PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU

ZBORNIK RADOVA

Za izdavača
Prof. dr Ljubomir Stajić
dekan Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Upravnik Centra za izdavačku delatnost
Prof. dr Ljubomir Stajić

Glavni i odgovorni urednik
Prof. dr Slobodan Orlović

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu nalazi se u *HeinOnline* bazi: *International & Non-U. S. Law Journals* (http://www. heinonline. org).

Zbornik radova (sveske od 2007. godine) pod nazivom *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law* dostupan je u *EBSCO* bazi *Academic Search Complete* (http://www. ebscohost. com).

Zbornik radova (sveske od 2005. godine) dostupan je na veb sajtu Pravnog fakulteta u Novom Sadu (http://www. pf.uns.ac.rs).

Zbornik izlazi neprekidno od 1966. godine
Od 2012. godine Zbornik izlazi četiri puta godišnje.

Cena jedne sveske Zbornika je 5.000 dinara.

UNIVERZITET U NOVOM SADU
PRAVNI FAKULTET U NOVOM SADU
UNIVERSITY OF NOVI SAD
FACULTY OF LAW NOVI SAD
(SERBIA)

ZBORNIK RADOVA
COLLECTED PAPERS

LI 3 (2017)

Том I

NOVI SAD, 2017.

ZRPFNS, godina LI Novi Sad, br. 3 (2017)

UDK 3 ISSN 0550-2179 eISSN 2406-1255

SADRŽAJ

Dr Rodoljub M. Etinski, redovni profesor
Tumačenje nekih bilateralnih ugovora od strane Međunarodnog suda pravde 603

Dr Zoran V. Arsić, redovni profesor
Smanjenje osnovnog kapitala akcionarskog društva i zaštita poverilaca 625

Dr Dušanka J. Đurđev, redovni profesor
Pravno regulisanje međunarodnog drumskog prevoza putnika 639

Dr Ljubomir S. Stajić, redovni profesor
Odgovor države na nasilje u porodici 655

Dr Drago Lj. Divljak, redovni profesor
Dr Sandra S. Fišer Šobot, docent
Državna pomoć za zaštitu životne sredine na nadnacionalnom nivou i u domaćem pravu 671

Dr Sanja V. Đajić, redovni profesor
Neujednačenost međunarodne arbitražne prakse u tumačenju klauzule najvećeg povlašćenja i fragmentacija međunarodnog prava 689

Dr Goran B. Milošević, redovni profesor
Faktori promena na tržištu radne snage Srbije 709

Dr Tatjana D. Bugarski, redovni profesor
Dr Bojan N. Tubić, docent
Dr Milana M. Pisarić, asistent sa doktoratom
Povrede propisa Evropske unije o zaštiti životne sredine I 729

Dr Vladimir Ž. Marjanski, vanredni profesor
Odluka o povećanju osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću novim ulozima 747

Dr Nataša Lj. Deretić, docent
Suptilna i neodoljiva primamljivost korupcije u političkim krugovima Rima . . . 761

Dr Atila I. Dudaš, docent
Jednostrana izmena ugovora o kreditu u pravu Mađarske 785

Dr Ivan D. Milić, asistent
Bekstvo iz zatvora – krivično delo ili disciplinski prestup? 807

Dr Dragoljub C. Todić, naučni savetnik
Članstvo u međunarodnim multilateralnim ugovorima u oblasti životne sredine i globalni bezbednosni izazovi 817

Mr Dragana S. Petković, viši savetnik, Zaštitnik građana
Vladimir D. Milošević, savetnik, Zaštitnik građana
Kontrola rada organa uprave od Zaštitnika građana Republike Srbije – problemski pristup 829

ODELjAK ZA INOSTRANE AUTORE

Dr Anita I. Nađ, vanredni profesor
Laslo L. Dornfeld, student doktorskih studija
Razvoj određenih mera vezanih za pravično suđenje u Evropskoj uniji kao deo Stokholmskog programa 853

Mr Dragana Č. Vasiljević
Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske
Pravna priroda „organizacijske vlasti nad djelom" (Organisationsherrshaft) 869

Danijel Haitas, predavač i student doktorskih studija
Pregled Evroazijske ekonomske unije i njenog odnosa sa Srbijom 883

ODELjAK ZA STUDENTE

Nikola B. Krstić, student doktorskih studija
Mehanizam obezbeđenja obveznica s osvrtom na stanje u Republici Srbiji 897

Miloš R. Galić, student doktorskih studija
Krivični postupak iz aspekta Fihteovog subjektivnog idealizma 909

Marina D. Jeremić, student doktorskih studija
Zasnivanje nove hipoteke sa posebnim osvrtom na raspolaganje neispisanom hipotekom 925

Irena M. Radumilo, student doktorskih studija
Vazdušni saobraćaj Evropske unije – od nacionalnog do globalnog 941

Mirjana S. Sredojević, student doktorskih studija
Žrtve krivičnog dela nasilje u porodici 959

Jelena J. Tešanović, student doktorskih studija
Načelo upisa u registar nepokretnosti sa osvrtom na sudsku praksu 973

Miloš D. Denović, student doktorskih studija
Pravni okvir regulisanja pojedinih pitanja upravnog postupka na teritoriji AP Kosovo i Metohija 989

TABLE OF CONTENTS

Rodoljub M. Etinski, Ph.D., Full Professor
Interpretation of some Bilateral Treaties by the International Court of Justice 603

Zoran V. Arsić, Ph.D., Full Professor
Reduction of Share Capital and Protection of Creditors 625

Dušanka J. Đurđev, Ph.D., Full Professor
Legal Regulation of the International Road Transport of Passengers 639

Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor
State Response on Domestic Violence 655

Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor
Sandra S. Fišer Šobot, Ph.D., Assistant Professor
State Aid for Environmental Protection on Supranational Level and in Domestic Law . 671

Sanja V. Đajić, Ph.D., Full Professor
Inconsistency of MFN Jurisprudence in International Investment Arbitration and Fragmentation of International Law 689

Goran B. Milošević, Ph.D., Full Professor
Factors of Changes in the Working Power of Serbia 709

Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor
Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor
Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.
The Infringement Procedure regarding Law on Environmental Protection of European Union 729

Vladimir Ž. Marjanski, Ph.D., Associate Professor
The Resolution on Increase of the Share Capital through New Contributions in Limited Liability Company 747

Nataša Lj. Deretić, Ph.D., Assistant Professor
Subtle and Irresistible Appeal of Corruption within Political Circles of Rome 761

Attila I. Dudás, Ph.D., Assistant Professor
Unilateral Modification of Bank Loan Contracts under Hungarian Law 785

Ivan D. Milić, Ph.D., Assistant
Prison Break – a Criminal Act or Disciplinary Offense? 807

Dragoljub C. Todić, Ph. D., Professorial Fellow
Membership in Multilateral Environmental Agreements and Global Security Challenges 817

Dragana S. Petković, LL.M., Senior Adviser, The Protector of Citizens
Vladimir D. Milošević, Adviser, The Protector of Citizens
The Control of the Work of Administrative Bodies by the Protector of the Citizens of the Republic of Serbia – Problem Approach 829

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

Anita I. Nagy, Ph.D., Associate Professor
László L. Dornfeld, Ph.D. Student
Developments of certain EU Fair Trial Measures as Part of the Stockholm Programme . 853

Dragana Č. Vasiljević, LL.M.
The Republic of Srpska Ministry of the Interior
Legal Nature „Organizational Power over the Act“ (Organisationsherrshaft) 869

Daniel Haitas, Teaching Fellow and Ph.D. Student
An Overview of the Eurasian Economic Union and its Relationship with Serbia . . . 883

SECTION FOR STUDENTS

Nikola B. Krstić, Ph.D. Student
Bond Securing Mechanism with Review of State in Republic of Serbia 897

Miloš R. Galić, Ph.D. Student
Criminal Procedure from the Aspect of Fichte's Subjective Idealism 909

Marina D. Jeremić, Ph.D. Student
The Establishment of a New Mortgage with a Special Emphasis on Unwritten Mortgage 925

