970) ICJ Reports.

Odvojeno mišljenje sudije Amuna u slučaju *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.*





**Dr Dragan Jovašević,\***  
Redovni profesor Pravnog fakulteta,  
Univerzitet u Nišu

pregledni naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1775129J

UDK: 343.281(430)

Rad primljen: 11.01.2017.  
Rad prihvaćen: 11.06.2017.

## **USLOVNA OSUDA U NEMAČKOM KRIVIČNOM PRAVU\*\***

**Apstrakt:** U cilju efikasne zaštite društvenih vrednosti od kriminaliteta, sve države poznaju više vrsta krivičnih sankcija. To su: 1) kazne, 2) mere upozorenja, 3) mere bezbednosti, 4) sankcije za maloletnike i 5) sankcije za pravna lica. Osnovna, najstarija i najznačajnija vrsta krivičnih sankcija je kazna. Ona je propisana za najveći broj krivičnih dela u krivičnom pravu. No, pored i umesto kazne, u sudskoj praksi poseban značaj i ulogu imaju mere upozorenja. Od kada su se pojavile, početkom 20. veka, u sistemu krivičnih sankcija, one beleže porast u primeni prema učiniocima krivičnih dela. Posebno kada se radi o primarnim, nehatnim, slučajnim učiniocima, kada se radi o krivičnim delima koja nemaju težu posledicu i čiji učinilac ne predstavlja ličnost sa kriminalnim karakteristikama. Sva savremena krivična zakonodavstva (uključujući i nemačko zakonodavstvo) predviđaju mere upozorenje – uslovnu osudu. Uslovna osuda je uslovno odlaganje izvršenja izrečene kazne zatvora za određeno vreme, pod uslovom da osuđeno lice ne učini novo krivično delo i da ispuni druge postavljene obaveze. Za primenu ove sankcije potrebno je ispunjenje dva uslova: a) formalnog, koji je vezan za izrečenu kaznu zatvora i b) materijalnog, koji predstavlja uverenje (ocenu) suda da je primena ove sankcije opravdana i nužna u konkretnom slučaju. Mnoga savremena zakonodavstva, kao i zakonodavstvo SR Nemačke, razlikuju dve vrste uslovne osude: 1) običnu (klasičnu) uslovnu osudu i 2) uslovnu osudu sa zaštitnim nadzorom. Ako osuđeno lice ne postupi po nalogu suda, zakon predviđa mogućnost obaveznog ili fakultativnog opozivanja uslovne osude.

**Ključne reči:** krivično delo, nemačko pravo, sud, krivične sankcije, mera upozorenja, uslovna osuda.

---

\* jovas@prafak.ni.ac.rs

\*\* Rad je rezultat istraživanja na projektu: "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije

## 1. Uvod

Uslovna osuda kao vrsta, oblik, forma upozoravajućih, opominjućih ili admonitivnih krivičnih sankcija (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 244–250) je nastala u SAD (Boston, 1841. godine) sredinom 19. veka kao supstitut (Mrvić Petrović, 2005: 160–164) kratke kazne zatvora u slu čajevima kada njeno izvršenje nije nužno za ostvarenje svrhe kažnjavanja. Ona je predstavljala dalji doprinos razvoju ideje specijalne prevencije i individualizacije u primeni krivičnih sankcija prema učiniocima lakših krivičnih dela. Mere upozorenja (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004: 159–165) su zakonom predviđene mere društvene reakcije koje sud u zakonom predviđenom postupku izriče punoletnom učiniocu skrivljenog krivičnog dela, a koje se u cilju zaštite društva od kriminaliteta sastoje u upozorenju u činioca da mu, u slu čaju ponovnog izvršenja krivičnog dela, slobode i prava, koja inače uživa kao i svaki građanin, mogu biti oduzete ili ograničene za određeno vreme i pod određenim uslovima. Najznačajnija mera upozorenja u savremenom sistemu krivičnih sankcija je uslovna osuda koja se najčešće javlja u dva oblika i to kao: a) uslovna osuda u klasičnom smislu i b) uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom (Petrović, Jovašević, Ferhatović, 2016: 217–223).

U pravnoj teoriji se ističu sledeće karakteristike mera upozorenja (Stojanović, 2000: 217–219): a) to su mere opomene i upozorenja koje ne sadrže zlo, represiju ili prinudu u smislu oduzimanja ili ograničavanja sloboda ili prava učiniocu krivičnog dela, ali predočavaju, ukazuju na mogućnost njihove primene. No, i ovde se radi o merama koje se primenjuju prinudno prema učiniocu dela, dakle, protiv i mimo njegove volje, b) to su mere koje predstavljaju supstitute kratke kazne zatvora ili novčane kazne jer je njihova primena vezana za kaznu, v) one se primenjuju zavisno od prirode, težine i vrste krivičnog dela, odnosno svojstava ličnosti njegovog učinioca (primarni, situacioni, nehatni učinioci) kada sud dođe do uverenja da je izricanje kazne nepotrebno, pa čak i nekorisno sa aspekta ostvarenja svrhe primene krivičnih sankcija, g) humani karakter ovih mera proizilazi iz njihove prirode, karaktera i dejstva jer one ne predstavljaju zlo i prinudu prema učiniocu krivičnog dela i d) sa aspekta njihove svrhe, radi se o sankcijama izrazito specijalno preventivnog karaktera (Babić, Marković, 2008: 398–401).

## 2. Pojam i sistemi uslovne osude

Uslovna osuda je odlaganje izvršenja utvrđene (ili izrečene) kazne u činiocu krivičnog dela pod uslovom da za vreme koje odredi sud ne

izvrši novo krivično delo i ispuni druge postavljene obaveze u pogledu svoga ponašanja<sup>1</sup>. Ako uslovno osuđeno lice ne izvrši novo krivično delo u određenom roku i ispuni druge postavljene obaveze, tada do izvršenja kazne neće ni doći, a ono će se smatrati kao da nije ni osuđivano. U protivnom, uslovna osuda se opoziva, a utvrđena (ili izrečena) kazna se izvršava. To znači da je uslovna osuda opraštanje kazne (ili privremeno odricanje države da izrekne kaznu) učiniocu dela od strane društva pod određenim uslovima, opraštanje koje je bazirano na uverenju da će se učinilac ubuduće vladati u skladu sa normama pravnog poretka i da neće vršiti krivična dela (Selinšek, 2007: 297–306).

U savremenom krivičnom pravu uslovna osuda je samostalna krivična sankcija (Horvatić, 2003: 221–225) gde sud utvrđuje kaznu u činiocu za izvršeno krivično delo i istovremeno određuje da se ona neće izvršiti ako osuđeni za vreme koje sud odredi (vreme proveravanja ili vreme kušnje), ne učini novo krivično delo. To znači da se izricanjem uslovne osude učiniocu krivičnog dela utvrđuje kazna, ali se ne izriče, što ukazuje na karakter ove vaspitno-prekorne i upozoravajuće sankcije. U teoriji se mogu naći i shvatanja prema kojima kod uslovne osude država ne odustaje od reakcije na krivično delo čime se ostvaruje pravednost, te generalna i specijalna prevencija, ali se prema učiniocu krivičnog dela pokazuje obzirnost tako da se pošteduje od izvršenja kazne (Novoselec, 2004: 379).

Postoje tri sistema uslovne osude koji su se razvili iz instituta "*probation*". To su: a) kontinentalni, b) angloamerički i v) mešoviti sistem (grupa autora, 1995: 698–704).

Prema kontinentalnom (francusko-belgijskom sistemu koji se još naziva i "*sursis*", a koji je uveden na ideju senatora Beranžea) sud vodi krivični postupak prema učiniocu krivičnog dela i izriče mu vrstu i meru kazne, ali čije izvršenje odlaže za određeno vreme i pod određenim uslovima (Simić, Trešnjev, 2010: 167–172). Učinilac se za to vreme ne smatra osuđivanim licem ako ispuni postavljene uslove. Prednosti ovog sistema su jer se učiniocu krivičnog dela sudi i izriče kazna tako da se u slučaju

---

1 U savremenom krivičnom pravu poznata je i parcijalna uslovna osuda. Nju poznaju npr.: član 132-31 francuskog Krivičnog zakonika, član 43 austrijskog Krivičnog zakonika i član 57 Kaznenog zakona Hrvatske. Ovim zakonskim rešenjima je predviđena mogućnost uslovnog odlaganja izvršenja samo dela u tvrđene kazne zatvora. U tom slučaju se uslovna osuda pretvara u anticipirani uslovni otpust (O. Triff terer, *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).

njenog opozivanja pristupa izvršenju već izrečene (ili utvrđene) kazne. Presuda se donosi na bazi svežih i neposredno utvrđenih dokaza, tako da je mala mogućnost da dođe do grešaka u prikupljanju, utvrđivanju i sudskoj oceni dokaza (Čejović, 2002: 503–508).

Kod angloameričkog sistema (Turković et al, 2013: 82–87) nema vođenja krivičnog postupka, već se suđenje odlaže za vreme dok se u činilac krivičnog dela stavlja pod sistem prokušavanja, odnosno pod nadzor organa pravosuđa i javne bezbednosti, ako on na to pristaje. Angloamerički sistem prokušavanja je povoljniji za učinioca krivičnog dela s obzirom na to da ne dolazi do suđenja i izricanja kazne (pa se takvo lice ne smatra osuđivanim), a zaštitni nadzor koji vrše određena lica ili organi (ustanove), štiti ga od iskušenja i pruža mu pomoć u savladavanju svakodnevnih životnih problema za uključivanje u društveno-koristan rad i uzdržavanje od kršenja propisa. Nedostatak ovog sistema dolazi do izražaja u slučaju opozivanja prokušavanja, kada naknadno dolazi do suđenja i izricanja osude jer tada mogu nastati teškoće oko prikupljanja i pravilnog, potpunog i zakonitog utvrđivanja i ocene dokaza zbog proteka vremena (Jovašević, 2016: 243–249).

Kako bi se ova dva sistema približila, a time otklonile nedoslednosti i nedostaci jednog i drugog, savremeno krivično zakonodavstvo poznaje i treći – mešoviti sistem uslovne osude. On se svodi na odlaganje izvršenja izrečene kazne za određeno vreme uz nametanje osuđenom licu određenih obaveza i nadzor nad njihovim izvršenjem od strane odgovarajućih službi (Grozđanić, Škorić, Martinović, 2013: 219–220).

Imajući u vidu činjenicu da pojedina krivična zakonodavstva još od vremena pojave prvih pisanih pravnih spomenika u većoj ili manjoj meri svojim originalnim pravnim rešenjima utiču na druge kasnije donete zakonske tekstove drugih država (tendencija unifikacije krivičnog prava), gde se posebno ističu francusko ili nemačko, a u 20. veku angloameričko pravo, to je potrebno da u određenoj meri analiziramo pojedina inostrana krivična zakonodavstva kako bi i naša domaća pravna nauka, pa i zakonodavac, imao saznanja o dostupnim inostranim iskustvima u cilju upoređivanja nacionalnog prava i predviđanja novih, savremenijih i naprednijih pravnih rešenja. U tom smislu se u evropskom pravnom prostoru ističu rešenja sadržana u Krivičnom zakoniku Savezne Republike Nemačke koji vrši veliki uticaj posebno na zakonodavstva novonastalih evropskih država (posle nestanka SSSR, Čehoslovačke i SFR Jugoslavije).

### 3. Pojam i oblici uslovne osude u nemačkom pravu

U sistemu krivičnih sankcija u pravu Savezne Republike Nemačke, Krivični zakonik (KZ), u verziji koja je proglašena 13. novembra 1998. godine<sup>2</sup>, u poglavlju broj četiri pod nazivom: "Uslovna suspenzija kazne zatvora" (Strafausetzung zur Bewahrung) predviđa uslovnu osudu kao specifičnu krivičnu sankciju koja predstavlja supstitut, zamenu za prethodno izrečenu kaznu zatvora krivično odgovornom u činiocu krivičnog dela (Weigend, 2012: 698–704). Radi se o obliku uslovne suspenzije izrečene kazne zatvora koja se neće izvršiti (i pored toga što je izrečena) pod određenim uslovima.

Za razliku od nekih drugih krivičnopравnih sistema koji poznaju više vrsta uslovne osude (npr. francusko krivično pravo poznaje čak četiri oblika uslovne osude), ovaj Zakonik poznaje uslovnu osudu koja se javlja u dva oblika. To su (Ebert, 1993: 289–291):

1. uslovna osuda (u klasičnom smislu) i
2. uslovna osuda sa nadzorom.

#### 3.1. Izricanje uslovne osude

Uslovna osuda (Strafausetzung) je uslovno odlaganje izvršenja izrečene kazne zatvora za određeno vreme pod uslovom da osuđeno lice ispuni postavljene zahteve i obaveze, odnosno da se vlada, živi i ponaša u skladu sa datim uputstvima (Lackner, Kuehl, 1997: 317–321).

Tako u članu 56 Krivični zakonik Nemačke propisuje sledeće uslove (pretpostavke) za izricanje ove specifične krivičnopравne mere za suzbijanje lakših oblika i vidova kriminaliteta (Schonke, Schroder, 2010: 649–653):

1. formalni uslov (pretpostavka) – da je učinilac krivičnog dela osuđen na kaznu zatvora u trajanju do jedne godine i
2. materijalni uslov (pretpostavka) – uverenje (ocena) suda da postoje razlozi da se osnovano veruje, očekuje da će samo izrečena kazna poslužiti kao dovoljno upozorenje osuđenom licu usled koga isti neće činiti ubuduće krivična dela bez izdržavanja kazne. Sud pri tome posebno uzima u obzir sledeće okolnosti kao što su: a) karakter ličnosti osuđenog lica, b) njegov dosadašnji život, v) okolnosti pod kojima je učinjeno krivično delo, g) njegovo ponašanje posle izvršenja krivičnog dela i d) okolnosti i ciljevi koji se očekuju od uslovne osude.

---

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

Izuzetno, Krivični zakonik u stavu 2 ove odredbe dozvoljava mogućnost izricanja uslovne osude i u slučaju kada je prethodno izrečena kazna zatvora do dve godine. To znači da uslovna suspenzija izrečene kazne zatvora u trajanju preko dve godine nije moguća.

Naime, sud može pod navedenim materijalnim uslovima da obustavi (suspenduje) izvršenje izrečene kazne zatvora koja ne prelazi dve godine ako posle sveobuhvatne procene izvršenog krivičnog dela (vrste objekta napada, obima i intenziteta prouzrokovane posledice, mesta, vremena, načina i sredstva izvršenja i drugih okolnosti pod kojima je delo izvršeno), kao i karaktera ličnosti osuđenog lica utvrdi da postoje odgovarajuće okolnosti za to. Prilikom donošenja ove odluke sud posebno uzima u obzir sve napore i zalaganja osuđenog lica da nadoknadi štetu koja je nastala izvršenjem krivičnog dela (držanje učinioca posle izvršenja krivičnog dela).

Izvršenje kazne zatvora koje traje duže od šest meseci se ne može suspendovati putem uslovne osude (shodno članu 56, stav 3 KZ) ako to nije opravdano i nužno sa aspekta generalne prevencije. To upućuje na zaključak da je primena uslovne osude moguća samo ako je to u skladu sa ciljevima generalne (opšte) prevencije, pod uslovom da se radi o suspenziji izvršenja kazne zatvora u trajanju preko šest meseci (Sauer, 1954: 269–271).

Pri tome je sam Zakonik u odredbi člana 56, stav 4 izričito isključio mogućnost delimične, parcijalne uslovne osude (kakvu predviđaju neka uporedna krivična zakonodavstva kao što su: član 132–31 Krivičnog zakonika Francuske, član 43 švajcarskog Krivičnog zakonika, član 57 Kaznenog zakona Hrvatske ili član 43a Krivičnog zakonika Austrije). Prema ovom zakonskom rešenju suspenzija se ne može ograničiti samo na deo izrečene kazne.

Takođe, suspenzija izrečene kazne zatvora se ne može isključiti vremenom koje je učinilac krivičnog dela proveo u pritvoru ili drugom obliku lišenja slobode koje je određeno od strane nadležnog organa do suđenja.

Pri izricanju uslovne osude sud određuje i vreme proveravanja, vreme kušnje ili "operativni period". Shodno zakonskom rešenju vreme proveravanja može da traje od dve do pet godina. U svakom konkretnom slučaju izricanja uslovne osude sud određuje i konkretno vreme trajanja vremena proveravanja. To je vreme u kome se prati ponašanje, rad i život uslovno osuđenog lica, u kome mu se postavljaju određene obaveze i daju uputstva, odnosno kontroliše njihovo ispunjavanje.

U slučaju da neku od postavljenih obaveza osuđeno lice ne ispuni uošte ili ne ispuni blagovremeno i kvalitetno, dolazi do opozivanja uslovne sude. To znači da je ocena suda o budućem ponašanju uslovno osuđenog lica pri izricanju uslovne osude (uslovne suspenzije kazne zatvora) bila pogrešna, pa i da sama uslovna osuda nije trebala da bude izrečena. Tada se osuđeno lice upućuje na izvršenje prethodno izrečene (i uslovno suspendovane) kazne zatvora (Schmidhaeuser, 1983: 412–418).

Vreme proveravanja počinje da teče od dana pravnosnažnosti odluke o suspenziji izrečene kazne zatvora. No, taj period se može kasnije, a pre njegovog isteka, smanjiti na minimum ili pak produžiti do maksimuma njegovog zakonskog trajanja.

Prilikom izricanja uslovne osude, sud uslovno osuđenom licu može da naloži ispunjenje određenih zahteva usmerenih na popravku (naknadu – restituciju) krivičnim delom prouzrokovane štete. Osuđenom licu se u tom slučaju ne smeju postavljati nerazumni zahtevi. Kada su takvi zahtevi "nerazumni" – predstavlja faktičko pitanje koje sud procenjuje u svakom konkretnom slučaju.

Sud pri izricanju uslovne osude može osuđenom licu da odredi sledeće obaveze (zahteve) koji moraju biti ispunjeni u sudskom odlukom određenom roku, ali najduže do isteka vremena proveravanja. To su sledeći zahtevi (Curtius, Curtius, 1955: 317–321):

1. da što je moguće pre nadoknadi (ispravi) štetu prouzrokovanu krivičnim delom,
2. da plati određeni iznos novca u korist dobrotvorne organizacije ako se to čini prikladnim u svetlu izvršenog krivičnog dela i karaktera ličnosti učinioca,
3. da obavlja društveno-koristan rad i
4. da uplati sudskom odlukom određeni iznos novca u javni trezor.

Zakonodavac je pri tome obavezao sud da ne može uslovno osuđenom licu da odredi takve zahteve (obaveze) ukoliko njihovo ispunjavanje ne utiče na reparaciju, nadoknadu, ispravljanje prouzrokovane štete.

Ako pak osuđeno lice ponudi obavljanje određenih aktivnosti (poslova) u cilju otklanjanja prouzrokovane štete, sud se preliminarno uzdržava od određivanja nekog od navedenih zahteva (obaveza) ako se može očekivati da će takva ponuda biti ispoštovana, odnosno ispunjena od osuđenog lica.

Sud je prilikom izricanja uslovne osude ovlašćen da naloži određena uputstva osuđenom licu po kojima je ovaj dužan da postupa u vreme trajanja proveravanja, naročito ako osuđeno lice neposredno zahteva takvu pomoć kako ne bi dalje činilo krivična dela. I u ovom slučaju zakonodavac određuje da se pred osuđeno lice ne mogu postavljati "nerazumna" uputstva.

Tako sud može, posebno, da usmerava osuđeno lice sledećim obavezama – uputstvima (Burkhard, 1995: 389–396):

1. da prati uputstva koja se odnose na njegovo prebivalište, obrazovanje, rad i korišćenje slobodnog vremena ili njegovo finansijsko poslovanje,
2. da se u određeno vreme javlja sudu ili drugom državnom organu,
3. da ne ostvaruje ili održava kontakt sa žrtvom ili određenim licima ili licima iz određene grupe koja ga mogu navesti na dalje vršenje krivičnih dela, niti da im daje zaposlenje, da ih obučava ili da im daje sklonište,
4. da ne poseduje, nosi ili daje drugome na čuvanje pojedine predmete koji bi ih mogli navesti na dalje vršenje krivičnih dela i
5. da ispuni postavljenu obavezu izdržavanja određenih lica.

Pored navedenih, sud je ovlašćen da uslovno osuđenom licu izrekne i sledeća uputstva kao što su:

1. da se podvrgne lečenju invazivne prirode ili lečenju od bolesti zavisnosti ili
2. da boravi u odgovarajućem domu ili instituciji, ali samo uz njegov pristanak.

Ako je pak osuđeno lice dalo određene garancije koje se odnose na njegovo buduće ponašanje, sud obično ne izriče uputstva ako je opravdano očekivanje da će te garancije biti ispoštovane.

### ***3.2. Uslovna osuda sa nadzorom***

Poseban oblik uslovne osude je predviđen u odredbi člana 56c KZ. To je uslovna osuda sa nadzorom. Prema ovom zakonskom rešenju sud osuđenom licu može da odredi nadzor i usmerenje od strane službenika za probaciju (službenika za uslovni otpust). Ovaj nadzor koji sadrži određene mere pomoći, zaštite i staranja treba da pomogne osuđenom licu da lakše, brše, efikasnije i kvalitetnije postupa po datim uputstvima i zahtevima



kako bi promenilo svoje ponašanje i vladalo se u skladu sa normama pravnog poretka uzdržavajući se od daljeg vršenja krivičnih dela. Tako se uslovno osuđenom licu tokom celog ili tokom samo dela trajanja vremena proveravanja (operativnog perioda) mogu izdati određene naredbe i odrediti mere nadzora nad životom, radom, školovanjem i ponašanjem ako se to čini neophodnim kako bi se sprečilo njegovo dalje vršenje krivičnih dela (Lauf huetete, Saan, Tiedemann, 2007: 598–603).

Sud obično izdaje naredbu za izvršenje određenog nadzora ako su kumulativno ispunjena dva uslova (pretpostavke). To su:

- a) da se suspenduje izrečena kazna zatvora koja je duža od devet meseci i b) da osuđeni ima manje od dvadeset sedam godina života.

Službenik za uslovni otpust (službenik za probaciju) je dužan da osuđenom licu ponudi pomoć i negu. U saradnji sa sudom on nadgleda osuđeno lice u pogledu ispunjenja svih postavljenih zahteva i datih uputstava, kao i svih ponuda i obećanja koje je dao sam osuđeni. On je ovlašćen da podnosi izveštaj o ponašanju osuđenog lica u vremenskim periodima koje utvrdi sud, kao i da obaveštava sud o ozbiljnim i stalnim kršenjima datih zahteva, uputstava, ponuda i obećanja od strane uslovno osuđenog lica.

Službenika za uslovni otpust imenuje sud u svakom konkretnom slučaju. On je obavezan da ostvaruje svoju funkciju puno radno vreme ili honorarno. Sud mu može i izdati uputstva u vezi sa obavljanjem njegove funkcije.

Sud može zavisno od postignutih rezultata i uspeha u ostvarenju datih uputstava ili postavljenih zahteva u toku trajanja vremena proveravanja (operativnog perioda) da naknadno izrekne nove, izmeni ili odustane od prethodne odluke (član 56d KZ).

### ***3.3. Opozivanje uslovne osude***

Shodno odredbi člana 56f Krivični zakonik Nemačke određuje više osnova za opozivanje uslovne osude (Widerruf der Strafaussetzung). U tom slučaju izrečena uslovna osuda se ukida, a prethodno izrečena kazna zatvora se izvršava. Na ovom mestu je važno istaći da nemački zakonodavac poznaje samo fakultativno opozivanje uslovne osude. To znači da i kada su ispunjeni zakonom propisani osnovi, sud nije obavezan, već je samo ovlašćen, zavisno od okolnosti konkretnog slučaja, da donese odluku o opozivanju uslovne osude ili ne. Svoju odluku u svakom slučaju sud mora

detaljno da obrazloži. Kao osnove za opozivanje uslovne osude Krivični zakonik navodi sledeće (Ebert, 1993: 289–291):

1. ako osuđeno lice u čini krivično delo tokom trajanja vremena proveravanja (operativnog perioda) pokazujući da su time očekivanja na kojima je suspenzija zasnovana izneverena,
2. ako osuđeno lice grubo ili uporno krši data uputstva ili uporno izbegava nadzor i usmeravanje službenika za uslovni otpust, stvarajući time razlog na osnovu koga se veruje da će on učiniti novo krivično delo i
3. ako uslovno osuđeno lice grubo ili uporno krši postavljene zahteve od strane suda.

Prvi osnov za opozivanje uslovne osude se primenjuju ne samo u slučaju naknadno izvršenog krivičnog dela, već i u slučaju ako uslovno osuđeno lice izvrši krivično delo u vremenu od izricanja uslovne osude do njene pravnosnažnosti, ako mu se naknadno utvrdi zbirna kazna (izrekne kazna shodno pravilima za odmeravanje kazne za dela u sticaju). U svim navedenim slučajevima sud neće opozvati uslovnu osudu ako je mišljenja da bi bilo dovoljno da uslovno osuđenom licu zavisno od konkretnih okolnosti (Gropp, 1998: 288–289):

1. nametne (postavi) dodatne zahteve ili izda druga potrebna uputstva, a naročito da stavi osuđeno lice pod nadzor službenika za uslovni otpust ili
2. produži trajanje vremena proveravanja (operativni period) ili perioda nadzora. U ovom slučaju operativni period ne sme biti produžen za više od jedne polovine od prvobitno određenog trajanja vremena.

Zakonodavac je takođe u odredbi člana 56g KZ odredio da se osuđenom licu ne može odrediti nadoknada za usluge koje su mu pružene u pogledu ispunjavanja zahteva, ponuda, uputstava ili obećanja.

Specifično rešenje predviđa nemački zakonodavac u odredbi člana 56e KZ. Prema ovom rešenju ako sud ne opozove uslovnu osudu u slučaju ispunjenja zakonom određenih osnova, obavezan je da smanji kaznu nakon isteka trajanja operativnog perioda. No, i u ovom slučaju sud može da opozove smanjenje kazne ako je lice osuđeno na kaznu zatvora od najmanje šest meseci za namerno (hotimično) izvršenje krivičnog dela u toku trajanja operativnog perioda.

Pri tome je izričito određeno da se opozivanje uslovne osude može izreći samo u roku od godinu dana od isteka vremena proveravanja (operativnog perioda) i šest meseci nakon što novodoneta presuda postane pravnosnažna.

#### **4. Zaključak**

Savremeno krivično zakonodavstvo poznaje razuđen sistem mera društvene reakcije prema učiniocima krivičnih dela (i prekršaja). To je tzv. pluralistički sistem krivičnih sankcija. Kazne, najznačajnije i najstarije vrste krivičnih sankcija u različitim oblicima (gde prioritet imaju kazna zatvora i novčana kazna), i dalje su u posebnom delu krivičnih zakona (zakonika) propisane za najveći broj krivičnih dela. No, one nisu i najčešće izricana vrsta krivičnih sankcija u sudskoj praksi. U odlučivanju o vrsti i meri društvene reakcije prema učiniocu krivičnog dela u svakom konkretnom slučaju sudsko veće je ovlašćeno da izabere onu sankciju za koju smatra da će najbolje ostvariti svrhu, cilj krivičnog zakonodavstva – zaštitu najznačajnijih društvenih dobara i vrednosti kroz specijalnu i generalnu prevenciju.

Upravo je to polje gde sankcije koje su supstituti ili alternativa primene kazne nalaze opravdanost i celishodnost svoje primene. Tu se po svom karakteru i prirodi izdvajaju različite mere upozorenja (upozoravajuće, opominjuće ili admonitivne krivične sankcije). Njihovom primenom se učinilac krivičnog dela (osuđeno lice) samo upozorava na štetnost i neprihvatljivost protivpravnog ponašanja, ali mu se još uvek ne oduzimaju ili ograničavaju Ustavom i zakonima zaarantovana prava i slobode. No, to upozorenje je praćeno i pretnjom neposredne primene kazne ukoliko takvo lice nastavi sa kršenjem propisa i vršenjem krivičnih dela.

Među merama upozorenja poseban značaj ima uslovna osuda. To je, u najvećem broju savremenih zakonodavstava, pa tako i u pravu Savezne Republike Nemačke, supstitut za prethodno izrečenu kaznu zatvora. Naime, sud učiniocu krivičnog dela izriče kaznu zatvora (sem zakonom izričito isključenih kazni) koja se ne izvršava za određeno vreme i pod određenim uslovima. Od ove sankcije se mnogo očekuje u politici suzbijanja kriminaliteta, pa brojna savremena krivična zakonodavstva poznaju više različitih oblika (potpuna i delimična) i formi izricanja i izvršenja ove vrste sankcije. U tom pogledu se posebno ističe svojim uzorom i krivično zakonodavstvo SR Nemačke koje poznaje više različitih oblika izricanja i izvršenja ove sankcije. To treba da omogućí bolju

i efikasniju individualizaciju krivične sankcije koja treba da je saobražena potrebama svakog konkretnog učinioca krivičnog dela (i osobinama njegove ličnosti), kao i zahtevima kriminalne politike, te zadovoljenja pravde.

Tako je u odeljku 4 Krivičnog zakonika SR Nemačke propisana uslovna osuda kao jedina mera upozorenja (opominjuća ili admonitivna krivična sankcija). Zakonik predviđa dva oblika uslovne osude koja, zapravo, predstavlja uslovnu suspenziju izrečene kazne zatvora (ali ne i druge vrste kazni) u trajanju do jedne, a izuzetno do dve godine, pod određenim uslovima, zahtevima i uputstvima koje uslovno osuđeno lice mora da ispuni u vreme trajanja roka proveravanja (operativnog perioda) – član 56 KZ. Vreme proveravanja može da traje od dve do pet godina i sud u svakom konkretnom slučaju određuje njegovo efektivno trajanje.

Pored redovne, klasične uslovne osude, Krivični zakonik Nemačke predviđa i uslovnu osudu sa nadzorom. Uslovi (pretpostavke) i za njeno izricanje su isti kao i kod obične uslovne osude. Sud određuje prema okolnostima, prirodi i posledici učinjenog krivičnog dela i, naročito, prema karakteru ličnosti osuđenog lica, koji od ova dva oblika uslovne osude će izreći u konkretnom slučaju. Kada izrekne uslovnu osudu sa nadzorom, tada sud određuje zahteve, nadzor i uputstva nad životom, radom i ponašanjem osuđenog lica za vreme trajanja roka proveravanja. Taj nadzor obavljaju posebno specijalizovana lica – službenici za probaciju – službenici za uslovni otpust.

U slučaju neispunjenja postavljenih obaveza i datih uputstava i izrečenog nadzora, odnosno u slučaju izvršenja novog krivičnog dela u vreme trajanja proveravanja i naknadnog saznanja za ranije učinjeno krivično delo, Zakonik predviđa mogućnost fakultativnog opozivanja uslovne osude. Tada se uslovna osuda ukida i prethodno izrečena kazna zatvora izvršava.

## Literatura

Babić, M., Marković, I. (2008). *Krivično pravo. Opšti deo*. Banja Luka: Pravni fakultet.

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

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

- Grozdanić, V., Škorić, M., Martinović, I. (2013). *Kazneno pravo. Opći dio*. Rijeka: Pravni fakultet.
- Gropp, W. (1998). *Strafrecht. Allgemeiner teil*. Berlin: Duncker.
- Grupa autora (1995). *Komentar KZ SR Jugoslavije*. Beograd: Savremena administracija.
- Jovašević, D. (2016). *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd: Dosije. Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004). *Komentar Krivičnog zakonika*. Cetinje: Obod.
- Lauf huette, H.W., Saan, R.R., Tiedemann, K. (2007). *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar: Grosskommentar*. 12. Auf lage. Berlin : Duncker, Humboldt.
- Lackner, K., Kuehl, K. (1997). *Strafgesetzbuch mit Erlaeuterungen*. 22. Auf lage. Munchen: Beck.
- Mrvić Petrović, N. (2005). *Krivično pravo*. 2005. Beograd: Službeni glasnik.
- Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Pravni fakultet.
- Pavišić, B., Grozdanić, 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.
- Simić, I., Trešnjev, A. (2010). *Krivični zakonik sa kraćim komentarom*. Beograd: Ing pro.
- Stojanović, Z. (2000). *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd: Službeni glasnik.
- Schmidhaeuser, E. (1983). *Strafrecht. Allgemeiner teil*. 2. Auf lage. Tubingen: Mohr Siebeck.
- Schonke, A., Schroder, H. Lenckner, T., et al.(2010). *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 28. Auf lage. Munchen: Beck. \*(2012). *Strafgesetzbuch. StGB*. 50. Auf lage. 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.
- Čejović, B. (2002). *Krivično pravo. Opšti deo*. Beograd: Službeni list. Curtius, K., Keyzers Curtius, H. (1955). *Rechtslexikon fur alle*. Heidelberg: C.F. Muller.
- Weigend, T. (2012). *Strafgesetzbuch*. 50. Auflage. Munchen: Beck.
- Propisi  
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

pregledni naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1775145S

UDK: 343.139

Rad primljen: 15.03.2017.  
Rad prihvaćen: 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, then 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 explanation,

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>Answered</b>	<b>184</b>
	<b>Skipped</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>Answered</b>	<b>185</b>
	<b>Skipped</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>Answered</b>	<b>155</b>
	<b>Skipped</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>Answered</b>	<b>149</b>
	<b>Skipped</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 (Čorović, 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.
- Bugarški, T. (2013). Ispitivanje svedoka. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2013, 131-143.
- Bugarški, 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). Step (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.

**Dr Snežana Soković,**

*Redovni profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet u Kragujevcu*

**Dr Veljko Turanjanin,**

*Docent Pravnog fakulteta, Univerzitet u Kragujevcu*

**Dr Dragana Čvorović,**

*Docent Kriminalističko-policijske akademije u Beogradu*

## **GLAVNI PRETRES PREMA NOVOM ZAKONIKU O KRIVIČNOM POSTUPKU: ISTRAŽIVANJE U PRAKSI**

### **Sažetak**

Glavni pretres predstavlja centralni deo krivičnog postupka. Reformom krivičnog procesnog zakonodavstva u Srbiji unete su, između ostalog, i brojne promene kada je u pitanju ova faza krivičnog postupka. Gotovo celokupnom novom zakonskog tekstu upućene su brojne primedbe. Usleg toga, autori su izvršili istraživanje prateći 205 glavnih pretresa koji su održani po pravilima novog Zakonika o krivičnom postupku, pokušavajući da sagledaju prednosti i nedostatke, te kako se pravila primenjuju u praksi. Budući da je za obim rada bilo izuzetno teško obraditi sva pitanja, autori su se bazirali na pojedina pitanja na glavnom pretresu. Akcenat je stavljen na ispitivanje svedoka, ali nisu zanemarena ni pitanja veštačenja, odlaganja glavnog pretresa, te upotrebe video-linka, kao novine zahvaljujući tehničkim dostignućima savremenog doba. Autori rad dele u više celina, teoretski obrazlažući pitanje o kojem se bave, a potom tabelarno predstavljajući rezultate istraživanja. Na osnovu toga, na kraju rada izvode konkretne zaključke o dosadašnjoj praksi vođenja glavnih pretresa.

**Ključne reči:** glavni pretres, ispitivanje svedoka, ispitivanje veštaka, unakrsno ispitivanje, upotreba video-linka.





## **UTICAJ ZABLUDE NA PRAVNI POSAO – POSEBNO O BITNIM SVOJSTVIMA PREDMETA ČINIDBE\*\***

**Apstrakt:** U radu je analizovan uticaj na punovažnost pravnog posla pogrešnih predstava o činjenicama važnim za njegovo zaključenje, posebno o bitnim osobinama predmeta činidbe. Ukazano je da se ove osobine ne smeju svesti na one tipične, u pravnom prometu – prema vrsti posla i činidbi – podrazumevane. Više nego kod ijedne druge bitne zablude, ovde se mora saznati i uvažiti namera ugovornikâ da ispunjeno ima tačno određena svojstva, a ne neka druga, makar ona bila i tipična. I zabluda o takvim svojstvima mora biti pravno značajna, jer je ona pokrenula motivacioni mehanizam za ugovaranje i uticala na dve najznačajnije stvaralačke činjenice građanskog prava – volju i izjavu volje.

**Ključne reči:** volja, izjava volje, zabluda, bitna svojstva predmeta, privatna autonomija, pravna sigurnost.

### **1. Uvod**

Zabluda je pogrešna predstava o stvarnosti. Ovo je uobičajeno, i, recimo, laičko, poimanje zablude, od kog se polazi i radi njenog određenja kao pravne pojave, a potom dodaje da za pravo postaje pravno značajna ukoliko se tiče nekog elementa pravnog odnosa. Ovakav dodatak pravnom pojmu zablude nužan je i opet u vezi sa onim što najčešće biva u stvarnom životu: zabluda je relativno česta pojava, moguća povodom raznovrsnih intelektualnih radnji, koje ne moraju biti povezane s pravom,

---

\* ivana@prafak.ni.ac.rs

\*\* Rad je rezultat istraživanja na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu *Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru*, finansiranog od Ministarstva za nauku i tehnološki razvoj, br. ugovora 179046.

a – i kada jesu – nejednakog su uticaja na pravni odnos. Otuda pravo treba da utvrdi kriterijume po kojima će i zablude o pravnom odnosu moći međusobno da diferencira, shodno njihovom značaju u nastanku toga odnosa. Ne manje važna je i (opet svakodnevna) činjenica da posledice zablude najčešće ostaju kod njene žrtve i samo se izuzetno, iz valjanih razloga, mogu prevaliti na drugog ili, makar, podeliti s njim. Radi činjenja zablude pravno značajnom činjenicom, u pravu je naglasak i na tim valjanim razlozima, jer oni odgovaraju na važno pitanje o opravdanosti njenog pravnog dejstva, uticaja na pravni odnos, koji zaista može biti raznovrstan.<sup>1</sup> Zašto žrtvi zablude dozvoliti da se na nju pozove i dovede u pitanje punovažnost ili opstanak pravnog odnosa takav kakav je?