Irena M. Radumilo, Ph.D. Student
European Union Air Traffic – from National to Global 941

Mirjana S. Sredojević, Ph.D. Student
Victims of Domestic Violence 959

Jelena J. Tešanović, Ph.D. Student
Principle of Entry in the Real Estate Register with Reference to the Court Practice . 973

Miloš D. Denović, Ph.D. Student
Legal Framework regulating certain Matters of Administrative Proceedings in the Territory of the Autonomous Province of Kosovo and Metohija 989

Originalni naučni rad 341.645.2:341.24
doi:10.5937/zrpfns51-15970

Rodoljub M. Etinski, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Etinski@pf.uns.ac.rs

INTERPRETATION OF SOME BILATERAL TREATIES BY THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

***Abstract**: The text analyzes interpretations of bilateral treaties in three cases decided by the International Court of Justice in the period of 2009 to 2011. As the interpretation of the treaties was performed by applying the same rules laid down in Article 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, it includes the same or similar factors and methods. Specific characteristics of each case, in particular the specific characteristics of treaties, resulted in certain differences. The range of factors used in interpretation of a treaty governing a unique issue and the range of factors used in interpretation of a treaty whose object belongs to the class of objects of an area of international law are not the same.*

***Keywords**: interpretation; bilateral treaties.*

1. INTRODUCTION

The text explores how the International Court of Justice (hereinafter: the Court) interpreted bilateral treaties in three cases decided from 2009 to 2011.[1] The Court applied the rules on interpretation of international treaties, laid down in Articles 31 and 32 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter: the Vienna Convention). Interpretation precedes the application of a treaty. In judicial proceedings the Court interprets a treaty to resolve a dispute related to the treaty. In substance an interpretation consists of collecting information related to a treaty, in a way foreseen by the rules on interpretation, to answer the issue submitted to the Court. The rules on interpretation contain a set of obligatory

[1] This research has been rendered in the framework of the research project "Legal Tradition and New Legal Challenges" financed by the Faculty of Law of the Novi Sad University.

instructions as to where and how to collect information for the interpretation of a treaty.[2] In general, Articles 31 and 32 of the Vienna Convention refer to manifestations of intention of the parties to a treaty, to expressions of understanding the text of a treaty by the parties. and to circumstances that influence the intention or understanding of the parties as relevant for the interpretation of a treaty. The other set of instructions relate to methods that should be used in collecting and evaluating information and building an interpretation. As the interpretation is performed by the application of the same rules on interpretation, it is substantially the same process in each case. However, the specific characteristics of the case may have some bearing on some elements of interpretation.[3]

The purpose of this text is to ascertain whether the specific characteristics of the cases caused some differences in interpretation. After a short review of the considered cases, an analysis of interpretation of the bilateral treaties will commence. This paper will conclude by establishing what exactly was equal in three cases of interpretation and conversely what appears to have been different.

2. A SHORT OVERVIEW OF THE CASES

2.1. Navigational and Related Rights

Costa Rica and Nicaragua were founded on the territory of the former Spanish colony in Central America in 1821. After the war in 1857 the two countries concluded the Treaty of Limits in 1858 determining their common border and the navigational régime on the San Juan River. The Treaty established the sovereignty of Nicaragua over the river and the right of free navigation "con objetos de comercio" in favour of Costa Rica.[4] Differences between the parties about the validity of the Treaty and about the right of the war ships and vessels of the Revenue Service of Costa Rica to navigate on the river were submitted to the President

[2] R. Etinski, Means of Interpretation and their Interrelationship, *Collected Papers*, Novi Sad Faculty of Law, 1/2016, pp. 9-37; E. Villiger, The Rules of Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The "Crucible" intended by the International Law Commission, in E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, 108–114; R. Gardiner, Treaty Interpretation. Oxford, 2008, pp. 141-298; U. Liderfalk, Is the Hierarchical Structure of Article 31 and 32 of the Vienna Convention Real or Not? Interpreting the Rules of Interpretation, *Netherlands International Law Review*, 1/2007, at 133–154.

[3] The issue of relevance of specific characteristics of a treaty for its interpretation has been discussed within the International Law Commission but, for the time being, the Commission has not taken its position. Report of the ILC, 2016, p. 131, para. 16. See also S. Djajić, Fragmentacija međunarodnog prava i specijalni pravni režimi, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2016, str. 431–459.

[4] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, para. 19. See the review of the judgment by Eirik Bjorge, International Court of Justice, Case concerning the Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua) Judgment of 13 July 2009, *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, pp. 271-279.

of the United States, Grover Cleveland as an arbitrator. In 1888, the arbitrator President Cleveland decided that the Treaty was valid and that the right of free navigation, as established in Article VI of the Treaty did not cover the war ships but it authorized vessels of the Revenue Service to navigate on the river.[5] Without consulting Costa Rica, as it was required by Article VIII of the Treaty of Limits, Nicaragua concluded a Treaty with the United States on the construction of an inter-ocean canal through the San Juan River. Costa Rica brought the case to the Central American Court that declared a breach of the Treaty by Nicaragua in 1916.[6] In the 1980-s Nicaragua had begun to impose restrictions on navigation of the Costa Rican official vessels. The restrictions caused a dispute between the two neighbors. Having not been resolved in throughout a lengthy period, Costa Rica finally brought the dispute before the Court on 29 September 2005. By the judgment of 13 July 2009, the Court had decided the case.

2.2. Pulp Mills on the River Uruguay

By the bilateral Treaty concluded at Montevideo on 7 April 1961[7] Argentina and Uruguay established their common border on the River Uruguay and obliged themselves in Article 7 of the Treaty to create an international régime for the river. Article 7 was fulfilled by conclusion of the Statute of the River Uruguay in 1975 that provides *inter alia* for environmental protection of the river and established the Commission which has had an important role in environmental protection. Authorization of two projects of pulp mills on the bank of the river by Uruguay caused some differences between the two parties concerning the international legality of the authorization. Having not been resolved trough bilateral negotiations, Argentina brought the dispute before the Court on 4 May 2006. The Court resolved the differences by the judgment delivered on 20 April 2010.[8]

2.3. Application of the Interim Accord

To mitigate the harsh consequences that the Greek disagreement with the constitutional name of Macedonia had produced to their bilateral relations and to the international position of Macedonia, the two States agreed to some mutual concessions by the Interim Accord, signed on 13 September 1995. *Inter alia*, by Article 11 (1) of the Accord Macedonia accepted to be named in international organizations under the temporal name, determined in Security Council resolution

[5] *Ibid*., para. 20.

[6] *Ibid*., para. 22.

[7] *UNTS*, Vol. 635, No. 9074, p. 98.

[8] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina* v. *Uruguay),* Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14. See the review of the judgment by Cymie R. Payne, Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), *American Journal of International Law*, 1/2011, pp. 94-101.

845 (1993), and Greece consented not to object to the admission of Macedonia to international organizations.

Macedonia applied for the membership of NATO under its constitutional name. Considering that such an application was not in compliance with Article 11 (1) Greece obstructed the admission at the Bucharest Summit of 2008. On 17 November 2008 Macedonia initiated proceedings against Greece before the Court claiming that by the obstruction Greece violated its obligation under Article 11 (1). The Court pronounced the judgment on 5. December 2011.[9]

3. APPLICATION OF THE RULES ON INTERPRETATION OF INTERNATIONAL TREATIES IN THE CONSIDERED CASES

3.1. Application of the rules on interpretation in the Navigational and Related Rights case

Many differences in respect of interpretation of the Treaty of Limits between Costa Rica and Nicaragua can be assembled around three main issues: the extent of Costa Rica's right of free navigation on the San Juan River; the extent of Nicaragua's regulatory powers over navigation of Costa Rican boats; and the right of the inhabitants of the Costa Rica river bank to subsistence fishing.[10] The Court applied customary international rules on interpretation of treaties as they are expressed in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention. Having in view the customary character of the rules, the fact that Nicaragua was not a party to the Vienna Convention and the fact that the subject-matter of interpretation, the 1858 Treaty of Limits, predated the Vienna Convention was not an obstacle for the application of the rules. The Court did not accept the proposition of Nicaragua that Costa Rica's right of navigation should have been interpreted restrictively as it limited the sovereignty of Nicaragua.[11] The Court found support for such a position in the text of Article VI of the Treaty of Limits according to which the sovereignty of Nicaragua over the river was counterbalanced by Costa Rica's "perpetual" right of free navigation. The text of the Article did not give a priority to either of them.[12]

It seems that the principle of judicial economy determined the position of the Court concerning the basic differences between the parties related to the legal qualification of the San Juan River and the existence and applicability of the rules

[9] *Application of the Interim Accord of 13 September 1995* (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment of 5 December 2011, I.C.J. Reports 2011, p. 644.

[10] *Dispute regarding Navigational and Related Rights* (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009, para. 29.

[11] *Ibid.,* para. 48.

[12] *Ibid*., para. 48.

of customary international law on river navigation in a situation as it was the situation of the San Juan. Costa Rica claimed that the San Juan was an international river and that its right to navigation was based on and governed by the Treaty of Limits but also that it was grounded on and regulated by the rules of international customary law.[13] Since Nicaragua has sovereignty over the San Juan, it denied an international character of the river as well as the existence of an international régime of navigation that would be applicable to rivers such as the San Juan and asserted that even if such régime were existent it would be superseded by the Treaty of Limits.[14] Having established that the Treaty of Limits, as interpreted in light of other treaty provisions in force between the parties and relevant arbitral and judicial decisions that bound the parties, extended sufficient information for answering all questions concerning the title and extent of the right of free navigation, the Court concluded that it was not necessary to consider that had these provisions not existed Costa Rica could have relied on rules of international universal or regional custom.[15] Since, even if customary rules had existed, they would have been operative in the absence of any treaty provisions.[16]

Costa Rica's right of free navigation has been defined by Article VI of the Treaty of Limits that states:

"The Republic of Nicaragua shall have exclusive *dominium* and *imperium* over the waters of the San Juan River from its origin in the lake to its mouth at the Atlantic Ocean; the Republic of Costa Rica shall however have a perpetual right of free navigation on the said waters between the mouth of the river and a point located three English miles below Castillo Viejo, *[con objetos de comercio]*, whether with Nicaragua or with the interior of Costa Rica by the rivers San Carlos or Sarapiquí or any other waterway starting from the section of the bank of the San Juan established as belonging to that Republic.

The vessels of both countries may land indiscriminately on either bank of the section of the river where navigation is common, without paying any taxes, unless agreed by both Governments." [17]

Interpreting the Article the Court resolved some crucial differences between the parties. Some additional information for answering these crucial and other questions brought before it the Court found in other provisions of the Treaty of Limits and other legal sources. Article II established the border on the Costa Rican bank. Article IV obliged Costa Rica to contribute to the security of the river. Article VIII bound Nicaragua to consult Costa Rica before concluding any

[13] *Ibid*., para. 32.
[14] *Ibid*., para. 33.
[15] *Ibid*., para. 36.
[16] *Ibid*., para. 35.
[17] Translation from the Spanish authentic text by the Court. *Ibid*., para. 44.

agreement with a third State for canalization or transit on the river. The Court found in these Articles information necessary to reply to the questions. The Agreement concluded between the two States on 9 January 1956 related to the maximal collaboration of the parties to facilitate and expedite traffic at the San Juan River was a source of useful information. The Arbitral Award of the President of the United States, Grover Cleveland, made on 22 March 1888, and the decision of the Central American Court of Justice of 30 September 1916 that settled some differences between the parties relating to the Treaty of Limits contained some useful indications that the Court used to interpret the Treaty of Limits.

The parties understood the phrase in Article VI "con objetos de comercio" differently and consequently interpreted differently the extent of the right of free navigation. The term "objetos" has several meanings including object in the concrete and material sense and object or purpose in the abstract sense. Nicaragua opted for the first meaning and interpreted the relevant text in Article VI to mean that the right of free navigation was limited to the transport of goods for commercial exchange. Costa Rica chose the second meaning and argued that the right of free navigation was established for all commercial purposes that include not only an exchange of goods but also the transport of passengers, including tourists.[18]

The Court used a literal analysis of the sentence with the disputed words, another Article of the Treaty of Limits, the text of the Peace Treaty of 1857 and the official English translations of Article VI that both parties used in the arbitration of 1887.[19] A literal analysis, done by the Court, has shown that attribution of a meaning of physical goods to the disputed word makes the sentence meaningless. Conversely, ascribing the meaning of a purpose to the disputed word makes the sentence quite comprehensible. Thus, a literal analysis directed the Court to the right meaning of the term. Further, the word "objetos" is used in Article VIII of the Treaty of Limits where it means "the purpose." The Court observed that fact as a confirmation that the parties understood the term in its abstract sense or, at least, that this meaning was familiar to them. In the text of the Peace Treaty of 1857 that never entered into force the same parties used terms "artículos de comercio" as a qualification of the right of free navigation. The terms mean "commercial articles" in the sense of physical goods. Consequently, when the parties intended to refer to commercial articles they used precise Spanish terms. For the purpose of arbitration in 1887 both parties sent their English translations of the Treaty of Limits to arbitrator President Cleveland and they both translated the words "con objetos de comercio" equally "for the purpose of commerce". By analyzing the literal meaning of the sentence, by reading the term in the context of other provisions of the Treaty, by contrasting it with different terms in the

[18] *Ibid*., para. 45.
[19] *Ibid*., paras50-56.

previous treaty and by finding that two parties translated the term equally in their official English translation, the Court assembled enough information for persuasive clarification of its meaning.

Having determined that the disputed words mean "for the purpose of commerce", the Court rejected the contention of Costa Rica that Article VI established the right of free navigation for all purposes. The Court explained that such interpretation would deprive the words "for the purpose of commerce" of any effect.[20] It added that the expressly designated purpose of a right excludes in principle other purposes. The Court was keeping to a variant of the principle of effectiveness – l'effet utile – and to a common standard of interpretation: expressio unius est exclusio alterius.

Then the Court turned its attention to different interpretations of the term "commerce". The parties disputed which meaning has to be given to the term, the meaning it had at the time of the conclusion of the Treaty of Limits or the meaning it has in time of the application of the Treaty? Referring to the intention of the parties as decisive for the interpretation of treaties, Nicaragua advocated the meaning existed at the time of the conclusion of a treaty since the parties had in view that meaning. However, the Court observed that States have been aware that the meaning of generic terms could evolve over time and when States enter an international arrangement for a long period it must be presumed, as a general rule, that they intended to accept the possible evolution of the meaning of such terms. The support for such a position on the issue of intertemporality the Court found in Article 31 (3, b) of the Vienna Convention that distinguishes subsequent practice in the application of the treaty as means of interpretation allowing that subsequent practice display a tacit agreement among the parties that departs from their original intent.[21] As the term "commerce" is a generic term and as the navigational arrangement established by Article VI is of unlimited duration, the Court concluded that the meaning existing at the time of application has to be given to the term "commerce" and thus it comprehended not only trade of goods but also commercial transport of passengers including tourists.[22]

One of the issues from the set of differences related to the extent of the right of free navigation was whether the inhabitants of the villages on the Costa Rican bank of the river can navigate by their own vessels in order to meet their needs

[20] *Ibid*., para. 61.