U traženju odgovora pozvana je u pomoć teorija volje, po kojoj izjavljeno pravno obavezuje samo ako je saglasno s pravom, istinskom voljom izjavio, a ovde toga nema. Nedostatak je nastao u obrazovanju volje (pogrešne su predstave o postojanju činjenica na osnovu kojih je volja formirana i njihovo razumevanje) ili njenom iskazivanju (pravilno obrazovana volja iskazana je rečima kojima je dato pogrešno značenje), pa ispoljeno ne odgovara mišljenom i htenom. Teoriji volje suprotstavljena su teorija izjave volje i važna načela koja ona brani – pravna izvesnost i sigurnost i pouzdanje u stabilnost ugovora. Naglašava se da jedna psihološka pojava kakva je volja najčešće ostaje nepoznata drugoj strani u pravnom poslu i svakom trećem, stoga se oni oslanjaju samo na saopšteno – izjavu te volje. Stalna njihova zapitanost i neograničena mogućnost provere da li to odgovara i subjektivnim predstavama izjavio, njegovim (pogrešnim) očekivanjima od pravnog posla i neostvarenim namerama, ozbiljna je pretnja sigurnosti i brzini pravnog prometa, a može i da pogoduje neozbiljnim ili špekulativnim namerama. Zabluda treba da ostane u sferi rizika svoje žrtve.<sup>2</sup>

Prava mera stvari nalazi se približavanjem ovih suprotstavljenih polova – odbacivanjem krajnosti i finim uravnotežavanjem autonomije volje, u čiju odbranu ustaje teorija volje, i stabilnosti ugovora, koju brani teorija izjave volje. Zakonodavac je zabludi otvorio vrata, ali je i opteretio strogim uslovima koje mora zadovoljiti i preko kojih kontroliše njenu pravnu značajnost, u svakom građanskopravnom institutu čiji je deo i

---

1 Počev od prava na povraćaj datog (kod isplate ned ugovanog) preko prava na saobražavanje ugovora principu ekvivalencije između činidaba (kod prekomernog oštećenja, u vidu saugovaračevog protivzahteva zahtevu oštećenog za poništenje ugovora) do prava na poništenje ugovora (kod zablude).

2 Analiza ovih teorija prevazilazi okvire naslovljene teme. Zainteresovanog čitaoca upućujemo na Ranieri, 2009: 128–151. Zweigert, Kötz, 1996: 406–407.

u svakom pojedinom slučaju. Zabluda je pravno relevantna okolnost kod prekomernog oštećenja, isplate nedugovanog, a najvažnija – u materiji nevažnosti pravnih poslova, kao mana volje zbog koje je posao rušljiv. Zajedno s prevarom i pretnjom, ona nosi čitav institut manâ volje, sa osnovnim zadatkom zaštite prave ugovorne volje.<sup>3</sup> Kod prekomernog oštećenja i isplate nedugovanog njeno mesto nije središnje, jer su drugi objekti zaštite: načela jednake vrednosti uzajamnih davanja, kod prvog pravnog instituta, i zabrane pravno neosnovanog obogaćenja (kod drugog), a zabluda je jedan od uslova da se primene pravila kojima su oni uređeni.<sup>4</sup>

Predmet našeg istraživanja je zabluda kao mana volje, i to o bitnim svojstvima predmeta činidbe. Nazvati je najznačajnijom vrstom bitne zablude ne bi bilo preterivanje, jer će se saugovornik najčešće prevariti o nekoj osobini predmeta, svoje ili činidbe druge strane. Osim ovog, razlog istraživanja je i bliskost ove vrste zablude sa odgovornošću prenosioca za skrivene fizičke nedostatke stvari. Njihove međusobne veze su višestruke, a pripisivanje odsustva očekivanih svojstava stvari mani volje ili mani činidbe određuje opstanak pravnog posla: ako je mana volje, posao nije punovažan i ne obavezuje, ako je mana (nedostatak) činidbe – punovažan je ali neuredno ispunjen. Ovako postavljen predmet istraživanja upućuje nas da analizu počnemo osvrtom na ulogu volje u nastanku pravnog posla, kome se, pozivanjem na zabludu kao nedostatak u volji, pokušava osporiti punovažnost. U središnjem delu rada analizujemo pojam svojstava predmeta činidbe i moguće kriterijume procene njihove bitnosti.

---

3 Postavljanjem zablude kao mane volje opredeljuje se zaštita unutrašnje volje strane u zabludi kao njen prevashodni cilj. Tako je u našem pravu, po Zakonu o obligacionim odnosima, koji je pojam ugovora inače uredio u tradiciji teorije izjave volje (V., pod V, Mane volje, čl. 61 Zakona o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/87, 39/85, 45/89, 57/89, *Sl. list SRJ*, 31/93. Dalje: ZOO).

4 Mera stvarnog uticaja zablude kao mane volje oduvek je zavisila i od prostora koji su joj, osim ovih, ostavljali i odgovornost za skrivene nedostatke stvari, odgovornost proizvođača za ispravno funkcionisanje tehničkog uređaja ili zelenaški ugovor. Profesor Hiber (Hiber, 1991: 520) pokušava da u njihovom međusobnom odnosu (za koji kaže da može biti odnos komplementarnosti – dopunjavanja, ili suplementarnosti – preplitanja), nađe razloge retkog pozivanja na zabludu u našoj sudskoj praksi: svojom širokom osnovom, ovi instituti zahvataju u prostor zablude. Suprotno je u francuskoj praksi, gde odredbe o leziji nemaju široku primenu, pa je ona uvedena na mala vrata zahvaljujući zabludi: poništenjem posla zbog zablude najčešće kad postoji i lezija ili subjektivizacijom pojma supstance, te njenim čestim poistovećivanjem sa vrednošću predmeta činidbe (Hiber, 1991: 518–519).

## 2. Pravnostvaralačka moć volje i izjave volje

Radi pojmovnog određenja zablude i opredeljenja prema pitanjima opravdanosti i načina njenog uticaja na nastanak i dejstvo pravnog posla, polazna tačka mora nam biti podsećanje na ono što pravni posao jeste i na razloge njegovog zaključenja. Ovakvo polazište logički nam se nameće, jer je zabluda nedostatak u volji, a pravni posao na ovoj počiva.<sup>5</sup> Volja i izjava volje jesu najznačajnije pravnostvaralačke činjenice građanskoga prava; one trijumfuju kroz načelo privatne autonomije i, u granicama prinudnih propisa, dobrih običaja i javnog poretka<sup>6</sup>, najveće moguće slobode pojedinaca da svoje međusobne odnose uredi pravilima koje su sami i voljno stvorili, rukovođeni vlastitim potrebama i interesima. Pravni posao je najsavršeniji građanskopravni izraz ove slobode – u njemu je sadržano samoobavezujuće pravilo ponašanja njegovih tvoraca, i to zakonske snage – *pacta sunt servanda*!

Pravnim poslom stvoreno pravilo ponašanja je voljno i hteno. Izražava volju i nameru obavezivanja svog tvorca; za istovremeno obavezivanje prema njemu, potrebni su susret dveju izjava volja i njihova saglasnost u željenom cilju. Jednostrani pravni posao traži jednu izjavu volje; dvostrani (ugovor) – najmanje dve. Nezavisno od vrste, svaki pravni posao proizvodi posledice i za svog tvorca i za adresata kome je njegova volja upućena, a ovome je važno da može računati na postojanost, načelnu neopozivost i punovažnost izjavljenog. Otuda je pravilo da se izjavilac samo izuzetno može osloboditi izjavom stvorene pravne veze sa drugim, dokazom da je bilo pravno značajnih, subjektivnih ili objektivnih, smetnji u nastanku volje ili njenom iskazivanju. Otuda i princip *pacta sunt servanda* važi samo u okvirima zakonskog imperativa da volja i izjava volje moraju biti slobodne da bi obavezivale.<sup>7</sup> Ovaj kvalitet volje i izjave pravnoteorijski je nesporan, zato što samo „slobodno i ozbiljno učinjena izjava obezbeđuje potreban unutrašnji sklad između onog što se izjavljuje i onog što se izjavom želi postići“ (Mijačić Cvetanović, 1982: 179–180).

Pozivanjem na mane volje, izjavilac nastoji da obori pretpostavku o saglasnosti između unutrašnje i izjavljene volje, od koje pravni poredak polazi kao normalne i redovne pojave svakodnevnog života.<sup>8</sup> Pretpostavka

---

5 „Suština pravnog posla je u volji privatnog lica, izjavljenoj shodnim načinom u spoljnom svetu. Kod zablude ne postoji stvarna volja. Postoji samo izjava o volji i jedna volja koja ne odgovara izjavi“ (Marković, 1927: 226–227).

6 Član 10 ZOO.

7 „Izjava volje mora da bude u činjena slobodno i ozbiljno“, čl. 28, st. 2 ZOO.

8 „Kad ne bi tretirao slaganje volje i izjave kao njihov normalan odnos i nešto što se samo po sebi podrazumeva, pravni poredak ne bi ni mogao dopustiti opštu

ne mora uvek biti tačna i svakako pada pod teretom dokaza da je nesklad posledica zablude, prevare ili pretnje, čak i prinude, gde nije ni bilo neophodne slobode odlučivanja da se ugovora ili ne ugovara. Pravna nauka i poneki zakonodavac<sup>9</sup> ove smetnje naziva manama volje, mada vidimo da pokriva i situaciju nedostatka *slobodne volje* a ne nedostatka *u volji* (prinuda).<sup>10</sup> Svima im je, ipak, zajedničko odstupanje od uobičajenog procesa nastanka volje i njenog izjavljivanja, kao i mogućnost da se zbog njih ospori punovažnost pravnog posla.

### 3. Pojam i karakteristike zablude

#### 3.1. Pojam zablude

Zakonsko određenje pojma zablude je retkost. Zakonodavac polazi od ovog pojma kao poznatog, u pravnoj teoriji dovoljno objašnjenog, pa samo utvrđuje uslove pod kojima zabluda može da učini pravni posao nevažećim.

U pravnoj teoriji nailazimo na raznovrsne, ali ne i međusobno bitno različite, definicije zablude. Za zabludu se kaže da je to netačna predstava o pravnim činjenicama relevantnim za punovažnost ugovora (Perović, 1981: 287) ili kriva (pogrešna) predstava o nekom elementu pravnog posla usled koje je ovaj zaključen, uz istovremeno naglašavanje bitnosti zablude kao uslova rušljivosti pravnog posla (Kovačević Kuštrimović, Lazić, 2008: 283). Vrlo često zabluda se određuje i kao nesvesni nesklad između volje i izjave volje o nekom sastavnom elementu pravnog posla (Marković, 1927: 226; Cigoj, 1980: 190; Klarić, Vedriš, 2009: 156 i 161; Jauernig, 2007: 60). Kaže se i da je to „mana volje, kriva predstava jednog ili oba ugovornika o nekoj okolnosti u vezi sa ugovorom, zbog koje nastali ugovor ne odgovara htenjima jednog od ugovornika ili koja sprečava postizanje saglasnosti volja, pa taj ugovornik očekuje da ugovorom ne bude vezan“ (Hiber, 1991: 89).

---

mogućnost nastanka pravnih odnosa putem izjave volje“ (Mijačić Cvetanović, 1982: 180).

9 Videti nap. 4. V. i Code civil (čl. 1108 i dalje), švajcarski Zakon o obligacionom pravu (čl. 23 OR i dalje).

10 U pravnoj teoriji (Mijačić Cvetanović, 1982: 183) nedostaci u izjavi volje klasifikuju se i na one kojih je izjavilac svestan (mentalna rezerva, neozbiljna i prividna izjava volje, pretnja i prinuda) i onih kojih nije (prevara i zabluda). U nemačkoj pravnoj teoriji (Larenz, 1967: 367) na osnovu zakonskih rešenja (§ 119 BGB) zabludom naziva se i nesvesno nepravilno iskazana misao, inače pravilno formirana. Izjavilac je ovde *u zabludi o značenju* upotrebljenih izraza, a *ne u zabludi o – za zaključenje pravnog posla – odlučnim i opredeljujućim činjenicama*. Razlika je važna kod načina njihovog otklanjanja: prva otklanja se tumačenjem, radi u tvrđenja prave namere, a samo ova druga – poništenjem pravnog posla.

### **3.2. Karakteristike zablude**

U izdvojenim definicijama uočavamo zajedničke elemente i važne karakteristike zablude.

Zabluda je subjektivno stanje i psihička pojava, nastala na osnovu nesvesne pogrešne predstave o stvarnosti. Žrtva u zabludi nije svesna da njeno poimanje i spoznaja stvarnosti ne odgovaraju stvarnosti kakva jeste.<sup>11</sup> Za našu temu značajne su zablude nastale povodom zaključenja pravnog posla, a one su moguće u procesu formiranja volje (htenja), kao motivacionog pokretača da se pravni posao zaključi i ostvari određeni rezultat, ali i ispoljavanja volje.

Da bi stekla pravnu značajnost, zabluda se mora ticati nekog elementa pravnog posla ili činjenice i okolnosti u vezi s pravnim poslom, koja je bila opredeljujuća za odluku da se uopšte ugovara ili ugovora s takvom sadržinom. Bitnost elementa pravnog posla koji se pominje u nekim definicijama (npr., Kovačević Kuštrimović et al.) ne treba ograničiti na one sastojke zakonom određene kao bitne, bez kojih posao ne nastaje – predmet i osnov, već šire shvatiti (Tako i: Gams, Đurović, 1990: 261; Hiber, 1991: 296, 298). Najčešće zabluda i jeste o bitnim sastojcima posla, ali uvažavaju se i drugi elementi i činjenice s njim u vezi, pod uslovom svoje determinantnosti i – ako se zaključuje ugovor – prepoznatljivosti drugoj strani takvog njihovog značaja. To znači da su oni odlučujuće uticali na odluku za zaključenje ugovora, jer se ugovorna volja formirala na osnovu njihovog pogrešnog poimanja, a drugoj strani bio je ili mogao biti poznat značaj koji im pridaje žrtva zablude. O takvom njihovom značaju može se suditi na osnovu prethodnih pregovora, sadržine pravnog posla, ali i okolnosti koje su pratile njegovo zaključenje.

U nekim od izdvojenih definicija, o zabludi se govori kao o nesaglasnosti volje i izjave (tako: Klarić, Vedriš, Marković), a u nekima se pominje nepodudaranje stvarnosti i predstave koja se o njoj ima (tako: Perović, Stojanović). Otuda je opravdano i pitanje šta se ovde ne slaže: volja i njena izjava ili predstava o stvarnosti, na kojoj se volja obrazovala, i stvarnost sama? U odgovoru možda nam mogu pomoći nemački teoretičari i u nemačkom zakoniku (§ 119 BGB) napravljena razlika između dve vrste zabluda, prema trenutku njihovog nastanka i činjenici povodom koje su

---

11 Profesor Stojanović (Stojanović, 1990: 334) ovaj nesklad naziva subjektivnom izvesnošću i objašnjava da je potrebna poptuna uverenost osobe u istinitost njenih predstava o stvarnosti. Ukoliko ona samo sumnja u takvu svoju predstavu, ako nešto samo pretpostavlja, ali nije i uverena u tačnost svojih pretpostavki (subjektivna neizvesnost), onda ona nije u zabludi.

one nastale. To su zabluda u izjavi i zabluda o sadržini, uređene stavom 1, i zabluda o motivu (st. 2).

Zabluda u ili o izjavi (*Erklärungsirrtum*) postoji ako se strana izrazila rečima koje nije htela (*Versprechen, Verschreiben, Vergreifen*),<sup>12</sup> a zabluda u/o sadržini izjave (*Inhaltsirrtum*) – ako je volja izražena željenim rečima, ali kojima je izjavilac pridao pogrešno značenje, drugačije od standardizovanog (po rečniku) ili u pravnom prometu uobičajenog.<sup>13</sup>

Otuda se i naziva zabludom o značenju (*Bedeutungsirrtum*) (Fikentscher, Heinemann, 2006: 437). U oba slučaja, greška je nastala u fazi iskazivanja volje, samo je razlika što je kod greške u izjavi izjavljeno drugo od željenog ili mišljenog, a kod greške u sadržini – željenoj (stvarno htenoj) izjavi dato je pogrešno značenje. Obeju grešaka izjavilac, naravno, nije svestan, inače se ne bi ni moglo govoriti o zabludi.

Zabluda o motivu (*Motivirrtum*) nastaje u ranijoj (izjavi prethodećoj) fazi, u kojoj se ugovorna volja formira. Uređena je jedna izuzetna situacija, u kojoj zakonodavac uvažava saugovaračevu pobudu (motiv) za zaključenje posla, redovno pravno nevažnu. Ovde je pogrešna predstava o pobuđujućim činjenicama ili okolnostima, takvim bez kojih odluke da se ugovara uopšte ne bi bilo (Larenz, 1967: 380). Odnos između zablude o motivu i prethodne dve objašnjene jeste odnos prvog i potonjeg. Njihov sticaj u istom pravnom poslu nije neophodan i zato ih treba odvojeno posmatrati. Neki nemački teoretičari (na primer, Larenz, 1967: 381), govoreći o zabludi o motivu, koriste izraz obična (čista) zabluda (*blosse Motivirrtum*), koja volju pogađa već u njenom nastanku. Ova zabluda samo je izuzetno bitna i razlog rušljivosti posla – ako je o onim osobinama lica ili stvari koje se u pravnom prometu smatraju značajnim kod istovrsnih pravnih poslova kakav je i onaj koji je žrtva zablude zaključila.<sup>14</sup>

---

12 Prodavac je, umesto cene od 1.100 evra, na au tomobil stavio cenu od 110 evra i, ne uočivši grešku, s kupcem zaključio ugovor. Njegova volja nije izražena pravim rečima, pa je adresatu, greškom, ponuđena manja cena od stvarno željene (primer dat kod Fikentscher, Heinemann, 2006: 437).

13 Kupac želi da kupi knjig u o meditaciji, za koju pogrešno misli da se zove fengšui, a zapravo se radi o taičiju (primer dat kod Fikentscher et al, 2006: 437). Fengšui je azijsko učenje o uređenju prostora i življenju u skladu s prirodom. Ovde postoji zabluda o značenju reči fengšui, kojom je volja (ponuda za zaključenje ugovora) izražena.

14 Ličnosti ili stvari pogrešno se pripisuju svojstva koja oni nemaju, a bila su odlučujuća za odluku da se ugovara. Imajući njih u vidu, izjavilac volje formira svoje očekivanje ugovornog rezultata, ali on izostaje, jer takva svojstva ni lice s kojim se ugovora niti dugovana činidba nemaju. Iako se radi o subjektivnim predstavama,

Na osnovu rečenog mogli bismo zaklju čiti da je ispravnije zabludom nazvati nepodudaranje subjektivne predstave o stvarnosti, na osnovu koje se volja formirala, i zaista postojećeg činjeničnog stanja.<sup>15</sup> I tog odstupanja izjavilac nije svestan. Izjavio je šta je hteo, jer izjava je željena, ali ne i njene posledice. Čini nam se da na isto misle i teoretičari koji govore o nesvesnom odstupanju volje i izjave (Cigoj, 1980: 189; Vedriš et al, 2009: 155), samo što predstavu o stvarnosti nazivaju voljom, a stvarnost – izjavom volje.<sup>16</sup> Predložena preciznost u izražavanju možda bolje ukazuje na najčešći trenutak u kome nastaje nedostatak koji posao čini rušljivim, a to je trenutak formiranja volje, ne njene izjave. Bolje se ukazuje i na to šta se zapravo neće: rezultat, posledica koju izjava, prema svom objektivnom značenju, treba da izazove.<sup>17</sup>

Istina, greška je moguća i kasnije, nakon – na tačno poimljenoj stvarnosti – formirane volje, pri njenom iskazivanju. Izjavilac se pogrešno izrazio (greška u govoru ili pisanju) ili je željenim rečima pridao drugačije značenje od njihovog objektivnog, prema rečniku i uobičajenom razumevanju u pravnom prometu. Vidimo da nemački zakonodavac i ovu grešku normira kao zabludu (§ 119, st. 1 BGB), ali se ona najpre pokušava otkloniti pravilima o tumačenju. Time se saznaje šta je izjavilac istinski hteo i ovako otklonjen nesklad spasava pravni posao, jer se ovaj neće poništiti (Fikentscher et al, 2006: 437). Ovde predstavljena zabluda o motivu, iz § 119, st. 2 BGB, čini nam se, jedino bi se mogla nazvati zabludom po standardima našeg zakonodavca. Kod nje se nije pogrešilo tek u izjavi, već mnogo ranije, kad se formirala volja da se nešto izjavi, pa nema ničeg nejasnog u rečenom. Zato se neće ni postaviti pitanje tumačenja, radi saznavanja istinske volje ugovornika, već pitanje punovažnosti pravnog posla.

---

ona su više od pukih ličnih očekivanja, od kauze udaljenih pobuda – ona su presudan činilac da se ugovor uopšte i zaklju či.

15 Time prihvatamo određenje zablude profesora Stojanovića (Stojanović, 1990: 334).

16 „Zabluda je nesvesni nesklad između volje i izjave. To je mana volje, jer volja izjavljena zbog zablude nije u skladu sa pravom, unu trašnjom voljom. U trenu tku izjave, osoba nije svesna te nepodudarnosti volje i izjave upravo stoga što je izjava *izazvana pogrešnom predstavom o nekoj okolnosti*“ (podvukla aut.) (Klarić et al, 2009: 155).

17 Ovo ističe i profesor Perović (Perović, 1981: 287, nap. 310): „Lice koje je u zabludi izjavlju je i verno prenosi svoju unu trašnju volju, koja je formirana na netačnoj predstavi stvarnog stanja.“ Nastavlja citatom francuskog teoretičara Demogua:

„Odluka jednog lica može biti pogrešna zato što ono pridaje jednoj stvari osobine koje ona nema ili jednom licu kvalitete koje ono ne poseduje. U takvom slu čaju lice je htelo ono što je izjavilo, ali je to htelo samo usled svoje zablude. To je zabluda u samoj volji.“



#### 4. Bitne, pravno značajne zablude i one koje to nisu

Pitanje kad treba zabludu uzeti u obzir, a kada ne, spada u najteže probleme teorije i zakonodavstva, zbog dva suprotstavljena, ali jednako legitimna, interesa: strana u zabludi ne želi da je posao vezuje<sup>18</sup>, jer ne iskazuje njenu pravu volju, koju bi trebalo zaštititi, dok njen saugovarač teži suprotnom – zaštititi svog poverenja u punovažnost posla i nastanak očekivanog ugovornog rezultata. Neophodno uravnotežavanje ovih dvaju interesa pod uticajem je pravne sigurnosti, a ona redovno nosi prevagu nad privatnom autonomijom i drugim argumentima teorije volje, i određuje nevelik prostor u kom zabluda – trećima nepoznata i nedostupna – može biti pravno značajna. U pravima u kojima je dopušten uticaj zablude na punovažnost pravnog posla insistira se na njenoj bitnosti (ZOO, BGB, OR), supstancijalnosti (Code civil) ili fundamentalnosti (*Draft Common Frame of Reference*), a ovaj pojam vezuje za neki važan sastojak pravnog posla ili drugu činjenicu u vezi s njim, o kojima se imala pogrešna predstava i koja je, u konačnici, dovela do nepodudaranja nameravanog i ostvarenog ugovornog rezultata.

Važne činjenice mogu se izdvojiti trima kriterijumima (Cigoj, 1980: 192–194; Hiber, 1991: 83–85). Subjektivni kriterijum dopušta da bitnost zablude zavisi od značaja koji joj pridaje njena žrtva i može se ticati bilo koje činjenice u pravnom poslu, ako ga ona ne bi zaključila da je znala za pravo stanje stvari i razumno ga ocenila. Objektivnom kriterijumu parametar su shvatanja u pravnom prometu o važnosti činjenice povodom koje je nastala zabluda, s obzirom na tip pravnog posla i karakteristike činidbe.<sup>19</sup> Naposletku, tu je i subjektivno-objektivni kriterijum, koji, istina, polazi od shvatanja saugovarača o bitnom, od onoga što su oni uključili u osnov svog posla, ali ga propušta kroz prizmu poslovnog morala i običaja. Subjektivnu bitnost zablude treba potvrditi i shvatanjem prosečnog saugovarača, jednakim dejstvom na njegovu odluku da u istovetnoj situaciji ugovara ili ne ugovara. Subjektivno bitno zamenjuje se uobičajenim shvatanjem u pravnom prometu.

Ovaj objektivniji „filter“ treba da razdvoji jednostrana (često nerealna) subjektivna očekivanja strane u zabludi, proistekla iz njenih ličnih preokupacija nekim činjenicama ili osobinama (ličnosti ili

---

18 Zabludom pogođena ugovorna volja stvorila je pravilo drugačije od onog kakvo bi ugovornik hteo da nije bilo zablude, zbog čega on traži da to pravilo za njega ne važi (Hiber, 1991: 95).

19 Kod kupoprodaje preduzeća odlučujuća je visina prihoda, kod umetničkog predmeta njegova autentičnost i poreklo, kod kredita platežna sposobnost dužnika (Cigoj, 1980: 192).

predmeta), od onih istinski važnih za postizanje cilja posla. Time se i ugovorni odnos stabilizuje, ne pretvara u šalu od koje možemo tek tako odustati, zato što smo se predomislili ili pronašli povoljniju priliku.<sup>20</sup> Ako je, međutim, činjenica dovoljno važna, onda se i zabluda o njoj, kao bitna, mora izvući iz sfere rizika žrtve zablude i njen teret podeliti s drugom stranom.

Sistematizovanje zabluda radi izdvajanja onih koje su mogle uticati na punovažnost pravnog posla, pa su smatrane bitnim, od onih bez takvog uticaja, tekovina je kasnije pravne doktrine evropskokontinentalnog pravnog sistema (pre svega, škole prirodnog prava). Ipak, prvi kriterijum razgraničenja formulisali su rimski pravници (klasičnog i postklasičnog prava), vezujući ga za predmet zablude – činjenicu ili okolnost o kojoj su strane imale pogrešne i međusobno različite predstave (Stojčević, 1983: 239; Hiber, 1991: 298; Kötz, Flessner, 2002: 178). Tri pravno značajne zablude – *error in negotio, in corpore, in personam* (o prirodi/vrsti pravnog posla, o predmetu prestacije i, kod ugovora *intuitu personam*, o ličnosti s kojom se ugovara) – činile su posao nepostojećim, a ne rušljivim, kako je to u većini savremenih prava.<sup>21</sup> Kasnije uobličena zabluda o supstanci ili materiji od koje je stvar (*error in substantia/materia*) imala je drugačije dejstvo – činila je posao ništavim a ne nepostojećim.<sup>22</sup>

Savremeno pravo jeste preuzelo ove zablude, ali je njihov uticaj odvojilo od pitanja sporazuma o zaključenju posla (osim u francuskom pravu, kod zablude – prepreke<sup>23</sup>) – ovaj je zaključen, ali su strane, ili jedna od njih, izjavile volju na osnovu pogrešne ili netačne predstave o

---

20 Analiza kriterijuma i vrsta zabluda prevazilazi okvir naslovljene teme. Stoga zainteresovanog čitaoca upuću jemo na doktorsku disertaciju profesora Hibera (*Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora*) i, za uporednopravni pregled kriterijuma bitnosti zablude u važećim zakonima: Zweigert et al. 1996: 409–419.

21 Rimski zabluda više odgovara nesporazumu (*dissens*) savremenog prava (našeg svakako – v., čl. 63 ZOO), gde strane misle da su se saglasile a među njima zapravo postoji nesporazum o prirodi pravnog posla, o njegovom osnovu ili predmetu. Jedina, iz rimskog prava nasleđena, zabluda koja se takvom ima smatrati i po savremenom pravu (mada ne i po svom dejstvu) jeste *error in substantia* – zabluda o supstanci predmeta, gde ima saglasnosti o identitetu predmeta prestacije, ali ne i o njegovim osobinama.

22 Romanisti uvek ističu da je razvitak rimskog shvatanja zablude vrlo nejasan i sporan (Stojčević, 1983: 239), a da takvu ocenu posebno zaslu žuje u čenje o *error in substantia ili materia* (Zimmermann, 1990: 592, prema Petrak, 2011: 1838).

23 Poznata je klasifikacija na zablude prepreke (pravni posao ne nastaje), zablude mane volje (posao čine rušljivim) i nebitne zablude (bez ikakvog uticaja i na nastanak i na punovažnost posla). Više: Hiber, 1991: 295.

opredeljujućoj činjenici za zaključenje posla. Rimskom pravu nepoznato stepenovanje dejstva zabluda<sup>24</sup> sada postaje važan činilac u pomirenju dva suprotstavljena nastojanja: da posao izrazi pravu volju svojih tvoraca, obrazovanu na osnovu ispravno spoznate stvarnosti, s jedne strane, i sa druge – da se ne dozvoli njegovo osporavanje usled svakog odstupanja unutrašnje volje od izjavljene, mišljenog o stvarnosti i stvarnosti same.<sup>25</sup>

Važnom postaje ideja škole prirodnog prava da se ne sme zaboraviti ni opravdano poverenje druge strane u punovažnost pravnog posla, jednako dostojno zaštite kao i interes onoga čija istinska volja u njemu, zbog zablude, nije iskazana (Kötz et al. 2001: 178). Od tada se o uticaju zablude na punovažnost pravnog posla prosuđuje u svetlu dveju važnih činjenica. Jedna je da je zabluda razlog rušljivosti pravnog posla samo u izuzetnim slučajevima, određenim prema njenoj bitnosti (nasleđe rimskog prava), uz dodatni zahtev da zaštita opravdanog poverenja druge strane ne govori u prilog punovažnosti posla (zaslugom prirodnopravne škole). Druga važna činjenica jeste priznanje saugovaraču prava na naknadu štete zbog poverenja (negativnog ugovornog interesa), pretprijetne za slučaj da posao ipak bude poništen.

## 5. Određivanje bitnih zabluda u Zakonu o obligacionim odnosima

Vezivanje bitnosti zablude za njen predmet – okolnost o kojoj se strana prevarila – uobičajeno je opredeljenje zakonodavaca, našeg takođe.

Prema Zakonu o obligacionim odnosima (čl. 61) zabluda je bitna ako se odnosi na bitna svojstva predmeta ili lice s kojim se ugovor zaključuje ako se zaključuje s obzirom na to lice (metod enumeracije), kao i na okolnosti koje se po običajima u prometu ili po nameri strana smatraju

---

24 Jednoobrazno dejstvo zabluda bolje se razume ako znamo da u rimskom pravu nije bilo ni stepenovanja nevažnosti; razvrstavanje nevažećih pravnih poslova na ništave i rušljive takođe dugujemo prirodnopravnoj školi. Od tada zabluda postaje razlog rušljivosti, pa njena žrtva mora pred sudom istaći zahtev za poništenje (francusko, švajcarsko i naše pravo) ili ga jednostavno saopštiti svom saugovaraču (u nemačkom pravu).

25 Otuda i pravilo da se pobude i subjektivna ugovorna očekivanja, koja prate zaključenje svakog pravnog posla, ali ne postaju i delom njegove sadržine (najčešće kroz kauzu), ne mogu isticati kao razlog nevažnosti. Izuzetak je kod dobroćinih pravnih poslova, jer se bez ovih očekivanja ne može ni razumeti razlog, ujedno i motiv, besplatnog raspolaganja u korist daroprimca. Namera darivanja (*animus donandi*) biva objašnjena i shvaćena kroz motiv, pa zabluda o njemu mora biti pravno značajan razlog rušljivosti (v., čl. 62 ZOO).

odlučnim, a strana koja je u zabludi ne bi inače zaključila ugovor takve sadržine (metod generalne klauzule, kojim se sudu prepušta proširenje liste bitnih zabluda, saobrazno običajima u prometu ili nameri strana). Sud je pozvan da odredi stvarni domašaj konkretne zablude u svakom pojedinom slu čaju, utvrđivanjem preovlađujućeg shvatanja u pravnom prometu o bitnosti činjenice o kojoj je zabluda (kod istovrsnih poslova i činidaba) ili saznavanjem značaja koji su toj činjenici pridale obe strane ili makar njena žrtva, uz uslov prepoznatljivosti tog značaja za drugu stranu. U čl. 62 Zakona, metodom nabiranja, bitnom za zaključenje dobroćinih pravnih poslova učinjena je i zabluda o pobudi.

U čl. 63 ZOO prepoznamo još jednu referencu na predmet pogrešnih predstava ugovornikâ, ali bitno drugačijeg dejstva. To su *error in negotio* i *in corpore* rimskog prava, sa istovetnim posledicama koje su i tamo imale – pravni posao, zbog nesporazuma strana o njegovoj prirodi, osnovu ili predmetu, nije nastao. Njihov nesporazum o ovim bitnim elementima pokazuje da one nisu mislile o istom i postigle neophodnu saglasnost, koja tvori svaki pravni posao.<sup>26</sup>

U nastavku, analiza je koncentrisana na zabludu o bitnim svojstvima predmeta, o kojoj će se ugovornik i najčešće prevariti. Iako je najčešća, njen domašaj nije sasvim nesporan, jer ulazi u polja drugih instituta – odgovornosti za mane stvari i prekomernog oštećenja – drugačije profilisanih, po svom zaštitnom objektu i pravnim posledicama.

## **6. Zabluda o bitnim svojstvima predmeta činidbe**

„Zabluda o bitnim svojstvima predmeta postoji kad ugovornik ima pogrešnu predstavu o materijalnoj kompoziciji predmeta ugovora ili o njegovim osobinama“ (Perović, 1972: 13). Ova pogrešna predstava nije pravno beznačajna, pa se zbog nje, uz ispunjenje zakonskih uslova, pravni posao može poništiti.

Zabluda o bitnim svojstvima predmeta prestacije pravno je relevantna ili po slovu zakona (ZOO, BGB, ABGB, Građanski zakonik Grčke) ili ekstenzivnim tumačenjem odredaba o zabludi o supstanci. Do takve njene bitnosti došlo se u francuskoj sudskoj praksi, interpretacijom čl. 1110 Code civil o „*le substance même de la chose*“: osim o supstanci, sudovi su njome obuhvatili i zabludu o kvalitetu i svojstvima predmeta prestacije –

---

<sup>26</sup> Ugovor je zak lju čen kad su se ugovorne strane saglasile o bitnim sastojcima ugovora (čl. 26 ZOO). Kad strane veru ju da s u se saglasile, a u stvari među njima postoji nesporazum o prirodi ugovora ili o osnovu ili o predmetu obaveze, ugovor ne nastaje (čl. 63 ZOO).

*qualités substantielles de la chose*. „Tako se stiglo do istog praktičnog rezultata koji daje § 119, st. 2 BGB – da se posao može poništiti i zbog zablude o onim svojstvima stvari (*Beschaffenheiten der Sache*) koja se u pravnom prometu smatraju bitnim, ili § 871 ABGB – da je zabluda o činidbi ili njenim važnim osobinama razlog rušljivosti“ (Kötz et al, 2002: 180).

Za naše pravo bitnost ove zablude je nesporna i utemeljena na čl. 61 ZOO, po kome „zabluda je bitna ako se odnosi na bitna svojstva predmeta“. Jedna od stvari koja ovde može biti upitna jeste da li se preostali deo teksta norme, kojim se bitnost zablude uslovljava njenom determinatnošću po običajima u prometu ili po nameri strana, odnosi i na zabludu o bitnim svojstvima predmeta. Dilemu nameće izabrani metod uređenja bitnih zabluda: jedne se takvima smatraju već po zakonu, među njima i ova o svojstvima predmeta, dok se bitnost drugih – izričito navedenih – mora utvrđivati u svakom pojedinom slučaju, prema običajima u prometu ili nameri strana. Profesor Hiber je mišljenja da se ova opšta formulacija, koja zapravo govori o determinantnosti, odlučujućem uticaju jedne činjenice na formiranje ugovorne volje, mora primeniti na sve vrste zabluda, radi određivanja njihove bitnosti i uticaja na punovažnost pravnog posla (Hiber, 1991: 389). S ovim bismo se mogli složiti, jer se značaj pojedinih osobina predmeta ne može oceniti bez saznavanja namera ugovornika i njihove procene važnosti tih osobina (a ne nekih drugih, čak i ako su one kod istovrsnih činidaba tipično bitne) za postizanje svrhe posla.

Ova dilema osvetljava nam najspornije pitanje u vezi sa svojstvima stvari – šta je obu hvaćeno ovim pojmom? Koja svojstva čine predmet takvim kakav jeste – jedinstvenim – ili pripadnikom vrste ili roda, ako je stvar generična? Dodatno, da li stvar takvom kakva je čine samo njena materijalna kompozicija (materija od koje je izrađena) ili su ovde bitne i druge činjenice, poput njenih fizičkih i pravnih odnosa sa okolinom, ako mogu da utiču na postizanje svrhe posla (čak i presudno)? Odgovore treba potražiti u pravnoj teoriji i sudskim odlukama,<sup>27</sup> koje nam potvrđuju da ovde nema jednoznačnih, unapred za sve slučajeve datih, rešenja; naprotiv – odlučne činjenice moraju biti okolnosti slučaja, sadržina posla i namere saugovarača, posebno ako žele da neka netipična svojstva stvari uključe u ugovorno polje.

---

<sup>27</sup> „Zakonici prelaze preko ovog pitanja jednom formulom koja ili ne odgovara na mnoga pitanja postavljena u praktičnom životu ili bar pruža sumnju u pogledu primene ovog ili onog pravila“ (Perović, 1972: 13).

Radi određivanja identitetskih svojstava stvari, ali i onih koja takva, sama po sebi, nisu, ali ih je ugovornik u zabludi obu hvatio svojom predstavom o predmetu kao njemu suštinski važna, nude se tri osnovna kriterijuma: objektivni, subjektivni i objektivno-subjektivni (mešoviti).<sup>28</sup> Prikazaćemo ih kroz stavove francuske i nemačke pravne teorije i prakse.

### **6.1. Bitna svojstva predmeta činidbe u francuskom pravu**

Po objektivnom kriterijumu, supstanca stvari je materijalna kompozicija stvari (Perović, 1972: 17). Bitni su samo oni elementi iz kojih je stvar sačinjena, svojstva koja je razlikuju od drugih stvari, jer uslovljavaju njenu specifičnu prirodu, ili ona kojima je uslovljena njena pripadnost određenoj vrsti. Zabluda o bitnim svojstvima predmeta jeste pogrešna predstava o materiji od koje je stvar sačinjena, o njenim fizičkim ili hemijskim osobinama, koje je čine takvom kakva je. Ukoliko se ugovornik o njima prevario, pogrešno držeći da ih stvar koju i zbog kojih je nabavlja ima, njegova zabluda je bitna i razlog poništenja posla. Klasičan, školski primer je kupovina bižuterije u pogrešnom uverenju da je nakit zlatan, veštačkog bisera umesto pravog.

Insistiranje na materiji, kao važnom svojstvu, pokazuje da se uzimaju u obzir samo neprolazne, suštinske osobine stvari, unutrašnji sastav i kompozicija (Perović, 1972: 17), a da se zanemaruju namera i volja ugovornika da je upotrebe u određene svrhe; svojstva stvari određuje njena priroda, a ne konkretno nameravana svrha ili podobnost upotrebe koju je strana u zabludi imala u vidu. Takvo shvatanje „poziva se na neophodnost čvrste pravne sigurnosti, koja bi bila ugrožena ukoliko bi se svakom ugovorniku i njegovoj mašti, volji, ukusu ili fantaziji pridavao pravni značaj“ (Perović, 1972: 17).