[21] See doctrinal opinions on evolutionary interpretation of international treaties: Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation on Treaties*, Oxford, 2014; P.M. Dupuy, Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy, in in E. Cannizzaro (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, at 126; S.C. Prebensen, 'Evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights', in P. Mahoney *at al*., (eds) *Protecting Human Rights: The European Perspective*, 2000, 1123;

[22] *Dispute regarding Navigational and Related Rights*, *op. cit*. para. 62-70.

for everyday life, such as taking children to school or to give or receive medical treatment? Such navigation has been performed free of charge. The Court found that the right of free navigation for commercial purpose, as established by Article VI of the Treaty of Limits did not cover such navigation.[23] However, the Court observed that it did not necessary mean that such navigation was deprived of any foundation in the Treaty of Limits. It was necessary, according to the Court, to consider the whole text of the Treaty and to see whether an entitlement to such navigation might be an indispensable consequence of a provision of the Treaty whose purpose was not to govern navigation.[24] Having in view that Article II established the border on the Costa Rican bank of the river, bearing in mind the object and purpose of the Treaty, as set out in the Preamble and Article 1, as well as the historical background of the conclusion of the Treaty and the geography of the area, the Court was of the opinion that it could not be presumed that the parties intended to deprive the inhabitants of Costa Rican bank of the possibility to use navigation on the river for meeting their basic daily needs.[25] The Court observed that it's finding that an expressly designated purpose excludes other purposes related to interpretation Article VI of the Treaty only, but that a title of the right of free navigation in favour of the inhabitants of the Costa Rican bank was derived from other provisions of the Treaty. Further, the Court stated that its interpretation of the Treaty related to the navigation of private vessels of the inhabitants of Costa Rican bank for their needs of everyday life were equally valid for the navigation of official vessels of Costa Rica for the same purpose.[26] In fact, the text of the Treaty as a whole, together with the historical background of the Treaty indicated in the best case that Nicaragua did not oppose non-commercial navigation of the inhabitants of the Costa Rican bank. More reliable evidence of intention or understanding of the parties was the continuing practice of such navigation without interference of Nicaragua until 1980.

Another set of differences between the parties related to the extent of the regulatory power of Nicaragua over Costa Rica's right of free navigation. The parties agreed that Nicaragua, having sovereignty over the river, had the power to regulate navigation for legitimate public purposes but they disagreed *inter alia* whether the protection of the environment could be a legitimate public purpose. Having extended previously formulated concept of intertemporality, the Court stated that public interests that have to be protected through regulation "may well have changed in ways that could have never been anticipated by the Parties at the time: protecting the environment is a notable example."[27] Obviously, the position

[23] *Ibid*., para. 74, 75.
[24] *Ibid*., para. 76.
[25] *Ibid*., para. 79.
[26] *Ibid*., para. 84.
[27] *Ibid*., para. 89.

of the Court was that the interpretation of an international régime, established by a treaty for an unlimited period of application, was not tied by the original intention of the parties in each specific case that might not have been foreseen by the parties at the time of conclusion and that the terms have absorbed new meaning brought by subsequent development. At the time of interpretation the general practice of States confirms that the protection of the environment had become a legitimate concern of sovereign powers. The meaning of regulatory power of Nicaragua, established by Article VI of the 1858 Treaty of Limits, had been enlarged by the spoken development. The general relevant development of the practice of States might be a circumstance that informs the parties on how to understand the meaning of terms of a treaty that govern a continuing international régime.

One of differences from that set was whether Nicaragua was obliged to notify Costa Rica of its new regulations pursuant to the San Juan River. There was no specific provision in the Treaty of Limits that would give information relevant to resolving the difference but the Court saw three factors informing it on how to model an answer. The first was found in the 1956 bilateral Treaty on the cooperation of the two parties that obliged the parties to collaborate to the best of their ability to facilitate and expedite traffic, in particular through the San Juan River. The Court considered that the 1956 Treaty implied the obligation of Nicaragua to notify the regulation to Costa Rica.[28] The second and third factor came from the subject-matter and nature of the regulation. Subjugation to regulation and attainment of purposes of regulation presuppose that it is known to those that have to adhere to it. Consequently, it presupposes that Costa Rica informs its citizens about regulation after regulation was notified to it.[29]

The parties differed on whether Costa Rica had the right that inhabitants living on its bank of the San Juan River could fish in the river for subsistence purposes. The Treaty of Limits does not address the issue. Both parties agreed that the long lasting practice of such fishing has existed but they disputed whether an international customary rule was born in the practice. Nicaragua claimed that the practice could not be enough to be treated as a title of the right. Two factors were of importance for the Court's finding. Nicaragua tolerated the practice throughout lengthy period. It objected the first time when Costa Rica initiated the proceedings before the Court. The second factor that the Court had in view was the remoteness of the area and the small spread population that resulted in the absence of official records that could document the practice. The Court declared the existence of the customary right of Costa Rica.

[28] *Ibid*., para. 93.
[29] *Ibid*., paras 95, 96.

3.2. Application of the rules on interpretation in the Pulp Mills case

In *Pulp Mills* the Court interpreted environmental provisions in the Statute of the River Uruguay.[30] Argentina brought the dispute before the Court alleging breaches of environmental procedural and substantive provisions in the Statute and environmental obligations beyond the Statute by Uruguay's authorization of building pulp mills on the bank of the River Uruguay. Article 60 of the Statute limited the jurisdiction of the Court to the disputes on interpretation and application of the 1961 Boundary Treaty and the Statute, but invoking Article 31 (3, c) of the Vienna Convention and Articles 1 and 41 (a) of the Statute, Argentina tried to extend jurisdiction of the Court to environmental treaties and general rules of international environmental law. Article 31 (3, c) of the Vienna Convention instructs an interpreter of an international treaty to take into account also the relevant rules of international law applicable between the parties. Argentina claimed that Articles 1 and 41 (a) of the Statute incorporated in the Statute international obligations flowing from other environmental treaties binding on the parties. The Court accepted the relevance of the invoked provisions in respect to interpretation of the Statute only.

Article 1 in the English version of the Statute, as published in the UN Treaty Series, reads:

"The Parties agree on this Statute, in implementation of the provisions of article 7 of the Treaty concerning the Boundary Constituted by the River Uruguay, of 7 April 1961, in order to establish the joint machinery necessary for the optimum and rational utilization of the River Uruguay, in strict observance of the rights and obligations arising from treaties and other international agreements in force for each of the Parties."[31]

This might mean, as it is presented, that the optimum and rational utilization of the river has to be achieved in observance of the treaties in force for each of the parties. In such a way it incorporates other treaties into the Statute. However, the authentic Spanish version of the Statute differs from the English and French translations by including the conjunction "and" before the words "in strict observance of the rights and obligations arising from treaties…". The Court found that the conjunction has connected the words "in implementation of the provisions of article 7 of the Treaty…" with words "in strict observance of the rights and obligations arising from treaties…" so that they together mean that the joint machin-

[30] The Statute of the River Uruguay was signed by Argentina and Uruguay at Salto (Uruguay) on 26 February 1975 and entered into force on 18 September 1976, United Nations, *Treaty Series,* vol. 1295, No. I-21425, p. 340. The Statute originated in Article 7 of the Treaty on the boundary between Argentina and Uruguay, signed in Montevideo on 7 April 1961. *UNTS*, Vol. 635, No. 9074, p. 98.

[31] *Pulp Mills on the River Uruguay*, *op. cit*. para. 59.

ery was established in implementation of Article 7 of the Boundary Treaty and other obligations arising from other treaties then in force.[32] The Court added another linguistic argument in favour of such an interpretation. The Spanish original and the English and French translations are clear that refer to treaties and international agreements in force for *each* of the parties, not for *both* parties.[33] That indicates, according to the Court, that the Statute refers to prior obligations of each of the parties that had some bearing on its conclusion. Thus the Court relied on the grammar in clarification of the meaning of the text.

Article 41 of the Statute states:

"Without prejudice to the functions assigned to the Commission in this respect, the Parties undertake: (a) To protect and preserve the aquatic environment and, in particular, to prevent its pollution, by prescribing appropriate rules and measures in accordance with applicable international agreements and in keeping, where relevant, with the guidelines and recommendations of international technical bodies; *(b)* not to reduce in their respective legal systems: 1) the technical requirements in force for preventing water pollution, and 2) the severity of the penalties established for violations; *(c)* to inform one another of any rules which they plan to prescribe with regard to water pollution in order to establish equivalent rules in their respective legal systems."[34]

The Court noted a new difference between the Spanish original and the English translation. The words "adopting appropriate" before the words "measures in accordance with applicable international agreements…" were omitted in the English translation. Looking at the purpose and text of the Article the Court understood that the Article did not incorporate other treaties into the Statute but rather obliged the parties to pursue their regulatory powers in defined way: in compliance with applicable international agreements.[35] Consequently, the Court concluded that Articles 1 and 41 (1) of the Statute, considered by Argentina as "referring clauses," did not incorporate environmental treaties into the Statute and the Court did not find anything in the Statute that had done that. The following passages will show that the Court relied on Article 31 (3, c) of the Vienna Convention and Article 41 (a) of the Statute in interpretation of the Statute but the Court said explicitly that that had not any bearing on its jurisdiction as established by Article 60 of the Statute.

Both parties agreed and the Court accepted that the Statute had to be interpreted in accordance with the rules of customary international law on treaty interpretation, as codified in Article 31 of the Vienna Convention. The Court dis-

[32] *Ibid*., para. 59.
[33] *Ibid*., para. 60.
[34] *Ibid*., para. 61.
[35] *Ibid*., para. 62.

tinguished a means of interpretation laid down in Article 31 (3, c) of the Vienna Convention: relevant rules of international law, in this case environmental law, applicable between the parties.[36] The Court amplified the effect of that means referring to Article 41 (a) of the Statute that requires the parties in pursuing their regulatory activities to follow *inter alia* "the guidelines and recommendations of international technical bodies." The Court consulted findings on general principles and rules of environmental law in its previous judgments, relevant international treaties, harmonic practice of States, guidelines of the River Commission exposed in its Digest on the uses of the waters of the River Uruguay to collect information necessary to interpret the Statute and thus to answer the submitted questions.

The principle of effectiveness played a role in interpretation of procedural provisions of the Statute. The Court did not explicitly mention principle of effectiveness that is a part and parcel of the principle of good faith but it seems that the principle of effectiveness informs some of the Court's answers. The parties disputed *inter alia* about the timing of some procedural steps such as when the party was obliged to inform the River Commission on the planned activity or when the party was allowed to issue an initial environmental authorization. The provisions of the Statute did not answer the questions but the Court replied in such a way as to enable that in the Statute foreseen procedure has been capable of producing the designed effect. The Court found that Uruguay violated procedural obligations under the Statute.

Interpreting substantive provisions of the Statute to ascertain whether Uruguay violated them, the Court drew information from the text of the Statute, from the coordinated position of the parties reached through the River Commission and from the national regulation of each party promulgated in compliance with Article 41 (1) of the Statute.

Interpreting the obligation to protect and preserve the aquatic environment in Article 41 (a) of the Statute, the Court considered that it included the obligation of making an environmental impact assessment.[37] The text of the Statute did not mention the environmental impact assessment but the parties agreed that they were obliged to render an environmental impact assessment when the planned activity created a risk of harm for shared resources.[38] The Court stated that: "the obligation to protect and preserve, under Article 41 (a) of the Statute, has to be interpreted in accordance with a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse

[36] *Ibid*., para. 65.
[37] *Ibid*., para. 204.
[38] *Ibid*., para. 203.

impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource."[39] In the context of that argument the Court recalled its finding in *Dispute Regarding Navigational and Related Rights* on a capability of the meaning of generic terms to evolve over time. The Court ascertained the existence of a general harmonious practice and observed that the practice reached the level of the rule of general international law applicable between the parties and thus by virtue of Article 31 (3, c) of the Vienna Convention relevant for interpretation of the Statute. It seems that the Court considered also that an environmental impact assessment was a kind of manifestation of due diligence and the duty of vigilance and prevention.[40]

However, the Statute and general international law did not establish the scope and content of an environmental impact assessment. Argentina and Uruguay were not parties to the Espoo Convention. The relevant UNEP Goals and Principles that were applicable between the parties in accordance with Article 41 (a) of the Statute were not of significant help since they did not specify minimal content of the assessment. Having established that the relevant information could not be found in available sources of relevance for the parties, the Court concluded that it is for each State to define the content of an environmental impact assessment in its internal legislation or procedures.[41] Having noted that, the Court investigated undisputed element of the content of environmental impact assessment such as whether Uruguay fulfilled the obligation to explore alternative sites of the plant in view of receiving capacity of the river and the obligation to consult the riparian population at risk to be affected. The content of an obligation to prevent pollution of the river was substantiated manly by standards established by the River Commission and national regulations of the parties. The Court did not find a failure of Uruguay to respect its substantive obligations under the Statute.

Having in view issues and arguments brought before it, the Court interpreted provisions of the Statute to clarify not only meaning of the provisions including their content but also to explain mutual interdependence of the procedural obligations and the substantive obligations, legal character of obligations established by the Statute as well as the effect of later agreements between the parties to the Statute. In 2004, by common understanding, the parties agreed procedure that Uruguay interpreted as overtaking the procedure foreseen by the Statute. Since Uruguay did not fulfill the obligation accepted by the understanding, the Court found that the understanding did not derogate the procedure established by the Statute.

---

[39] *Ibid*., para. 204.
[40] *Ibid*., paras 204, 209.
[41] *Ibid*., para. 205.

3.3. Application of the rules on interpretation in the Application of the Interim Accord case

The issue of the merits was "whether the Respondent failed to comply with the obligation under Article 11, Paragraph 1, of the Interim Accord?" The issue consisted of two differences between the parties: the first related to a meaning of the words "not to object" and the second concerning a meaning of the exception to the obligation not to object. The text of Article 11 (1), as presented in the judgment, reads:

"the Party of the First Part [the Respondent] agrees not to object to the application by or the membership of the Party of the Second Part [the Applicant] in international, multilateral and regional organizations and institutions of which the Party of the First Part is a member; however, the Party of the First Part reserves the right to object to any membership referred to above if and to the extent the Party of the Second Part is to be referred to in such organization or institution differently than in paragraph 2 of United Nations Security Council resolution 817 (1993)".[42]

The parties differed on the meaning of the words "not to object". The applicant advocated an extensive interpretation and the respondent a restrictive interpretation having in view that the obligation restricts its sovereign right. The Court did not accept that special rules of interpretation should be applied to a treaty that "limits a right that a party would otherwise have".[43] It found nothing in the text of the provision neither any other indication that the parties intended to exclude from the obligation "not to object" international organizations that, like NATO, do not have formal procedure of voting for the admission of a new member. Consequently, the obligation "not to object" cannot be reduced to negative vote.

The next difference between the parties was whether the objection of the respondent to the admission of the applicant to NATO had its justification in the exception provided for in second clause of Article 11 (1) by which the responded reserved the right to object "if and to the extent the Party of the Second Part is to be referred to in such organization or institution differently than in paragraph 2 of United Nations Security Council resolution 817 (1993)" The applicant applied for the membership in NATO under its constitutional name "the Republic of Macedonia," not under the name indicated in paragraph 2 of UN Security Council resolution 817 (1993) "the former Yugoslav Republic of Macedonia" considering that the resolution and Article 11 (1) do not oblige it to use the provisional name designated by the resolution. It interpreted Article 11 (1) to mean only that organs of an international organization have to address it under the provisional

[42] *Application of the Interim Accord of 13 September 1995*, *op. cit*., para. 62.
[43] *Ibid*., para. 70.

name designated by the resolution. Interpreting Article 11 (1) and the resolution in opposite way, the responded asserted that the intent of the applicant to name itself differently than it was designated by the resolution and prospect that some members of NATO might use also the applicant's constitutional name had activated the exception and empowered the responded to object. The respondent explained that the clause spoke on naming the applicant "in" an organization, not "by" an organization. Invoking *effet utile* of the words "and to the extent" the responded claimed naming the applicant differently that it was designated by the resolution by officers or members of an organization can activate the reserved right to objection.