Čisto objektivno shvatanje o supstanci ograničilo je zabludu o bitnim svojstvima predmeta samo na prestaciju davanja i na telesne stvari, jer

---

28 Pre njihovog objašnjenja, potrebno je samo podsetiti da s u sadašnje dileme nasleđene iz klasičnog rimskog prava i odnosa dve zablude – *error in corpore* i *error in substantia* – u kupoprodajnom ugovoru. Zabluda o predmetu pokazuje da strane nisu mislile na isti, već različite predmete, pa ugovor, jer nema konsenzusa, ne nastaje. Zabluda o supstanci postoji ako su strane jednoznačno odredile predmet (*corpore*), ali ne i njegovu supstancu ili svojstva (*substantia*). Ovakav sporazum bio je nužan samo ako je stvar koja se kupuje/prodaje mogla biti od različitog materijalnog sastava, pa *consensus* – saglasnost volja – mora obu hvatiti i *corpore* i *substantia/materia*, ili će posao biti ništav (ne nepostojeći!) zbog *error in substantia/materia*. O tome: Petrak, 2011: 1876–1878.

njihove osobine izjednačava sa materijalom od kog su izrađene (Perović, 1972:17; Hiber, 1991: 329).<sup>29</sup>

Za prihvatanje volje ugovornika za suštinski odlučujuću i prelazak na subjektivni kriterijum trebalo je sačekati drugu polovinu 19. veka, mada je izvesnih ublažavanja strogosti prvog kriterijuma bilo i ranije.<sup>30</sup>

Podseća se da je ugovor delo i izraz saglasnosti voljâ svojih tvoraca i zato se mora voditi računa i o njima odlučujućim svojstvima predmeta, jer ona su ih opredelila da ugovaraju, makar i ne bila njegova fizička ili hemijska svojstva. Svaka osobina može biti bitna ako je tako od saugovarača shvaćena (Hiber, 1991: 330); kvalifikacija bitnog svojstva time se vezuje za konkretni ugovor i utvrđivanje mišljenja o bitnom saugovarača (Perović, 1972: 20). Svojstvo postaje bitno ako je takvo bilo u svesti strane u zabludi, presudno utičući na njenu odluku da zaključi ugovor sa takvom prestacijom. Izostalo svojstvo je odlučna okolnost, jer je volja strane u zabludi bila na njega uperena, tako da zbog ove mane volje ugovor mora biti rušljiv. Ovakvo tumačenje naročito dolazi do primene u prometu umetničkim delima i kolekcionarskim primercima. Njihova specifična priroda, kojom se izdvajaju od drugih umetnina, nije toliko određena fizičko-hemijskom kompozicijom, koliko autorstvom, starošću (kod antikviteta), poreklom, pa se i ona smatraju delom supstance stvari i bitnim svojstvima.

Subjektivno tumačenje relativizuje pojam bitnog svojstva, pa i svojstva samog, oduzimajući mu stabilnost i nepromenljivost koju je garantovao objektivni kriterijum. Bitna svojstva sada su promenljiva (Colin, Capitant), nema apriori utvrđene liste bitnih i sporednih svojstava (Planiol), jer se ona utvrđuju za svaki ugovor posebno.<sup>31</sup> Zadatak sudije je ocena bitnosti izostalog svojstva prema svrsi ugovaranja i mogućnosti da i bez njega bude postignuta.

Radi sužavanja pojma bitnog, sudska praksa, podržana doktrinom, uvodi zahtev da zabluda bude izvinjavajuća (Hiber, 1991: 330). U uporednom pravu ima i drugačijih primera objektivizacije bitnosti osobina predmeta

---

29 Među francuskim teoretičarima, ova škola mišljenja bila je dominantna u prvoj polovini 19. veka, odmah po donošenju građanskog zakonika i nejasne pomenu te odredbe čl. 1110, u kom se pominje zabluda o *supstanci* stvari, ali ne objašnjava njeno značenje (O protagonistima više: Perović, 1972: 18-20).

30 Označavanjem bitnim i svojstava kojima stvar duguje svoju specifičnu prirodu, makar i da nisu njeni materijalni elementi (Aubry-Rau), ili onih karakteristika koje je individualizuju, čineći je osobenom u njenoj upotrebi i dajući joj ime, *nomen appellativum* (Demolombe) (Prema: Perović, 1972: 20).

31 O tome više: Perović, 1972: 21-22.

prestacije (Hiber, 1991: 331): umesto *in concreto*, subjektivno i prema volji žrtve zablude, objektivizacija se vrši *in abstracto*, pozivanjem na poslovni moral (čl. 24, st. 1, t. 4 švajcarskog Zakona o obligacionom pravu), običaje u prometu (čl. 61, st. 1 in fine ZOO) ili drugačije izraženim opštim i apstraktnim pravilom preovlađujućim u pravnom prometu. Bitnost može odrediti i logika ugovorne transakcije. Tako se savremeno pravo približilo zahtevima pravne sigurnosti i ugovorne stabilnosti, a sudska praksa zauzela, više-manje, nesporne stavove o bitnosti nekih svojstava kod određenih prestacija.<sup>32</sup> Proširen je i pojam supstance i pojam stvari; osim telesnih, već obuhvaćenih objektivnim kriterijumom, vodi se računa i o zabludi o bitnim svojstvima bestelesnih stvari (prava i potraživanja). Činidba može, osim na *dare*, da glasi i na ostale oblike dugovanog ponašanja.<sup>33</sup>

## **6.2. Bitna svojstva predmeta činidbe u nemačkom pravu**

U nemačkoj literaturi (Larenz, 1967: 385–386; Jauernig, 2007: 62) bitnim svojstvima predmeta prestacije smatraju se fizičke ili pravne osobine stvari, njena sadašnja i trajna svojstva, po kojima je ona prepoznatljiva u pravnom prometu, koja joj određuju upotrebljivost i vrednost (ne i cenu, koja je promenljiva i formira se na tržištu).<sup>34</sup> Ona mogu biti deo telesnosti stvari, ticati se materije od koje je izrađena (biti supstanca stvari) ili proizlaziti iz njenog odnosa sa okolinom. Radi se o pravnom

---

32 Beležimo: poništenje ugovora o kupoprodaji umetničke slike zbog kupčeve zablude o njenom poreklu (najčešće u vezi sa identitetom slikara; zabluda o istinitosti umetničkog dela ušla je kao nesporna u okvire francuskog pojma zablude o supstanci, jedine u zakonu pomenu te), o kupovini zemljišta zbog zablude da je obradivo ili građevinsko, a nije, ali i zbog zablude prodavčeve koji je, ne znajući da prodaje umetnički predmet ili kolekcionarski primerak, ovaj prodao daleko ispod njegove prave vrednosti (Kötz et al, 2002: 180–181). Čak i zabluda o dimenzijama slike može biti bitna ukoliko je veličina slike bila odlučujući motiv kupčevog obavezivanja, zabluda da je konj trkački, a nije, prodaja motorcikla sa administrativnim dozvolama, a pokaže se da ih prodavac nema (Perović, 1972: 23).

33 Kod prodaje preduzeća, bitna je njegova solventnost.

34 Na primer, zabrana gradnje, izloženost imisijama, zak lonjen pogled. Ovo s u neke ekonomske ili pravne činjenice, proizlazeće iz fizičkih osobina stvari (položaja, na primer), koje trajno utiču na stvar, posebno njenu upotrebljivost. Prosto očekivanje određenih svojstava, koja nisu izričito ili konkludentno ugovorena, ne zadovoljava, pa je eventualno odstupanje u domenu rizika pribavioca. Na primer, kupovina građevinskog zemljišta bez bližeg opisa ipak podrazumeva da je na njemu dozvoljeno graditi. Opravdano je i očekivanje takvog svojstva (vrstom stvari koja se nabavlja), bez obzira na poznatost prodavcu kupčeve namere i svrhe ugovaranja. Ta očekivanja nisu pravno beznačajne pobude.



ili fizičkom položaju stvari, značajnom za vrstu pravnog odnosa koji se povodom nje zasniva. Zabrana građenja na određenoj parceli važno je svojstvo ukoliko se ova nabavlja radi izgradnje.<sup>35</sup>

Bitnim, karakterističnim svojstvima stvari smatraju se samo ona koja, kao takva, priznaje pravni promet (Jauernig, 2007: 62): ona se određuju prema mišljenju razumnih poslovnih ljudi o činjenicama uobičajeno važnim za odluku da se ugovori činidba kakva je u konkretnom (spornom) slučaju. Mogućnost da opstanak pravnog posla isključivo zavisi od ličnih uverenja strane u zabludi isključena je upućivanjem sudije na utvrđivanje tipične pravne i privredne svrhe posla, u svetlu koje će oceniti uticaj izostanka spornog svojstva na njeno ostvarenje (Larenz, 1967: 386). Potvrđan odgovor svakako da daje dotičnom svojstvu kvalifikativ bitnog, a strani u zabludi pravo da pobija pravni posao.

Kriterijum nemačkog zakonodavca pre svega je objektivn i u interesu pravne sigurnosti, ali ni namera ugovornika nije sasvim zanemarena. U proceni bitnog ne uzimaju se u obzir samo svojstva navedena u pravnom poslu (opis stvari) i tipična svrha posla, već i druge činjenice koje su strane označile u vezi s njom, bez obzira da li su inače karakteristične i značajne za istovrsne činidbe.<sup>36</sup> Uvažava se konkretna svrha ugovaranja, pa bitnim mogu postati i činoci van stvari (nisu deo njene supstance), ali saugovaračima važni za njeno postizanje.<sup>37</sup>

Odredba st. 2 § 119 BGB, kojom se bitna svojstva predmeta određuju prema uobičajenom, ustaljenom shvatanju u pravnom prometu, ograničava ih, pre svega, na ona tipična i relativno nesporna. No, tek će osobenosti

---

35 Iz sudske prakse (prema: Jauernig: 2007: 62): bitnom se smatra i boja tkanine, veličina i položaj nepokretnosti, postojanost zemljišta, autentičnost umetničkog dela, godina proizvodnje (starost) polovnog vozila. Neophodno je da ovi odnosi, sami za sebe, označavaju jednu stvar, a ne da su okolnosti koje tek posredno u tiču na njenu upotrebljivost ili vrednost (Larenz, 1967: 385). Trenutno aktuelne okolnosti (npr., nepristupačnost parceli usled odrona) usled svoje prolaznosti, ne zadovoljavaju ove uslove.

36 Sklonost kuće ka padu bitno je svojstvo ukoliko je predviđena za stanovanje, ali ne i ako je kupac kupuje da bi je srušio.

37 Subjek tivno bitna očekivanja objek tivno proverljiva, na primer, prema mestu zaklju čenja posla i stru čnosti prodavca. Kupovina umetničkog predmeta u aukcionarskoj kući opravdava očekivanje au tentičnosti, bez obzira da li je takvo očekivanje saopšteno drugoj strani. U pravnom prometu uobičajeno se očekuje da su takvom prodavcu i kod takvih vrsta stvari poznate dve odlučne okolnosti, i da za njih mora garantovati: jedna je bitnost svojstava au tentičnosti i porekla umetničkih predmeta, a druga – njihov presudni u ticaj na odluku da se ona nabave. Ove uslove ne ispunjava kupovina predmeta u robnoj kući, bez obzira na njihovu umetničku vrednost.

konkretnog slučaja odrediti istinski domašaj bitnosti zablude o njima i zato nema unapred datih i tipiziranih primera niti shemâ po kojima bi se postupalo. Naglasiti moramo i nesporan stav pravne teorije i judikature da je isključeno pobijanje posla zbog zablude o bitnim svojstvima ukoliko su ispunjeni uslovi odgovornosti prenosioca za fizičke nedostatke stvari (§ § 435–437 BGB) (Jauernig, 2007: 62). U nemačkom pravu je na pitanje o odnosu ovih dvaju zahteva nedvosmisleno odgovoreno: konkurencije nema, već odgovornost za nedostatke stvari, kao *lex specialis*, isključuje pravo pribavioca da se pozove na zabludu ako se ispostavi da stvari nedostaju neke važne osobine. Isključivo ga se upućuje na ostvarivanje zahteva zbog povrede punovažnog ugovora, po osnovu ugovorne odgovornosti. U našem i francuskom pravu pribavilac slobodno bira osnov svog zahteva, vodeći računa o rokovima, jer se razlikuju.<sup>38</sup>

### **6.3. Ocena kriterijuma utvrđivanja bitnih svojstava predmeta činidbe**

Koji je kriterijum najprihvatljiviji za utvrđivanje bitnosti određenih svojstava? Sigurno je da treba poći od subjektivnog kriterijuma i procenu, najpre, vršiti konkretno, jer zakonodavac govori o namerama strana, pa tu nameru prvenstveno treba uzeti u obzir (tako i Cigoj, 1980: 196). Više odgovara i prirodi ugovornih odnosa (Perović, 1972: 24). Ukoliko procena *in concreto* ne zadovoljava, jer nema dovoljno elemenata u pravnom poslu, treba subjektivni kriterijum primeniti *in abstracto*, šta bi razumna osoba u istim okolnostima označila bitnim i za zaključenje posla odlučujućim svojstvom, ili čak objektivnim kriterijumom (Cigoj, 1980: 196). Mišljenja smo da rizik preterane subjektivizacije bitnosti svojstava ograničava opšti, za svaku zabludu, zahtevani uslov determinantnosti (izostalo svojstvo je odlučna okolnost i, da nije bilo zablude o njemu, ni posla ne bi bilo). Treba dokazati da je izostalo svojstvo bilo odlučujući motiv ugovaranja, ne obična pobuda, već deo *animus contrahendi* – da je ušlo u ugovorno polje prema kom se utvrđuje mogućnost ostvarenja svrhe ugovaranja. Dodatne okolnosti mogu pomoći: cena, verziranost kupca ili prodavca u prometu određenih predmeta, ugovorne izjave i preuzete garancije, ponašanje prodavca, čak i njegovo ćutanje na uočenu zabludu kupca da stvar ima neka, njemu bitna, svojstva.

Zabluda o bitnim svojstvima predmeta upućuje nas na istraživanje i uvažavanje pribaviočevih očekivanja određenih osobina predmeta, ali njih nikako ne smemo poistovećivati sa običnom pobudom, koja se

---

38 Uporediti čl. 117 sa čl. 482 i čl. 500 ZOO.

ne uvažava ako bude izneverena. Zabludu o bitnim svojstvima predmeta treba razlikovati od zablude u pobudi (Cigoj, 1980: 196), mada su prilično bliske.<sup>39</sup> Pomažu nam okolnosti u kojima je posao zaključen, pa i njegova sadržina, jer iz nje saznajemo šta je ušlo u ono Gestinovo ugovorno polje i ne sme biti zanemareno, čak i ako izričito nije bilo iskazano ili napisano.<sup>40</sup> Na primer, kupovinom u antikvarnici opravdano se može očekivati garantovana starost predmeta ili – u poznatoj aukcionarskoj kući – autentičnost umetničkog predmeta. „Ako neko kupuje sliku za koju misli da je rad velikog umetnika i razne okolnosti, na primer, cena ili izrada, govore tome u prilog, on je u zabludi ako se pokaže da je slika rad drugog slikara. Da slika mora biti rad velikog umetnika, to ovdje proizlazi već iz sadržine ugovora“ (Cigoj, 1980: 197). Zabluda bi bila pravnorelevantna čak i da je stvarni autor jednako poznat, ukoliko je kupčeva volja bila usmerena na tačno određenog slikara, a ne drugog, ma kako poznatog. Drugačije bi bilo ako prodavac ne zna niti može znati za kupčevo očekivanje, i sliku, za koju se ispostavi da je kopija, prodaje jeftinije. Kupčevo očekivanje se onda ne može ocenjivati kao slu čaj zablude o bitnim svojstvima, jer ona nisu bila predmet ugovora. To ostaje samo zabluda u pobudi, proistekla iz okolnosti na strani kupca, a ne iz onih objektivnih, koje su pratile zaključenje posla.

## 7. Zaključak

Pravni pisci i, pod njihovim uticajem, zakonodavac oduvek su se prema zabludi postavljali shodno svom osnovnom izboru između teorijâ volje i izjave volje, i shvatanju o većem ili manjem značaju privatne autonomije i pravne sigurnosti. Naš zakonodavac zabludu je uredio u tradiciji teorije volje, čineći je razlogom rušljivosti pravnog posla, ali samo ako je tako uticala na volju da bez nje saugovarač ne bi zaključio posao. U određivanju bitnih zabluda, kombinovanim metodom, neke su izdvojene kao takve već po zakonu, među njima i zabluda o bitnim svojstvima predmeta činidbe. Ovo je jedna od najčešćih, ali i najspornijih zabluda, i zahteva da

---

39 Podsetimo da se u nemačkoj pravnoj literaturi, zabluda o bitnim svojstvima kvalifikuje kao pravno relevantan slu čaj zablude o pobudi (*Motivirrtum*) (Larenz, 1967: 381; Fikentscher et al: 437). Volja se formirala na osnovi pogrešnih uverenja ili razumevanja stvarnosti (*Realitätsirrtum*), čiji rizik, u interesu pravne sigurnosti, snosi strana u zabludi, osim ako su ona bila presudna za zaklju čenje posla. Bez njih, posla ili ne bi bilo ili ne s takvom sadržinom. Rečnikom našeg zakonodavca, očekivanje određenih svojstava predmeta bilo je odlu čujuća pobuda za zaklju čenje pravnog posla, a ona se, čak i kod teretnih poslova, mora uvažavati.

40 *Motifs principals et déterminants, introduit dans le champ contractuel.*

se bitnost osobina prestacije ne vezuje isključivo za uobičajena shvatanja u pravnom prometu. Naprotiv, veoma je važan, ponekad i presudan, značaj koji je spornoj osobini pridala žrtva zablude, ako se njena ugovorna volja formirala u očekivanju da ispunjena prestacija ima upravo ta, a ne neka druga svojstva, pa makar bila i tipična. Očekivanje da ispunjeno odgovara zamišljenoj predstavi o postojanju određenih svojstava više je od obične pobude i ulazi u osnov obaveze: pokrenulo je motivacioni mehanizam za zaključenje posla – bez njega posla ne bi ni bilo – i to mu daje na značaju u proceni vlastitog dejstva. Eventualni nedostaci takvog očekivanja, poput suprotnosti sa javnim poretkom ili njegovog obrazovanja na osnovu krive predstave o stvarnosti, ruše polaznu i, u skladu sa principom *favor contractus*, željenu tezu o punovažnosti pravnog posla. U prvom slučaju zato što ugovorna volja prelazi granice dopuštene privatne autonomije, u drugom – zato što je volja zahvaćena pravno značajnim nedostatkom

– zabludom o bitnim svojstvima predmeta činidbe. Davanjem ovakvog značaja volji žrtve zablude, zakonodavac je uputio sudiju da u svakom pojedinom slučaju sazna kakva bi ona – lišena zablude – istinski bila, i time kao da je stavio ispred zahteva za pravnom sigurnošću i poverenjem u prometu. Zaključak je, ipak, preuranjen, pa se do neophodne ravnoteže sa interesima druge strane dolazi zahtevom prepoznatljivosti značaja koji je izostalom spornom svojstvu pridala strana u zabludi i, za slučaj poništenja posla, njenim pravom na naknadu štete zbog poverenja.

### **Literatura (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. *BGBI*. III 400-2. I Nr. 39. 2001.

Zakon o obligacionim odnosima. *Službeni list SFRJ*. Br. 29. 1987. Br. 39. 1985. Br. 45. 1989. Br. 57. 1989. *Službeni list SRJ*. 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.

- Kovačević Kuštrimović, R. Lazić, M. (2008). *Uvod u građansko pravo*. Niš: Punta.
- 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.
- Marković, L. (1927). *Građanskopravo. Opšti deo i Stvarno pravo*. Beograd. Mijačić
- Cvetanović, M. (1982). O manama volje prema Zakonu o obligacionim odnosima. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. XXII. 179–195.
- Perović, S. (1981). *Obligaciono pravo*. Knjiga prva. Beograd: Službeni list SFRJ.
- Perović, S. (1972). Zabluda o svojstvima predmeta i odgovornost za 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 građansko pravo*. Beograd: Savremena administracija.
- Stojčević, D. (1983). *Rimsko privatno pravo*. Beograd: Savremena administracija.
- Fikentscher, W. Heinemann, A. (2006). *Schuldrecht*. Berlin: De Gruyter Recht.
- Hiber, D. (1991). *Pojam bitne zablude pri zaključenju ugovora* (doktorska disertacija). Beograd.
- Cigoj, S. (1980). Mane volje. U Blagojević, B. Krulj, V. (Red.) *Komentar Zakona o obligacionim odnosima. I*. Beograd: Savremena administracija. 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.*

UDK: 342.7-053.2

Rad primljen: 01.04.2017.  
Rad prihvaćen: 24.05.2017.

## **PRAVO DETETA NA MIŠLJENJE I NAJBOLJI INTERES DETETA SA TEŽIŠTEM NA PRISTUPU KOMITETA ZA PRAVA DETETA**

**Apstrakt:** *Participativna prava deteta, a pre svih, pravo deteta na mišljenje, odigrala su ključnu ulogu u nastojanjima da se izmeni pravna predstava o detetu. Dete prestaje da se posmatra kao objekat pravne zaštite i prepoznaje se kao imalac individualnih prava i interesa. Tačnije, objekat pravne zaštite umesto deteta postaju prava deteta putem kojih se nastoji na sveobuhvatan način zaštititi i afirmisati ljudsko dostojanstvo, odnosno psihički, fizički i duhovni integritet deteta. Motor navedenih promena čini upravo pravo deteta na mišljenje koje se nastoji učiniti ključnim elementom za oblikovanje sadržine najboljeg interesa deteta. Ovakav pristup snažno zagovara Komitet Ujedinjenih nacija za prava deteta oslanjajući se na pristup zasnovan na pravima deteta (child rights – based approach). Navedeni pristup prema kojem se elementi za određivanje sadržine najboljeg interesa deteta iskazuju preko prava deteta suštinski znači uzdizanje mišljenja deteta u činilac najvišeg ranga. Težište rada čini upravo analiza značaja i domašaja prava deteta na mišljenje kao elementa za određivanje sadržine najboljeg interesa deteta u svetlu shvatanja pomenutog međunarodnog organa. Pri tome, posebno će se razmotriti saobraznosti domaćeg porodičnog zakonodavstva sa pravcem koji sugeriše Komitet za prava deteta.*

**Ključne reči:** *najbolji interes deteta, princip participacije, pravo deteta na mišljenje, Komitet za prava deteta, sposobnost deteta za formiranje mišljenja.*

---

\* v vlaskovic@jura.kg.ac.rs

## 1. Uvod

Koncept prava dece koji se postepeno razvijao tokom X X veka da bi kulminirao donošenjem Konvencije o pravima deteta,<sup>1</sup> iz temelja je izmenio predstavu o porodičnopравnim odnosima i pravnom statusu deteta uopšte. Dete je iz senke, najpre očinske vlasti, a zatim i sa periferije borbe majki za rodnu ravnopravnost, postalo centralni subjekt porodičnopравnih odnosa. Ova "tiha revolucija" posledica je u prvom redu procesa individualizacije porodičnog prava, koja se, naročito u godinama nakon Drugog svetskog rata odvijala pod uticajem ideje o ljudskim pravima. Priznavanje posebnih prava detetu unutar okruženja protkanog uzajamnim pravima i obavezama, odnosima poverenja, bliskosti i međuzavisnosti nesumnjivo predstavlja radikalni zahvat u intimnost porodične sfere. Detinjstvo je relativno kratko i nepostojano, izloženo stalnim promenama koje uzrokuje razvoj saznavnih i intelektualnih sposobnosti deteta. Zbog toga prava deteta imaju težak zadatak da omeđe i uobliče nešto što se neprekidno menja i transformiše.

Preduslov za priznavanje prava dece bilo je prepoznavanje posebnog i legitimnog interesa deteta kao zasebnog subjekta kome je potrebno pružiti pravnu zaštitu. Drugim rečima, prava deteta podrazumevaju posebno izdvajanje određenih ličnih dobara deteta kao objekata prava koji predstavljaju društveno priznat interes (Janjić-Komar, Obretković, 1996: 14). Zbog toga se prava deteta zasnivaju na teoriji o pravima kao pravno zaštićenom interesu (Masson, Bailey-Harris, Probert, 2008: 495). U tom smislu, "interes" može postojati nezavisno od pravno relevantne volje titulara prava, odnosno mogućnosti da se čini odgovarajući izbor i donose odluke. Ipak, za tektonske promene koje su u pravnim odnosima izazvala prava dece, od ključnog značaja bilo je upravo pravno prepoznavanje vrednosti i značaja volje deteta. Shodno tome, može se reći kako su autonomija deteta i prava koja služe navedenom cilju istinski pokretači temeljnih promena koje su prava dece izazvala.

Pravo deteta na mišljenje predstavlja prvi i osnovni stepenik koncepta participacije deteta na koji se nadovezuju i ostala participativna prava deteta iz KPD, poput prava na slobodu veroispovesti ili prava na slobodu udruživanja i miroljubivog okupljanja (Draškić, 2006: 12).<sup>2</sup> Između

---

1 Konvencija je usvojena rezolucijom 44/25 Generalne skupštine Ujedinjenih nacija od 20. novembra 1989. godine, a naša država ju je ratifikovala već naredne godine. Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija o pravima deteta, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, 15/90 i *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, 2/97. U daljem tekstu: KPD.

2 Vid. čl. 14, st. 1 i čl. 15, st. 1 KPD.



navedenih participativnih prava i prava deteta na zaštitu postoji određena tenzija koja se odslikava pre svega kroz različit doživljaj deteta kao pravnog subjekta. Ipak, u pravnoj nauci sve se više nastoji pokazati kako je navedena dihotomija lažna, odnosno kako suštinski ne postoji sukob između prava deteta na zaštitu i prava na participaciju (Freeman, 2007: 356). U navedenom pravcu kreće se i aktivnost Komiteta za prava deteta koji zagovara "holistički" pristup pravima dece, gde su sva lična dobra deteta neraskidivo utkana u dostojanstvo deteta.<sup>3</sup> Pri tome, težište se pomera sa zaštite deteta na zaštitu prava deteta (Verhellen, 1993: 365–366). Istovremeno, princip najboljeg interesa deteta se, ilustrativno rečeno, preobražava iz gospodara u slugu prava dece. Ključnu ulogu u transformaciji pomenutog principa imaju upravo participativna prava deteta koja sa sazrevanjem deteta sve jače potiskuju paternalističke elemente iz pojma najboljeg interesa deteta. U tom smislu, najbolji interes deteta sve manje predstavlja kriterijum za procenu prava dece, već se odigrava obrnut proces u kome prava dece postaju merilo za određivanje sadržine najboljeg interesa deteta.<sup>4</sup>

Ipak, uprkos svesrdnoj težnji Komiteta za prava deteta da navedeni princip konstitucionalizuje, paternalistički karakter najboljeg interesa deteta unutar realnosti porodične sfere nije lako potisnuti. Metaforično rečeno, najbolji interes deteta može se zamisliti kao novčić čija jedna strana predstavlja paternalističke, a druga autonomne ciljeve deteta. Komitet za prava deteta nastoji da navedeni novčić „padne“ na stranu participacije deteta uvek kada je to moguće.

## **2. Određivanje sadržine najboljeg interesa deteta u svetlu prava deteta na mišljenje**

### ***2.1. Participativna prava kao ključni činilac promene pravnog položaja deteta***

Dve ključne sile koje danas oblikuju pravni položaj deteta i predstavljaju izvorište pravne regulative o deci jesu princip najboljeg interesa deteta i prava deteta na participaciju.<sup>5</sup> Zbog toga se vrednost pomenutog

---

3 Videti: par. 5 Opšteg komentara br. 14 Komiteta Ujedinjenih nacija za prava deteta o pravu deteta da njegov ili njen najbolji interes bude od prvenstvenog značaja (čl.

3. par. 1.) od 29. maja 2013. godine. [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). Preuzeto: 23. marta 2017. U daljem tekstu: OK/KPD/14.

4 Videti: par. 5 OK/KPD/14.

5 Vrednost principa najboljeg interesa deteta i participacije dece posebno se ističe u Opcionom protokolu br. 3 uz Konvenciju o pravima deteta o procedu ri

principa može na istinski način sagledati jedino kroz uzajamni odnos sa participativnim pravima deteta.

Početna polazišta principa najboljeg interesa deteta i autonomnih, odnosno participativnih prava deteta naizgled ukazuju na rivalitet dva koncepta. Naime, u svojoj dugoj tradiciji princip najboljeg interesa deteta je funkcionisao prevashodno kao zaštitni bedem ličnosti deteta, odnosno kao odgovor na potrebu da se detetu pomogne u svojoj ranjivosti, neravnopravnosti i nezaštićenosti. Sa druge strane, ideja participacije ruši predstavu o detetu kao nesposobnom, neodgovornom i nepotpunom ljudskom biću koje se tek sa dostizanjem određenog uzrasta može smatrati punopravnim članom društva (Krappmann, 2010: 502). Iz tog razloga, najbolji interes deteta je individualizovao dete i ukazao kako i dete kao član porodice može imati sopstvene interese. Participativna prava su navedene interese iz ruku odraslih prenela na decu kao autonomne pravne subjekte i na taj način istinski izmenila predstavu o pravnom položaju deteta. Drugim rečima, participacija dece počiva na uverenju kako deci treba omogućiti donošenje sopstvenih odluka i vršenje autonomnih izbora. Zbog toga se prava dece na participaciju u pravnoj literaturi ponekad označavaju i kao "prava vlasti" ("*empowerment rights*") (Stern, 2006: 154). Kroz pomenuti izraz, koji se za prava odraslih podrazumeva, nastoji se simbolično prikazati raskid sa starim shvatanjem dece kao pravnih subjekata zavisnih i podređenih volji drugih. U navedenom kontekstu, najbolji interes deteta može se doživljavati kao brana neodgovarajućim izborima deteta ili kao koncept koji će prigriliti participaciju deteta kao svoj osnovni izraz. Komitet za prava deteta se odlučio za drugi put.<sup>6</sup>

---

komunikacije od 19. novembra 2011. godine gde se navodi kako će se Komitet za prava deteta prilikom ostvarivanja svojih funkcija voditi principom najboljeg interesa deteta, ali i da će takođe voditi računa o pravima i mišljenju deteta kome će posvetiti du žnu pažnju u skladu sa uzrastom i zrelošću deteta. [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). Preuzeto: 23. marta 2017. U daljem tekstu: OP br. 3-KPD. Videti: čl. 2 OP br. 3-KPD. Iz stilizacije odredbe primetno je kako se pravo deteta na mišljenje izdvaja od ostalih prava dece i uzdiže u rang osnovnog principa navedenog Protokola.

6 Videti: par. 74 Opšteg komentara br. 12 Komiteta Ujedinjenih nacija za prava deteta: pravo deteta da bude saslušano od 20. jula 2009. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>. Preuzeto: 24. marta 2017. U daljem tekstu: OK/KPD/12 i videti u tom smislu: par. 43 OK/KPD/14.

## **2.2. Sadržina i domašaj prava deteta na mišljenje u kontekstu najboljeg interesa deteta**

Osnovno, opšte ili pravo-maticu kada je reč o participativnim pravima dece, predstavlja pravo deteta na mišljenje. KPD reguliše navedeno pravo na dva nivoa, opštem i konkretnijem, odnosno proceduralnom nivou. Najpre, KPD obavezuje države-ugovornice “obezbediti detetu koje je sposobno formirati svoje mišljenje pravo da navedeno mišljenje iskaže slobodno u svim odnosima koji se tiču deteta, te da se mišljenju deteta posveti dužna pažnja u skladu sa uzrastom i zrelošću deteta”.<sup>7</sup>

Od država-ugovornica se zahteva, jednako kao i u slu čaju primene najboljeg interesa deteta, da se prilikom tumačenja svih drugih prava iz KPD rukovode pravom deteta na mišljenje.<sup>8</sup> Dalje, KPD konkretizuje u proceduralnom smislu navedeno pravo tako što navodi kako će se detetu “naročito pružiti prilika da bude saslušano u bilo kom sudskom i administrativnom postupku koji se tiče deteta, bilo neposredno, bilo preko zastupnika ili odgovarajuće ustanove, na način saglasan proceduralnim pravilima nacionalnog prava”.<sup>9</sup>

U odnosu na princip najboljeg interesa deteta, sadržina prava deteta na mišljenje je konkretnije određena, zahvaljujući užim pravima, odnosno ovlašćenjima iz kojih se pomenuto pravo sastoji. Tako, pravo deteta na mišljenje iz KPD obuhvata pravo da dete slobodno izrazi svoje mišljenje, da se mišljenju deteta posveti dužna pažnja, kao i da dete bude saslušano u sudskim ili administrativnim postupcima koji ga se tiču. Međutim, za razliku od principa najboljeg interesa deteta, pravo deteta na mišljenje prate određena ograničenja, iskazana kroz odgovarajuće pravne činjenice i pravne standarde. U tom smislu, tvorci KPD navode kako je titular prava dete “sposobno formirati svoje mišljenje”, te kako se mišljenju deteta mora posvetiti “dužna pažnja”, u skladu sa “uzrastom i zrelošću deteta”. Prvi i treći izraz predstavljaju pravne činjenice, s obzirom da je reč o životnim okolnostima koje utiču na nastanak konkretnog pravnog odnosa (Gams, 1970: 133). Izuzev “uzrasta” deteta, reč je o činjenicama o kojima sud u postupku, po pravilu, izvodi dokaze uz pomoć određenih stručnjaka iz vanpravnih oblasti. Međutim, pomenute dokaze sud slobodno ceni i odlučuje kakvu će vrednost dati odgovarajućim nalazima i mišljenjima stručnih lica. Izraz “dužna pažnja” je tipični pravni standard, čiji se domašaj određuje na osnovu “uzrasta” i “zrelosti deteta” kao pravnih

---

7 Čl. 12, st. 1 KPD.

8 Videti: par. 17, OK/KPD/12.

9 Čl. 12, st. 2 KPD.

činjenica, što znači kako odgovarajući vanpravni stručnjaci opet imaju značajnu posrednu ulogu pri primeni navedenog pravnog standarda.

Najpre, prema KPD, titular prava na mišljenje jeste dete “spособno formirati mišljenje”. Komitet za prava deteta nastoji na svaki način minimizirati ograničavajući karakter pomenute pravne činjenice. Tako, prema Komitetu “navedeni izraz ne treba posmatrati kao ograničenje, već pre kao obavezu država-članica da u što većoj meri procene sposobnost deteta da formira autonomno mišljenje u najvećem mogućem obimu”.<sup>10</sup>

Komitet se ovde ne zadržava, već iznosi shvatanje kako postoji pravna pretpostavka da je dete sposobno formirati svoje mišljenje, te da je teret dokazivanja na licu koje tvrdi suprotno.<sup>11</sup> Pri tome, Komitet za prava deteta se izričito izjašnjava protiv fiksnog određivanja uzrasta u kome će se pretpostavljati kako je dete sposobno formirati mišljenje.<sup>12</sup> U našem zakonodavstvu i sudskoj praksi prepoznaje se kako je pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja uslovljeno isključivo sposobnošću deteta da formira svoje mišljenje, te da donja starosna granica za ostvarenje ovog prava nije propisana.<sup>13</sup> Ipak, shodno pravilima PZ, konstatuje se kako za decu preko deset godina postoji zakonska pretpostavka o dostignutoj zrelosti za izražavanje mišljenja deteta u sudskom i upravnom postupku.<sup>14</sup> Komitet za prava deteta insistira da se u situacijama kada je određena donja starosna granica za ostvarivanje prava deteta na mišljenje u sudskom ili administrativnom postupku, detetu omogući da bude saslušano bez obzira na pomenutu starosnu granicu (Krappmann, 2010: 507). Tako, Komitet sugeriše kako u postupku za razvod braka sud mora individualno ceniti sposobnost deteta da formira mišljenje, bez određivanja minimalne starosne granice kada će se navedena sposobnost pretpostavljati.<sup>15</sup> U svetlu našeg prava i sudske prakse, to bi praktično značilo kako sud u svakom konkretnom slučaju treba utvrđivati da li je dete mlađe od 10 godina sposobno formirati mišljenje. Utvrđivanje sposobnosti za formiranje mišljenja bi se u slučajevima deteta mlađeg od 10 godina javilo kao svojevrsno prethodno pitanje, koje bi se moglo rešavati uz pomoć različitih stručnjaka ili

---

10 Par. 20 OK/KPD/12.

11 *Ibid.*

12 Videti: par. 21 OK/KPD/12.

13 Videti: čl. 65, st. 1 Porodičnog zakona Srbije, *Službeni glasnik RS*, 18/05. U daljem tekstu: PZ. U tom smislu videti: Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 123/07 od 19. aprila. 2007. godine (Aktuelna sudska praksa, 3: 2008).

14 *Ibid.* Videti: čl. 65, st. 4 PZ.

15 Videti: par. 52 OK/KPD/12.

neposrednim saslušanjem deteta od strane suda (Ponjavić, 2012: 40). U suprotnom, deca mlađa od navedenog uzrasta bi bila diskriminisana u odnosu na decu stariju od deset godina, koja imaju pretpostavljenu sposobnost formiranja mišljenja (Ponjavić, 2012: 40). Drugim rečima, sudovi ili odgovarajući administrativni organi mogu po službenoj dužnosti obarati pravnu pretpostavku kako dete mlađe od 10 godina života nije sposobno formirati svoje mišljenje i slobodno ga iskazati u sudskom ili administrativnom postupku. Pri tome, osnovni kriterijum prilikom procene potrebe da se i mlađe dete saslušati biće upravo najbolji interes deteta u svakom pojedinačnom slučaju. Ipak, treba napomenuti kako se starosna granica od 10 godina ne može koristiti kao opravdanje da se mišljenje deteta mlađeg od navedenog uzrasta uopšte ne utvrđuje.

Cilj Komiteta je da maksimalno proširi domašaj prava deteta na mišljenje, odnosno da mišljenje deteta učini faktorom odlučivanja, čak i u slučajevima veoma male dece. Pomenuti koncept "sposobnosti deteta da formira svoje mišljenje" dosledno primenjuje švedsko pravo još od 1998. godine, gde se fiksno ne određuje uzrast u kome se pretpostavlja kako je dete sposobno formirati mišljenje.<sup>16</sup> Englesko pravo takođe ne predviđa uzrast u kome će se pretpostavljati sposobnost deteta za formiranje mišljenja, gde je od posebnog značaja odluka u čuvenom slučaju *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* iz 1985. godine (Freeman, 2005: 201–202). Bliska navedenim rešenjima su i pravila norveškog zakonodavstva, prema kojima će se "detetu koje je navršilo 7 godina ili mlađem detetu sposobnom formirati svoje mišljenje, dati informacije i pružiti prilika da iskaže svoje mišljenje pre donošenja bilo koje odluke o ličnom statusu deteta" (Archard, Skivenes, 2010: 45).<sup>17</sup> U tom smislu, Komitet za prava deteta ističe kako čak i bebe i veoma mala deca imaju prava na sopstvenu procenu najboljeg interesa deteta, bez obzira što ne mogu iskazati mišljenje kao starija deca.<sup>18</sup> Komitet se poziva na odgovarajuća istraživanja prema kojima je dete sposobno formirati mišljenje još od najranijeg detinjstva, premda u neverbalnom obliku.<sup>19</sup> Tako, psiholozi su utvrdili kako bebe "govore" putem izražajnog jezika

---

16 Videti: par. 224 Trećeg periodičnog izveštaja Švedske Komitetu Ujedinjenih nacija za prava deteta od 11. novembra 2002. godine. [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). Preuzeto 24. marta 2017.

17 Odsek 6, st. 3 norveškog Zakona o dobrobiti deteta iz 1992. <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-child-welfare-act/id448398/>. Preuzeto: 24. marta 2017.

18 Videti: par. 44 OK/KPD/14.

19 Videti: par. 21 OK/KPD/12.

znakova, izraza lica i telesnih pokreta (Anderson, Hawthorne, Killen, 2011: 29). Ovako ekstenzivno tumačenje sposobnosti deteta da formira mišljenje od strane Komiteta za prava deteta ima određene nedostatke. Naime, bez obzira što malo dete kroz neverbalni vid komunikacije može iskazati određene stavove, o “mišljenju” deteta se u pomenutim slučajevima može saznati isključivo preko tumačenja odraslih lica. Najpre, ukoliko se odnosi u porodici odvijaju relativno skladno i funkcionalno, tada će praktično neprikosnoveni tumači mišljenja, odnosno emocija deteta u ranom detinjstvu biti roditelji, odnosno lica koja se neposredno staraju o detetu.<sup>20</sup> Prema Komitetu za prava deteta, navedena lica će biti ključna za procenu mišljenja, osećanja i želja deteta dok god postupaju u najboljem interesu deteta.<sup>21</sup> Pri tome, od suštinskog značaja za proširivanje obima i domašaja prava deteta na mišljenje jeste “razvoj sposobnosti” (*“evolving capacities”*) deteta kroz procenu postepenog sazrevanja i sticanja znanja i iskustva koji je za svako dete individualan.<sup>22</sup> Međutim, ukoliko su odnosi u porodici narušeni, bilo koji organ koji bi procenjivao “mišljenje” malog deteta, zavisio bi u potpunosti od nalaza odgovarajućih stručnjaka. Konačno, u KPD se navodi kako će se mišljenju deteta posvetiti dužna pažnja “u skladu sa uzrastom i zrelošću deteta”. Pri tome, sam Komitet za prava deteta definiše “zrelost” kao “sposobnost da se razumeju i procene posledice konkretnog postupka”.<sup>23</sup> Iz tog razloga, zrelost deteta ne može se vezivati za najranije detinjstvo, što ukazuje kako istinski domašaj mišljenja malog deteta teško može odgovarati težnjama Komiteta.

Očito je kako Komitet preko prava deteta na mišljenje nastoji u što većoj meri suzbiti, odnosno svesti na najmanju moguću meru paternalističke elemente unutar najboljeg interesa deteta. Ipak, svestan kako se paternalistički pristup teško može zaobići u slučajevima sasvim male dece, Komitet za prava deteta opravdava ekstenzivno tumačenje “sposobnosti deteta da formira mišljenje” upravo potrebom da se dete u punoj meri zaštiti.<sup>24</sup>

Dalje, dete ima pravo svoje mišljenje izraziti slobodno. Za vršenje navedenog ovlašćenja od ključnog značaja je da dete blagovremeno dobije

---

20 Videti: par. 16 Opšteg komentara br. 7 (2005) Komiteta ujedinjenih nacija za prava deteta: primena prava dece u ranom detinjstvu od 20. septembra 2006. godine. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/GeneralComment7Rev1.pdf>. Preuzeto 25. marta 2017. U daljem tekstu: OK/KPD/7.

21 *Ibid.*

22 Videti: par. 17 OK/KPD/7.

23 Par. 30 OK/KPD/12.

24 Videti: par. 21 OK/KPD/12.

sva obaveštenja potrebna za formiranje mišljenja.<sup>25</sup> Zbog toga se u pravnoj literaturi ističe kako odluka ne može biti slobodna ako ne počiva na informisanosti deteta (Kovaček – Stanić, 2008: 175; Stern, 2006: 161). Istovremeno, navodi se kako pravo deteta da dobije informacije predstavlja prvu fazu u procesu donošenja odluke koja se tiče deteta (Novaković, 2012: 196). Slobodna odluka deteta podrazumeva i da dete odbije iskazati svoje mišljenje u odgovarajućem postupku.<sup>26</sup> Takođe, od deteta se ne mora tražiti da se izjasni ni kada bi se time izazvale negativne posledice po dete, koje je isuviše emotivno vezano za određeno lice, uplašeno ili povređeno u konkretnom slučaju (Krappmann, 2010: 507; Ponjavić, 2012: 44).

Ključno ovlašćenje unutar prava deteta na mišljenje predstavlja pravo deteta da se mišljenju koje je iskazalo pokloni dužna pažnja, u skladu sa uzrastom i zrelošću deteta (Krappmann, 2010: 513). Pomenuto ovlašćenje nameće obavezu svim donosiocima odluka koje se tiču deteta da se stavovi deteta ozbiljno razmotre i imaju uticaj na ishod odluke (Krappmann, 2010: 513). Puko saslušanje deteta nije dovoljno, potrebno je da se mišljenje deteta ozbiljno razmotri onda kada ga je dete sposobno formirati.<sup>27</sup>

Značaj mišljenja deteta se postepeno uvećava sa zrelošću deteta, pri čemu uzrast deteta nema samostalnu i odlučujuću ulogu.

Ipak, u odgovarajućim sudskim ili administrativnim postupcima veoma je teško odrediti značaj mišljenja koje je dete sposobno za rasuđivanje iskazalo. Norveška teoretičarka Skivnes (*Skivenes*) je analizirajući odluke norveških sudova, došla do zaključka koji može biti korisno uputstvo i za naše sudove i upravne organe prilikom vrednovanja mišljenja deteta. Naime, pomenuta autorka je uočila kako se u norveškoj sudskoj praksi, kao tri osnovna elementa za određivanje domašaja mišljenja deteta, izdvajaju: istrajnost i doslednost deteta u određenom stavu, razlozi zbog kojih dete istrajava u određenom mišljenju i procena deteta koje će posledice nastupiti ukoliko se mišljenje koje je iskazalo prihvati (Archard, Skivenes, 2009: 12). Pomenuti elementi bi trebali omogućiti da se mišljenje deteta vrednuje u skladu sa najboljim interesom deteta u individualnom slučaju.

---

25 Prema s hvatanju Komiteta za prava deteta, «ostvarivanje prava deteta na izražavanje mišljenja zahteva da se dete informiše od strane onih koji imaju obavezu saslušati dete, kao i roditelja i staratelja deteta, o svim pitanjima, opcijama i mogućim odlukama i njihovim posledicama.» Par. 25 OK/KPD/12.

26 Videti: par. 134 (b) OK/KPD/12.

27 Par. 28 OK/KPD/12.

Nacionalna zakonodavstva često određuju uzrast deteta u kome će se smatrati kako je mišljenje deteta odlučujuće za ishod određenog sudskog ili administrativnog postupka. Reč je uglavnom o slučajevima gde se traži saglasnost deteta kako bi se konkretan pravni odnos zasnovao. Na primer, u našem pravu, dete koje je navršilo 15 godina života i koje je sposobno za rasuđivanje može odlučiti o održavanju ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim ne živi.<sup>28</sup> Pomenuto pravilo predstavlja primer prava na samoodređenje deteta u sudskom postupku, najčešće parnici za razvod braka. Takođe, naše porodično zakonodavstvo poznaje i slučajeve samoodređenja deteta u administrativnim postupcima. Tako će pravo na mišljenje deteta koje je navršilo 10 godina imati odlučujući značaj prilikom zasnivanja usvojenja.<sup>29</sup>

U prvom navedenom primeru iz našeg zakonodavstva, uspostavlja se neoboriva pravna pretpostavka kako je odluka deteta koje je navršilo 15 godina i sposobno je za rasuđivanje o održavanju ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim ne živi u najboljem interesu navedenog deteta. Dakle, sudu se ne ostavlja nikakva diskrecija da rangira različite elemente za procenu najboljeg interesa deteta, već se mišljenju deteta daje odlučujući značaj. Pomenuto rešenje našeg zakonodavca je u skladu sa sugestijama Komiteta za prava deteta kako se u određenom trenutku razvoja, mišljenje deteta izjednačava sa principom najboljeg interesa deteta.<sup>30</sup> Reč je o istom onom momentu kada se uloga roditelja transformiše u savetodavnu, odnosno kada se stavovi roditelja nađu u istoj ravni sa značajem koji se dodeljuje mišljenju deteta. Međutim, problem je što je za svako dete navedeni momenat različit i zavisi od individualnih razvojnih kapaciteta deteta. Zbog toga rešenje iz našeg PZ u pomenutom kontekstu možda neće u svakom pojedinačnom slučaju odgovarati najboljem interesu deteta.

U drugom navedenom primeru, postoji takođe neoboriva pravna pretpostavka kako usvojenje neće biti u najboljem interesu deteta ako se sa zasnivanjem usvojenja nije saglasilo dete koje je navršilo 10 godina i koje je sposobno za rasuđivanje. S obzirom na vrhunski značaj najboljeg interesa deteta u oblasti usvojenja i mogućih negativnih posledica prevelike diskrecije upravnih organa, pomenuto rešenje ima snažnije opravdanje. Posledice usvojenja su dalekosežne, zbog čega nacionalna zakonodavstva, po pravilu, određuju uzrast kada će se mišljenju deteta

---

28 Čl. 61, st. 4 PZ.

29 Videti: čl. 98 PZ.

30 У том смислу видети: пар. 44 ОК/КПД/14.



u navedenom domenu dati odlučujući karakter. Naše zakonodavstvo, na primer, omogućava da se odbije usvojenje i ako se dete mlađe od 10 godina izjasnilo protiv zasnivanja usvojenja. U takvim slučajevima, organ starateljstva, a ne zakonodavac, rangira mišljenje deteta kao element najvišeg ranga prilikom određivanja sadržine najboljeg interesa deteta.<sup>31</sup>

U kontekstu roditeljskog prava, vrednost i domašaj mišljenja deteta je obrnuto srazmeran sa prostorom za vršenje roditeljskog prava. Tako, prema shvatanju Komiteta, što je dete starije, zrelije i iskusnije, roditelji, staratelji ili druga lica odgovorna za dete, moraju obavezu vaspitanja i usmeravanja deteta transformisati i prilagoditi u davanje saveta i razmenu mišljenja sa detetom na ravnopravnim osnovama.<sup>32</sup>

Navedena transformacija u vršenju roditeljskog prava ne vezuje se za neku fiksno određenu starosnu granicu deteta, već se roditeljski autoritet postepeno umanjuje tako što se dete ohrabruje i podstiče da iskazuje svoje mišljenje u sve većem obimu.<sup>33</sup> Sa preobražajem roditeljskog prava istovremeno se odigrava i transformacija principa najboljeg interesa deteta, koji postepeno sa sazrevanjem deteta gubi svoj paternalistički karakter. Drugim rečima, namera Komiteta je da autonomiju deteta vremenom učini odlučujućim faktorom za određivanje sadržine najboljeg interesa deteta.

Pomenuto nastojanje i težnja Komiteta predstavlja ekstenzivno i evolutivno tumačenje pravila KPD, s obzirom da se u vreme donošenja navedenog međunarodnog ugovora teško moglo pretpostaviti koliki će domašaj imati participativna prava deteta. U tom smislu, profesorka Van Buren (*Van Buren*), koja je aktivno učestvovala u izradi teksta Konvencije, smatra kako "sloboda deteta da iskaže mišljenje" nameće državama obavezu da omoguće detetu učešće u procesu odlučivanja (Van Buren, 1998: 137). Međutim, prema pomenutoj autorki, porodični život predstavlja okvir za vršenje participativnih prava deteta, pri čemu dete ima pravo na aktivnu participaciju, ali ne i samoodređenje, budući da ono podrazumeva moć deteta da odlučuje, a ne samo da učestvuje u procesu odlučivanja (Van Buren, 1998: 138). Navedeni stav deli i engleska pravnikinja Fortin (*Fortin*), prema kojoj je pravo deteta na mišljenje vezano za konsultovanje i participaciju deteta, a ne njegovo samoodređenje (Fortin, 2009, 236). Iz navedenog stava proizilazi kako se

31 U navedenom slučaju, neposredno se primenjuje princip najboljeg interesa deteta u vidu opšteg uslova za zasnivanje usvojenja. Videti: čl. 89 PZ.

32 Par. 84 OK/KPD/12..

33 *Ibid.*

uloga roditelja u kontekstu prava deteta na mišljenje ne može svesti na savetodavnu. Zbog toga, ističe se kako uzimanje autonomije dece za ozbiljno takođe znači i prepoznavanje granica pomenute autonomije (Brems, 2007: 19). Ovakav koncept relativne autonomije deteta zastupa i brani profesor Hering (*Herring*) koji ističe kako se dete treba učiti vrlinama altruizma, društvenim obavezama i određenim žrtvama koje mora podneti, umesto da se isključivo usmerava ka zadovoljavanju svakog ličnog prohteva (Herring, 1999: 101). Budući da se odnosi unutar porodice trebaju zasnivati na uzajamnoj saradnji i podršci, najbolji interes deteta može se ostvarivati jedino ako se odnosi između roditelja i dece odvijaju na „pravičan i pošten način“ („*fair and just relationship*“) (Herring, 1999: 102). Ipak, treba naglasiti da pristup Komiteta za prava deteta, gde se elementi za procenu najboljeg interesa deteta iskazuju preko prava deteta (*child rights – based approach*), pruža prostor da se odluke o deci donose imajuću u vidu porodično i društveno okruženje (pravo deteta na identitet, pravo deteta da živi sa svojim roditeljima).<sup>34</sup>

Pravo deteta na mišljenje ima svoj procesni izraz u svim sudskim i administrativnim postupcima koji se tiču deteta. U tom smislu, pravo deteta da bude saslušano u odgovarajućem postupku treba tumačiti tako da obuhvata postupke koje su deca pokrenula, kao i postupke inicirane od strane drugih lica koji se tiču deteta (Stern, 2006: 165).<sup>35</sup> Dete se neće saslušati u ponižavajućem, neprijateljskom, neosetljivom ili neodgovarajućem okruženju za uzrast deteta.<sup>36</sup> Na ovom mestu, Komitet je bio primoran uvažiti realnost ranjivosti deteta u određenim situacijama, te je pravo deteta na mišljenje prilagodio paternalističkim okvirima.

Na detetu sposobnom za formiranje mišljenja je prevashodno da odluči kako će iskazati svoje mišljenje u konkretnom sudskom ili administrativnom postupku.<sup>37</sup> U tom smislu, dete može svoje mišljenje iskazati neposredno, ali i preko roditelja ili staratelja kao zakonskih zastupnika, kao i putem odgovarajućih institucija. Navedena ustanova može biti zaštitnik prava, odnosno ombudsman za decu (Stern, 2006: 167). Način iskazivanja mišljenja deteta u navedenim postupcima zavisi od okolnosti konkretnog slučaja i tumačenja najboljeg interesa deteta

---

34 Videti: par. 55 i par. 59 OK/KPD/14.

35 Par. 33 OK/KPD/12.

36 Par. 34 OK/KPD/12.

37 Komitet za prava deteta preporu čuje da dete neposredno iskaže svoje mišljenje u sudskom ili administrativnom postupku kad god je to moguće. Videti: par. 35 OK/ KPD/12.

(Stern, 2006: 167). Tako će, ukoliko okolnosti slučaja nalažu, odgovarajući organ odrediti način iskazivanja mišljenja deteta.<sup>38</sup>

Pravila o načinu iskazivanja mišljenja deteta u sudskom postupku ili administrativnom postupku, posebno u postupcima koji se tiču vršenja roditeljskog prava, sadrži i Evropska konvencija o ostvarivanju prava dece iz 1996. godine.<sup>39</sup> Prema navedenom međunarodnom ugovoru, dete ima pravo zahtevati lično ili posredstvom drugih lica, odnosno institucija, da mu se imenuje poseban zastupnik u slu čaju sukoba interesa sa svojim zakonskim zastupnikom.<sup>40</sup> Slično pravilo o postavljanju privremenog zastupnika, odnosno kolizijskog staratelja sadrži i naš PZ.<sup>41</sup> Pomenuto lice mora postupati isključivo u najboljem interesu deteta. Evropska konvencija o ostvarivanju prava dece navodi na koji način se privremeni zastupnik mora ponašati kako bi postupao u najboljem interesu deteta. Najpre, navedeni zastupnik mora saznati istinsko mišljenje deteta.<sup>42</sup> U tom smislu, privremeni zastupnik je dužan obezbediti sve relevantne informacije detetu ukoliko je dete shodno unutrašnjem pravu sposobno za rasuđivanje i pružiti objašnjenja detetu oko mogućih posledica donošenja odluke ako bi se mišljenje deteta uvažilo.<sup>43</sup> Konačno, zastupnik je dužan detetu obrazložiti svaku svoju radnju na način na koji dete može razumeti.<sup>44</sup>

Naše porodično zakonodavstvo je dosledno preuzelo navedena pravila Evropske konvencije o ostvarivanju prava dece, čime se otvara prostor za ojačavanje procesnopravnog položaja deteta.<sup>45</sup> U kontekstu uloge privremenog zastupnika, zanimljiv je stav nemačkog prava, prema kojem je zastupnik deteta dužan ne samo razmotriti subjektivnu volju deteta, već i objektivnu dobrobit za dete od svake radnje koju preduzima (Schmahl, 2014: 591). Dakle, privremeni zastupnik deteta nije apsolutno

---

38 Videti: par. 36 OK/KPD/12.

39 Konvencija o ostvarivanju prava dece je doneta pod okriljem Saveta Evrope 25. januara 1996. godine. Naša država je potpisala Konvenciju 18. juna 2009. godine, ali je još uvek nije ratifikovala.

Videti: [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). Preuzeto 27. marta 2017. U daljem tekstu: EKOPD.

40 Videti: čl. 4 EKOPD.

41 Videti: čl. 265 PZ.

42 Čl. 10, st. 1 (s) EKOPD.

43 Čl. 10, st. 1 (a) EKOPD.

44 Videti: čl. 10, st. 1 (b) EKOPD.

45 Videti: čl. 267 PZ.

vezan mišljenjem deteta, već uživa izvestan stepen diskrecije prilikom procene najboljeg interesa deteta.

### **3. Odnos između principa najboljeg interesa deteta i prava deteta na mišljenje**

Može se primetiti kako je odnos između principa najboljeg interesa deteta i prava deteta na mišljenje tesno isprepletan, a prema shvatanju Komiteta za prava deteta, i uzajamno uslovljen i komplementaran. Navedeni međunarodni organ je uložio značajan napor kako bi pokazao da je sukob između najboljeg interesa deteta i prava deteta na mišljenje, kao opštih principa iz KPD, iluzoran i nepostojeći. Shodno tome, ne postoji tenzija između dva opšta principa koji se uzajamno dopunjuju. Tako, Komitet vidi najbolji interes deteta kao cilj, a pravo deteta na mišljenje kao način za ostvarivanje pomenutog cilja.<sup>46</sup> U tom smislu, ne može se ostvariti najbolji interes deteta bez poštovanja prava deteta na mišljenje, kao što navedeno pravo deteta može funkcionisati jedino kroz najbolji interes deteta, naglašavajući suštinsku ulogu dece u svim odnosima koji se tiču njihovih života. Najbolji interes deteta ne posmatra se pasivno, kao dobrobit deteta koju cene isključivo odrasli, već na dinamičan način u smislu aktivne uloge deteta prilikom određivanja sadržine sopstvenog najboljeg interesa (Petrušić, 2006: 113).

Dakle, Komitet za prava deteta snažno nastoji afirmisati ideju o jednakosti i ravnopravnosti principa najboljeg interesa deteta i prava deteta na mišljenje. Navedeno nastojanje nailazi na podršku u delu pravne teorije gde se ističe kako pomenuti princip nema *a priori* prvenstvo nad pravom deteta na mišljenje, te kako najbolji interes deteta ne može poslužiti kao podesno opravdanje za ograničavanje prava deteta na mišljenje i nametanje stavova odraslih deci (Archard, Skivenes, 2010: 45).

U kontekstu našeg prava i sugestija Komiteta za prava deteta, može se zaključiti kako sudovi imaju niz obaveza u postupcima gde se ostvaruje pravo deteta na mišljenje. Tako, ukoliko je dete starije od 10 godina, sudovi moraju u obrazloženju svoje odluke posebno navesti na koji način su detetu pružene informacije kako bi moglo formirati mišljenje. Zatim, iz obrazloženja sudske odluke mora biti jasno na koji način se vrednovalo mišljenje deteta i zbog čega se mišljenje deteta uvažilo ili odbilo. Ako je dete mlađe od 10 godina, nije dovoljno da sud samo konstatuje kako ne ispunjava zakonsku pretpostavku za formiranje mišljenja,

<sup>46</sup> Videti: par. 74 OK/KPD/12.

već mora obrazložiti zbog čega smatra kako dete nije bilo sposobno formirati mišljenje (Fortin, 2009: 303). Pravo deteta na mišljenje je opšti princip KPD, te odluka suda da u konkretnom slučaju prevagu odnesu neki drugi elementi za procenu najboljeg interesa deteta mora biti posebno obrazložena (Petrušić, 2006: 115).<sup>47</sup> U navedenom slučaju, pravo deteta na mišljenje se u svom procesnom izrazu štiti po osnovu pogrešnog i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja (Palačković, 2006: 369). U našoj pravnoj teoriji se sugerije kako bi zaštita prava deteta bila još sveobuhvatnija ako bi se dete tretiralo kao "stranka po sebi" u svim postupcima koji se tiču prava deteta (Palačković, 2006: 369). Usamljeni primer evropske države prema čijem zakonodavstvu je dete uvek stranka u postupcima koji ga se tiču jeste Češka (Boele-Woelki, Ferrand, González-Beilfuss, Jänterä-Jareborg, Lowe, Martiny, Pintens, 2007: 257).

Uprkos svemu, teško se može prihvatiti stanovište kako su princip najboljeg interesa deteta i pravo deteta na mišljenje ravnopravni. Tačnije, narasli značaj participacije deteta nije posledica nekakvog izdvojenog uzdizanja prava deteta na mišljenje, već unutrašnjeg preobražaja najboljeg interesa deteta. Do pomenute transformacije je došlo usled prodora participativnih elemenata unutar koncepta najboljeg interesa deteta i istovremenog potiskivanja paternalističkih činilaca koji su oblikovali sadržinu navedenog principa. Drugim rečima, do postepenog izjednačavanja principa najboljeg interesa deteta i prava deteta na mišljenje ne dolazi spolja, već kroz unutrašnji preobražaj najboljeg interesa deteta i favorizovanje participativnih elemenata koji sadržinski određuju pomenuti princip. Kada bi se prihvatilo kako su najbolji interes deteta i pravo deteta na mišljenja dva odvojena ravnopravna principa, prvi princip bi izgubio svrhu svog postojanja i bio obesmišljen. Da nije tako, može se uočiti iz određenih slučajeva gde i sam Komitet priznaje kako se dete neće saslušati, odnosno iskazati svoje mišljenje.<sup>48</sup> Međutim, istina je kako pravo deteta na mišljenje danas faktički predstavlja vladara među elementima za procenu najboljeg interesa deteta. Na taj način, postoji snažna težnja da se, kada god je to moguće, najbolji interes deteta tumači u korist participacije dece.

Iza nastojanja Komiteta za prava deteta da sadržinu najboljeg interesa deteta uobličiti po meri participativnih prava deteta krije se i jedan

---

47 Profesorka Petrušić navodi kako se u vreme javne diskusije o Nacrtu Porodičnog zakona zalagala da se u tekst zakona unese pravilo kojim bi sudu bilo izričito naloženo da u obrazloženju konačne odluke navede razloge zbog kojih mišljenje deteta nije uvaženo, što odgovara sugestijama Komiteta za prava deteta.

48 Videti: par. 34 OK/KPD/12.

širi i dugoročniji cilj. Drugim rečima, transformacija najboljeg interesa deteta u pravcu dominacije prava deteta na mišljenje predstavlja ujedno i put ka mogućoj harmonizaciji navedenog principa. Naime, paternalistički elementi unutar najboljeg interesa deteta često imaju svoje uporište u odgovarajućim spoljnim faktorima, poput običajnih, religijskih ili kulturoloških okvira jednog društva. U tom smislu, participativna prava deteta se javljaju kao dobar način da se umanjí vrednost kulturnog relativizma kao nezaobilaznog elementa pojma najboljeg interesa deteta.

#### **4. Zaključak**

Komiteta za prava deteta je uložio značajan napor u smeru demistifikacije najboljeg interesa deteta. U tom smislu, od posebnog značaja je težnja Komiteta da se sadržina navedenog koncepta određuje putem pristupa zasnovanog na pravima deteta. U takvim okolnostima posebno dolazi do izražaja značaj prava deteta na mišljenje kao osnovnog participativnog prava deteta koje je odigralo ključnu ulogu u evoluciji pravnog položaja deteta. Tako, pravo deteta na mišljenje predstavlja dinamičnu komponentu najboljeg interesa deteta koja dobija na snazi sa sazrevanjem i razvojem deteta.

Međutim, budući da ostvarivanje prava deteta na mišljenje zavisi od volje odraslih lica, potrebno je obezbediti mehanizme za ostvarivanje pomenutog prava, jer bi u suprotnom najbolji interes deteta mogao ostati izvan domašaja dece. Komitet za prava deteta insistira na utvrđivanju sposobnosti deteta da formira mišljenje uvek kada je to moguće. Štaviše, prema tumačenju Komiteta postoji oboriva pravna pretpostavka kako je svako dete sposobno formirati svoje mišljenje, pri čemu se mora voditi računa čak i o neverbalnim znacima ponašanja sasvim male dece.

Porodično zakonodavstvo Srbije predviđa minimalni uzrast od 10 godina kada se pretpostavlja kako je dete sposobno formirati mišljenje. Međutim, to ne znači kako sudovi i drugi nadležni organi mogu samo konstatovati kako dete mlađeg uzrasta nije sposobno da formira mišljenje. Naprotiv, sud je dužan da u svojoj odluci obrazloži zbog čega smatra kako dete nije sposobno da formira mišljenje, odnosno zbog čega nije mogao utvrditi mišljenje deteta. Kada se proceni da je dete sposobno formirati mišljenje, mišljenju deteta daće se značaj u skladu sa uzrastom i zrelošću deteta. Pri tome, treba imati u vidu da je istinsko mišljenje deteta suštinski element najvišeg ranga za određivanje sadržine najboljeg interesa deteta. Iz tog razloga, potrebno je posebno

obrazložiti svaku odluku o najboljem interesu deteta kojom bi se nekim drugim elementima dala prednost u konkretnom slučaju.

## Literatura

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.

Gams, A. (1970). *Uvod u građansko pravo*. Beograd: Naučna knjiga.

Draškić, M. (2006). Predgovor za zbirku propisa za oblast porodičnog prava i prava deteta. U Draškić, M. (prir.). *Zbirka propisa za oblast porodičnog prava i prava deteta*. Beograd: JP Službeni glasnik. 7–23.

Janjić-Komar, M. Obretković, M. (1996). *Prava deteta – prava čoveka*. Beograd: IP Dosije i Udruženje pravnika za socijalno pravo.

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.

Novaković, U. (2012). Pravo deteta na izražavanje mišljenja. U Marković, G. (prir.). *Prava djeteta i ravnopravnost polova – između normativnog i stvarnog*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu. 183–202.

Palačković, D. (2006). Procesni položaj deteta pod roditeljskim staranjem u posebnim parničnim postupcima prema novom Porodičnom zakonu Srbije. U Bejatović, S. (prir.). *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope*. Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu. 359–370.

Petrušić, N. (2006). Pravo deteta na slobodno izražavanje mišljenja u novom porodičnom pravu Republike Srbije. U Stanković, G. (ur.). *Novine u porodičnom zakonodavstvu*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu. 99–118.

Ponjavić, Z. (2012). Utvrđivanje mišljenja deteta u pranicama za razvod braka u kontekstu najboljeg interesa deteta. U Marković, G. (prir.). *Načela i vrijednosti pravnog sistema – norma i praksa*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu. 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.

### **Međunarodni ugovori, domaći i inostrani pravni propisi**

Konvencija Ujedinjenih nacija o pravima deteta od 20. novembra 1989. Opcioni protokol br. 3 uz Konvenciju o pravima deteta o proceduri komunikacije od 19. novembra 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). Preuzeto: 23.marta 2017.



Konvencija Saveta Evrope o ostvarivanju prava dece od 25. januara 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). Preuzeto 27. marta 2017.

Porodični zakon. *Službeni glasnik RS*. Br. 18. 2005.

Zakon o dobrobiti deteta Kraljevine Norveške od 17. jula 1992. <https://www.regjeringen.no/contentassets/049114cce0254e56b7017637e04ddf88/the-norwegian-child-welfare-act.pdf>. Preuzeto 27. marta 2017.

### **Opšti i pojedinačni akti Komiteta za prava deteta i sudska praksa**

Opšti komentar br. 7 (2005) Komiteta Ujedinjenih nacija za prava deteta: primena prava dece u ranom detinjstvu od 20. septembra 2006. godine. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/GeneralComment7Rev1.pdf> Preuzeto 25. marta 2017.

Opšti komentar br. 12 Komiteta Ujedinjenih nacija za prava deteta: pravo deteta da bude saslušano od 20. jula 2009. godine. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>. Preuzeto: 24. marta 2017.

Opšti komentar br. 14 Komiteta Ujedinjenih nacija za prava deteta o pravu deteta da njegov ili njen najbolji interes bude od prvenstvenog značaja (čl. 3, par. 1) od 29. maja 2013. godine. [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). Preuzeto: 23. marta 2017.

Treći periodični izveštaj Švedske Komitetu Ujedinjenih nacija za prava deteta od 11. novembra 2002. godine. [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). Preuzeto 24. marta 2017.

Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 123/07 od 19. aprila 2007. Godine (Aktuelna sudska praksa, br. 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.*

**Dr Darko Dimovski,\*** Docent  
Pravnog fakulteta, Univerzitet  
u Nišu

pregledni naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1775203D

UDK: 343.9:[005.962:364.634.4

Rad primljen: 23.05.2017.  
Rad prihvaćen: 20.06.2017.

## **MOBING – KRIMINOLOŠKI I KRIVIČNOPRAVNI ASPEKT\*\***

**Apstrakt:** *Mobing, kao oblik kriminaliteta nasilja, predstavlja fenomen koji je privukao pažnju kriminologa tek osamdesetih godina prošloga veka. Od tada su vršena brojna istraživanja na osnovu kojih su utvrđeni njegova rasprostranjenost, oblici mobinga, njegove posledice itd. Međutim, i dalje postoji potreba za njegovim izučavanjem. Stoga je autor posvetio pažnju ne samo kriminološkom aspektu mobinga, već i krivičnopravnom, uz analizu normativnog okvira reakcije države na ovaj oblik kriminaliteta nasilja. Na kraju, autor daje neke predloge izmene zakonskog okvira kako bi se unapredila zaštita od mobinga.*

**Ključne reči:** *mobing, kriminološki aspekt, krivičnopравни aspekt.*

### **1. Uvod**

Iako se o mobingu počelo pisati od strane kriminologa tek osamdesetih godina prošloga veka, postoji stav da je mobing mnogo stariji fenomen. Kriminolog koji je počeo prvi da se bavi fenomenom mobinga je Hajnc Lajman (Heinz Leymann). Naime, on je u okviru istraživanja društvenih odnosa na radnom mestu odredio pojam mobinga na taj način da on predstavlja psihički teror na poslu pod kojim se podrazumeva neprijateljska i neetička komunikacija koja je usmerena od strane pojedinca ili grupe pojedinaca ka jednoj osobi, što za posledicu ima bespomoćnost date osobe (Goossens, 2016: 370).

Nakon prvobitne studije sprovedene od strane Lajmana izvršene su brojne druge kriminološke studije, s ciljem otkrivanja fenomenoloških

---

\* darko@prafak.ni.ac.rs

\*\* Rad je realizovan u okviru projekta br. 179046 Ministarstva za prosvetu, nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

i etioloških karakteristika mobinga. Ipak, potreba za daljim istraživanjem mobinga nije iscrpljena, jer dinamika društvenih i ekonomskih promena u svetu dovodi do evolucije fenomena. Stoga je potrebno nastaviti sa teorijskim razmatranjima ovog pojma, kao i istrajati u sprovođenju kriminoloških studija radi utvrđivanja svih karakteristika ovog oblika kriminaliteta nasilja. Svrha teorijskih i empirijskih analiza mobinga usmerena je ka zakonskom regulisanju mobinga na adekvatan način kako bi se smanjio njegov obim. Stoga će se u radu pre nego što se krene na zakonsku eksplikaciju pozitivnih rešenja o mobingu u Republici Srbiji dati prikaz teorijskog određenja mobinga, rasprostranjenosti mobinga u svetu, tipologije mobinga, faze mobinga, kao i posledice jednog ovakvog ponašanja. Na kraju autor će posebnu pažnju posvetiti karakterističnim slučajevima mobinga kako bi identifikovao osnovne probleme državne reakcije na ovaj oblik kriminaliteta nasilja.

## 2. Pojam mobinga

Pre nego što krenemo sa navođenjem različitih određenja mobinga, neophodno je dati etimologiju reči mobing. Naime, pre njenog uvođenja od strane Konrada Lorenca (Konrad Lorenz), reč mobing se nije upotrebljavala u engleskom jeziku. Prvobitno se pojam mobinga odnosio na grupno ponašanje životinja, pod kojim je podrazumevao napad grupe manjih životinja na veću životinju. Kasnije je pojam mobinga upotrebljen od strane švedskog kriminologa Hajnemana (Heinemann) u njegovom istraživanju ponašanja dece. Naime, Hajneman je termin mobing upotrebljavao za označavanje destruktivnog ponašanja grupe dece koje je usmereno na pojedinačno dete. Podstaknut idejom da slično ponašanje postoji i među zaposlenima, Lajman je počeo da upotrebljava ovaj termin. Ipak, treba naglasiti da je razmišljanje Lajmana o imenovanju jedne ovakve pojave išlo u pravcu upotrebe termina buling. Međutim, odustao je od ove ideje iz jednog prostog razloga. Za razliku od termina buling, pojam mobinga nije obuhvatao fizičko nasilje. Stoga se Lajman odlučio za korišćenje termina mobing za ponašanje odraslih ljudi na poslu, dok je termin buling upotrebljavan za ponašanje dece u školi (Zapf, Leymann, 1996: 167). Ujedno, treba naglasiti da je kriminolog Brodski (Brodsky) u knjizi iz 1976. godine koristio naziv maltretirani radnik (harassed worker). Ova knjiga predstavlja prvu publikaciju na osnovu koje je moguće proučavati slučajeve mobinga, iako prvobitna intencija Brodskog nije bila analiza slučajeva mobinga, već ukazivanje na monotone radne

zadatke, stres na poslu, iscrpljivanje prekovremenim radom, incidente na poslu i tako dalje (Zapf et al. 1996: 167–168).

Određivanjem pojma mobinga bavili su se i drugi kriminolozi. Naime, jedna od definicija mobinga otelotvoruje se u psihičkom maltretiranju na poslu grupe pojedinaca upravljenom ka pojedinca (Goossens, 2016: 370). Kriminolog Zapf (Zapf) određuje mobing kao vid psihološke agresije koji češće obuhvata grupu mobera u odnosu na jednog mobera (Beck, 2012: 217). Treba napomenuti da ponašanje u okviru mobinga traje najmanje šest meseci, pri čemu se takvo ponašanje javlja najmanje jednom nedeljno. Uvođenjem ova dva kriterijuma izbegava se situacija da se neki uzgredni incidenti na poslu kvalifikuju kao mobing. Na taj način pravi se distinkcija između mobinga sa jedne strane, i konflikta sa druge strane. Drugim rečima, razlika između mobinga i konflikta se ne fokusira na to šta je urađeno ili na način na koji je nešto urađeno, već na učestalost i trajanje onoga što je urađeno (Zapf et al. 1996: 168). Pored već pomenutih kriminologa, treba spomenuti i određenje dato od strane Ajnarsena (Einarsen). Naime, Ajnarsen je odredio mobing kao maltretiranje, vređanje, isklju čivanje iz okruženja jednog pojedinca, ili negativno uticanje na izvršavanje radnih obaveza kod jedne osobe (Bilgin, Danis, Demir, Lau, 2015: 24).

Pored određenja mobinga od strane kriminologa, i međunarodne institucije su se bavile ovim oblikom kriminaliteta nasilja. Naime, Evropska komisija je 2001. godine definisala mobing kao negativno ponašanje između kolega, ili između podređenog i nadređenog, pri čemu je žrtva mobinga izložena konstantnom ponižavanju i direktnim ili indirektnim napadima od strane jedne ili više osoba s ciljem njegovog otuđenja iz radne sredine (Goossens, 2016: 370). Ujedno, Međunarodna organizacija rada (MOR) odredila je mobing kao uvredljivo ponašanje koje se ogleda u osvetoljubivom, surovom, zlonamernom ili ponižavajućem pokušaju da se sabotira jedan zaposleni ili grupa zaposlenih. Moberi se udružuju protiv određenog pojedinca ili grupe pri čemu se sprovodi psihološki teror. U mobing spada konstantna izloženost negativnim primedbama ili kritikama, što rezultira socijalnom izolovanošću žrtve mobinga. Kancelarijski tračevi i širenje lažnih informacija, takođe, mogu se podvesti pod mobing (Vuković, 2006: 4–5).

Date definicije mobinga upućuju nas na to kakve sve aktivnosti se mogu podvesti pod mobing. Već pomenuti kriminolog Lajman kategorisao je aktivnosti u okviru mobinga na osnovu objekta napada u pet kategorija. Negativni komentari uprave, stalno prekidanje, vikanje, ponižavajuća

gestikulacija, davanje nepotpunih uputstava, uskraćivanje kontakata su aktivnosti koje mogu da se podvedu pod napade na mogućnost komuniciranja. Naredne aktivnosti u okviru ove tipologije su upravljenje na ličnost i socijalne kontakte. Naime, u ovom slučaju dolazi do fizičke izolacije žrtve na taj način što je njen radni prostor udaljen u odnosu na kancelarije drugih zaposlenih. Ujedno, dolazi do stvaranja zabrane kontakta drugih lica sa žrtvom mobinga, kao i razgovora sa njom. Napadi na ličnu reputaciju predstavljaju narednu aktivnost. Tom prilikom dolazi do širenja tračeva, davanja seksualnih ponuda, neumesnih šala na račun nacionalnosti, političkih i religijskih uverenja. Isto tako, mobier imitira način hoda, govora i pokreta žrtve jednog ovakvog ponašanja. Nedavanje radnih zadataka, prepuštanje besmislenim poslovima, upućivanje svakodnevnih kritika, preterana kontrola, kao i slaba ocena rezultata podvode se kao aktivnosti usmerene na kvalitet rada. Poslednje aktivnosti su poznate pod nazivom napadi na psihičko zdravlje. Kao aktivnosti koji se kvalifikuju kao napadi na psihičko zdravlje možemo navesti davanje za izvršenje opasnih poslova, namerno izazivanje stresa, pretnja fizičkim nasiljem, seksualno uznemiravanje i drugo (Vuković, 2006: 5).