The Court applied Articles 31 and 32 of the Vienna Convention to interpret the disputed text. It began by considering the ordinary meaning of the terms in their context and in light of the object and purpose of the Interim Agreement.[44] In fact, the Court began by the observation that the passive voice of the second clause of Article 11 (a) could not be reconciled with the respondent's interpretation that the disputed clause addressed not only an organization but also the applicant. Concerning the phrase "and to the extent" the Court considered that it can have *effet utile* even if it does not mean that the reserved right to object is triggered if not only an organization but also others use the constitutional name. It will have *effet utile*, according to the Court, if means the responded has the right to object so long as an organization uses the constitutional name.[45]

As the disputed clause refers to paragraph 2 of UN Security Council resolution 817 (1993), the Court explored whether the text of the paragraph extended information that could help the Court to answer the question. The Security Council recommended by the resolution to the General Assembly to admit the applicant to the membership in the UN and that the applicant will be "provisionally referred to for all purposes within the United Nations as 'the former Yugoslav Republic of Macedonia.'"[46] Bearing in mind that the resolution was a recommendation of the Security Council on the admission of the applicant to the UN sent to the General Assembly to be effectuated, it might be argued, according to the Court, that paragraph 2 of the resolution was directed to the General Assembly rather than to individual Members. On the other hand, the Court noted that the text of paragraph 2 was very broad – "for all purposes" – and could be understood to address all members, including the applicant.[47]

Further, the Court considered the context of Article 11 (1), the overall structure of the Interim Accord and its object and purpose as well as a subsequent practice in the application of Article 11 (1). Article 1 (1) of the Interim Accord

[44] *Ibid*., para. 91,
[45] *Ibid*., para. 92.
[46] *Ibid*., para. 93.
[47] *Ibid*., para. 93.

declares that the respondent recognizes the applicant as an independent and sovereign State under the provisional designation. There is no provision in the Interim Agreement requiring the applicant to name itself under the provisional designation. Quite the opposite, the "Memorandum on 'Practical Measures' Related to the Interim Accord," concluded by the parties in time of the entry into force of the Interim Agreement explicitly allows the applicant to name itself "the Republic of Macedonia" in the communication with the respondent. Obviously, since the entry into force of the Interim Agreement, the responded did not ask the applicant not to use its constitutional name in all circumstances.[48]

The Court considered the method of drafting the Interim Agreement and noted that when parties wanted that the applicant change something in its behavior they explicitly said it. Article 7 (2) obliges the applicant to change the symbol that it previously used on its flag. Article 6 formulates other obligations of the applicant in respect of interpretation of certain provisions of its constitution. When drafting the Interim Agreement, the parties were aware that the applicant had constantly used its constitutional name in the UN but they did not insert an obligation to cease to do so.[49]

The common view of the parties was that the Interim Accord was a comprehensive exchange serving a few purposes including a normalization of mutual relations, bilaterally and in international organizations. Thus, Article 11 (1) provides an exchange of some benefits facilitating the normalization of relations between the parties in international organizations. Having in view such a structure, the object and purpose of the Interim Agreement, the Court concluded that the parties would not establish such significant new constraint on the applicant as the requirement not to name itself by its constitutional name in international organizations by mere implication in Article 11 (1).[50]

Invoking Article 31 (3, b) of the Vienna convention, the Court explored the practice in the application of Article 11 (1). The practice informs that the respondent did not object to the admission of the applicant to international organizations although the applicant used its constitutional name. Since 2004, when the Interim Agreement entered into force, the applicant was admitted to 15 international organizations applying for the membership under its constitutional name. The responded did not object, except in two cases in the Council of Europe, but not in the occasion of admission but later. Equally, the applicant participated in various forms of co-operations with NATO under its constitutional name without objection of the respondent.[51]

---

[48] *Ibid*., para. 95.
[49] *Ibid*., para. 96.
[50] *Ibid*., para. 97.
[51] *Ibid*., paras 99,100.

The parties provided the Court with extensive evidence of the *travaux preparatoires* of the Interim Accord and of resolution 817. Having been convinced that applied means of interpretation provided it with enough reliable information to answer the raised question, the Court considered that it was not necessary to explore this evidence. It seems that the Court treated this note as the application of Article 32 since it said in a previous paragraph of the judgment that it would apply Articles 31 and 32 of the Vienna Convention.

Considering jurisdictional objection of Greece, the Court stated that the exception of the jurisdiction of the Court concerning the name of the Applicant, as established in Article 21 (2) of the Interim Accord, cannot be interpreted broadly.[52] The text of Article 21 (2) in context of the text of Article 5 (1) of the Interim Agreement clearly defines the exception.[53] The broad interpretation of the exception would be contrary to the purpose of the Interim Agreement to stabilize the relations between the parties in the course of the resolution of the name difference.[54]

4. A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE CASES

4.1. Substantially equal approach of the Court to the interpretation in three cases

The Court referred to Article 31 of the Vienna Convention in all three cases. In *Navigational and Related Rights* and in *Application of the Interim Accord* the Court referred also to Article 32 of the Vienna Convention. In two cases – *Navigational and Related Rights* and *Pulp Mills* – customary rules on interpretation of international treaties, as they have been reflected in corresponding Articles of the Vienna Convention, were applied. In *Pulp Mills* the Court found support in Article 41 (a) of the Statute of the River Uruguay to use the Digest on the uses of the waters of the River Uruguay of the River's Commission for substantiating some provisions of the Statute.

The principle of good faith carries a reliable presumption that the text of a treaty expresses intention of the parties and consequently it is expected that the Court is searching for information it needs for interpretation in the text of a treaty. Such in *Navigational and Related Rights* the Court stated: "A treaty provision … must be interpreted … in accordance with the intentions of its authors as reflected by the text of the treaty and the other relevant factors in terms of interpretation."[55]

---

[52] *Ibid*., para. 34.
[53] *Ibid*., para. 35.
[54] *Ibid*., para. 36.
[55] *Dispute regarding Navigational and Related Rights*, *op. cit*. para. 48.

The Court used the text of corresponding bilateral treaties to find information for interpreting them and in this way replying to the raised questions. In occasions when the text was mute, the Court turned to other evidences. For example, as the Treaty of Limits did not contain any information on the issue whether the local population on the Costa Rican bank of the San Juan River were entitled to fish for subsistence purpose, the Court explored the existence of a local customary rule as a title of the right.

On the other hand, when the Court had begun interpretation by using the text of a treaty, mostly the Court used also other manifestations of intent of the parties or their understanding of text or of circumstances that influence their intent or understanding. Clarifying the words "con objetos" the Court used together with the text of the Treaty of Limits, the 1857 Treaty of Peace and the official English translations of the Treaty of Limits that the parties used in arbitration proceedings in 1887. The answer to the question on the existence of the right of Costa Rica of non-commercial navigation of local population for meeting everyday needs was searched for not only in the whole text of the Treaty of Limits but also in the historical background of the Treaty and the geography of the area. The Court interpreted text of Article 41 (a) of the Statute of the River Uruguay by referring to the relevant general practice of the States and to general principles. Assembling information for replying to the question whether the responded respected its obligation under Article 11 (1) of the Interim Accord of 13 September 1995, the Court explored the text of the Accord, UN Security Council resolution 817 (1993), the "Memorandum on 'Practical Measures' Related to the Interim Accord," the practice in the implementation of the Accord and considered the need for an investigation of the preparatory work. Exceptionally, the Court used exclusively text of Articles 1 and 41(a) of the Statute of the River Uruguay to consider Nicaragua's jurisdictional claim that these Articles incorporate in the Statute other environmental treaties and rules of general international law.

In *Application of the Interim Accord* the Court rejected to explore extensively the *travaux preparatoires* submitted by the parties. The Court was authorized to do that by Article 32 of the Vienna Convention. According to Article 32 if the application of Article 31 results in a clear meaning, the application of the supplementary means form Article 32 is not necessary. In the judgment the Court informed that it had applied the Articles 31 and 32 thinking probably that the consideration of a need for the application of supplementary means and coming to the conclusion that there was no such need was the application of Article 32.