### **3. Vrste mobinga**

Iz određenja mobinga datog od strane Evropske komisije proizilazi jedna od podela mobinga. Naime, u zavisnosti od toga kakva je pozicija mobiera, a kakva je pozicija žrtve jednog ovakvog ponašanja, možemo razlikovati vertikalni i horizontalni mobing. Kod vertikalnog mobinga moguće je da psihološki teror se kreće od nadređenog prema podređenom licu, ali je moguće da vertikalni mobing ima i drugačiji smer. U tom slučaju psihološki teror potiče od podređenih lica, dok je žrtva nadređena osoba. Horizontalni mobing se odlikuje psihološkim terorom između zaposlenih koji se nalaze u istoj hijerarhijskoj ravni (Duffy, Sperry, 2012: 30). Drugim rečima, mobing se vrši od strane zaposlenih koji vrše psihološki teror na "izabranim" kolegom u istoj ravni (Nikolić Ristanović, Konstantinović Vilić, Kostić, 2009: 160).

Pored navedene podele mobinga, moguće je razlikovati i podelu mobinga na strateški i emotivni. Strateški mobing karakteriše se postojanjem prethodnog dogovora upravljačkog tima o sprovođenju organizovanog mobinga prema određenim licima. Kao cilj strateškog mobinga javlja se težnja mobiera da žrtve mobinga napuste posao, što rezultira time da dato lice ne dobije otpremninu, dokup staža ili neke druge pogodnosti

za odlazak u neko drugo preduzeće (Nikolić Ristanović et al. 2009: 160). Do strateškog mobinga dolazi u periodu ekonomskih promena i samim tim težnje uprave datog preduzeća da održi nisku cenu proizvodnje (Molé, 2012: 87). Na taj način dolazi do smanjivanja broja zaposlenih u jednom preduzeću bez kršenja zakonskih obaveza i ugovora o radu. Za razliku od strateškog mobinga, kod emotivnog mobinga postoji drugačija motivacija mobera. Naime, emotivni mobing javlja se kao posledica postojanja neprijatnosti, ljubomore, zavisti ili kivnosti. Emotivni mobing je često povezivan sa postojanjem neke različitosti u radnom okruženju koja se otelotvoruje u različitoj seksualnoj, etničkoj ili religijskoj orijentaciji, fizičkim nedostacima itd. (Fersurella, 2010: 677).

Polazeći od karakteristika mobera, moguće je navesti još jednu podelu mobinga. Tako je moguće razlikovati mobing kod kojeg je cilj njegovog vršenja zaštita ugroženog samopoštovanja. Drugi tip mobinga, shodno ovoj podeli, jeste mobing koji nastaje na osnovu manjka socijalne inteligencije i stručnosti mobera. Poslednji oblik mobinga nastaje kao posledica mikropolitikog ponašanja (Nikolić Ristanović et al. 2009: 161).

#### **4. Faze mobinga**

Kako mobing predstavlja aktivnost kojom se vrši kontinuirana viktimizacija određenog lica, nameće se potreba izučavanja faza njenog razvoja. U razvoju mobinga moguće je identifikovati pet faza, pri čemu je bitno naglasiti da se u svakoj od narednih faza stepen viktimizacije određenog lica povećava. Prva faza, poznata pod nazivom faza ključnog događaja, odlikuje se izborom žrtve i usmeravanjem aktivnosti prema datoj osobi. Iako povod može da bude banalan, pri čemu se on vremenom i zaboravi od strane mobera, psihološki teror prema određenoj osobi traje. Bitno je napomenuti da se u ovoj inicijalnoj fazi ne može još uvek pričati o tome da je konkretno lice žrtva mobinga (Vuksanović, 2013: 138).

Naredna faza poznata je pod imenom faza ciljanog mobinga. U ovoj fazi dolazi do povećanja obima psihološkog terora (Háša, Brunet-Thornton, 2017: 226). Drugim rečima, dolazi do sprovedenih aktivnosti od strane mobera kojima se žrtva dovodi u situaciju da se oseća neprijatno. Kao razlozi za neprijatan osećaj kod žrtve mobinga navode se stalno prigovaranje od strane mobera za kvalitet rada ili pretrpavanje poslovima što rezultira time da data osoba ne može da završi radne zadatke na vreme. Kao poslednji razlog navodi se činjenica da se žrtvi mobinga ne daju nikakvi radni zadaci radi stvaranja osećaja beskorisnosti.

Pored već navedenih razloga za stvaranje osećaja neprijatnosti kod žrtve mobinga, treba ukazati i na konstantno ogovaranje, unižavanje i verbalne napade. Sve ovo rezultira time da se javljaju psihosomatski problemi u vidu nesanice i ponovnog preživljavanja nemilih događaja. Žrtva, želeći da pobege od situacije u kojoj se našla, uzima bolovanje, pri čemu gubi ljudsko i profesionalno dostojanstvo i oseća se manje vrednom (Vuksanović, 2013: 138).

Sledeća faza naziva se fazom žrtvenog jarca. U ovoj fazi žrtva je dežurno krivac za svaki propust i svaku grešku koji se dogode u radnom kolektivu. Pored mobera, ovakvom nedozvoljenom ponašanju pridružuju se i drugi zaposleni, a u nekim situacijama to mogu biti pripadnici rukovodećeg kadra, čime se stepen viktimiziranosti povećava, a sve s ciljem davanja otkaza od strane žrtve mobinga (Shallcross, Sheehan, Ramsay, 2008: 57).

Borba za opstanak je naziv naredne faze u mobingu. Žrtva mobinga preuzima na sebe prevelik teret u izvršavanju svakodnevnih aktivnosti sa željom da se dokaže da je kompetentna i da može radne zadatke da izvrši na kvalitetan način i na vreme. Sve to rezultira time da je žrtva mobinga hronično neispavana i umorna (Baltazarević, 2007: 59).

Poslednja faza mobinga, koja se naziva fazom razvijenog mobinga, ima za posledicu, usled dugotrajnog terora, pogoršavanje psihičkog i fizičkog stanja žrtve. Ona je u potpunosti izolovana iz radne sredine. Prinuđena je da traži novi posao ili podnosi zahtev za odlazak u prevremenu penziju. Ujedno, potrebno je naglasiti da se izlaz iz situacije u kojoj se našla žrtva može naći u vidu izvršenja ubistva mobera ili pak u vidu izvršenja samoubistva (Nikolić Ristanović et al. 2009: 161).

## **5. Posledice mobinga**

Posledice mobinga su raznovrsne. One se mogu podeliti, shodno shvatanju kriminološkinje Andre Kostelić Martić, na tri aspekta. Naime, prvi aspekt odnosi se na promene socijalno-emocionalne ravnoteže. Naredni oblik posledica otelotvoruje se u promenama psihofiziološke ravnoteže, dok se poslednji oblik posledica vezuje se promenu ponašanja žrtve mobinga. Promene socijalno-emocionalne ravnoteže otelotvoruju se u depresiji, anksioznosti, napadima panike, smanjivanju interesovanja za članove porodice i okolinu. Psihofiziološke promene obuhvataju tahikardiju, gubitak ravnoteže, vrtoglavicu, glavobolje, probleme sa ravnotežom, crvenilo na koži, gastrološke smetnje itd. U promene ponašanja svrstavamo ne samo javljanje agresivnosti kod žrtve mobinga, što ranije nije bila njena karakteristika, već i javljanje



autodestruktivnosti koja može u pojedinim slučajevima da rezultira samoubistvom. Nakon pojave agresivnosti postepeno dolazi do smirivanja žrtve i njene pasivizacije i samoizolacije. Ujedno, javljaju se pojedini oblici toksikomanije u vidu prekomerne upotrebe alkoholnih pića, cigareta, pa čak sedativa. Sve ovo ima za posledicu poremećaje u seksualnom životu žrtve, kao i poremećaje u ishrani u vidu anoreksije i bulimije (Vuksanović, 2013: 139).

Pored ove podele posledica mobinga, moguće je navesti i neke druge podele. Tako su, na primer, kriminolozi Dufi (Duffy) i Speri (Sperry), navodili podelu koja je obu hvatala fizičke posledice, psihičke posledice, psihosociološke posledice i posledice koje se ogledaju u promenama na poslu i karijeri. Fizičke posledice odnose se na probleme sa srcem, imunološke probleme, gastrološke probleme, iscrpljenost, migrenu itd. Anksioznost, depresija, posttraumatski stresni poremećaj su posledice koje spadaju u psihičke. Psihosociološke posledice obuhvataju usamljenost, društveno distanciranje i izolaciju, gubitak odnosa sa kolegama sa posla, gubitak poverenja u druge osobe, stvaranje mišljenja kod žrtve mobinga da je svet nepravičan (Duffy, Sperry, 2014: 76).

Navedena podela se u odnosu na prethodnu, koju je izradila kriminološkinja Andrea Kostelić Martić, ne razlikuje mnogo. Iako se upotrebljava drugačija terminologija za označavanje pojedinih posledica, pažljivom analizom možemo uočiti da suštinski dolazi do međusobnog preklapanja. Stoga će predmet naše dalje analize biti samo posledice iz tipologije Dufija i Sperija pod nazivom promene na poslu i karijeri. U okviru ovih posledica možemo navesti gubljenje profesionalnog identiteta, stigmatizaciju da je žrtva mobinga kriva za svaku grešku i neuspeh u datoj kompaniji, rušenje njene reputacije, gubitak želje za angažovanjem na poslu. Jedna od najtežih posledica iz ovog oblika je problem sa zapošljavanjem na nekom drugom radnom mestu nakon odlaska iz prvobitne kompanije u kojoj je dato lice bilo izloženo mobingu, što direktno utiče na njenu egzistenciju (Vuković, 2006: 5).

## **6. Normativni okvir u pogledu mobinga u Republici Srbiji**

Krivični zakonik<sup>1</sup> (u daljem tekstu KZ) Republike Srbije ne sadrži inkriminaciju mobinga. Ipak, moguće je naći u pojedinim krivičnim delima posrednu zaštitu od mobinga. Naime, zakonodavac je u okviru glave XVI, pod nazivom Krivična dela protiv prava pa osnovu rada,

---

1 Krivični zakonik, "Sl. glasnik RS", br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.

inkriminisao određena krivična dela na osnovu čega je moguće izreći krivičnu sankciju za ponašanja koja se delimično mogu podvesti pod mobing. Tako je, na primer, u članu 163 KZ propisano krivično delo pod nazivom Povreda prava po osnovu rada i prava iz socijalnog osiguranja. Biće ovog krivičnog dela sastoji se od svesnog nepridržavanja zakona ili drugih propisa, kolektivnih ugovora i drugih opštih akata o pravima po osnovu rada i o posebnoj zaštiti omladine, žena i invalida ili o pravima iz socijalnog osiguranja, pri čemu dolazi do uskraćivanja ili ograničavanja nekom drugom licu prava koje mu pripada. Inkriminacijom ovog krivičnog dela pruža se delimična zaštita od mobinga kao oblika kriminaliteta nasilja. Naime, ovo krivično delo na obuhvata u potpunosti sva moguća ponašanja koja se mogu podvesti pod mobing. Kao primer možemo navesti situaciju u kojoj ne dolazi do kršenja određenih propisa, ali je odnos između dva zaposlena u određenoj kompaniji takav da se njihov odnos može podvesti pod mobing. Ovo se naročito odnosi na situaciju koju bismo kriminološkim rečnikom nazvali emotivni mobing.

U stavu 1, članu 165 KZ moguće je prepoznati vertikalni mobing koji se vrši od podređenog lica ka nadređenom licu. Biće krivičnog dela, pod nazivom Povreda prava na upravljanje, sastoji se u primeni sile, pretnje, svesnog kršenja propisa ili drugog protipravnog ponašanja čime se sprečava ili ometa odlučivanje organa upravljanja ili člana organa upravljanja da učestvuje u radu i odlučivanju u tom organu. Analizom navedene tipologije mobinga, možemo uočiti da se ovo krivično delo može podvesti kao vertikalni mobing u suprotnom smeru.

Još jedna odredba KZ se može primeniti na fenomen mobinga. Naime, u stavu 5 člana 119, koji se odnosi krivično delo Navođenje na samoubistvo i pomaganje u samoubistvu, moguće je podvesti pod situaciju u kojoj mobing rezultira izvršenjem samoubistva od strane žrtve. Biće krivičnog dela sastoji se u surovom ili nečovečnom postupanju sa licem koje se prema izvršiocu nalazi u odnosu kakve podređenosti ili zavisnosti, pa ono usled takvog postupanja izvrši ili pokuša samoubistvo koje se može prepisati nehatu učionica.

Kako mobing može da se ogleda, između ostalog, u seksualnom uznemiravanju, neophodno je naglasiti da je zakonodavac u Republici Srbiji u okviru glave XVIII, pod nazivom Krivična dela protiv polne slobode, inkriminisao krivično delo Obljuba zloupotrebom položaja. Posredna zaštita od ovakvog oblika uznemiravanja otelotvoruje se u zloupotrebi položaja

zarad navođenja na obljubu ili sa njom izjednačenim činom prema licu koje se u odnosu na izvršioca nalazi u podređenom položaju ili zavisnosti.

Poslednjim izmenama Krivičnog zakonika uvedena su dva nova krivična dela koja mogu biti povezana sa fenomenom mobinga. Naime, jedno od tih krivičnih dela je proganjanje (član 138a). Povezanost mobinga i proganjanja ne treba previše objašnjavati, jer je moguće da se proganjanje vrši da strane lica koje sa žrtvom radi u istoj kompaniji. Analizom bića krivičnog dela proganjanja možemo zaključiti da se određeni oblici ispoljavanja ovog krivičnog dela mogu povezati sa mobingom. Proganjanje se može otelotvoriti u neovlašćenom praćenju ili preduzimanju druge radnje radi približavanja tom licu protivno njegovoj volji u toku određenog vremenskog perioda. Kao radnje proganjanja mogu se podvesti nastojanje u toku određenog vremenskog perioda uspostavljanja kontakta neposredno, preko trećeg lica ili putem sredstava komunikacije protivno volji žrtve. Isto tako, proganjanje, kroz koje se može ispoljiti mobing, vezuje se za radnju u vidu pretnje u toku određenog vremenskog perioda napadom na život, telo ili slobodu drugog lica ili njemu bliskog lica. Proganjanje se može ispoljiti i putem preduzimanja druge slične radnje na način kojim se može osetno ugroziti lični život lica prema kome se radnja preduzima. Krivičnopravna zaštita lica žrtava proganjanja povećana je predviđanjem težeg oblika u smislu izazivanja opasnosti po život, zdravlje ili telo žrtve ili njemu bliskog lica preduzimanjem iz osnovnog oblika. Kako mobing može imati za posledicu smrt žrtve, poseban oblik proganjanja postoji kod smrti žrtve ili njemu bliskog lica. Ipak, sa konstatacijom povezanosti proganjanja i mobinga treba biti naročito oprezan, jer, ako pođemo od definicije mobinga da on ima za cilj ugrožavanje ugleda, časti, ljudskog dostojanstva žrtve, sve do eliminacije sa posla, ne može se govoriti o tome da postoji ista motivacija kod izvršenja oba krivična dela. Međutim, krivičnopravna zaštita žrtvama mobinga se može pružiti putem primene odredaba o proganjanju pri čemu je potrebno da su žrtva i izvršilac zaposlena lica i da je ponašanje izvršioca u vezi sa radnopravnim statusom žrtve.

Drugo krivično delo povezano sa mobingom, uvedeno poslednjim izmenama, te stupilo na snagu 1. juna 2017. godine, jeste krivično delo polnog uznemiravanja iz člana 182a. Ovo krivično delo sastoji se u verbalnom, neverbalnom ili fizičkom ponašanju koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica u sferi polnog života, a koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

Zakon o radu<sup>2</sup> propisuje u članu 21 da je zabranjeno uznemiravanje, kao i seksualno uznemiravanje. Pod uznemiravanjem, kako je to zakonodavac odredio, smatra se svako neželjeno ponašanje uzrokovano nekim od osnova, kao što su pol, rođenje, jezik, rasa i tako dalje (listu osnova pogledati u članu 18), koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog, a koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Kao što smo već nekoliko puta istakli, mobing se može ogleđati u seksualnom uznemiravanju, te je stoga zakonodavac u stavu 2 istog člana propisao da seksualno uznemiravanje jeste svako verbalno, neverbalno ili fizičko ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog u sferi polnog života, a koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

## **7. Normativni okvir za sprečavanje mobinga i faktičke prepreke njegove implementacije**

Republika Srbije je, prateći trendove u državama širom sveta, donela poseban zakonski tekst koji se odnosi na mobing. Tako je tokom 2010. godine donet Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu.<sup>3</sup> Predmet ovog Zakona su zabrana zlostavljanja na radu, mere za njegovo sprečavanje i unapređenje odnosa na radu, postupak zaštite lica izloženih zlostavljanju na radu, te druga pitanja od značaja za sprečavanje i zaštitu od zlostavljanja na radu (član 1). U članu 5 je izričito navedeno da je zabranjen bilo koji vid zlostavljanja na radu i u vezi sa radom, kao i zloupotreba prava na zaštitu od zlostavljanja.

Pojam zlostavljanja je određen u narednom članu. Tako je zlostavljanje svako aktivno ili pasivno ponašanje prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca koje se pri tome ponavlja. Kao cilj ovakvog ponašanja zakonodavac navodi povredu dostojanstva, ugleda, ličnog ili profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zaposlenog, pri čemu se izaziva strah, ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, pogoršavaju uslovi rada ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu raskine radni odnos, otkáže ugovor o radu ili drugi ugovor. Ujedno, zakonodavac navodi da se zlostavljanjem na radu smatra kako podsticanje, tako i navođenje drugih na takvo ponašanje. Kao izvršilac zlostavljanja na radu može se

---

2 Zakon o radu, "Sl. glasnik RS", br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 i 13/2017 - odluka US.

3 Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, "Sl. glasnik RS", br. 36/2010.

javiti poslodavac sa svojstvom fizičkog lica ili odgovorno lice kod poslodavca svojstvom pravnog lica, zaposleni ili grupa zaposlenih kod poslodavca koji vrši zlostavljanje na prethodno navedene načine.

Članom 7 stavom 2 propisano je da poslodavac radi prepoznavanja, prevencije i sprečavanja zlostavljanja, sprovodi mere obaveštavanja i osposobljavanja zaposlenih i njihovih predstavnika da prepoznaju uzroke, oblike i posledice vršenja zlostavljanja. Iako je ovo zakonsko rešenje dobro, jer se na taj način stvaraju, kako je to propisano Pravilnikom o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu (u daljem tekstu Pravilnik),<sup>4</sup> lica za podršku, u praksi se ova odredba ne sprovodi. Naime, poslodavci, osim obaveštavanja zaposlenih u nekim slučajevima, ne sprovode nikakve aktivnosti s ciljem osposobljavanja zaposlenih da adekvatno reaguju na fenomen zlostavljanja na radu.

Za štetu koja je nastala vršenjem zlostavljanja na radu, shodno članu 9, odgovara poslodavac kod kojeg radi odgovorno lice ili zaposleni, pri čemu postoji mogućnost da zatraži nadoknadu iznosa isplaćene štete. Zarad oštrije reakcije države na fenomen mobinga, bolje zakonsko rešenje bi bilo da se može tužiti sam zlostavljač za pričinjenju štetu, čime bi se on stavio u takav položaj u kojem bi bio prinuđen da na adekvatan način sagleda potencijalno zlostavljanje na radu koje bi vršio. Naime, prema sadašnjim rešenjima, moberu je pozicija znatno bolja, jer poslodavci, kao što su, na primer, javna preduzeća, ne traže nadoknadu isplaćene štete od zlostavljača, što dovodi do toga da nastalu štetu na kraju snose svi građani Republike Srbije.

Praksa reagovanja poslodavaca na pojavu zlostavljanja na radu dovela je do stvaranja još jednog problema. Bez obzira što po stavu 2 člana 10 zaposleni ima pravo da kod poslodavca ostvari zaštitu od zlostavljanja, dešavali su se slučajevi da žrtva zlostavljanja nakon obraćanja poslodavcu bude još više viktimizirana. Poslodavac, nakon obaveštavanja o zlostavljanju na radu, želeći da izbegne pokretanje odgovarajućeg postupka, pozove zlostavljača kako bi ga opomenuo da prestane sa takvim ponašanjem. Međutim, umesto da zlostavljanje na radu prestane, ono se multiplikuje, jer je zlostavljač saznao da je prijavljen zbog svog nedozvoljenog ponašanja.

Zakonom je predviđen postupak za zaštitu od zlostavljanja u slučaju kada zlostavljač nije poslodavac sa svojstvom fizičkog lica, odnosno odgovorno lice u pravnom licu, pri čemu se zaštita od zlostavljanja

---

<sup>4</sup> Pravilnik o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu, "Sl. glasnik RS", br. 62/2010.

sprovodi upravo tom licu (član 13), kao i postupak pred sudom u slučaju da je zlostavljanje na radu preduzeto od strane samog poslodavca ili odgovornog lica u pravnom licu (član 29). Radi lakšeg razumevanja postupaka koji se sprovede u zavisnosti od toga ko je zlostavljač, tj. mober, prvo ćemo obrazložiti postupak koji se sprovodi kod poslodavca.

Iako je u članu 13 Zakona naglašeno kome se podnosi zahtev za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja, već u narednom članu stvorena je dodatna zabuna, jer je u članu 14 propisano da se zahtev podnosi licu koje sprovodi zlostavljanje. Očigledno je da su ova dva člana u koliziji i da je neophodno otkloniti ovu nomotehničku grešku koja znatno otežava položaj žrtve zlostavljanja.

Postupak pred poslodavcem se sprovodi na osnovu zahteva za pokretanje postupka. Po prijemu zahteva poslodavac je dužan da u roku od tri dana stranama u sporu predloži posredovanje kao način razrešenja spornog odnosa. Po prijemu predloga za posredovanje teče rok od tri dana za određivanje ili biranje lica za vođenje postupka posredovanja (član 15). Kao posrednik se može odrediti lice koje uživa poverenje strana u sporu. Članom 3 u stavu 3 Pravilnika propisano je da poslodavac može da obezbedi obuku, odnosno osposobljavanje određenog zaposlenog ili zaposlenih za obavljanje posredovanja kao načina razrešenja spornih odnosa povezanih sa zlostavljanjem. Međutim, takva obuka se ne sprovodi u praksi.

Posrednik, kao neutralna osoba koja mora da postupa nezavisno i nepristrasno, bira se sa spiska posrednika koji se vodi kod poslodavca u skladu sa kolektivnim ugovorom, odnosno kod organa u čijoj je nadležnosti posredovanje. Pored već navedenog spiska sa kojeg je moguće birati posrednika, on se može birati i sa spiska posrednika socijalno- ekonomskog saveta sačinjenog na predlog socijalnih partnera, kao i spiska udruženja građana čiji cilj postojanja je usmeren na poslove posredovanja (član 16). Postupak posredovanja, shodno slovu zakona iz člana 17, je hitan, pri čemu same strane mogu da se dogovore o načinu sprovođenja posredovanja. U slučaju da takav dogovor izostane, posrednik će sprovesti postupak na način na koji smatra da je odgovarajući, uz vođenje računa o okolnostima datog spornog odnosa, kao i interesa strana u sporu. Iako je posrednik ovlašćen da daje odgovarajuće predloge zarad razrešavanja spora, on stranama ne može da nameće rešenje (član 18). Ukoliko zlostavljanom licu pretila opasnost od nastupanja nenadoknadive štete, posrednik je ovlašćen da poslodavcu dostavi obrazloženu inicijativu za preduzimanje mera do okončanja postupka za zaštitu od zlostavljanja

koje se otelotvoruje u premeštaju zlostavljača u drugu radnu okolinu ili udaljenje sa rada uz nadoknadu zarade (član 24). Nepreduzimanje mera iz člana 24 Zakona dovodi do toga da zaposleni kome prema mišljenju službe medicine rada preti neposredna opasnost po zdravlje ili život, ima pravo da odbije da radi. Na osnovu ovoga zaposleni je dužan da bez odlaganja obavesti poslodavca i inspekciju rada. Zaposleni za vreme odbijanja rada ima pravo na naknadu zarade u visini prosečne zarade koju je ostvario u prethodna tri meseca. Pod uslovom da poslodavac preduzme mere iz člana 24 ovog Zakona, zaposleni je dužan da se vrati na posao, a najkasnije do okončanja postupka zaštite od zlostavljanja kod poslodavca. Položaj žrtve zlostavljanja je dodatno ojačan time što je zakonodavac propisao da se datom zaposlenom ne može otkazati ugovor o radu, odnosno izreći mera prestanka radnog odnosa (član 26). Primena ove odredbe pokazala je dosta problema. Naime, službe medicine rada retko izrade izveštaj u kojem konstatuju da preti neposredna opasnost po zdravlje ili život usled zlostavljanja na radu, iako je prema klasifikaciji bolesti Svetske zdravstvene organizacije iz 2015. godine zlostavljanje na radu klasifikovano kao bolest u vezi sa radnim mestom. Kao problem se javlja to što služba medicine rada ne dovodi u vezu zdravstvene probleme kod datog radnika sa zlostavljanjem na radu kojem je on izložen.

Postupak posredovanja može se završiti trojako nakon osam radnih dana od dana određivanja, odnosno izbora posrednika. Prvi način se ogleda u tome da strane zaključe pismeni sporazum. Naredni način za završetak postupka posredovanja ogleda se u tome da posrednik, nakon konsultacija sa stranama, obustavi postupak, jer dalje vođenje postupka nije opravdano. Izjava strane u sporu da odustaje od daljeg postupka predstavlja poslednji način za završetak postupka posredovanja. U slučaju postojanja opravdanih razloga, rok za okončanje postupka posredovanja može se produžiti maksimalno na trideset dana od dana određivanja, odnosno od dana izbora posrednika (član 19).

Zakonodavac je u narednom članu posvetio pažnju sadržaju sporazuma o rešavanju spornog pitanja. Naime, sporazum sadrži mere usmerene na prestanak ponašanja, kao i preporuke poslodavcu u pogledu otklanjanja mogućnosti daljeg zlostavljanja u vidu premeštaja zaposlenog u drugu radnu okolinu ili neke druge mere koja se tiče statusa i prava strana u sporu. Na poslodavcu je da prihvati pomenute preporuke, pod uslovom da su u skladu sa zakonom i njegovom poslovnim politikom (član 21).

Ukoliko postupak posredovanja ne uspe, a postoji osnovana sumnja da je zlostavljanje izvršeno ili zloupotrebjeno pravo na zaštitu od

zlostavljanja, poslodavac je dužan, shodno članu 23 Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, da pokrene postupak za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne dužnosti. Poslodavcu na raspolaganju stoji nekoliko mera u vidu opomene, udaljenja sa rada od četiri do trideset radnih dana bez naknade zarade, kao i trajnog premeštaja u drugu radnu okolinu na iste ili druge poslove, odnosno radno mesto. Ponovno vršenje zlostavljanja u roku od šest meseci dovodi do toga da je poslodavac u mogućnosti da zlostavljaču otkáže ugovor o radu, odnosno izrekne meru prestanka radnog odnosa.

Zakonodavac je u stavu 1 člana 27 propisao da pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja, kao i u češće u tom postupku, ne može da bude osnov za stavljanje zaposlenog u nepovoljniji položaj u pogledu ostvarivanja prava i obaveza po osnovu rada, pokretanje postupka za utvrđivanje disciplinske, materijalne i druge odgovornosti zaposlenog, otkaz ugovora o radu, odnosno prestanak radnog ili drugog ugovornog odnosa po osnovu rada i proglašavanje zaposlenog viškom zaposlenih, u skladu sa propisima kojima se uređuje rad. Borba protiv korupcije je pojačana time da zaposleni koji ukaže nadležnom državnom organu na povredu javnog interesa utvrđenog zakonom, u činjenju od strane poslodavca, a osnovana je sumnja da će biti izložen zlostavljanju, uživa zaštitu iz stava 1 ovog člana.

Sudska zaštita od zlostavljanja na radu sprovodi se u slučaju da se to zlostavljanje preduzima od strane poslodavca sa svojstvom fizičkog lica ili odgovornog lica u pravnom licu. Pored sudske zaštite koja se preduzima u slučaju da je zlostavljač poslodavac ili odgovorno lice, ona se može preduzeti i u slučaju zaposlenog koji je nezadovoljan ishodom postupka zaštite kod poslodavca u roku od 15 dana od dana dostavljanja obaveštenja, odnosno odluke (član 29). Sa razlogom se postavlja pitanje da li je rok od 15 dana adekvatan. Naime, problem trajanja roka za podnošenje tužbe ogleda se u tome da odluka od strane poslodavca ne sadrži pouku o pravnom leku, čime se žrtva zlostavljanja nalazi u neznanju da li uopšte postoji pravni put za ostvarivanje svojih prava. Ujedno, još jedan razlog za produženje ovog roka na trideset dana otelotvoruje se u činjenici da je mali broj advokata stručan za postupanje u slučajevima mobinga, te to zahteva dodatno vreme za pisanje tužbe.

Položaj žrtve zlostavljanja, shodno članu 31, olakšan je time da u toku postupka tužilac treba da učini verovatnim da je zlostavljanje izvršeno, te teret dokazivanja da nije bilo zlostavljanja prelazi na poslodavca. Ujedno je postupak u parnicama, zbog osetljivosti predmeta tužbenog



zahteva, hitan. Zbog toga će sud tužbu sa priložima dostaviti tuženom na odgovor u roku od 15 dana od prijema zahteva (član 32). Međutim, nadležni sud zakaže prvo ročište tek nekoliko meseci nakon prijema tužbe, što se kosi sa načelom hitnosti i stavlja žrtvu zlostavljanja u znatno nepovoljniji položaj, jer je žrtva viktimizirana još dodatno vreme.

Po predlogu strane ili po službenoj dužnosti sud u toku postupka može odrediti privremene mere s ciljem sprečavanja nasilnog postupanja ili radi otklanjanja nenadoknadive štete. Kao privremene mere javljaju se zabrana približavanja, kao i zabrana pristupa u prostor oko mesta rada zaposlenog koji učini verovatnim da je izložen zlostavljanju. Osam dana je rok za odlučivanje suda o određivanju privremene mere. Nije dozvoljena posebna žalba protiv rešenja o određivanju privremene mere (član 33).

Zakonodavac je, takođe, propisao novčane kazne za poslodavca sa svojstvom pravnog lica ako ne izrekne meru za sprečavanje zlostavljanja do okončanja postupka, otkáže ugovor o radu, odnosno izrekne meru prestanka radnog odnosa suprotno odredbama ovog zakona, postupi suprotno odredbama ovog zakona o zaštiti učesnika u postupku za zaštitu od zlostavljanja (član 35).

Zakonski tekst je napisan koncizno i jasno, ali neophodno je ukazati na određene nepreciznosti. Naime, u članu 16, koji se odnosi na odabir posrednika, postoje određene nedoumice. Tako se kao posrednik može izabrati i neki kolega sa posla, ali i posrednici sa liste ustanova za posredovanje ili spiska posrednika socijalno-ekonomskog saveta sačinjenog na predlog socijalnih partnera, kao i spiska udruženja građana čiji su ciljevi usmereni na poslove posredovanja. Nesumnjivo je da su posrednici sa ovih lista i spiskova osobe koje su prethodno prošle odgovarajuću obuku, ali problem može da predstavlja posrednik koji je kolega zlostavljača i zlostavljenog a nije prošao prethodnu obuku. Kako slučajevi zlostavljanja mogu biti veoma komplikovani, neophodno je da posrednici moraju, makar oni bili i kolege sa posla, proći odgovarajuću obuku.

Naredni problem u vezi primene Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu odnosi se na privremene mere koje se određuju od strane suda. Naime, kao privremene mere zakonodavac navodi zabranu približavanja, kao i zabranu pristupa u prostor oko mesta rada zaposlenog koji učini verovatnim da je izložen zlostavljanju. Potencijalni problem se ogleda u mogućnosti da zlostavljač i žrtva zlostavljanja rade u istoj kancelariji, te je primena ovih navedenih primevremenih mera iluzorna, jer samo prisustvo zlostavljača i zlostavljanog u istoj prostoriji, na osnovu

podele poslova koju je izradio poslodavac, dovodi do toga da zabrana približavanja i zabrana pristupa u prostor oko mesta rada zaposlenog, kao privremena mera, budu bespredmetne. Stoga, predlažemo da se naziv jedne od ovih mera promeni, čime bi se i suštinski promenio njen kvalitet ili da se spisak privremenih mera dopuni još jednom merom na osnovu koje bi se prevazišao uočeni problem. Naime, jedna od mera može biti izmeštanje zlostavljača iz prostora oko mesta rada zaposlenog. Na taj način bi se otklonila mogućnost izricanja već pomenutih mera, a postoji faktička prepreka za njihovu primenu, jer zlostavljač i zlostavljani rade u istoj kancelariji.

Naredni nedostatak Zakona ogleda su u tome što je zakonodavac propustio da reguliše neophodnu pomoć žrtvi zlostavljanja na radu. Iako je moguće navesti različite tipologije posledica mobinga, sve posledice zlostavljanja na radu odnose se na fizičke promene, psihičke promene, psihosociološke promene i promene koje se ogledaju u promenama na poslu i karijeri. Bez obzira što je moguće pomoć za određene vrste promena, kao što su na primer psihičke i fizičke, dobiti u raznim državnim ustanovama, potrebno je raditi na tome da se zakonom predvidi osnivanje tzv. savetovališta za žrtve mobinga, čime bi se uštedela znatna finansijska sredstva, jer je sva neophodna pomoć objedinjena na jednom mestu, a i na taj način vrši se specijalizacija savetovališta za pružanje usluga samo žrtvama jednog ovakvog oblika kriminaliteta nasilja, sa svim svojim specifičnostima. Takva savetovališta moguće je osnovati pri centrima za socijalni rad ili pri institutima medicine rada, pri čemu nije potrebno dodatno zapošljavanje stručnjaka različitih profila, već njih edukovati za rad sa žrtvama mobinga. Na taj način žrtve mobinga ne bi ostajale bez neophodne podrške stručnjaka radi prevazilaženja određenih posledica, koje se ne mogu, na primer, otkloniti u ustanovama zdravstvene zaštite.

## **8. Zaključak**

U savremenom svetu borba za stalna mesta je permanentna. U državama koje su dugo godina suočene sa ekonomskom krizom, kao što je Republika Srbija, broj radnih mesta je znatno manji u odnosu na broj potencijalnih radnika. Stoga radna sredina umesto da bude okruženje kreirano radi postizanja optimalnih rezultata na poslu, pretvara se u okruženje u kome se ne biraju sredstva za napredovanje na hijerarhijskoj lestvici. Polazeći od ove činjenice neophodno je obezbediti takve uslove za rad u kojima nijedan zaposleni neće biti suočen sa mobingom. Republika Srbija

je stvorila (ne)odgovarajući zakonski okvir kao osnovu za reakciju na pojavu ovog oblika kriminaliteta nasilja.

Analiza pojedinih krivičnopравnih rešenja ukazuje nam da fenomen mobinga nije sankcionisan u potpunosti, te je neophodno raditi na tome da se inkriminišu svi oblici mobinga kako bi se pružila neophodna krivičnopравna zaštita žrtvama ovakvog oblika kriminaliteta nasilja. Drugim rečima, potrebno je inkriminisati mobing, odnosno zlostavljanje na radu, kao posebno krivično delo, pri čemu treba težiti da se jednom takvom inkriminacijom obuhvate svi oblici u kojima se mobing javlja.

Ujedno, Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu ima određene nedostatke koje je moguće ispraviti njegovom novelacijom. Tako bi se dobio adekvatan normativni okvir na osnovu kojeg nadležni organi mogu blagovremeno reagovati na prvu pojavu nekog oblika mobinga. Isto tako, potrebno je raditi na preventivnim merama kako uopšte ne bi došlo do ispoljavanja fenomena mobinga, na taj način da se u javnim preduzećima i privatnim firmama sprovede edukacije o ovom obliku kriminaliteta nasilja, njegovim posledicama i načinima kako ga treba prijaviti nadležnom organu.

## Literatura

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.

Krivični zakonik, Sl. glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 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.

Pravilnik o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu, Sl. glasnik RS, br. 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).

Vuković, D. (2006). *Mobing na radnom mestu*, Temida, br. 4. Beograd: Viktimološko društvo Srbije.

Vuksanović, M. (2013). *Mogućnosti merenja posledice mobinga*, Temida, br. 3–4. Viktimološko društvo Srbije, Beograd,

Zakon o radu, Sl. glasnik RS, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014. i 13/2017 – odluka US.

Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, Sl. glasnik RS, br. 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.*



**Dr Željko Mirkov,\***  
Viši tužilački saradnik  
Osnovno javno tužilaštvo, Kikinda

pregledni naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1775223M

UDK: 343.131.4

Rad primljen: 07.05.2017.  
Rad prihvaćen: 10.06.2017.

## **O SUOČENJU OKRIVLJENOG U KRIVIČNOM POSTUPKU\*\***

**Apstrakt:** *Suočenje je procesna radnja koja se sastoji u neposrednoj diskusiji dva lica, sa ciljem da se otklone razlike u njihovim iskazima povodom činjenica koje su bitne za presuđenje krivične stvari. Radi se o institutu krivičnoprocesnog prava, pa je njegova pravna komponenta primarna. Ipak, nesumnjivo je da suočenje pored pravnog, sadrži i kriminalističke i psihološke aspekte. Navedeni aspekti su opredelili i strukturu rada. Prvi deo rada posvećen je normativnim aspektima ove procesne radnje i bavi se uslovima pod kojima se može odrediti suočenje, kao i tehnikom njenog izvođenja. Drugi deo rada je posvećen kriminalističkim pravila koja se odnose na sprovođenje suočenja, kao i psihološkim osnovama ove procesne radnje. Prikaz navedenih aspekata je neophodan radi potpunog sagledavanja ove kompleksne procesne radnje, koja može biti koristan metod za utvrđivanje verodostojnosti iskaza.*

**Ključne reči:** *okrivljeni, suočenje, zakonska regulativa, kriminalistička pravila, psihologija suočenja.*

### **1. Uvod**

U krivičnom postupku se kroz dokazni postupak najpre utvrđuje činjenično stanje, a zatim se ono podvodi pod odredbe materijalnog krivičnog prava, sa ciljem da se utvrdi da li je okrivljeni izvršio krivično delo koje mu se optužbom stavlja na teret i da li ima uslova za izricanje krivične sankcije. U ovom, često nimalo lakom zadatku, po pravilu učestvuje više lica sa različitim pravima i dužnostima, od kojih svako ima svoje motive i interese. Latinska poslovice kaže da, kao što se ljudi razlikuju po izgledu, tako se razlikuju i po naravi („*Ut forma homines, sic et natura differunt.*“). Tako, svedok u krivičnom postupku može biti u potpunosti nezainteresovan za tok i rezultat postupka, pa

\* zeljko.mirkov@yahoo.com

\*\* „Ko čekati ne zna, taj neće shvatiti niti će znati drugi da si me spasila ti jedina čekanjem svojim dugim.“ *Posvećeno Branki.*

u tom smislu i ne pokazivati naročit napor da pomogne u utvrđivanju spornih činjenica. Oštećeni može preuveličavati ulogu okrivljenog prilikom izvršenja krivičnog dela ili umanjivati svoj doprinos, dok će se okrivljeni, koji je i te kako zainteresovan za ishod krivičnog postupka, po pravilu truditi da svojom odbranom izbegne donošenje osuđujuće presude ili da, u najmanju ruku, utiče na pravnu kvalifikaciju krivičnog dela koje mu se stavlja na teret.

Položaj okrivljenog u krivičnom postupku je posebno interesantan, jer se radi o licu protiv kojeg postoji određeni stepen uverenja da je izvršio krivično delo, koji se tokom postupka može kretati od osnova sumnje, pa do izvesnosti. Konačan ishod krivičnog postupka može biti ograničenje određenog prava okrivljenog (na primer, prava na slobodu) ili umanjjenje njegove imovine (izricanjem novčane kazne). Zbog toga se ne može reći da je okrivljeni nezainteresovan za tok i način okončanja postupka i za očekivati je da će tokom postupka dati sve od sebe da odbrani svoje interese, pa čak se i koristiti pravom na laž. Kako ističe Zlatić, okrivljeni nije pravno ovlašćen da govori neistinu, ali nije pravno dužan ni da iskazuje istinu (Danić, 2001: 23).<sup>1</sup>

Do neslaganja u iskazima lica koja su saslušana ili ispitana tokom trajanja krivičnog postupka može doći iz razloga koji se mogu svrstati u dve velike grupe. Prvi razlog je okolnost da lice u svom iskazu svesno opisuje da se događaj koji je predmet optužbe odigrao drugačije od onoga kako se to desilo u stvarnosti, tj. da to lice daje namerno lažan iskaz. U drugom slučaju, iskaz lica je pogrešan, usled nedostataka koji se mogu javiti kod psihičkih funkcija koje učestvuju u nastanku iskaza. Iako, po pravilu, lažan iskaz daje okrivljeni kako bi izbegao donošenje osuđujuće presude, ova vrsta iskaza nije strana ni svedocima koji žele da svedoče u korist okrivljenog. Sa druge strane i okrivljeni nekada može pogrešno opaziti ili interpretirati određenu činjenicu, mada se pretpostavlja da je njemu najbolje poznato kako se odigrao događaj koji je predmet optužbe.

Zbog navedenog, organ postupka posebno pažnju treba da pokloni oceni verodostojnosti iskaza okrivljenog i načinu na koji će, u situaciji

---

1 Do potvrde prvog dela ove tvrdnje dolazi se analizom odredaba našeg krivičnog procesnog zakonodavstva, kao i nekih uporednopravnih rešenja, gde je uočljivo da zakon eksplicitno ne pominje pravo na laž. Sa druge strane, da okrivljeni nije dužan da govori istinu prilikom davanja iskaza, upućuje odredba čl. 68 st. 1 tač.

2 važećeg Zakonika o krivičnom postupku (2011), kojom je propisano da okrivljeni ima pravo da ništa ne izjavi, da uskrati odgovor na pojedina pitanja, *da slobodno iznese svoju odbranu*, ili da prizna ili ne prizna krivicu.



kada pred sobom ima sadržinski različite izjave, odlučiti kojem će pokloniti veru. Vrednost dokaza sadržanih u iskazu okrivljenog utvrđuje se najpre pojedinačno, a zatim upoređivanjem sa ostalim dokazima kojima se utvrđuje postojanje ili nepostojanje činjenica, koje obrazuju činjenično stanje određene krivične stvari (Đurđić, 2006: 88).

Jedan od instituta krivičnog procesnog prava koji služe za proveravanje iskaza okrivljenog jeste suočenje.<sup>2</sup>

## 2. Suočenje – zakonska regulativa

U našem pravu preteču suočenja nalazimo u dokaznom sredstvu „svod.“ Odredba člana 180 Dušanovog zakonika govori o „svodu“ kao o dokaznom sredstvu i načinu za oslobođanje od krivične odgovornosti za delo krađe. Onaj kod koga je pronađena sporna stvar (tuženi) mogao je da se oslobodi krivične odgovornosti „davanjem svoda“ – tj. imenovanjem, označavanjem lica od koga je spornu stvar pribavio (Đorđević, 2008: 204).<sup>3</sup>

U našem krivičnom postupku suočenje ne predstavlja dokazno sredstvo, već posebnu procesnu radnju koja se sastoji u proveru ranije datih iskaza dva lica koji se tiču određenih spornih činjenica. Dakle, suočenje se odnosi na proveru istinitosti činjenica koje su predmet dokazivanja i ima veze sa ocenom iskaza, tako da ne spada u dokazno sredstvo. To je posebno „sredstvo za razjašnjavanje sumnjivih ili protivrečnih podataka okrivljenika ili svedoka“ (Aleksić, Škulić, 2007: 212).<sup>4</sup>

Odredbom člana 89 Zakonika o krivičnom postupku<sup>5</sup> regulisano je suočenje okrivljenog u krivičnom postupku. Odredbom ovog člana određen je krug lica koja se mogu suočiti sa okrivljenim, uslov(i) pod kojim se suočenje određuje i sama tehnika izvođenja suočenja.

---

2 Pored suočenja, postoje još dva metoda za proveravanje iskaza okrivljenog. Prvi se ogleda u dužnosti organa postupka da prati kontinuitet iskaza okrivljenog i njegovoj mogućnosti, odnosno dužnosti da reaguje ukoliko dođe do promena u iskazu. Drugi metod proveravanja iskaza okrivljenog je prepoznavanje lica ili predmeta (Brkić, 2014: 320, 321).

3 Suočenje je ustanova koja se zadržala do danas, a prema nekim autorima nastala je u italijanskim srednjevekovnim postupcima (Zlatarić, Damaška, 1966: 320).

4 Sa druge strane, prema stavu Evropskog suda za ljudska prava, suočenje jeste dokazno sredstvo koje omogućava optuženom, u bilo kojoj fazi postupka, da kontroliše dokaze iznete protiv njega (Feny vesi, 2009: 577).

5 *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014. U daljem tekstu: ZKP.

Okrivljeni može biti suočen sa svedokom ili drugim okrivljenim<sup>6</sup>, a moguće je suočenje i svedoka sa drugim svedokom ili okrivljenim.<sup>7</sup>

Proizlazi da se suočenje može odrediti samo između dve osobe, te da nije moguće vršiti suočenje više lica istovremeno.

Suočenje nije obavezna procesna radnja, što proističe iz odredbe navedenog člana u kojem stoji da okrivljeni „može biti suočen“ sa navedenim licima. Kako je suočenje samo mogućnost o čijoj primeni odlučuje organ postupka u svakom konkretnom slučaju i stav sudske prakse je da nije povređeno pravo odbrane kada sud nije izveo suočenje, iako je to okrivljeni predložio.<sup>8</sup>

Do suočenja dolazi kada se iskaz okrivljenog ne slaže sa iskazom drugog okrivljenog ili svedoka u pogledu činjenica koje su predmet dokazivanja. Predmet dokazivanja u krivičnom postupku su relevantne činjenice koje su u vezi sa primenom odredaba krivičnog materijalnog ili krivičnog procesnog prava. Dakle, potrebno je da se neslaganja u iskazu, čije je razjašnjenje bitno za presuđenje krivične stvari, odnose na činjenice koje čine obeležje krivičnog dela, ili od kojih zavisi primena neke druge odredbe krivičnog zakona ili pak na činjenice od kojih zavisi primena odredaba krivičnog postupka.<sup>9</sup> U suprotnom, određivanje suočenja nije potrebno, jer ono neće imati uticaj na utvrđivanje bitnih činjenica. Postojanje razlike u iskazima nije jedini uslov za obavljanje suočenja. Ono treba da bude u funkciji pravilnog utvrđivanja činjeničnog stanja, pa će se primeniti samo onda kada se može očekivati da će se time razjasniti neke važne činjenice ili da će sud moći lakše da oceni iskaze svedoka ili okrivljenih i da se opredeli kome će poverovati (Mirošević, 2007).<sup>10</sup>

Suočenje se sprovodi tako što se suočeni postavljaju jedan prema drugom, pa organ postupka od njih zahteva da jedan drugom ponove svoje iskaze o svakoj spornoj okolnosti i da raspravljaju o istinitosti onoga što su

---

6 Čl. 89 st. 1 ZKP.

7 Na odredbe o suočenju svedoka, primenjuju se odredbe o suočenju okrivljenog iz čl. 89 st. 2 ZKP.

8 Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kž. br. 376/92 od 8. septembra 1992. godine (navedeno prema: Ilić, Majić, Beljanski, Trešnjev, 2014: 305).

9 Vidi čl. 83 st. 1 i st. 2 ZKP.

10 U pitanju je članak „Suočenje u krivičnom postupku“, objavljen u Biltenu Okružnog suda u Beogradu br. 76/2007, autora Milosavić Vladimira. Navedeni članak je autoru ovog rada dostavljen bez numeracije stranica u elektronskoj formi od strane izdavača ove publikacije, firme „Intermex.“ Citirani deo se nalazi na prvoj strani elektronske verzije teksta.

iskazali.<sup>11</sup> Iz navedenog proizlaze dve bitne stvari. Prva se tiče tehnike suočenja, a druga se odnosi na to koji organ tokom trajanja postupka može odrediti suočenje. Tehnika suočenja, na način kako je određena u zakonu, određuje i njegovu suštinu. Naime, procesna radnja suočenja nije prosto naknadno saslušanje lica u pogledu tačaka u kojima se njihovi iskazi ne slažu, već se sastoji u tome da lica čiji se iskazi ne slažu jedno drugom (a ne organu postupka) ponove svoj stav u pogledu spornih tačaka iskaza, i ukoliko se tako kazane činjenice ne podudaraju, diskutuju o istinitosti kazanog i uzrocima neslaganja (Vasiljević, 1971: 284).<sup>12</sup> Dakle, suočenje nije naknadno saslušanje, već rasprava suočenih lica koja su postavljena „oči u oči“ o spornim delovima i istinitosti iskaza (Grubač, 2006: 231).<sup>13</sup>

Imajući u vidu da se organom postupka u smislu zakona smatra javni tužilac, sud ili drugi državni organ pred kojim se vodi postupak<sup>14</sup>, proizlazi da načelno ovi organi mogu odrediti suočenje. Ipak, u praksi je teško zamisliti da suočenje bude određeno u prostorijama policijske uprave, kada, na primer, javni tužilac poveri policiji izvođenje dokazne radnje ispitivanja svedoka<sup>15</sup>, pa ovoj dokaznoj radnji prisustvuje okrivljeni ili njegov izabrani branilac. Smatramo da suočenje svoj pravi smisao dobija na glavnom pretresu gde se u punom obimu ostvaruje načelo kontradiktornosti (raspravnosti) koje omogućava tužiocu da iznese činjenice kojima potkrepljuju optužbu, a okrivljenom okolnosti koje ide u prilog odbrani. U ovoj fazi postupka okrivljeni je po pravilu

---

11 Čl. 89 st. 2 ZKP.

12 U tom smislu treba napomenuti da odredbe članova Zakonika o krivičnom postupku iz 1929. godine, Zakona o krivičnom postupku iz 1948. godine, Zakonika o krivičnom postupku iz 1953. godine i Zakona o krivičnom postupku iz 1976. godine nisu na najbolji način određivale tehniku izvođenja suočenja, pa samim tim ni njegovu suštinu. Tako u zakonskom tekstu iz 1929. godine u odredbi čl. 158 st. 2 stoji da će se sau česnici saslušati o svakoj pojedinoj okolnosti, zbog koje se među sobom ne slažu i njihov odgovor će se uneti u zapisnik.“ Odredbe zakona iz 1948. godine (čl. 160 st. 2), 1953. godine (čl. 214 st. 2) i 1976. godine (čl. 220 st. 2) su identične – suočeni će se ispitati o svakoj okolnosti u vezi sa kojom se njihovi iskazi međusobno ne slažu, a njihov odgovor će se uneti u zapisnik. Ovako određenom suočenju nedostaje element kontradiktornosti, u smislu da isključuje međusobno diskutovanje lica o spornim okolnostima, a akcent stavlja na organ postupka, kojem lica kod kojih postoji neslaganje u izjavi ponovo iskazuju ono što su već jednom izjavila.

13 Tako smatra i: Simić-Jekić, 1983: 245. Drugačije: Dimitrijević, 1972: 204. Ovaj autor navodi da je suočenje poseban vid svedočenja, koji se sastoji u istovremenom ispitivanju suočenih čiji se iskazi ne slažu u pogledu činjenica koje su važne za rasvetljavanje krivične stvari.

14 Čl. 2 st. 1 tač. 15 ZKP.

15 U smislu čl. 299 st. 4 ZKP.

upoznat sa sadržinom iskaza saslušanih i ispitanih lica i drugim dokazima koji ga terete, budući da optužnica sadrži obrazloženje u kojem će se prema rezultatu istrage opisati stanje stvari, navesti dokazi kojima se utvrđuju činjenice koje su predmet dokazivanja, izneti odbrana okrivljenog i stanovište tužioca o navodima odbrane<sup>16</sup>, a optužni predlog sadrži predlog koje dokaze treba izvesti na glavnom pretresu, sa naznačenjem činjenica koje bi se imale dokazati i kojim od predloženih dokaza.<sup>17</sup> Naravno, okrivljeni ima pravo da tokom postupka pred tužilaštvom prisustvuje izvođenju dokaznih radnji i već u toj fazi bude upoznat sa iskazima drugih lica, ali se njihovo izvođenje pod određenim uslovima može preduzeti i u njegovom odsustvu, pa okrivljeni može ostati u neznanju u pogledu toga šta je određeno lice izjavilo. Iz tog razloga smatramo da je glavni pretres faza kada je okrivljeni upoznat sa svim dokazima koji idu u prilog optužbi, pa iz tog razloga i suočenje ima najviše smisla. Na glavnom pretresu predsednik veća može suočiti saoptužene čiji se iskazi o istoj okolnosti razlikuju<sup>18</sup> i to na način predviđen odredbom čl. 89 ZKP, a može suočiti i okrivljenog i svedoka.

Tok suočenja i izjave koje su dali suočeni, organ postupka će uneti u zapisnik. Na kraju, diskusiju i stavove suočenih lica organ postupka unosi u zapisnik, konstatujući da li je bilo promena u odnosu na početni stav suočenih lica. U zapisnik o suočenju se ne unose opisi držanja suočenih lica, kao što se takve konstatacije ne unose u zapisnike o drugim saslušanjima, tj. ne unosi se logički i psihološki sadržaj suočenih lica (Vasiljević, Grubač, 2002: 190; Ilić et al., 2014: 305). Smatramo da je opisu i oceni držanja suočenih lica mesto u obrazloženju presude, odnosno rešenju o odbačaju krivične prijave tužilaštva, ukoliko ovaj organ oceni da je tokom sprovođenja dokaznih radnji nužno odrediti suočenje. U tom smislu, interesantno je pomenuti odredbu o suočenju iz Zakonika o krivičnom postupku iz 2006. godine<sup>19</sup>, prema kojoj je bilo predviđeno da će se pored toka suočenja i izjave suočenih, u zapisnik uneti i ponašanje suočenih lica.<sup>20</sup> Međutim, sudbina ovog zakonskog teksta je bila takva da nikada nije primenjivan, iako je stupio na pravnu snagu.

---

16 Čl. 332 st. 1 tač. 6 ZKP.

17 Čl. 500 st. 1 tač. 5 ZKP.

18 Čl. 399 st. 4 ZKP.

19 *Sl. glasnik RS*, br. 46/2016 i 49/2007. U daljem tekstu: ZKP iz 2006. godine.

20 Čl. 97 st. 2 ZKP iz 2006. godine.

### 3. Kriminalistička pravila i osnovi psihologije suočenja

Za uspešno sprovođenje suočenja nužno je poznavanje određenih kriminalističkih pravila i smernica koji su se u dosadašnjoj praksi pokazali kao najcelishodniji. Ukazaćemo na neke do njih.

Suočenje se mora dobro pripremiti, što podrazumeva temeljeno upoznavanje predmeta i pribavljanje podataka o licima koja će biti suočena. Pri sastavljanju plana suočenja, treba: 1) formulisati pitanja i odrediti njihov redosled; 2) odrediti činjenicu na koju se odnosi pitanje; 3) utvrditi šta su o tome ranije iskazali suočeni i 4) naći stranu spisa na kojoj se te izjave nalaze (Vodinić, 1996: 237). Navedenim merama treba dodati još jednu, koja može imati značajan efekat na utvrđivanje verodostojnosti iskaza – utvrditi koje će lice prvo izneti svoj stav u pogledu sporne okolnosti koja je predmet suočenja. U tom smislu, u literaturi ima izričitih stavova da uvek prvo treba da govori lice u čiju je istinitost iskaza uveren organ postupka (Šaver, Vinberg, 1948: 136), ali smatramo da ovu odluku treba doneti imajući u vidu okolnosti svakog pojedinačnog slučaja.<sup>21</sup>

Vrlo je važno da suočenje ne bude samo formalno ponavljanje ranije rečenog, već da suočena lica međusobno raspravljaju o istinitosti onoga što su ranije iskazali (Vuković, 2002: 95). Kao i svako neslaganje oko neke okolnosti i suočenje nosi opasnost žustre rasprave i svađe, posebno zato što se odigrava u atmosferi sudnice i zato što su kod okrivljenog u pitanju mnogo veći interesi, nego kada se radi o sučeljavanju mišljenja u običnom životu. Stoga organ postupka treba da spreči mogućnost da se suočenje pretvori u svađu, vređanje ili fizički obračun, te da suočenje ograniči samo na sporne okolnosti.<sup>22</sup> Ovo je jedan od razloga zašto se suočenje prema zakonskom tekstu može vršiti samo između dva lica. Da se suočenje vrši između više lica čiji se iskazi ne slažu, sa jedne strane bi postojala veća opasnost od izbijanja konflikta (verbalnog, pa i fizičkog), dok bi se, sa druge strane doveo u pitanje kvalitet sprovedenog suočenja, budući da bi organ postupka ispred sebe imao više lica čije bi reakcije morao da posmatra u svetlu onoga što ta lica govore.

---

21 Tako: Simonović, 2004: 251; Vodinić, 1996: 239. Vodinić navodi da će odluka o tome zavisiti od ubedljivosti iskaza i svojstva verodostojnog lica, osobina okrivljenikove ličnosti, da li se on brzo snalazi i oporavlja odmah od taktičkih udaraca itd.

22 Suočeni može da odgovara za krivično delo uvrede, a rasprava treba da se kreće u okvirima činjenica koje su predmet dokazivanja (Presuda Vrhovnog suda Srbije, Kz. br. 21/2002 od 14. juna 2002. godine i presuda Okru žnog suda u Beogradu, K ž. br. 1450/2003 od 22. maja 2003. godine).

Cilj suočenja je da se lica koja se u svojim iskazima ne slažu, izjasne o protivrečnostima i da se neposrednim objašnjenjem otklone nenamerno nastala neslaganja, odnosno da se iskaz koji nije istinit povuče pod neposrednim suprotnim tvrđenjem druge strane (Vasiljević, Grubač, 2002: 189). Da bi se ovaj cilj ostvario, taktički je nepravilno, čak i opasno, da lica koja će biti suočena budu o tome unapred upozorena, što može imati za posledicu da svedoci, odnosno okrivljeni dođu sa unapred pripremljenom strategijom (Aleksić, Škulić, Žarković, 2004: 354). Na taj način, okrivljeni koji je dao lažan iskaz ima priliku da se unapred psihički pripremi za suočenje i da „vežba“ svoje držanje i pripremi iskaz tokom njegovog izvođenja, posebno ako zna da na suprotnoj strani ima lice kojem su dobro poznate sporne okolnosti i koje zna da je okrivljeni iskazivao drugačije od onoga kako se kritični događaj zaista dogodio. Ovo će pomoći okrivljenom da ne odstupi od svog lažnog iskaza i da iskaz suprotne strane kod njega ne izazove uzbuđenje i uznemirenost. Naravno, opisanu situaciju nije moguće izbeći ako je predlog za suočenje upućen od strane odbrane.

Rezultat suočenja se može ogledati u sledećem: 1) svako ostaje pri svom iskazu – protivrečnost ostaje nerazjašnjena; 2) jedno od suočenih lica u potpunosti menja svoj iskaz – protivrečnost je razjašnjena i 3) delimična promena iskaza – delimično razjašnjenje protivrečnosti. Cilj suočenja se u punom smislu ostvaruje u drugom slučaju, kada nestane prvobitna neusaglašenost u pogledu bitnih činjenica. Međutim, postavlja se pitanje šta može sa psihološkog aspekta dovesti do toga da lice koje prvobitno nije govorilo istinu tokom suočenja promeni svoju izjavu. Teže je lagati pred nekim ko ima znanje o pravom stanju stvari, a posebno u situaciji kada se lažljivac sa tom osobom nalazi postavljen jedan prema drugom („oči u oči“). Tok, atmosfera suočenja i situacija u kojoj se činjenice govore okrivljenom u lice prouzrokuju pritisak, tenziju i stres koji su u stanju da (bar na eksperimentalnom nivou) poljuljaju ili čak sruše volju i osujete nameru. Stoga se kao hipoteza istraživanja suočenja može uzeti da će osoba koja laže zbog tenzije i psihološkog pritiska priznati istinu drugom suočenom koji poseduje potpuno znanje o pravom stanju stvari, budući da lažljivac zna da je ta osoba lično opazila (čula i/ili videla) događaje, pa stoga i zna da je njegova izjava lažna (Fenyvesi, 2010: 230, 233) U suprotnom, ako lažljivac ne zna da druga osoba ima neposredna saznanja o protivrečnim činjenicama, to samo može učvrstiti njegovu istrajnost da ostane kod svoje izjave.

Kada se govori o suočenju, a posebno njegovom praktičnom značaju, potrebno je naglasiti dva bitna momenta. Prvo, suočenju se pristupa kada postoje

određene protivrečne činjenice u iskazima suočenih lica i pristupa mu se samo izuzetno, kada se te činjenice ne mogu razjasniti drugim dokazima. Toga su svesni i okrivljeni, pa je u praksi retko da odstupe od svog iskaza. Iz tog razloga organ postupka ovu procesnu radnju treba da preduzima samo kada se radi o važnim činjenicama koje nije moguće na drugi način utvrditi (Aleksić, Škulić, Žarković, 2004: 354). Drugi bitan momenat ukazuje na složenu, pravno-psihološku prirodu ovog sredstva. Radi se o tome da se suočenje u bitnom delu oslanja na psihološka znanja organa postupka koji treba da proceni kojem će od dva suprotstavljena iskaza pokloniti veru. Ovo nije ni malo lak zadatak, jer se organ postupka može naći u situaciji da nema drugih mogućnosti da razjasni spornu činjenicu, osim suočenjem, što ga stavlja u situaciju da o spornim delovima iskaza suočenih lica sudi na osnovu njihove simptomatske slike. Međutim, brojna empirijska istraživanja su pokazala da ne postoji pouzdan indikator laži.<sup>23</sup> Tokom suočenja organ postupka ispred sebe ima jednu osobu koja govori istinu u pogledu određene sporne činjenice i drugu koja o toj činjenici laže (lažan iskaz) ili nesvesno govori neistinu (pogrešan iskaz). Pretpostavka je da je osoba koja govori istinu opuštena, da se lako i bez nervoze izjašnjava o spornim okolnostima, dok je laž kompleksna aktivnost koja ostavlja traga na simptomatskoj slici lažljivca. Kriminalno-psihološka istraživanja su pokazala da se određene manifestacije simptomatske slike *moгу* ukazivati na potencijalnu laž ili lažnu izjavu.<sup>24</sup> U situaciji kada organ postupka ima mogućnost da ispred sebe posmatra dva lica koja neposredno i „oči

23 Na primer, analiza preko 100 slu čajeva koju je sproveo Vrij (*Vrij*) dovela je do zaključka da ne postoji tipičan znak/pokazatelj laganja (Baić, 2011: 29). Američki profesor Ekman (*Ekman*) o laži kaže: „Ljudi bi sigurno manje lagali kada bi mislili da postoji bilo kakav siguran znak laganja, ali on, nažalost, ne postoji. Ne postoji znak obmane, sam po sebi, nijedan gest, izraz lica ili trzaj mišića koji znači da neko lažno iskazuje, jer nijedan nagoveštaj obmane na licu, telu, u glasu ili u rečima nije dovoljno pouzdan.“

24 Ukazaćemo samo na neke indikatore laganja koje u svom radu navodi Fenjiveši (*Fenyvesi*, 2010: 224–228). Na primer, istraživanje koje su sproveli Ekman, Frizen i O'Saliven (*Ekman, Friesen, O'Sullivan*) ukazuje da se osobe sklone laži manje smeju. Zatim, rezultati 18 istraživanja De Paola, Stouna i Lasitera (*DePaolo, Stone, Lassiter*) su pokazala da se kod lažljivca kontak očima produžava, što se objašnjava pretpostavkom da se onaj koji laže boji da će biti u hvacén trenu tak kada skrene pogled, pa suprotno tome gleda u sagovornika. Dalje, suprotno opšteprihvaćenom uverenju, osobe koje lažu ne prave nemirne, nervozne pokrete (ruka, noga i glava) i nemaju podmuklo držanje, upravo zato što se namerno kontrolišu i pokušavaju da vladaju svojim telom. Dokazano je i da lažljivac manje gestikulira rukama zato što je usredsređen na verbalnu, a ne neverbalnu komunikaciju. Takođe, ukazano je i da se neverbalna komunikacija može poboljšati vežbom.

u oči“ raspravljaju o spornim činjenicama, njihovo držanje u sticaju sa onim što suočeni iskazuju može kod organa postupka stvoriti utisak o tome kojem iskazu pokloniti veru. Kroz suočenje organu postupka može biti omogućeno da neposredno „doživi“ iskaze suočenih lica. Reakcije suočenih lica na organ postupka mogu ostaviti jak utisak i dubok trag – lica mogu biti potresena iskazom druge strane, pokazati visok stepen emotivnosti, neverice, pa čak i zgroženosti. Ovako oživotvoreni utisak, potkrepljen logičkim rezonovanjem, može navesti organ postupka da zaključi koje lice govori istinu.

#### **4. Zaključak**

Suočenje ne predstavlja dokazno sredstvo, već poseban način za ocenu verodostojnosti iskaza suočenih lica. Pretpostavke za njegovo određivanje su: 1) da se iskazi suočenih lica ne podudaraju u pogledu činjenica koje su predmet dokazivanja i 2) da se ta nepodudarnost ne može otkloniti na drugi način.

Tokom postupka se mogu suočiti dva okrivljena, okrivljeni i svedok ili dva svedoka. Okrivljeni može svesno lažno da iskazuje tokom postupka, ali njegov iskaz može biti i pogrešan, jer nije dobro opazio ili interpretirao određenu činjenicu. Po ovome se iskaz okrivljenog ne razlikuje od iskaza svedoka. Specifičnost položaja okrivljenog u krivičnom postupku se ogleda u tome što okrivljeni ne može da odgovara za davanje lažnog iskaza i što ishod postupka direktno pogađa njegove interese, pa se ne može reći da je okrivljeni nezainteresovan za tok i način na koji će krivični postupak biti okončan.

Suočenje je složen institut krivičnoprocesnog prava. Pored primarnog – krivičnoprocesnog aspekta suočenja, koji određuje njegovu normativnu stranu, nerazdvojni i nužni za njegovo kompletno sagledavanje jesu i kriminalistički i psihološki aspekt. Iako je gotovo nemoguće unapred dati kriminalistička pravila o izvođenju suočenja koja bi važila u svakom konkretnom slu čaju, treba imati u vidu dosadašnja sistematizovana iskustva koja mogu biti dobra startna osnova za dobru pripremu suočenja. Psihološki aspekt suočenja se ogleda u opažanju ponašanja i reakcija suočenih lica koja međusobno raspravljaju o važnim okolnostima. Ukoliko bi organ postupka zanemario simptomatsku sliku suočenih tokom diskusije i iskaze samo zapisnički konstatovao, suočenje ne bi imalo nikakav praktični efekat. Držanje suočenih lica pomaže organu postupka da njihovu diskusiju stavi u kontekst njihovog proživljavanja iskaza, što uz logičko rezonovanje i slobodnu ocenu



dokaza, može pomoći u nimalo lakom zadatku – kojem od dva sadržinski suprotna iskaza u pogledu bitnih činjenica treba pokloniti veru.

## Literatura

Aleksić Ž., Škulić M., Žarković M. (2004). *Leksikon kriminalistike*. Izdavač: Prof. dr Živojin Aleksić

Aleksić Ž., Škulić M. (2007). *Kriminalistika*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Baić V. (2011). Detektovanje laganja na osnovu posmatranja neverbalnog ponašanja. *Bezbednost*. 1. 28 – 42

Brkić S. (2014). *Krivično procesno pravo I*. Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu

Vasiljević T. (1971). *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*. Beograd: Zavod za izdavanje udžbenika Socijalističke Republike Srbije

Vasiljević T., Grubač M. (2002). *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*. Beograd: Službeni glasnik

Vodinelić V. (1996). *Kriminalistika*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva

Vuković S. (2002). *Komentar Zakonika o krivičnom postupku (sa sudskom praksom, obrascima i registrom pojmova)*. Beograd: Poslovni biro

Grubač M. (2006). *Krivično procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik

Dimitrijević D. (1972). *Krivično procesno pravo*. Beograd: Savremena administracija

Danić R. (2001). *Ispit okrivljenog u krivičnom postupku*. Niš: SVEN Đorđević, A.

(2008). Dokazno sredstvo „svod“ u sudskom postupku kod Slovena. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 51. 197–207.

Đurđić V. (2006). *Krivični postupak Srbije*. Niš: Pravni fakultet

Zlatarić B., Damaška M. (1966). *Rječnik krivičnog prava i postupka*. Zagreb: Informator

Ilić G., Majić M., Beljanski S., Trešnjev A. (2014). *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*. Beograd: Službeni glasnik

Mirosavić V. (2007). Suočenje u krivičnom postupku. *Bilten Okružnog suda u Beogradu*. 76.

Simić-Jekić Z. (1983). *Krivično procesno pravo SFRJ*. Beograd: Privredna štampa

Simonović B. (2004). *Kriminalistika*. Kragujevac: Pravni fakultet u Kragujevcu

Fenyvesi Cs. (2009). Suočenje u svetlu međunarodnih dokumenata i u odlukama Evropskog suda za ljudska prava. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 2. 561–578

Fenyvesi Cs. (2010). Suočenje iz kriminalno-psihološkog aspekta. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 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)*

pregledni naučni članak

doi:10.5937/zrpfni1775235P

UDK: 343.71:930.85

UDK: 341.22:930.85

Rad primljen: 23.05.2017.

Rad prihvaćen: 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 georg  
yrusanov@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. [Кулигин 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

**Prof. Juri Pudovočkin**, doktor pravnih nauka, Upravnik  
katedre za krivičnopravna istraživanja, Ruski državni  
Univerzitet pravde, Moskva, Rusija

**Georgi Rusanov**,  
Kandidat za doktora pravnih nauka (Rusija),  
Doktorand Univerziteta u Torinu (Italija)

## **KRIVIČNA DELA PROTIV KULTURNIH DOBARA KAO OSNOV KRIVIČNE ODGOVORNOSTI U MEĐUNARODNOM PRAVU**

### **Sažetak**

Članak se bavi pitanjem međunarodne krivične odgovornosti za krivična dela protiv kulturnih dobara. Autori analiziraju krivična dela protiv kulturnih dobara: krijumčarenje kulturnih dobara, uništavanje kulturnih dobara i krađa kulturnih dobara. Istraživanje krivičnih dela protiv kulturnih dobara obuhvata niz pitanja: priroda krivičnih dela protiv kulturnih dobara; koristi od međunarodnog ili nacionalnog karaktera odgovornosti za krivična dela protiv kulturnih dobara; okolnosti vršenja krivična dela protiv kulturnih dobara (npr. postojanje oružanog sukoba); ciljevi vršenja krivičnih dela protiv kulturnih vrijednosti (da se izvoze kao blago, uništi kulturno naslijeđe, zastraši); moguće posledice privičnih dela protiv kulturnih dobara. Na osnovu toga, autori identifikuju niz modela krivičnih dela protiv kulturnih dobara. Svaki od ovih modela se posmatra sa stanovišta moguće krivične odgovornosti u međunarodnom pravu.

**Ključne reči:** krivična dela, kulturna dobra, međunarodno pravo, krijumčarenje.

## II SUDSKA PRAKSA

---



**Dr Filip Mirić,\***  
Stručni saradnik za nastavu  
Pravnog fakulteta, Univerzitet u  
Nišu

sudska praksa  
doi:10.5937/zrpfni1775255M

UDK: 342.72:347.962.6

Rad primljen: 30.04.2017.  
Rad prihvaćen: 08.06.2017.

## **POVREDA PRAVA NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU (SLUČAJ RISTIĆ PROTIV SRBIJE)**

**Apstrakt:** Pravo na suđenje u razumnom roku je sastavni deo prava na pravično suđenje koje je proklamovano članom 6 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Najveći broj postupaka koji je vođen pred Evropskim sudom za ljudska prava imao je za svoj predmet upravo naknadu štete zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku. Od mnoštva sličnih slučajeva u radu je analiziran slučaj Ristić protiv Srbije (predstavka br. 32181/08 iz 2008. godine), koji ilustruje svu pogubnost predugog trajanja sudskih postupaka u slučajevima izvršenja krivičnog dela nedavanje izdržavanja na štetu maloletnih lica. Ovaj slučaj je interesantan i iz razloga što je Evropski sud za ljudska prava pravo na suđenje u razumnom roku sagledavao iz ugla žrtava krivičnih dela, a ne iz ugla okrivljenih, kako se to obično čini.

**Ključne reči:** suđenje u razumnom roku, nedavanje izdržavanja, Evropski sud za ljudska prava.

### **1. Uvod**

Zadatak pokrenutog krivičnog postupka se ogleda u zakonitom i pravilnom rasvetljenju i rešenju krivične stvari. No, da bi realni životni događaj dobio pravni izraz, potrebno je da se obezbede optimalne procesne pretpostavke za izražavanje suprotstavljenih teza optužbe i odbrane (Knežević, 2004: 209). U okviru ostvarivanja ovog zadatka od izuzetnog je značaja poštovanje ljudskih prava učesnika u krivičnom postupku, koje predstavlja ogledalo demokratskog društva. Posebno je važno obezbediti njihovo poštovanje prilikom vođenja sudskog postupka, odnosno onda

---

\* filip@prafak.ni.ac.rs

kada se pojedinac nalazi u interakciji sa državom, oličenom u vidu njenih organa nadležnih za obezbeđenje poštovanja zahteva, kojima ona normira ponašanje pojedinaca. Dodatnu težinu nosi sa sobom postupanje prema okrivljenom tokom vođenja krivičnog postupka (Ilić, I, 2012: 211). Poštovanje ljudskih prava nije od značaja samo za okrivljenog, već i žrtvu koja u krivičnom postupku ima položaj oštećenog. Ovo je naročito značajno kada se u ulozi žrtve nađu maloletna lica, koja svoja prava u postupku ne ostvaruju samostalno, već uz pomoć zakonskog zastupnika. Ovakva pravna situacija se često javlja u slučaju izvršenja krivičnog dela nedavanja izdržavanja.

Nedavanje izdržavanja svakako predstavlja oblik ekonomskog nasilja. Ovo nasilje je posebno pogubno ukoliko se u ulozi žrtve nađu deca. Osnovna karakteristika pristupa nasilju nad decom je da ono bude društveno sagledano, da ne ostane sakriveno u okvirima porodice i da se suzbija merama socijalne kontrole (Konstantinović-Vilić, Nikolić-Ristanović and Kostić, 2012: 128). U središtu svih ovih procesa, kako pravnih, tako i vanpravnih, trebalo bi da bude žrtva, a ne samo učinilac krivičnog dela. Toga je svestan i zakonodavac, pa je krivičnoprocesno zakonodavstvo u Srbiji koncipirano tako da uvažava interese žrtve (oštećenog) u krivičnom postupku. Naime, snižavanje praga osetljivosti prema povredi ili ugrožavanju ličnih ili imovinskih prava oštećenog, dovelo je do potrebe da se u toku krivičnog postupka sa oštećenim postupa saosećajno, s poštovanjem i uz uvažavanje njegovog dostojanstva (Ilić, G, 2012: 156). Međutim, i pored toga, moguće su i situacije u kojima oštećeni faktički ne može da ostvari svoja prava iako je doneta odgovarajuća sudska odluka. Na ovom mestu bilo bi korisno ukazati na još jedan problem koji se, nažalost, često javlja u praksi, a čije rešavanje može doprineti efikasnijoj zaštiti žrtava krivičnog dela nedavanje izdržavanja. Ukoliko roditelj koji je obavezan da plaća izdržavanje to ne čini, drugi roditelj koji se stara o detetu (najčešće je to majka) obično ima mnogo teškoća u obezbeđivanju sredstava za život, podizanje, vaspitanje i obrazovanje deteta. Rešenje za ove teškoće i probleme bilo bi osnivanje posebnog fonda koji bi omogućio da deca lakše i brže ostvare svoje pravo na izdržavanje od roditelja dužnika izdržavanja (Petrušić and Konstantinović-Vilić, 2012: 80).