There is no other information in the three judgments that the Court rejected for consideration any evidence relevant for an interpretation submitted by a party. It may be presumed that the Court considered all evidence submitted by the parties for the purpose of interpretation except the *travaux preparatoires* in *Application of the Interim Accord*. Some of considered evidences can be classified under

Article 31. Some can be characterized as the supplementary means, such as the historical background of the Treaty of Limits and the geography of the area or the 1857 Peace Treaty. Having in view that methods dealing with the evidences resulted in harmonious information, the issue or relative significance of any of the evidence is not of importance.

It might be concluded that the analysis of the three cases of interpretation of bilateral treaties did not disclose a remarkable difference in respect to the application of rule expressed Article 31 (1) of the Vienna Convention that relates to the text of a treaty.

4.2. Specific characteristics of the cases determining the relevance of factors used in the interpretation

The three considered cases differ by specific characteristics that might have some bearing on the range of factors used in interpretation.

The dispute between Greece and Macedonia related to a very specific and temporary agreement. By its object the Interim Accord is unique and does not adhere to any broader field of international law. The obligations in the Accord are specific and concrete. The arbitral clause in the Interim Accord excluded the jurisdiction of the Court to consider the dispute concerning the name of Macedonia. The Court was asked to answer a single question: whether Greece violated Article 11 (1) of the Interim Accord. Such circumstances limit factors of relevance for interpretation to manifestations of intention of the parties and to expressions of their understanding of the text of the Accord. The Interim Accord is foreseen as relatively short living instrument. Hence the issue of intertemporality cannot appear.

The two bilateral treaties, interpreted in two other cases, have established permanent international régimes. One of them related to the Uruguay River belongs by its object to international environmental law. Both include very broad provisions. In both cases the Court was invited to address by interpretation numerous differences. Such circumstances dictated a broader range of factors relevant for interpretation that cover also general rules of international law and general practice of States.

It is understandable that the raised question may determine relevance of the factors for interpretation. Those relevant are only these factors that extend some information useful to the answer. The two mentioned cases illustrate what is said. If a question was addressed by a particular provision, the Court focused on it. If no one particular provision addressed the question, the Court investigated the text of a treaty as a whole or factors beyond the text of a treaty.

The *Navigational and Related Rights* case has disclosed that the way in which a party argues a claim may shape the way by which the Court interprets a treaty.

The Court found the title of the right of non-commercial navigation in favour of Costa Rica in the text of the Treaty of Limits as a whole, in particular in preamble and in Articles I and II in conjunction with the historical background of the Treaty and the geography of an area. The quoted provisions of the Treaty do not say anything explicitly on the right of non-commercial navigation. A more reliable source of information was the unbroken practice of non-commercial navigation lasting from the conclusion of the Treaty in 1858 without any objection of Nicaragua until 1980 when non-commercial navigation of a Costa Rican official vessel Nicaragua hindered. The situation concerning the right of non-commercial navigation was comparable with the situation concerning the right of Costa Rica that the local population use the river for subsistence fishing. The practice of subsistence fishing existed already at the time of the conclusion of the Treaty and had continued without being objected to by Nicaragua. The Court found the title of the right to subsistence fishing in the local custom and the title of the right of non-commercial navigation implied in the Treaty. The difference can be explained by the arguments of the parties. Costa Rica claimed that the right of non-commercial navigation had its title in Article VI and that the right to subsistence fishing had its title in local custom. The Court rejected the claim that the right was based in Article VI but found its titles implied in the text of the Treaty and confirmed the existence of a local custom.

5. CONCLUSIONS

The text studied interpretation of three different bilateral treaties: the 1858 Treaty of Limits between Costa Rica and Nicaragua, the 1975 Statute of the River Uruguay between Argentina and Uruguay and the 1995 Interim Accord between Greece and Macedonia. The first two treaties have established permanent international régimes.

The Treaty of Limits extends sovereignty of Nicaragua over the San Juan River and guarantees the right of Costa Rica of free navigation for commercial purpose on the river. The parties disputed the extent of the right to free navigation for commercial purposes, on the extent of regulatory powers that Nicaragua has over the right as a sovereign on the river, as well as on the existence of the right of non-commercial navigation for the meeting daily needs of the local population and on the existence of the right of that population to fishing for subsistence purposes.

The substance of dispute between Argentina and Uruguay was whether authorization issued by Uruguay for building pulp mills on the bank of the River Uruguay was in accordance with international law. The dispute was complex and included jurisdictional difference and differences related to procedural and substantive provision of the Statute.

Macedonia and Greece were in dispute as to whether Greece violated its obligation under Article 11 (1) of the Interim Accord by obstructing Macedonia's admission to NATO. In comparison with the first two cases that one involved a small number of differences.

The Court applied Article 31 (1) of the Vienna Convention in all three cases in a similar way. An analysis of the text of a treaty was the first and main means of interpretation. The Court used a literal and grammatical analysis of the relevant provision, principle of l'effet utile, context, object and purpose.

Differences between the cases exist in respect to employment of other means of interpretation from Articles 31 and 32 of the Vienna Convention. From the ambit of Article 31 the Court used an agreement related to the conclusion of the interpreted treaty and subsequent practice in the application of the treaty in the *Application of the Interim Accord* case. In the *Pulp Mills* case the Court used a general rule and principles of international law form the realm of Article 31. In *Navigational and Related Rights* the Court used supplementary means of interpretation provided for in Article 32 such as a treaty that preceded the interpreted treaty, historical background of the interpreted treaty, the geography of the area and general practice of State etc. In *Pulp Mills* and *Navigational and Related Rights* the Court introduced the factor of intertemporality in interpretation. In these cases the Court ascertained not only the expressed intent of the parties but also presumed or implied intent.

The difference in the employment of various means of interpretation under Articles 31 and 32 of the Vienna Convention might be explained by the specific characteristics of the treaties. The 1995 Interim Agreement was unique by its object – the mitigating of harsh consequences that the Greek disagreement with the constitutional name of Macedonia produced to their bilateral relations and to the international position of Macedonia. By its nature the object does not adhere to any particular field of international law whose general provisions may be applicable between the parties to help in interpretation. Therefore, the range of means of interpretation is limited to those that express intention of the parties and those that manifest their understanding of the text. Opposite to that, disputed part of the 1975 Statute of the River Uruguay belongs by its object to international environmental law and its general customary rules applicable between the parties could have substantiated some general provisions of the Statute.

Beyond the specific characteristics of the considered treaties, the question submitted to the Court may determine the relevance of the factors of interpretation. It is understandable that only those means of interpretation are relevant that offer information useful for the answer to the submitted question. It seems also that the way by which the parties articulate their claims may influence the way by which the Court interprets a treaty.

Dr Rodoljub M. Etinski, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
R.Etinski@pf.uns.ac.rs

Tumačenje nekih bilateralnih ugovora od strane Međunarodnog suda pravde

Sažetak: *Tekst analizira tumačenje bilateralnih ugovora u tri predmeta koje je rešio Međunarodni sud pravde u periodu od 2009. do 2011. godine. Kako se tumačenje obavlja primenom istih pravila koja su izložena u članovima 31 i 32 Bečke konvencije o pravu ugovora, ono uključuje ista ili slična sredstva tumačenja. Specifične karakteristike svakog slučaja, naročito posebne karakteristike ugovora, rezultiraju, međutim, u izvesnim razlikama. Sredstva tumačenja, korišćena u tumačenju ugovora koji uređuje neko unikatno pitanje, i sredstva tumačenja, korišćena u tumačenju ugovora čiji predmet pripada klasi predmeta neke oblasti međunarodnog prava, se delimično razlikuju.*

Ključne reči*: tumačenje; bilateralni ugovori.*

Datum prijema rada: 12.12.2017.