Interesantno je pitanje da li oštećenim licima krivičnim delom (pa i nedavanjem izdržavanja) pripada pravo na pravično suđenje. Pravo na suđenje u razumnom roku je sastavni deo prava na pravično suđenje određenog u Konvenciji



za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.<sup>1</sup> Prema stavu Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud), zaštita prava na suđenje u razumnom roku pripada oštećenom.<sup>2</sup> Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku Republike Srbije je propisano da oštećeni ima pravo na sudsku zaštitu prava na suđenje u razumnom roku pod uslovom da je istakao imovinskopравни zahtev.<sup>3</sup> Uslovljavanje prava na zaštitu prava na suđenje u razumnom roku isticanjem imovinskopavnog zahteva u krivičnom postupku od strane oštećenog svako ne doprinosi zaštiti prava oštećenog, jer su u praksi sasvim moguće situacije da oštećeni ne istakne svoj imovinskopравни zahtev u krivičnom postupku iako se prethodno pridružio krivičnom gonjenju. Na ovaj način se jedan dobar zakonski tekst koji za svoj cilj ima zaštitu prava na suđenje u razumnom roku može pretvoriti u svoju suprotnost. Naime, primena ovakvog zakonskog rešenja može dovesti i do svojevrstne zakonske diskriminacije onih oštećenih koji, iz različitih razloga, nisu istakli imovinskopравни zahtev u krivičnom postupku. Zbog toga, prilikom primene navedenog zakonskog rešenja, prema našem mišljenju, treba voditi računa o tome u kojoj meri se njime može ostvariti načelo pravičnosti.

Jedan od najznačajnijih problema sa kojim se suočava pravosuđe u Srbiji je sigurno dugo trajanje krivičnih postupaka. Iako je poslednjih godina učinjeno dosta toga na ubrzavanju sudskih postupaka (šira primena sporazuma o priznanju krivice i krivičnog dela, bolja kontrola dostavljanja sudskih pismena itd.), problem njihovog dugog trajanja nije još uvek rešen. Naime, prema podacima Republičkog zavoda za statistiku za 2015. godinu, najveći broj krivičnih postupaka (21351) je trajao preko godinu dana.<sup>4</sup>

Najveći broj postupaka protiv Srbije je pokrenut pred Evropskim sudom za ljudska prava upravo zbog povrede prava na pravično suđenje, čiji je element i pravo na suđenje u razumnom roku.<sup>5</sup> U nastavku rada biće ukratko prikazan slučaj Ristić protiv Srbije u kome je vođen postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava (European Court for Human Rights – ECHR)

---

1 Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Preuzeto 15.04.2017. [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SRP.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf) (u daljem tekstu: Konvencija).

2 Videti, recimo, slu čajeve *Perez v. France*; *Ristić v. Serbia*.

3 Videti čl. 3 Zakona o zaštiti prava na s uđenje u razumnom rok u („Slu žbeni glasnik RS“, br. 40/2015).

4 *Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji – prijave, optuženja, osude 2015*, Republički zavod za statistiku, 2016. Preuzeto 24.04.2017. <http://www.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/02/35/82/SB-617-Punoletni2015.pdf>

5 Videti detaljnije *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)

za naknadu štete zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku u krivičnom postupku zbog krivičnog dela nedavanje izdržavanja na štetu maloletnih lica. Radi se o slučaju iz nešto starije prakse Evropskog suda za ljudska prava, u kome je Sud jasno ukazao na značaj suđenja u razumnom roku kada je reč o krivičnim postupcima u kojima se kao oštećeni javljaju maloletna lica.

## 2. Prikaz slučaja Ristić protiv Srbije<sup>6</sup>

Predmet je formiran na osnovu predstavke (broj 32181/08) protiv Republike Srbije, koju je Sudu, prema članu 34 Konvencije, podnela u ime dva državljanina Srbije, J.R. i N.R (u daljem tekstu: «podnosioci predstavke»), njihova majka 26. juna 2008. godine.<sup>7</sup> Postupak je iniciran zbog preterane dužine krivičnog postupka u vezi sa neplaćanjem izdržavanja maloletnoj deci od strane njihovog oca. Sud je utvrdio da je presuda kojom je tuženi otac obavezan da na ime izdržavanja svakom od maloletnih tužilaca plaća 25% mesečnih prihoda postala pravosnažna 27. juna 2001. godine. Majka podnosilaca predstavke je 2. aprila 2003. godine podnela krivičnu prijavu protiv tuženog zbog krivičnog dela nedavanje izdržavanja. Treće opštinsko javno tužilaštvo u Beogradu je 13. maja 2003. godine podnelo zahtev za pokretanje istrage.<sup>8</sup> U toku prethodnog krivičnog postupka pred Trećim opštinskim sudom u Beogradu, majka podnosilaca predstavke je 29. maja 2003. godine, postupajući u ime podnosilaca predstavke, zahtevala isplatu zaostalog izdržavanja za decu na osnovu presude usvojene 28. decembra 2000. godine, tj. podnela imovinskopравни zahtev. Treće opštinsko javno tužilaštvo je 14. jula 2003. godine podnelo formalni optužni predlog protiv tuženog. Treći opštinski sud je 8. oktobra 2008. godine utvrdio da je tuženi izvršio krivično delo nedavanje izdržavanja i osudio ga na kaznu zatvora od tri meseca, uslovno na godinu dana. Sud je dalje uputio podnosiocima predstavke, prema tada važećem krivičnoprocesnom zakonodavstvu Republike Srbije, da u parničnom postupku ostvare svoje

---

6 Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Ristić protiv Srbije. Preuzeto 16.04.2017, ht tp://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/RISTI%C4%86%20protiv%20Srbije%20%2832181-98%29.pdf ( u da ljem teks t u će ova pres uda biti označavana nazivom slu čaja na koji se odnosi Ristić v. Serbia).

7 U radu su korišćeni inicijali podnosilaca predstavke jer su oni u vreme njenog podnošenja bili maloletni.

8 Treba napomenu ti da je u vreme vođenja prvostepenog postupka u slu čaju Ristić zbog krivičnog dela nedavanje izdržavanja u primeni bio koncept sudske istrage u kojoj je istragu vodio istražni sudija, za razliku od koncepta tu žilačke istrage, koji je vladajući koncept u pozitivnom krivičnoprocesnom pravu Republike Srbije, u kome istragu vodi ovlašćeni javni tu žilac.

imovinskopravne zahteve.<sup>9</sup> Konstatovano je da podaci prikupljeni tokom krivičnog postupka ne pružaju dovoljan osnov da se o imovinskopравnim zahtevima odluči u krivičnom postupku. Okružni sud u Beogradu je 12. februara 2009. godine ukinuo presudu Trećeg opštinskog suda i vratio predmet prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje. Posle dva odložena ročišta za glavni pretres, Treći opštinski sud je 16. jula 2009. godine obustavio postupak zbog zastarelosti krivičnog gonjenja. On je dalje uputio podnosiocе predstavke da mogu da ostvare svoj imovinskopравni zahtev u posebnom parničnom postupku. Pošto žalba nije podneta, ova odluka je postala pravosnažna 9. oktobra 2009. godine.<sup>10</sup>

Da bi se predstavka mogla smatrati dopuštenom, neophodno je da podnosioci predstavke prethodno iscrpe sva pravna sredstva predviđena nacionalnim pravom. Svrha ovog pravila je da se onemogući rešavanje konkretnog slučaja pred Evropskim sudom za ljudska prava pre nego što je on razmatran pred nacionalnim sudovima. U pogledu dopuštenosti same predstavke u analiziranom slučaju, Vlada Republike Srbije je ostala pri stavu da podnosioci predstavke nisu iscrpeli sva delotvorna domaća pravna sredstva u smislu člana 35, stav 1 Konvencije. Oni su posebno propustili da podnesu ustavnu žalbu Ustavnom sudu Republike Srbije, kao i da traže izvršenje parnične presude od 27. juna 2001. godine.

Nasuprot navodima tužene države, podnosioci predstavke su izjavili da u datom trenutku nisu smatrali da je ustavna žalba domaćе pravno sredstvo koje treba iscrpeti pre dostavljanja predmeta Sudu. Podnosioci predstavke su dalje objasnili da je tuženi navodno preneo svu svoju imovinu na brata i sadašnjeg partnera, što znači da izvršenje parnične presude ne bi bilo moguće. Najzad, oni su smatrali da će krivični postupak ubrzati isplatu dosuđenog izdržavanja, posebno posle prvobitne odluke krivičnog suda da razmatra osnovanost njihovih zahteva. Podnosioci predstavke su naveli da smatraju da postoji povreda čl. 6

Konvencije u kome je propisano da „svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama, ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona.“<sup>11</sup>

Odlučujući o dopuštenosti podnete predstavke Sud je konstatovao da je predmetna predstavka podneta 26. juna 2008. godine. Sud dalje podseća da

---

9 Videti čl. 206 Zakonika o krivičnom postupku („Službeni glasnik RS“, br. 58/04, 85/05, 115/05, 46/06, 49/07, 122/08, 20/09 i 72/09).

10 Ristić v. Serbia

11 Ristić v. Serbia

je već utvrdio da ustavna žalba treba, u načelu, da se smatra delotvornim pravnim sredstvom u smislu člana 35, stav 1 Konvencije u vezi sa svim predstavkama podnetom posle 7. avgusta 2008. godine. Sud ne vidi nijedan razlog da u predmetnom slučaju drugačije utvrdi, zbog čega se primedba Vlade (Vlade Republike Srbije, *prim. aut.*), s ovim u vezi mora odbaciti. U vezi sa drugom primedbom Vlade, Sud konstatuje da prema važećem domaćem zakonodavstvu, oštećeni krivičnim delom može tražiti naknadu pretrpljene štete usled krivičnog dela ili isticanjem imovinsko-pravnog zahteva u krivičnom postupku prema Zakoniku o krivičnom postupku, ili podnošenjem posebne parnične tužbe. Sud primećuje da su podnosioci predstavke izabrali krivični put. Imajući u vidu da je krivični sud prihvatio da razmatra njihove imovinsko-pravne zahteve, podnosioci predstavke su prema tome opravdano očekivali da će navedeni sud pristupiti razmatranju njihove osnovanosti. U svakom slučaju, podnosioci se pred Sudom nisu žalili zbog neizvršenja presude od 27. juna 2001. godine, već samo u vezi sa odugovlačenjem krivičnog postupka u kome su oni oštećeni sa imovinskopravnim zahtevom. Stoga, u vezi sa ovim predmetom, primedba Vlade je očigledno irelevantna i, kao takva, mora se odbaciti. S obzirom na navedeno, Sud je zaključio da se pritužbe podnosilaca predstavke ne mogu proglasiti nedopuštenim zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih sredstava prema članu 35, stav 1 Konvencije. Sud je zauzeo stav da pritužbe nisu očigledno neosnovane u smislu člana 35, stav 3 Konvencije i ne nalazi nijedan drugi osnov da ih proglasi ne dopuštenim. Pritužbe se prema tome moraju proglasiti dopuštenim.<sup>12</sup>

Sud je, dakle, pritužbu stranaka proglasio dopuštenom jer su prethodno iscrpljeni svi unutrašnji pravni lekovi, u skladu sa opštepriznatim načelima međunarodnog prava, shodno čl. 35 Konvencije.

Vlada je osporila da je ukupna dužina predmetnog postupka bila preterana. Ona je posebno ostala pri stavu da je: (a) iako se može smatrati da je sporni krivični postupak počeo 13. maja 2003. godine, period koji spada u nadležnost Suda *ratione temporis* počeo 3. marta 2004. godine, a to je datum kada je Konvencija stupila na snagu u odnosu na Srbiju; (b) predmet relativno složen zbog dužnosti suda da utvrdi i elemente krivičnog dela i duga tuženog; (v) iako bi se odlaganje ročišta u nekoliko navrata moglo pripisati domaćim organima, ponašanje punomoćnika podnosilaca predstavke takođe je doprinelo dužini postupka; (g) predsedavajući sudija odložio nekoliko ročišta kako bi osigurao pravo tuženog na pravično suđenje. Nasuprot mišljenju Vlade, zastupnik podnosioca predstavke je istakao da je reč o pravno i faktički jednostavnom slučaju i

<sup>12</sup> Ristić v. Serbia.

da je sud odugovlačenjem ovog krivičnog postupka uputio veoma uznemirujuću poruku neodgovornim očevima da mogu nekažnjeno da ne plaćaju izdržavanje za svoju decu.<sup>13</sup>

Jedno od značajnih pitanja koje se postavilo pred Sud u konkretnom slučaju je da li se čl. 6 Konvencije primenjuje i na imovinskopravne zahteve oštećenih, odnosno da li i oštećenim licima treba priznati pravo na suđenje u razumnom roku, koje predstavlja ključni element prava na pravično suđenje. Odlučujući o ovome, Sud je utvrdio da se član 6 Konvencije primenjuje i u vezi sa imovinskopravnim zahtevima oštećenih.<sup>14</sup> Sud je utvrdio da je u ovom slučaju krivični postupak trajao od 29. maja 2003. godine do 9. oktobra 2009. godine. Prema stavu Suda u konkretnom slučaju se ne radi o složenom krivičnom postupku, a krivični sud je bio u obavezi da vodi računa o pravima žrtava naročito jer je do odugovlačenja krivičnog postupka došlo, između ostalog, i zbog neaktivnosti suda u dužem vremenskom periodu, bez krivice podnosioca predstavke. Sud je utvrdio da u konkretnom slučaju postoji povreda čl. 6 Konvencije i obavezao državu Srbiju da podnosiocima predstavke isplati 2.600 evra u dinarskoj protivvrednosti na ime nematerijalne štete u roku od tri meseca od pravosnažnosti presude i 500 evra na ime troškova postupka.<sup>15</sup>

Interesantno je da su podnosioci predstavke zahtevali da im na ime nematerijalne štete i izdržavanja bude isplaćeno ukupno 25.500 evra. Sud je odbio ovaj zahtev jer ne postoji nikakva uzročna veza između utvrđene povrede prava na suđenje u razumnom roku i naknade izdržavanja.<sup>16</sup>

U navedenom slučaju je opisana povreda čl. 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojom se garantuje pravo na pravično suđenje, odnosno pravo na suđenje u razumnom roku. Ovakvi slučajevi pokazuju koliko pogubne posledice može imati sporost i neefikasnost sudskih postupaka.

Prilikom analize ovog slučaja, u većem delu je citirana odgovarajuća presuda. Cilj ovakvog pristupa je da se ukaže na autentične stavove Suda prilikom rešavanja spornih pitanja u vezi sa povredom prava na suđenje u razumnom roku, kao sastavnim elementom prava na pravično suđenje. Specifičnost ovog slučaja je u tome što se na strani oštećenih pojavljuju

---

13 Ristić v. Serbia.

14 Videti slu čaj Perez v. France [V V ], No. 47287/99, Perez v. France [V V ], No. 47287/99, Accessed 29.4.2017 from ht tp://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":["47287/99"],"item id":["001-141649"]}

15 Ristić v. Serbia.

16 Ristić v.Serbia

maloletna lica, o čemu je Sud posebno vodio računa, što je, prema našem mišljenju, primer dobre sudske prakse.

Osim kršenja ljudskih prava, nemogućnosti procesuiranja i kažnjavanja izvršilaca krivičnih dela zbog nastupanja okolnosti koje trajno isključuju gonjenje (u ovom slučaju se radilo o nastupanju zastarelosti krivičnog gonjenja), ne treba zanemariti ni finansijski aspekt ovakvih presuda jer se novac za naknade šteta podnosiocima predstavki obezbeđuje iz budžeta Republike Srbije. Zbog svega navedenog, treba preduzeti sve mere kako bi se povećala efikasnost pravosuđa i povećao stepen poštovanja ljudskih prava u svim fazama sudskih postupaka.

### **3. Umesto zaključka**

Iako se o pravu na suđenje u razumnom roku obično govori kao o pravu od značaja za celokupni krivičnopravni status okrivljenih, domašaj ovog prava je mnogo širi. Ono se u velikoj meri odnosi i na žrtve krivičnih dela, jer je jedino pravovremena pravda istinska pravda, koja donosi suštinsku moralnu i materijalnu satisfakciju žrtvi za svu patnju i bol koja joj je naneta izvršenjem krivičnog dela. U naučnoj i stručnoj javnosti, ali i u društvu u celini, široko je prihvaćen stav da krivični postupci u srpskom pravosuđu predugo traju. Uvođenje šire primene sporazuma o priznanju krivice ima za cilj da se do pravde za žrtve i učinioce krivičnih dela dolazi na mnogo brži i jednostavniji način. Ipak, to je samo jedan od načina za ubrzavanje krivičnih postupaka. O procesnoj ekonomičnosti se pre svega stara sud, ali i sve ostale stranke u postupku. Veliki broj sudskih postupaka protiv Republike Srbije zbog povrede prava na suđenje u razumnom roku (kao što je i ovde opisan slučaj Ristić protiv Srbije) je samo jedna od posledica dugih i sporih sudskih postupaka u Srbiji. Na taj način se pravo, koje bi trebalo da služi pravdi, pretvara u nepravo, koje sasvim sigurno vodi u nepravdu.

### **Literatura**

Ilić, G. (2012), O položaju oštećenog u krivičnom postupku, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, vol. LX, br. 1, str. 137–158.

Ilić, I. (2012), Putevi i stranputice prava na pravično suđenje, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 59, str. 211–228.

Knežević, S. (2004), Pravo na pravično suđenje, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 44, str. 207–237.

Konstantinović-Vilić, S., Nikolić-Ristanović, V. and Kostić, M. (2012), *Kriminologija*, Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

Petrušić, N. and Konstantinović-Vilić, S. (2012), *Pravo na zakonsko izdržavanje - krivično delo nedavanje izdržavanja*, Vranje: JU Narodni univerzitet Vranje i OCD Odbor za ljudska prava Vranje.

*Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji – prijave, optuženja, osude 2015*, Republički zavod za statistiku, 2016. Preuzeto 24.04.2017. <http://www.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/02/35/82/SB-617-Punoletni2015.pdf>.

Pravni izvori

*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)

Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Preuzeto 15.04.2017. [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SRP.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf).

Zakonik o krivičnom postupku („Službeni glasnik RS“, br. 58/04, 85/05, 115/05, 46/06, 49/07, 122/08, 20/09 i 72/09).

Presuda Evropskog suda za ljudska prava u pedmetu Ristić protiv Srbije (Ristić v. Serbia). Preuzeto 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 [V V], 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 PRIKAZI

---



**Ninoslav S. Stanojlović,\***  
Profesor istorije  
Jagodina

prikaz  
doi:10.5937/zrpfni1775267S

Rad primljen: 04.04.2017.  
Rad prihvaćen: 05.06.2017.

## **Boriša Radovanović, „Parlamentarna istorija Srbije u XIX veku. Skupštine u Kragujevcu 1813–1880“, Zbornik radova, I, Autorsko izdanje, Kragujevac 2014.**

Ako iskrenoj nameri povjesničara da realno spozna i prikaže prošla zbivanja, uz poznavanje metodologije istorijske nauke, dodamo spremnost i spretnost jednog dugogodišnjeg arhivskog delatnika, dolazimo do uzoritog historiografskog dela.

Pravi primer takvog činjenja u aktuelnoj srpskoj historiografiji je gorenavedena studija, zapravo zbornik radova Boriše Radovanovića (1950), arhivskog savetnika u kragujevačkom Istorijском arhivu Šumadije, inače plodonosnog autora brojnih serioznih monografija, stručnih i naučnih članaka, priloga, izložbi i kataloga, uglavnom tematikom vezanih za bogatu prošlost Kragujevca i Šumadije.

Kako do sada parlamentarna istorija Srbije u XIX veku nije bila predmet posebnog izučavanja, izuzimajući nekoliko doktorskih disertacija, odnosno naučnih skupova koji su tretirali određene narodne skupštine, ovaj zbornik radova, po našem mnjenju, predstavlja sintezu skupštinskog života Srbije od 1813. do 1880. godine, odnosno prikaz svih skupština održanih u Kragujevcu u datom periodu.

Autor ove značajne studije, kao etablirani istorik koji se tri decenije bavio ovom problematikom, prikupio je svoje ranije radove, objavljene u brojnim periodičnim časopisima, odnosno istim je pridodao i nekoliko neobjavljenih priloga i tako je nastao ovaj vredan zbornik koji je propratio razvoj parlamentarne povesnice u Srbiji tokom osam decenija pretprošlog veka i osvetlio pojedine narodne skupštine koje su malo ili nimalo obrađivane u našoj historiografiji.

Zbornik je podeljen na šest, hronološki omeđenih, delova. Posle *Predgovora* (str. 9–10), u kome se obrazlažu razlozi nastanka ove publikacije,

---

\* stenakamen@gmail.com

sledi *Uvodni pristup* (str. 11–26), gde autor upućuje čitaoca, između ostalog, i na začetke srpskog parlamentarnog života, koji se javlja krajem XVIII stoleća, nakon Svištovskog mira 1791. i dobijanja sultanovih fermama 1793. i 1794. godine, koji su bili osnov za pojavu i sazivanje narodnih skupština obor knezova i narodnih prvaka. U prvom delu *Skupštine Prvog ustanka (1804–1813)* (str. 27–43) ističe se da iste, a bilo ih je četrnaest i nazivane su obične ili male, odnosno bila je i jedna glavna (velika) i jedna čezvičajna (tajna), nisu bile regulisane pisanim normama, već običajnim pravom. Dužna pažnja posvećena je Skupštini u Kragujevcu 1813. godine, poslednjoj pre kraha Prvog srpskog ustanka, čiji su zaključci pokušali da diplomatskim putem sačuvaju Srbiju u onim pravima i granicama koje su joj bile zagarantovane Bukureškim ugovorom. Neuspehom ove akcije završio se Prvi ustanak, a samim tim ugasile se sve ustaničke ustanove.

Drugi deo zbornika obrađuje temu *Skupštine za vreme prve vlade kneza Miloša i Mihaila Obrenovića (1815–1842)* (str. 44–151), u okviru koje postoji podela na skupštine održane pre i posle sticanja autonomije 1830. godine. Manirom iskusnog istoričara, autor ističe da institucija narodne skupštine nije bila predviđena sporazumom između kneza Miloša i Marašli Ali-paše, ali da u navedenom periodu, iako nisu bile ni organ vlasti, ni narodno-predstavnička tela, često su bile održavane. Uz kraći ili duži komentar uz svaku, sledi popis tadašnjih skupština, malih ili običnih i velikih ili glavnih, od onih držanih na Đurđevdan ili Mitrovdan, počev od 1815. godine, koje su zapravo bile više skupovi nahijskih starešina, do prve redovne, Đurđevske skupštine (1824) i nadalje, preko Mitrovske (1824), Majske (1825), Prve predstavničke (1825), Đurđevske (1826), Velike narodne (1827), Tajne (1827), Đurđevske (1828), Mitrovske (1828), Februarske (1829), Đurđevske (1829), Velike narodne (1830), Trifunske (1834), Sretenjske velike narodne (1835), Petrovske (1835) do Spasovske skupštine (1837).

Posebna pažnja posvećena je Sretenjskoj velikoj narodnoj skupštini (1835), sigurno najznamenitijoj skupštini za vreme prve vladavine kneza Miloša Obrenovića, na kojoj je obnarodovan Sretenjski ustav. Po ovom kratkovekom ustavu bila je predviđena narodna skupština od sto narodnih poslanika, ali sa finansijskim ovlašćenjima, dok je zakonodavna vlast bila kod Saveta.

Treća celina zbornika, pod nazivom *Ustavobraniteljske skupštine (1842–1858)*, sa podnaslovom *Narodne skupštine u Kragujevcu u vreme vlade kneza Aleksandra Karađorđevića (1842–1858)* (str. 152–193), ukazuje na

početku da se po Ustavu iz 1838. godine skupština i ne pominje, ni kao organ vlasti, ni kao savetodavno telo. Ipak, skupštine su održavane i nakon njegovog donošenja, čak je Porta, posebnim amandmanom iz 1839. godine, dopustila rad srpskom parlamentu u skladu sa običajima zemlje. U vreme Ustavobranitelja održano je šest skupština, Vračarska (1842), Mitrovska (1842), Topčiderska (1843), Kragujevačka (1843), Petrovska (1848) i Svetoandrejska (1858). Dvema skupštinama održanim u Kragujevcu, Kragujevačkoj i Petrovskoj, autor je posvetio najviše prostora, ističući da je na prvoj doneto kompromisno rešenje da se prizna knez Aleksandar Karađorđević, uz uslov da se proteraju ustavobraniteljski prvaci iz zemlje na ruski zahtev, odnosno, da je druga, Petrovska, bila poslednja narodna skupština koja je radila na osnovu običajnog prava.

Sledeći, četvrti deo ove voluminozne studije, pod naslovom *Skupštine druge vlade kneza Miloša i Mihaila Obrenovića (1859–1868)* (str. 194–268), objašnjava situaciju nakon povratka dinastije Obrenović, ističući da, iako Ustav iz 1838. godine nije bio promenjen, knez Miloš vlada apsolutistički. Njegov sin Mihailo, ne pristajući da mu Porta propisuje najviši zakonski akt, menja pomenuti Turski ustav donošenjem zakona ustavnog karaktera, od kojih su bar dva (o ustrojstvu Državnog saveta i Narodnoj skupštini) izmenila formalno važeći ustav, u smislu jačanja vlasti vladara. Autor vrlo iscrpno opisuje Malogospojinsku narodnu skupštinu (1859) održanu u Kragujevcu, prvu i poslednju skupštinu održanu za vreme kratkotrajne druge vladavine starog i obolelog kneza Miloša, naglašavajući da je to i prva narodna skupština nastala izborom narodnih poslanika na osnovu Zakona o Narodnoj skupštini, kao i da je na istoj učinjen neuspeli pokušaj da se Kragujevcu vrati položaj prestonog grada.

Posle smrti kneza Miloša i dolaska kneza Mihaila Obrenovića po drugi put na vlast, u Kragujevcu se održava Vanredna Preobraženska skupština (1861), koja je posebno važna zbog napred navedenih ustavnih zakona (o Narodnoj skupštini, Savetu, narodnoj vojsci itd.), koji su iz osnova pobijali Ustav iz 1838, koji će formalno ostati na snazi do 1869. godine. Novi Zakon o skupštini predviđao je dve vrste ovog tela, običnu i veliku skupštinu, i predstavljao je prvi pisani normativni akt kojim je trajnije regulisan položaj narodnog predstavništva u Srbiji, uz natuknicu da je Savet i dalje ostao zakonodavni organ. Na Miholjskoj skupštini (1867), takođe održanoj u Kragujevcu, osim svečanog oglašavanja dobijanja utvrđenih gradova, došlo je i do sukoba aktuelnog srpskog vladara, koji je do tada ispunio gotovo sve tačke svog političkog programa, i liberalne opozicije, koja je istakla svoje političke zahteve. Autor, uz pomoć

uverljivosti arhivske građe koju obilato koristi, ističe da skupština nije uspela da odgovori zahtevima opozicije, u nameri da parlament dobije zakonodavnu funkciju, ali i da se proglasi sloboda štampe, opštinska samouprava, odgovornost ministara i dr. Ova skupština, u zaključku autora, biće poslednja tzv. savetodavna.

Peti deo, nazvan *Skupštine za vreme namesništva (1868–1872)* (str. 269–348) argumentovano daje podatke o Velikoj ustavotvornoj narodnoj skupštini (1869) održanoj u Kragujevcu, koja je donela Ustav (Trojički ili Namesnički), po kome će narodna skupština konačno postati zakonodavni organ, ali je i trasirao smernice budućeg razvoja srpske države i društva. Ovaj prvi srpski ustav je propisao da se izbori moraju vršiti svake četvrte godine, a skupština da ima svoja zasedanja svake godine. Značaj ovog pravnog akta je dvostruk, jer je njime prvi put u novijoj istoriji Srbije ograničena moć vladara i istovremeno ukinut Turski ustav iz 1838. godine. Da bi se mogli doneti najvažniji zakoni, saobrazni novom ustavnom stanju, sazvana je Prva zakonodavna narodna skupština (1870) u Kragujevcu, o čijem radu autor iznosi niz pojedinosti, konstatujući da su svi akti doneti na ovoj skupštini bili izraz volje naroda koji je izabrao svoje predstavnike u ovo telo, čime je zapravo započeo naš parlamentarni politički život, koji se ubrzo i aktivirao. Dalje sledi priča o Prvom redovnom sazivu Narodne skupštine (1871) i zasedanju Narodne skupštine (1872). Oba događaja desila su se u Kragujevcu, prvi je značajan jer je ovim skupom započeo naš predstavnički sistem u pravom smislu te reči, a drugi je bitan zbog velikog broja zakona koji su doneti tom prilikom.

Poslednji, šesti deo ovog zbornika, autor je naslovio *Skupštine za vreme vlade kneza Milana Obrenovića (1872–1880)* (str. 349–447) i on sadrži detalje sa zasedanja Narodne skupštine (1873) u Kragujevcu, tokom koje se prvi put javljaju poslaničke interpelacije, ali i donose važni zakoni. Ova redovna se (1874) pretvorila u vanrednu skupštinu, karakterističnu po tome što se, usled sukoba oko izbora potpredsednika parlamenta, javljaju začeci stranačkog života, odnosno na ovoj skupštini je, prvi put u parlamentarnoj istoriji Srbije, pala vlada jer nije imala skupštinsku većinu. U gradu na Lepenici je održana i „Patriotična“ skupština (1875), a u vezi sa aktuelnim Hercegovačkim ustankom. Tom prilikom doneta je odluka o pomaganju ustanika u Hercegovini da otpočnu pripreme za rat protiv Osmanskog carstva, odnosno dogovoreno je da se Srbija u spoljnoj politici okrene rešavanju Istočnog pitanja. Kako je Prvi srpsko-turski rat započeo u leto 1876. godine, Drugo redovno zasedanje skupštine održano je, u okviru priprema za novi rat sa Turskom, u Kragujevcu u

leto 1877. godine. Tada su izglasani novi budžet, kao i zakoni o kreditu i zajmu, između ostalih. Po završenom radu Berlinskog kongresa, održan je i treći saziv skupštine, koji je objavio kneževu proklamaciju o miru između Srbije i Turske i o uspostavljanju nezavisnosti Srbije. Autor navodi odluke Berlinskog kongresa koje su se odnosile na Srbiju, uz prigodne komentare. Poslednji odeljak ove glave posvećen je Vanrednom zasedanju Narodne skupštine (1880), održanom u Kragujevcu, čija je najvažnija odredba prihvatanje Železničke konvencije, koju su, nedugo pre, u Beču potpisale vlade Srbije i Austro-Ugarske, a koja je predviđala, shodno odluci Berlinskog kongresa, izgradnju železničke pruge Beograd-Niš i povezivanje sa austrougarskim želenicama. Autor je priložio ceo tekst pomenute konvencije.

Na kraju ovog zbornika, zasnovanog na originalnoj arhivskoj građi, isključivo domaće provenijencije, pohranjene uglavnom u Arhivu Srbije, kao i relevantne literature, obogaćene onovremenom štampom, trudoljubivi autor je dao i kraći *Zaključak* (str. 448–449), gde je, osim kraćeg osvrtu na izneto, istakao i nadeždu da će uspeti da obradi naredni period i objavi još dva slična zbornika kojima bi se ova tema nastavila. Prvi bi obuhvatio parlamentarni život Srbije od 1882. do 1914, a drugi od 1914. do 1918. godine. Prikazana publikacija je solidno odštampana, sadrži nekolike ilustracije, kao i iscrpni popis izvora i literature (str. 451–456), kao i kraću životnu i radnu biografiju autora (str. 457).





# IV RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

---

---



**Dušan Dubajić\***, M.A. Student  
doktorskih studija,  
Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

pregledni naučni članak  
doi:10.5937/zrpfni1775275D

UDK: 339.727.22

Rad primljen: 24.01.2017.  
Rad prihvaćen: 15.03.2017.

## **PROMENJENE OKOLNOSTI I PONOVRNO PREGOVARANJE U UGOVORIMA O STRANIM INVESTICIJAMA\*\***

**Apstrakt:** Strani investitori, bili oni i moćne multinacionalne kompanije, suočavaju se sa značajnim rizicima po sigurnost svog kapitala uvek kada investiraju u inostranstvu. Postoji više načina za alokaciju i ublažavanje tih rizika, a jedan od mogućih je zaključenje dugoročnih ugovora o investiranju sa vladom države prijema investicije, tzv. dijagonalnih sporazuma. Dijagonalni sporazumi imaju značaj instrumenta alokacije investicionih rizika, pri čemu njihov učinak može biti umanjen. Konkretno, u postupku realizacije strane investicije, na pozicije ugovornih strana deluju promenljive ekonomske, političke, socijalne i druge okolnosti. Dejstvo tih okolnosti je toliko izraženo da dovodi u pitanje celishodnost ostanka pri ugovoru, kako za stranog investitora tako i za državu prijema investicije. Nemogućnost ugovornih strana da na prihvatljiv način amortizuju promene okolnosti tokom realizacije ugovora generiše konflikt koji dovodi u pitanje opstanak ugovora i investicije, uz nagoveštavanje budućeg sudskog ili arbitražnog spora. Instrument esencijalnog značaja za opstanak ugovora između stranog investitora i države prijema investicije je revizionna klauzula ili klauzula ponovnog pregovaranja (eng. *renegotiation clause*). Aktiviranjem revizione klauzule pokreću se ponovni pregovori između stranog investitora i države prijema investicije. U ovom radu pažnja je posvećena okolnostima koje pokreću ponovne pregovore, obavezama ugovornih strana tokom ponovnih pregovora, kao i rezultatima ponovnih pregovora.

**Ključne reči:** strane investicije; ugovor; ponovno pregovaranje; revizionna klauzula; promenjene okolnosti; okidač za pregovore; dobra vera.

\* [dusandubajic90@gmail.com](mailto:dusandubajic90@gmail.com)

\*\* Rad je rezultat istraživanja na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, broj 179046, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

## 1. Uvodna razmatranja

Reviziona klauzula i pitanje šta predstavlja i kako se aktivira okidač za pregovore u ugovorima o stranim investicijama, tzv. dijagonalnim sporazumima, pobuđuju živu diskusiju. U okviru te diskusije renomirani autori su čeljavaju mišljenja u želji da unaprede ovu oblast i pruže potencijalnim ugovornim stranama najefikasnije rešenje koje će usaglasiti njihove interese. Tako, na primer, Gotanda smatra da reviziona klauzula ne bi trebalo da bude uklju čena u ugovor ukoliko se događaj koji predstavlja okidač za pregovore nalazi pod kontrolom jedne od ugovornih strana (Gotanda, 2003: 1462). Suprotno prethodnom, prisutna su mišljenja respektabilnih autora koji smatraju da određivanje okolnosti koje se nalaze u domenu uticaja države prijema investicije za okidač ne predstavlja prepreku za uspešno vođenje pregovora, niti priliku za zloupotrebe nekih sporednih procesa (Berger, 2003: 1351).

Činjenica koja pokreće pregovarački mehanizam i čini legitimnim zahtev jedne ili obe ugovorne strane da se sa pregovorima započne ključni je element izbalansirane revizone klauzule, a sledstveno tome i ugovora o stranim investicijama u celini. Može se reći da je uobličavanje okidača za pregovore najvažniji i najdelikatniji trenutak u predugovornom pregovaračkom procesu, s obzirom na to da određuje sudbinu revizone klauzule i sudbinu ugovora o stranim investicijama. Stabilnost konstrukcije ugovora o stranim investicijama počiva na kvalitetu i stru čnosti definisanja činjenica, čijim nastupanjem suštinsko pregovaranje ugovornih strana može da započne.

## 2. Promenjene okolnosti kao okidač za ponovne pregovore

Na uvažavanje promenjenih okolnosti kao razloga za pokretanje pregovora o modifikaciji ugovora o stranim investicijama, pored ostalog, utiče i shvatanje pojma ugovora u različitim poslovnim kulturama. Za prihvatanje adaptacije ugovora usled promene okolnosti pod kojima se realizuje, od značaja je poslovna kultura kojoj pripada strani investitor, odnosno poslovni mentalitet i etika u državi prijema investicije. Za primer se mogu navesti američka i japanska kultura kao paradigme širih zapadnih i istočnih civilizacijskih blokova. Dok za Amerikance potpisivanje ugovora predstavlja tzv. „zatvaranje“ posla, za Japance potpisivanje ugovora ima drugačije značenje, a to je početak ili otvaranje novog odnosa (Salacuse, 1991: 60). Ukoliko ugovorne strane smatraju da pristupanjem ugovoru dolazi do dalje evolucije istog odnosa, tada će okolnosti koje nastupe nakon sklapanja ugovora za njih imati isti značaj

kao i bilo koja okolnost pre toga, zbog čega će one predstavljati i sasvim legitimni pokretač pregovora.

Ugovori o stranim investicijama predstavljaju primer ugovora kod kog je neophodno uvažiti princip „rebus sic stantibus“, odnosno činjenicu da se ne može tražiti izvršenje ugovora onako kako glasi ukoliko su se od momenta zaključenja okolnosti bitno izmenile. Opravdanje za primenu pomenutog principa predstavlja dugoročni karakter ugovora o stranim investicijama. Što je duži period sprovođenja ugovora, to je teže da se u vreme zaključenja ugovora obavi alokacija budućih rizika (McKendrick, 1995: 307). Pored toga, ugovori o stranim investicijama se zaključuju u oblasti pružanja javnih usluga, vodosnabdevanja ili snabdevanja strujom, kao i u sektoru istraživanja i korišćenja prirodnih resursa. Pomenute oblasti su veoma specifične i osetljive na najmanje eksterne poremećaje, političke uticaje i tržišne potrebe. Dugoročna priroda ugovora o stranim investicijama, različiti interesi javnog i privatnog sektora, kao i širok raspon nesigurnosti koje pogađaju očekivani iznos dobiti i troškova ostvaruju stresan uticaj na ugovorni odnos između stranog investitora i države (Johnson, Volkov, 2013: 363).

Pojedini autori naglašavaju značaj promenjenih okolnosti i ukazuju na obavezu arbitraža da vode računa o njima. Konkretno, Vels i Ahmed iznose ozbiljne kritike na račun arbitraže između stranog investitora i države prijema investicije, zamerajući upravo veliku rigidnost i nedostatak osećaja za činjenicu da su se promenile okolnosti ugovora i političke okolnosti (Wells, Ahmed, 2007: 283–298). Dalje navode da arbitraže ne uzimaju u obzir ni moralni hazard koji stvaraju takvim arbitražnim odlukama, obeshrabrujući time pokušaje stranih investitora da obezbede stabilnost svojih ugovora sa domaćim državama (Wells, Ahmed, 2007: 283–298).

### ***2.1. Promenjene ekonomske okolnosti***

Oblasti u kojima su strane investicije naju čestalije kao što je energetika ili infrastruktura su kapitalno zahtevne i često za njihovo potpuno finansiranje nisu dovoljna finansijska sredstva kojima investitor raspolaže, već je neophodno oslanjanje na pozajmljene izvore. Iz navedenog proizilazi oslanjanje investitora na banke kod kojih apliciraju za kredite ili bankarske garancije, što se postavlja kao uslov za kvalifikovanje investitora za izvođenje infrastrukturnih radova. Nakon otpočinjanja investicije za stranog investitora je ključno da ostvaruje dobit, kako bi bio u stanju da servisira dugovanja prema

finansijerima. Međutim, ostvarivanje dobiti nije unapred određeno i krajnje je neizvesno, upravo zbog delovanja različitih ekonomskih faktora.<sup>1</sup>

Kod ugovor o stranim investicijama, kao i kod svih drugih ugovora koji se realizuju u dužem vremenskom periodu, od posebnog je značaja očuvanje tzv. „ekonomskog ekvilibrijuma“. Komisija Ujedinjenih nacija za transnacionalne kompanije je izradila Nacrt kodeksa o multinacionalnim korporacijama,<sup>2</sup> koji u članu 12 postavlja obavezu ponovnog vođenja pregovora u slučaju kada je ugovorni ekvilibrijum, koji je postojao u vreme zaključenja ugovora, narušen fundamentalnom promenom okolnosti. Pregovaranje koje se obavlja nakon zaključenja ugovora smatra se mnogo osetljivijom tehnikom izbegavanja sporova i obezbeđenja da ugovorni odnos opstane u kontekstu promenjenih ekonomskih okolnosti (Sornarajah, 2010: 244).

Očuvanje ekonomskog ekvilibrijuma za strane investore postaje značajnije i od očuvanja pravne stabilnosti. Iz tog razloga se u pojedine dijagonalne sporazume, umesto termina „ponovno pregovaranje“, unosi termin „uspostavljanje ekonomskog ekvilibrijuma“.<sup>3</sup>

## ***2.2. Promenjene političke okolnosti***

Bez obzira što se u prvi plan ističu okolnosti ekonomskog karaktera, potencijalno veći rizik po opstanak ugovora između države prijema investicije i stranog investitora stvaraju promene u političkim okolnostima. Ovo iz razloga što ugovori o stranim investicijama imaju

---

1 Konkretno, kada je reč o stranim investicijama u energetskom sektoru, koje su dugo vremena bile dominantan oblik stranih investicija, pojedini autori ukazuju da na njihovu isplativost utiču okolnosti na eksternom, makro, mezo i mikro nivou. Dejstvo ekonomskih okolnosti dominantno je prisutno na eksternom i makro nivou, dok na mezo i mikro nivou značajno veći uticaj imaju političke i zakonodavne okolnosti. Ekstreni nivo obuhvata kolebanje cena nafte, čiji nizak iznos u dužem vremenskom periodu čini investiciju neisplativom. Na makro nivou pod dejstvo ekonomskih okolnosti podvode se promene stope inflacije i valutnog kursa, kao i radnje koje država prijema investicije preduzima radi očuvanja stabilnosti platnog bilansa. Navedeno u Bhattacharya 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 Model ugovor o istraživanju i proizvodnji nafte Katara, usvojen 1994. godine, u članu 34.12 koji je naslovljen sa „Ugovorni ekvilibrijum“, insistira na očuvanju ekonomskog ekvilibrijuma. Videti Dolzer, R., Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press. 77.

svoju političku dimenziju. Nisu retki slučaji kada predstavnici novoizabrane vlasti nastoje da promene ugovore koje su predstavnici prethodne državne vlasti zaključili sa stranim investitorima, navodeći kao razlog korupciju pri zaključenju ugovora ili prosto osporavajući legitimitet prethodne vlasti da preuzima takve mere (Sornarajah, 2010: 75). Obećanje da će „preispitati“ ugovore koje je prethodna vlast zaključila često se nalazi u agendi predstavnika nove političke vlasti, naročito ukoliko se radi o ugovorima kojima se raspolaze nacionalnim dobrima u korist stranog investitora ili ukoliko je reč o ugovorima velike vrednosti u oblasti infrastrukture.

Pored toga, okolnosti političkog karaktera se od trenutka zaključenja ugovora o stranim investicijama mogu dramatično izmeniti u tom pogledu da nestane entitet sa kojim je strani investitor ugovor zaključio. Takav slučaj postoji kada se formira nova država na teritoriji na kojoj se ugovor sprovodi. Tada se može otvoriti prostor za konflikt ukoliko nova država odbije da prihvati bilo kakvu sukcesiju ugovornih obaveza vlade koja je prethodno imala kontrolu nad tom teritorijom (Sornarajah, 2010: 75).

Pristupanje država različitim političkim blokovima takođe ima značajan uticaj na pozicije ugovornih strana iz dijagonalnih sporazuma. Direktni primer za to je proces pridruživanja država Evropskoj uniji i status bilateralnih investicionih sporazuma. Bilateralni investicioni sporazumi od velike su važnosti za strane investitore i državu prijema investicije. Prikazano na primeru Evropske unije, usvajanjem Lisabonskog sporazuma zaključenje ovih sporazuma se prenosi u nadležnost Evropske unije, a državama članicama može biti naloženo da uđu u pregovore o izmeni sporazuma ili njihovog ukidanja.<sup>4</sup> Time se otvara prostor za otpočinjanje pregovora države prijema investicije i stranog investitora, s obzirom da može doći do izmene ili ukidanja bilateralnog investicionog sporazuma na bazi kojeg je zaključen ugovor države i stranog investitora. Bilateralni investicioni sporazumi između dveju država se javljaju kao prethodnica potonjeg zaključenja pojedinačnih ugovora sa investitorima koji imaju poreklo jedne od država članica sporazuma. S obzirom da je važan deo odluke stranog investitora da uđe

---

4 Više o tome videti u Ćirić, A. Cvetković, P. (2014). Karakteristike pravnog režima stranih direktnih investicija u pravu EU. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu. 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.

u ugovor, zahtev da se pristupi pregovorima o modifikaciji ugovora usled izmene ili ukidanja bilateralnog investicionog sporazuma bio bi osnovan.

Za prethodno navedenu promenu okolnosti političkog karaktera, neposrednu odgovornost snosi organ državne vlasti sa kojim strani investitor ima ugovorni odnos. Stranom investitoru je lakše da se na promenjene okolnosti pozove, imajući u vidu da postoji ugovorni odnos sa subjektom koji je direktno odgovoran za nastale promene. Međutim, političke okolnosti se još drastičnije mogu promeniti kada je reč o političkim nemirima, pobunama, revolucijama, aktima terorizma, ratovima i drugim aktima nasilja koji nastupaju mimo volje države prijema investicije.<sup>5</sup>

Pod ovakvim izmenama političkih okolnosti, odgovornost države prijema investicije i dalje postoji, a materijalizuje se kroz obavezu pridržavanja načela pune zaštite i sigurnosti stranih investicija. Pomenuto načelo podrazumeva obavezu države u koju se ulaže da zaštiti stranu investiciju od fizičkog ugrožavanja preduzimanjem, uz dužnu pažnju, razumnih mera (Ćirić, Cvetković, 2016: 163, 164). Iz prakse foruma pred kojima su rešavani investicioni sporovi mogu se apstrahovati kriterijumi razumnog postupanja i dužne pažnje kao deo obaveze države da obezbedi punu zaštitu i sigurnost stranih investicija (Ćirić et al. 2016: 168). Nepreduzimanje razumnih mera i nepostojanje dužne pažnje kod države prijema investicije, tokom gore pomenutih vanrednih političkih događaja na njenoj teritoriji, stvara odgovornost države koja će biti potvrđena pred bilo kojim tribunalom pred koji strani investitor iznese spor. Iz tog razloga je za državu prijema investicije povoljnije da uvaži razloge političkog karaktera kao osnov za pokretanje pregovora o izmeni ugovora.

### ***2.3. Zakonodavne promene***

Zakonodavne promene mogu biti učestale i ostvaruju velik uticaj na investicioni projekat. Bez uticaja su uobičajene zakonske promene koje

---

<sup>5</sup> Verovatnoća nastupanja ovih događaja je danas veoma izražena i strani investitori je moraju uvažiti. Usled toga se postavlja pitanje, koliko su zapravo ove okolnosti iznena dne i neprevidive, da bi bile u zrok ponovnih pregovora. Sa sve većim ekonomskim i društvenim ras lojavanjem, u ticajem nevladinih organizacija i borbom za očuvanje osnovnih ljudskih prava, tenzije i konflikti u višestrukim relacijama postaju pravilo, a ne izuzetak. Videti Sornarajah, M. (2015). *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press. 318, 415.



su deo predvidivog i sledljivog pravca koji je zauzet u zakonodavstvu. Za strane investitore su relevantne zakonodavne promene koje se mogu okarakterisati kao iznenadne, nenajavljene, one kojima se odstupa od osnovnih postulata na kojima je utemeljen privredni sistem i organizacija države. Pored toga i oblasti u kojima se vrše zakonodavne promene nemaju podjednaku važnost za strane investitore. Kao primer se mogu navesti dve oblasti čije nedosledno zakonsko uređivanje najviše pogađa poziciju stranog investitora u ugovoru sa državom prijema investicije. Radi se o oblasti zaštite konkurencije, te oblasti oporezivanja.

Zakonodavni naponi učinjeni u cilju smanjenja dejstva konkurentskog mehanizma mogu imati izuzetno negativne efekte po poslovanje stranog investitora. Država prijema investicije može nakon njene realizacije preduzeti zakonske mere u oblasti preuzimanja društava ili u oblasti definisanja kartelizacije i monopolskog položaja. Pomenute promene mogu nastati pod pritiskom domaćih kompanija kako bi mogle da se, kroz udruživanje i međusobno dogovaranje, suprotstave inostranoj konkurenciji. Pod tim okolnostima ponovni pregovori imaju za cilj zaštitu konkurencije i uspostavljanje pravične ravnoteže u regulisanju konkurencije.

Ukoliko ponovni pregovori ne daju rezultat, strani investitor se može obratiti državi svog porekla kako bi izvršila pritisak na državu prijema investicije, a u određenim slučajevima proširila dejstvo svojih propisa o zaštiti konkurencije i na teritoriju države prijema investicije. Tzv. „ekstrateritorijalno“ dejstvo propisa u oblasti zaštite konkurencije podržavaju SAD kroz „Inicijativu za uklanjanje strukturalnih prepreka“, kao i Evropska unija kroz odluke Suda pravde u slučajevima „Dyestuffs“ (Case 48/69. ICI v Commission [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557) i „Wood Pulp“ (Case 114/85. A Ahlström Oy v Commission [1988] ECR 5193, [1988] 4 CMLR 901).<sup>6</sup>

Druga krupna tema koja se tiče izmene zakonodavstva obuhvata oblast oporezivanja. Oblast oporezivanja je veoma ozbiljna i njeno neodgovorno zakonsko uređenje može rezultovati odustankom stranog investitora od daljeg poslovanja. Neodgovornost se može manifestovati u dva pravca. Prvi predstavlja nestabilnost poreskog zakonodavstva koje prate česte i nepredvidive izmene poreskih stopa i ukidanje poreskih oslobođenja, a u cilju prikupljanja sredstava neophodnih za finansiranje javnih potreba i realizaciju političkih obećanja.

---

6 Više o tome videti u Whish, R. Bailey, D. (2012). *Competition Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press. 487–501.

Drugi pravac čine direktni zakonodavni napori koji rezultiraju u drastičnom povećanju poreskih stopa, van granica legitimnog zahvatanja dela profita koji strani investitor ostvaruje ili dela ekonomske vrednosti imovine koju poseduje. Poreske stope koje se obračunavaju tada u sebi objedinjuju uobičajeni i normalni iznos svrsishodnog poreza, ali i mnogo veću dodatnu naknadu čiji cilj se ne podudara sa ciljem oporezivanja. Cilj ove naknade, koja se samo formalno podvodi pod pojam poreza i kao takva obračunava, jeste da se strani investitor natera na odustanak od svoje investicije usled neisplativosti. Time se zapravo ostvaruje tzv. „tiha eksproprijacija“.<sup>7</sup>

Investiciona oblast koja najčešće biva pogođena diskriminatornim oporezivanjem i u kojoj je proces „tihe eksproprijacije“ najučestaliji je oblast eksploatacije i proizvodnje nafte i prirodnog gasa. Državno vlasništvo, nacionalizacija, podeljeno vlasništvo mogu da promene percepciju i stvore iluziju o državnoj kontroli nad naftnim sektorom, ali kada se dođe do ključnih ekonomskih pokazatelja investicije, vidi se da je sistem oporezivanja taj kroz koji se ostvaruje prava državna kontrola, bez obzira na vlasništvo (Nakhle, 2008: 163). Ono što promenu poreskog zakonodavstva čini još opasnijom od postupka nacionalizacije je to što kod oporezivanja izostaje čak i određena kompenzacija, koja je kod prvog oblika oduzimanja imovine stranog investitora prisutna.

Korišćenje poreskog zakonodavstva u cilju provociranja odluke investitora da svojevolejno napusti oblast u kojoj je započeo svoju investiciju neki bi mogli opravdati potrebom države da ostvari kontrolu nad svojim resursima. Uz uvažavanje navedene legitimne potrebe države, neprimereno je zloupotrebljavati nacionalno zakonodavstvo. Potvrda takvog viđenja su i stavovi arbitraža koje usvajaju zahteve stranih investitora lišenih vlasništva nad svojim podu hvatom na ovakav način. Nedostatak stabilnosti i predvidivosti poreskog zakonodavstva, arbitraže podvode pod kršenje principa pravičnog i jednakog tretmana stranih investicija.<sup>8</sup>

---

7 Kako bi postupak „tihe eksproprijacije“ kroz oporezivanje bio zaustavljen, države uspostavljaju mehanizam skrininga pre negoli slu čaj bude iznet pred arbitražu. Mehanizam skrininga se sastoji u održavanju sastanka poreskih vlasti države uvoznice i izvoznice kapitala, na kojem se odlučuje o tome da li je državna poreska moć prekoračena u konkretnom slu čaju, te ukoliko se dogovor ne postigne, predmet se iznosi pred nadležnu arbitražu (Sornarajah, 2015: 408). Pomenu ti mehanizam može biti prenet na sve druge tipove sporova države i stranog investitora (Sornarajah, 2015: 408).

8 Takav stav je zauzet u slu čaju pred tribunalom OPEC – a (LCIA Case No. UN 3467. Occidental Exploration and Production Co v. Ecuador. Award 1 July 2004), kojom prilikom je

## 2.4. Promenjene okolnosti životne sredine

Okolnosti životne sredine dugo vremena nisu bile u fokusu interesovanja niti kompanija niti nacionalnih država. Njihova vremenska učestalost nije bila izražena, a posledice dejstva nisu bile razorne. Dužna pažnja nije posvećivana riziku klimatskih promena, a tome je doprinio veliki jaz između kratkoročnog horizonta realizacije investicije i dugoročnog horizonta materijalizacije rizika klimatskih promena (Ewing, Weller, 2014: 741). Iz tog razloga nisu ni mogle biti uzimane u obzir kao relevantan faktor koji bi mogao biti uvažen kao razlog za reviziju ugovora o stranim investicijama.

Međutim kako je njihova frekvencija rasla i kako su iznosi prouzrokovanih materijalnih šteta dostigli rekorde, okolnosti koje se tiču promena životne sredine dobile su na značaju. Strane investicije su doprinele umanjuju kvaliteta životne sredine, ali danas one i trpe usled toga. Strani investitori podnose velike materijalne gubitke koji nastaju kao direktna posledica nastupilih klimatskih promena. Kao posledica tih gubitaka, nisu u stanju da obezbede ekonomsku isplativost svoje investicije, kao ni ispunjenje obaveze iz zaključenog dijagonalnog sporazuma sa državom. Finalni rezultat ovog povratnog procesa uništavanja životne sredine jeste predlog stranog investitora upućen državi da se izvrši revizija ugovora o stranim investicijama usled nemogućnosti ispunjenja obaveza, za šta se kao uzrok navodi dejstvo ekstremnih vremenskih prilika.

Klimatske promene su u tolikoj meri preuzele uticaj na poziciju stranih investitora, da su iznosi njihovih sporednih ulaganja koja nisu vezana za neposrednu namenu njihovog poslovnog poduhvata, a koja se tiču zadovoljenja strogih propisa o zaštiti životne sredine, dostigli ogromne razmere. Stroge obaveze očuvanja životne sredine za strane investitore nameću prvenstveno visokorazvijene države svojim nacionalnim zakonodavstvom, za slučajeve kada se investicije realizuju na njihovoj teritoriji. To utiče da troškovi stranih investitora

---

navedeno da „konfuzija i nejasnoća (poreskog zakonodavnog sistema Ekvadora) su doveli do određene forme arbitrarnosti, čak iako to nije bila namera tužene Poreske uprave Ekvadora. Relevantno pitanje za međunarodno pravo u ovoj diskusiji je da li pravni i poslovni okvir prati potrebe za stabilnošću i predvidljivošću u međunarodnom pravu“. Više o navedenom predmetu i njegovom uticaju na arbitražno rezonovanje o zakonodavnim promenama u oblasti oporezivanja videti u 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.

konstantno rastu, isplativost investicije opada, a potreba za izmenom ugovora postaje urgentna.

### 3. Iniciranje pregovora

Da bi revizionna klauzula ostvarila svoj osnovni zadatak, a to je izmena ugovora u cilju uravnoteženja prava i obaveza ugovornih strana, od suštinske važnosti je da se označi ugovorna strana koja može da predloži otpočinjanje pregovora i kakve okolnosti daju ovlašćenje za upućivanje takvog predloga.

Dva pristupa figuriraju kao polazna tačka u formulisanju parametara čijim ispunjenjem se ponovni pregovori mogu započeti. Ćirić i Đurović ističu da se ugovorne strane mogu opredeliti za primenu neodređenih standarda poput „suštinske izmene ugovora“, odnosno „potrebe održanja pravičnog efekta“ koji otvaraju prostor za različite interpretacije (Ćirić, Đurović, 2005: 342). Kako bi se prostor za različita tumačenja upotrebljenih standarda ograničio, mogu se koristiti zajedno sa određenim objektivnim pojmovima koji se mogu kvantifikovati i brojčano izraziti. Pomenuti autori u tom smislu ističu da bi bilo poželjno da primena navednih standarda ima potporu u primeni određenih objektivnih kriterijuma koji su podložni kvantifikaciji, kao što je „ponovno uspostavljanje balansa finansijskih obaveza strana“ (Ćirić et al. 2005: 342). Ovim putem se stvara prilika da se finansijskom analizom koristi i troškova koje svaka od ugovornih strana u ugovoru ostvaruje, merodavno utvrdi matematička projekcija kretanja profita obeju ugovornih strana od trenutka zaključenja ugovora do kritičnog trenutka kada je modifikacija ugovora postala neophodna.

Ponovne pregovore između ugovornih strana moguće je i automatski pokrenuti, preciziranjem jasnih kriterijuma čijim nastupanjem za ugovorne strane nastaje obaveza da ponovo pregovaraju. Najčešće se ovako definisana revizionna klauzula koristi u ugovorima o građenju. Samim tim se može primeniti i u oblasti stranih investicija, imajući u vidu da izgradnja objekata infrastrukture ili drugih građevinskih objekata može biti predmet ugovora o stranim investicijama ukoliko je izvođač radova inostrana kompanija.<sup>9</sup> Pored toga što postoji mogućnost

---

<sup>9</sup> Kada se govori o definisanju okolnosti čijim nastupanjem au tomatski nastaje obaveza vođenja pregovora, trebalo bi praviti razlik u odnosu na situacije u kojima se automatski vrši prilagođavanje ugovornih obaveza. Pregovorima, u smislu dejstva revizionne klauzule, ne smatraju se standardna tarifna prilagođavanja, proistekla iz neznatnog pomeranja stope inflacije. Tada se vrše automatske izmene

automatske adaptacije, ugovori o stranim investicijama koji za predmet imaju izvođenje građevinskih radova (najčešće infrastrukturnih) poseduju tzv. „variacione klauzule“ koje ostvaruju istu funkciju koju ostvaruje i revizijska klauzula, s tim što je u njima veoma fleksibilno definisano ovlašćenje za pokretanje pregovora.<sup>10</sup>

U pravnoj teoriji je prisutan stav da je povremena analiza ugovora blagotvorna i u skladu sa tim se preporučuje ugovornim stranama da okidač za pregovore definišu prema vremenskom kriterijumu. To znači da bi ugovorne strane imale obavezu da pristupe pregovorima u tačno određenim vremenskim intervalima. Shodno tome, jedan od ugovora o stranim investicijama u rudarstvu predviđa da ugovorne strane imaju obavezu da se sastanu svakih sedam godina „sa zadatkom da razmotre, u dobroj veri, da li ugovor pravično deluje prema svakoj od ugovornih strana i sa zadatkom da, u budućnosti i u dobroj veri, razmatraju svaki problem koji proizilazi iz praktičnog sprovođenja ugovora“ (Peter, 1995: 79).

Pitanje se postavlja da li je za ponovno pregovaranje neophodno da u ugovoru o stranim investicijama bude izričito stipulirana revizijska klauzula ili je moguće pokrenuti i ponovo voditi pregovore bez postojanja pomenute klauzule? Bernardini ukazuje da su u ovom pogledu prisutna dva oprečna shvatanja (Bernardini, 2008: 99). Jedno zastupa tezu prema kojoj svaki dugoročni ugovor, čije se izvršenje realizuje tokom dužeg vremenskog perioda, po samoj svojoj prirodi zahteva adaptaciju u slučaju da nastupe promenjene okolnosti. Princip „rebus sic stantibus“ ostaje inherentan za svaki takav ugovor, kao i principi pravičnosti i postupanja u dobroj veri.<sup>11</sup>

Shvatanje potpuno suprotno prethodnom iznosi protivljenje, navodeći argument da su ugovorne strane u ugovorima o stranim investicijama obično profesionalci, bogatog ličnog i stručno-profesionalnog iskustva. Oni su u stanju da ugrade revizijsku klauzulu u ugovor, ukoliko smatraju da će njena aktivacija tokom trajanja ugovora biti neophodna.

---

ugovora, ali se automatski ne pokreću pregovori. Pregovaranju bi automatski trebalo pristupiti u slučaju kada dođe do suštinskih materijalnih izmena originalnog ugovora čije dejstvo u tiče na njegovu supstancu i u bitnom delu je menja. Navedeno prema Guasch, J.L. (2004). *Granting and Renegotiation Infrastructure Concessions – Doing it Right*. Washington D.C: The World Bank. 34.

10 Više o varacionim klauzulama videti u Klee, L. (2015). *International Construction Contract Law*. John Wiley & Sons. 165, 166.

11 Mišljenje sadržano u odluci arbitražnog suda Međunarodne trgovinske komore ICC Award No. 2291. (1975).

Iz tog razloga odsustvo revizione klauzule iz ugovora znači da ugovorne strane, u granicama autonomije volje, biraju da osiguraju stabilnost ugovornih odnosa, pre negoli da prilagođavaju odredbe ugovora u slučaju da dođe do promene okolnosti.<sup>12</sup>

#### **4. Dužnost pregovaranja u dobroj veri**

Postupanje u dobroj veri je jedan od osnovnih postulata na kojima su sazdana temelji poslovnih odnosa. To je kvalitet ponašnja učesnika u poslovnoj saradnji koji je očekivan i koji se smatra za dostignuti civilizacijski standard. U pogledu konkretne sadržine principa pregovaranja u dobroj veri veoma je važno naglasiti da se radi o pravnom standardu. Pravne standarde odlikuje neodređenost sadržine. Neodređenost sadržine postoji u tom smislu da, kada se ugovorom predvidi dužnost postupanja u skladu sa principom dobre vere, to se čini na jedan generalan način, bez detaljnog obrazlaganja i pojedinačnog navođenja konkretnih obaveza. Uprkos tome što nije jasno određeno šta je konkretno obuhvaćeno ovim principom, postoji generalna saglasnost o tome kakvim ponašanjem se manifestuje dobra vera tokom pregovora.

Kako bi olakšali razumevanje principa postupanja u dobroj veri i ustanovili određene smernice pri tumačenju aktivnosti pregovarača koje se mogu podvesti pod ovaj standard, u teoriji postoje predlozi nosećih elemenata principa postupanja u dobroj veri. Tomas je ponudio viđenje sastava principa postupanja u dobroj veri, prema kojem postoji pet značenja ovog principa:

1. nečasnost stvara lošu veru;
2. ugovorna strana bi trebalo da održi svoju reč;
3. jedna ugovorna strana ne bi trebalo da pogoršava poziciju druge strane svojim ponašanjem;
4. ugovorne strane moraju biti oslobođene apsurdnih posledica koje proizilaze iz ugovora;
5. kršenje ugovora smatra se nečasnim (Thomas, 1999: 66–69).

Pregovaranje u dobroj veri se tiče i odnosa prema poverljivim informacijama dobijenim od druge strane. Tokom ponovnih pregovora jedna ugovorna strana može doći u posed poverljivih informacija od značaja za drugu ugovornu stranu. Ugovorna strana koja prouzrokuje

---

<sup>12</sup> Videti odluk u arbitra žnog s uda Međunarodne trgovinske komre (Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce) ICC Arbitration Case No. 6281. (1989).

štetu drugoj ugovornoj strani otkrivanjem poverljivih informacija u čiji posed je došla tokom pregovora o izmeni ugovora obavezna je da nadoknadi prouzrokovanu štetu (Lo, Tian, 2009: 138). Pored toga, odgovornost nosi svako vođenje pregovora u lošoj veri, što se može ispoljiti kroz namerno prikrivanje materijalnih činjenica vezanih za izmenu ugovora ili namerno dostavljanje pogrešnih informacija, kao i kroz druge radnje kojima se povređuje princip dobre vere i stvara gubitak za drugu stranu (Lo et al. 2009: 138). Pored opreznog postupanja sa poverljivim informacijama radi očuvanja integriteta pregovaračkog procesa, ugovornim strana se preporučuje uzdržavanje od javnih istupa kroz davanje izjava medijima tokom ponovnih pregovora (Griffin, Daggatt, 1990: 154–156).

Za odnos između stranog investitora i države kao ugovornih strana iz ugovora o stranim investicijama i kao učesnika u pregovorima koji se realizuju usled aktivacije revizione klauzule, značajno bi bilo ukazati na povezanost pojmova postupanja u dobroj veri (lat. „bona fides“) i zabrane zloupotrebe prava (fr. „L’abus de droit“). Princip zabrane zloupotrebe prava vezan je za međunarodno-pravni kontekst, a sa internacionalizacijom ugovora o stranim investicijama mogao bi da bude primenjen i na njih. Suštinski se ovaj princip sastoji iz tri situacije koje donose novo značenje za pojam dobre vere. Reč je o pravičnoj međuzavisnosti prava i obaveza, zatim sankcionisanju namere da se prouzrokuje šteta i konačno zabrani zloupotrebe diskrecionih prava bez namere da se druga strana ošteti (Panizzon, 2006: 30, 31). Tripartitni koncept zabrane zloupotrebe prava, izvorno nastao u pravu Svetske trgovinske organizacije,<sup>13</sup> sveden na nivo modifikacije ugovora o stranim investicijama, konstituiše određene obaveze za državu kao nosioca suverenih ovlašćenja. Zbog specifičnosti države i atributa vlasti kojima raspolaže, u odnosu na nju je neophodno izvršiti modifikaciju principa postupanja u dobroj veri. Potrebno je naglasiti da se postupanje u dobroj veri odnosi kako na držanje njenih predstavnika tokom pregovora sa stranim investitorom, tako i na njeno vršenje vlasti. Ovo iz razloga što država i tokom pregovora nastavlja da vrši svoju vlast čime može, protivno principu dobre vere, naškoditi poziciji stranog investitora.

---

13 Više o dejstvu principa ponašanja u dobroj veri u međunarodnom pravu, kroz sistem Svetske trgovinske organizaciji i postojanju dvostruke zabrane ponašanja država „contra legem“ i „contra utile“ videti u Ćirić, A. Cvetković, P. (2010). Princip dobre vere u pravu Svetske trgovinske organizacije. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu. (LV ). 29–46.

## 5. Dužnost vođenja pregovora ili dužnost postizanja dogovora?

Efekti revizije klauzule i celishodnost njenog implementiranja u ugovor o stranim investicijama mogu se videti tek po okončanju pregovora. Sasvim se logičnim čini uslovljavanje povoljne ocene učinka revizije klauzule očuvanjem ugovora i nastavkom izvršavanja, sada već modifikovanih, obaveza ugovornih strana. Na prvi pogled, može se smatrati ispravnim uverenje prema kojem revizijska klauzula mora da obezbedi opstanak ugovora o stranim investicijama ma koliko on bio nepovoljan po neku od ugovornih strana.

Međutim, bilo kakva isključivost ne doprinosi racionalnom sagledavanju složenih pravnih problema, a takav je slučaj i sa karakterom revizije klauzule u ugovorima o stranim investicijama. Konkretno, ne može se očekivati od bilo kog subjekta koji je svojom slobodno formiranom i izraženom voljom stupio u određeni ugovorni odnos, da ostane u njemu ukoliko za tako nešto kod njega više ne postoji ekonomski ili neki drugi interes. Sloboda ugovaranja obuhvata i slobodu da se u ugovor stupi, ali i da se iz ugovora istupi, uz sve posledice koje to istupanje sa sobom nosi.

Preneto na revizionu klauzulu iz ugovora o stranim investicijama, znači da od ugovornih strana zavisi kako će odrediti stepen obaveznosti pregovora. Ugovorne strane imaju načelnu slobodu da u ugovoru o stranim investicijama predvide da će, u slu čaju aktiviranja pregovora po revizijskoj klauzuli, predstavnici ugovornih strana imati samo obavezu da se odazovu pozivu na pregovore, kao i da u pregovorima učestvuju u dobroj veri. Formulisanjem revizije klauzule na ovakav način, strani investitor i država prijema investicija su se saglasili već pri zaključenju ugovora da, ne znajući da li će u budućnosti biti neophodno da se pregovori aktiviraju, novi pregovori za njih nemaju izvanredan značaj. Ovakvom formulacijom ugovorne strane jasno stavljaju do znanja da za njih nije od naročite važnosti to da li će dogovor biti postignut ili ne. Bez obzira na rezultate pregovora, a sledeći princip „in favorem contractus“, poželjno je da postoje dopunski mehanizmi za opstanak ugovora ukoliko ugovorne strane nemaju obavezu postizanja dogovora.<sup>14</sup>

Sa druge strane, država i inostrana kompanija mogu izričito definisati obavezu da, nastupanjem tačno ili uopšteno određenih okolnosti, predstavnici ugovornih strana organizuju sastanke na kojima će

---

14 Primer dopunskog mehanizma revizije ugovore, mogu biti „odbori za rešavanje sporova“, koji u čestvuju u postupku revizije ugovora o izvođenju građevinskih radova. Više o tome u Chern, C. (2015). Dispute Boards: Practice and Procedure. 3. ed. Taylor & Francis.



pronaći rešenje za prevazilaženje okolnosti koje ugrožavaju ugovor. Opredeljivanjem za obavezu rezultata, ugovorne strane same sebi stavljaju u zadatak da u pregovorima moraju biti kooperativne i spremne na kompromise. Sve dotle dok se pomenuti proaktivni pristup pregovorima zahteva od obe ugovorne strana podjednako, i ovakav obavezujući način definisanja revizione klauzule je prihvatljiv. Međutim, problem nastaje u situaciji u kojoj je postizanje dogovora obavezno, a jedna od ugovornih strana je u stanju da nameće svoju volju drugoj, tzv. „hold – up“ situacija ili situacija zadržavanja.<sup>15</sup>

S obzirom na njene osnovne karakteristike i negativne efekte koje ostvaruje jednostranim nametanjem izmena ugovora, potrebno je pronaći efikasan način da se kroz proces ponovnog pregovaranja eliminiše „hold – up“ situacija. Neophodno je uvažiti potrebe države prijema investicije, čija je pozicija, nastupanjem „hold – up“ situacije, znatno otežana.<sup>16</sup> Iz tog razloga se države prijema investicije često opredeljuju za revizionu klauzulu prema kojoj nemaju obavezu postizanja dogovora.

## 6. Zaključak

Promenjene okolnosti i ponovno pregovaranje u ugovorima o stranim investicijama predstavljaju kompleksno pitanje koje je predmet žive polemike. Nedovoljno jasno i precizno određivanje okidača za pregovore

---

15 Problem zadržavanja naročito dolazi do izražaja u ugovorima o javno – privatnom partnerstvu. Kao posledica promenjenih okolnosti privatni partner je u stanju da zahteva izmenu ugovora i da usled postojanja „hold – up“ situacije javnom partneru praktično nametne planirane izmene ugovora. Cvetković u tom smislu ističe da:

*„Najčešća manifestacija ograničenja izbora jeste upravo saglašavanje javnog partnera sa predloženim izmenama ugovora. Ovu saglasnost kvalifikuje činjenica da saglasnost javnog partnera nije rezultat tržišno vođene evaluacije njegovih interesa. Data saglasnost konsekvencija je činjenice da je javni partner bez suštinske mogućnosti izbora u pogledu ostvarivanja svog prava kroz zaštitu prvobitne pogodbe (pogodbe sadržane u nemodifikovanom ugovoru).“* (Cvetković, 2015: 184). U sklopu razmatranja aspekta obaveznosti vođenja pregovora i rezultata pregovora u oblasti stranih investicija,

„hold – up“ problem u velikoj meri može otežati pregovarački kapacitet države prijema investicije. Pomenu ti problem se javlja u slu čaju kada strani investitor i država prijema investicija uđu zajednički u investiciju, koja se, ukoliko ne bude okončana, ne može koristiti za druge namene osim za one koje su izvorno predviđene. Dejstvom „hold – up“ problema određuje se unapred obaveza ugovornih strana da postignu dogovor, kroz prinudnu poziciju u kojoj se nalazi država prijema investicije. Država prijema investicije nema mogućnosti zamene ugovornog partnera i nema drugi izbor, osim da prihvati zahteve stranog investitora, ma koliko nepovoljni bili.

16 O mogućim izlazima iz „hold – up“ situacije videti Holden, R. Malani, A. (2014) Renegotiation Design by Contract. The University of Chicago Law Review. Vol. 81. 153, 154.

otvara prostor za tumačenja, koja sobom uvek nose problem nedostatka ujednačenosti. Sa druge strane, opredeljivanje za pristup kojim se okidač za pregovore limitira na tačno određene okolnosti pokazuje svoje nedostatke. Oni su sadržani u realnoj ograničenosti ljudskog uma da predvidi potencijalne rizike koji bi mogli da naruše ekvilibrijum ugovora.

Nemogućnost ugovornih strana da determinišu da li je nastupila okolnost koja pokreće pregovore – zahteva angažovanje nadležnog arbitražnog tribunala. Kako bi arbitrima bilo olakšano donošenje odluke, ugovornim stranama se preporučuje da obrate pažnju na dve stavke (Gotanda, 2003: 1472, 1473). Važno je da li merodavno pravo dozvoljava arbitrima da sami adaptiraju odredbe ugovora ukoliko ugovorne strane to ne postignu. Pored toga, suštinski značaj nosi i kriterijum kojim se arbitražni tribunal vodi pri adaptiranju ugovora.

Interesovanje koje i danas vlada za dijagonalne sporazume, a u sklopu njih za revizionu klauzulu i okidač ponovnih pregovora, ne može se smatrati iznenađujućim. Sve su učestaliji glasovi koji ističu da je međunarodno investiciono pravo doživelo vrhunac svog razvoja. Mogu se čuti pozivi da se pristupi sveobuhvatnoj reformi osnovnih principa na kojima su ustrojeni odnosi između država, društva i moćnih multinacionalnih korporacija. Kao jedan od stubova zahtevane reforme promoviše se povratak na zaštitu stranih investicija kroz ugovore, s obzirom da će arbitražna zaštita u budućnosti sve više zavisiti od slučajnosti nego izvesnosti (Sornarajah, 2015: 409). Postavljanjem ugovora u centar reforme sistema stranih investicija i svi njegovi sastavni elementi moraju biti konstruisani tako da omoguće ostvarivanje uloge koja mu je u tom procesu namenjena. Revizionu klauzulu može biti funkcionalna potpora reformskog kapaciteta ugovora.

## Literatura

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. Boston. 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.

Ćirić, A. Đurović, R. (2005). *Međunarodno trgovinsko pravo – posebni deo*. Niš: Pravni fakultet u Nišu.

Ćirić, A. Cvetković, P. (2016). *Načelo pune zaštite i sigurnosti strane investicije*. Pravo i privreda. Broj 7–9.

Ćirić, A. Cvetković, P. (2014). *Karakteristike pravnog režima stranih direktnih investicija u pravu EU*. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu. 68 (LIII). 679–696.

Ćirić, A. Cvetković, P. (2010). Princip dobre vere u pravu Svetske trgovinske organizacije. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu. (LV). 29–46.

Cvetković, P. (2015). Pravo javno privatnih partnerstava. Pravni fakultet u Nišu.

**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.*



## ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

### UPUTSTVO AUTORIMA

<b>Opšte napomene</b>	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic)</i> , (osim originalnih latiničnih navoda), <b>veličina fonta 12 pt</b> , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da
<b>Obim rada</b>	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od <b>40.000 karaktera</b> ,
<b>Jezik i pismo</b>	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemački.
<b>Naslov rada</b>	<b>Naslov rada</b> kucati veličinom fonta <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman
<b>Autor(i)</b>	Ime i prezime autora, naziv i puna adresa institucije u kojoj autor radi, kontakt e-mail adresa (veličina fonta 12 pt). Sve podatke o autorima, titula i institucija,
<b>Podaci o projektu ili programu*</b>	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
<b>Podaci o usmenom saopštenju rada*</b>	Ako je rad bio izložen na naučnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili sličnim nazivom, podatak o tome treba navesti u
<b>Apstrakt</b>	Apstrakt sadrži 100-250 reči.
<b>Ključne reči</b>	Ne više od 10 ključnih reči na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
<b>Struktura teksta</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Uvod</li> <li>2. Podnaslov 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Podnaslov 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Podnaslov 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Podnaslov 2</li> <li>4. Zaključak</li> </ol> <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Literatura (References)</b>	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbučnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da isključe komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
<b>Rezime (Summary)</b>	Piše se na kraju teksta posle Literature, dužine do 2 000 karaktera
<b>Tabele, grafikoni, slike</b>	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
<b>Autorska prava</b>	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti <a href="#">ovde</a> .
<b>Dostava radova</b>	Radovi se dostavljaju u elektronskom obliku (kao <i>attachment</i> ) na sledeću adresu: <a href="mailto:zbornik@prafak.ni.ac.rs">zbornik@prafak.ni.ac.rs</a>
<b>Ogledni primerak rada</b>	Ovde možete preuzeti OGLEDNI PRIMERAK RADA

\* Ovi podaci nose se samo u slučaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)

## UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

**Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati.** Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevodenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.	<b>Prvo citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Naredno citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. (2011). <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11.	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62. 2004.	<b>Fus nota:</b> Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57. 2003.	<b>Fus nota:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] <i>ulu</i> Одлука Уставног суда ІУ-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Preuzeto 15.11.2005. <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ili European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 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>Navođenje u tekstu:</b> (Wallace, 2001)  <b>Fus nota:</b> European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 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 <b>attachment</b> ) 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> (pr. 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 IU-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 IU-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>