Originalni naučni rad 347.725:347.72.033
doi:10.5937/zrpfns51-15691

Dr Zoran V. Arsić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
Z.Arsic@pf.uns.ac.rs

SMANJENJE OSNOVNOG KAPITALA AKCIONARSKOG DRUŠTVA I ZAŠTITA POVERILACA[1]

Sažetak: *U pravu Republike Srbije zaštita poverilaca prilikom smanjivanja osnovnog kapitala akcionarskog društva predviđena je u čl. 319 Zakona o privrednim društvima. Pravo određene grupe poverilaca da traže obezbeđenje svojih potraživanja predviđeno je i u kompanijskim Direktivama EU.*

Pravo da traže obezbeđenje potraživanja imaju oni poverioci čija su potraživanja nastala pre isteka roka od 30 dana od dana objave odluke o smanjenju osnovnog kapitala. Za razliku od nekih nacionalnih prava i direktiva EU, gde je ovo pravo predviđeno u korist poverilaca nedospelih potraživanja, u srpskom pravi ova grupa poverilaca ima pravo da traži obezbeđenje nezavisno od datuma dospeća. Izdvajanje ove grupe poverilaca u odnosu na opšti režim obezbeđenja poverilaca zasniva se na korporativnim posledicama koje se ogledaju u sprovođenju smanjenja osnovnog kapitala i zabrani isplata akcionarima do proteka 30 dana od dana smanjenja osnovnog kapitala.

Kada su potraživanja u pitanju radi se o obligacionopravnim zahtevima nezavisno od njihovog osnova.

Postupak obezbeđenja poverilaca se ne sprovodi u određenim situacijama kada dolazi do poništaja akcija, kao i kada nema promene neto imovine akcionarskog društva. Obezbeđenje potraživanja ne mogu tražiti poverioci čija potraživanja spadaju u prvi ili drugi isplatni red u smislu zakona kojim se uređuje stečaj, kao ni poverioci čije je potraživanje obezbeđeno.

Pravo poverilaca na obezbeđenje potraživanja uživa sudsku zaštitu u parničnom postupku.

Ključne reči: *akcionarsko društvo, smanjenje osnovnog kapitala, poverioci, akcionari.*

---

[1] Rad je nastao kao rezultat rada na naučno – istraživačkom projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu

Odluku o smanjenju osnovnog kapitala donosi skupština društva i na njeno donošenje poverioci društva nemaju nikakav uticaj. S obzirom da je osnovni kapital minimum obezbeđenja poverilaca, smanjenjem osnovnog kapitala njihov interes je neposredno pogođen.[2]

Regulativa zaštite poverilaca u slučaju smanjenja osnovnog kapitala predstavlja odraz principa da pri strukturnoj promeni[3] poverioci treba da budu obezbeđeni. Imajući u vidi regulativu Zakon o privrednim društvima (*Službeni glasnik RS 36*/2011, 99/2011, 83/2014, 15/2015) može se konstatovati da je ovaj princip prisutan i u domaćem pravu – u slučaju statusnih promena (čl.509 st.1), smanjenja osnovnog kapitala (čl. 319), ugovora o kontroli i upravljanju (čl.566).

Potreba za regulisanjem zaštite poverilaca u postupku smanjenja osnovnog kapitala predviđena je u Direktivi EU 2006/68, kojom se menja Druga direktiva EU i kojom je utvrđen novi tekst čl. 32. U čl. 32 Druge direktive predviđeno je pravo poverilaca da traže obezbeđenje svojih nedospelih potraživanja, nastalih pre objavljivanja odluke o smanjenju, izuzev ako nemaju odgovarajuće obezbeđenje ili ako obezbeđenje nije neophodno s obzirom na imovnu društva. Sve dok poverioci ne dobiju obezbeđenje ne mogu se vršiti isplate akcionarima. Novi tekst čl. 32 (čl.8 Direktive EU 2006/68) predviđa obavezu država članica da omoguće poveriocima pokretanje sudskog ili upravnog postupaka. Pri tome teret dokazivanja je na poveriocu (da je nemirenje potraživanja dovedeno u pitanje zbog smanjenja osnovnog kapitala i da odgovarajuće obezbeđenje nije dobijeno).

U domaćem pravu zaštita poverilaca prilikom smanjenja osnovnog kapitala društva je regulisana u čl.319 Zakona o privrednim društvima. Predviđena je obaveza društva u pogledu obaveštavanja da je pokrenut postupak smanjenja osnovnog kapitala, pravo određenih poverilaca da od društva traže obezbeđenje svojih potraživanja, kao i sudska zaštita tog prava.

1. OBAVEŠTAVANJE O POKRENUTOM POSTUPKU SMANJENJA OSNOVNOG KAPITALA

Ako se postupak smanjenja osnovnog kapitala sprovodi uz primenu pravila o zaštiti poverilaca tada odluka o smanjenju osnovnog kapitala sadrži i poziv po-

[2] Rolf Sethe u *AktG Grosskommentar* (Hrsg. Klaus Hopt, Herbert Wiedemann), Berlin 2011, 15; Rüdiger Veil u *Aktiengesetz* (Hrsg. Karsten Schmidt, Marcus Lutter), Köln 2008, 2189; Florian Becker u *Heidelberger Kommentar zum Aktengesetz* (Hrsg. Tobias Bürgers, Torsten Körber), Heidelberg 2008, 1360

[3] Radi se o teorijskom konceptu koji, prema vladajućem mišljenju, obuhvata mere kojima se menja identitet društva (spajanje), pravna forma (promena pravne forme), kapitalska struktura (povećanje i smanjenje osnovnog kapitala), cilj društva (likvidacija), nadležnost organa (ugovor o kontroli i upravljanju). Tako prema Fleischer Holger u Hopt J. Klaus et al. *Aktiengesetz §§ 327a – 328;396- 398*, Berlin 2007, 20

veriocima da prijave svoja potraživanja radi obezbeđenja (čl.314 st.6). Odluku o smanjenju osnovnog kapitala donosi skupština društva[4] i ona se registruje se u skladu sa zakonom o registraciji[5] u roku od tri meseca od dana donošenja (čl.314 st.3).[6]

Registar privrednih subjekata objavljuje odluku o smanjenju osnovnog kapitala u neprekidnom trajanju od tri meseca od dana registracije počev od dana registracije. Radi se o javnom objavljivanju odluke o smanjenju osnovnog kapitala, što je od značaja za sve poverioce društva, koji imaju pravo da traže obezbeđenje svojih potraživanja prema opštim propisima, kao i poziva onim poveriocima koji imaju pravo da traže obezbeđenje od društva prema čl. 319 (čl.319 st.1).

Osim javnog obaveštavanja, predviđena je i obaveza društva da izvrši individualno obaveštavanje određenih poverilaca, zavisno od visine njihovih potraživanja. Društvo je dužno da poveriocima koji su poznati društvu, a čija pojedinačna potraživanja iznose najmanje 2. 000. 000 dinara u protivvrednosti bilo koje valute po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan registracije odluke o smanjenju osnovnog kapitala uputi i pisano obaveštenje o toj odluci, najkasnije 30 dana po sprovedenoj registraciji odluke (čl.319 st.2). Kao što se vidi predviđena je pisana forma obaveštenja – nije dopušteno korišćenje sredstava elektronske komunikacije (e – mail, sms).

2. ZAŠTITA POVERILACA

Zakonom o privrednim društvima nije regulisana zaštita svih poverilaca, već samo onih čija potraživanja ispunjavaju uslove iz čl. 319 st.2 – potraživanja su nastala pre isteka roka od 30 dana od dana objave o smanjenju osnovnog kapitala. S obzirom da pravo na obezbeđenje potraživanja imaju svi poverioci prema opštim propisima Zakona o izvršenju i obezbeđenju (*Sl.glasnik RS*, br. 106/2015 i 106/2016) postavlja se pitanje u čemu je značaj izdvajanja jedne grupe poverilaca i njihovih potraživanja u čl. 319 Zakona o privrednim društvima. Uporednopravna rešenja pokazuju da se i u drugim nacionalnim pravima u postupku smanjenja osnovnog kapitala izdvajaju određeni poverioci, ali se za to vezuju određene pravne posledice. Radi se o time da je obezbeđenje određene grupe poverilaca pretpostavka smanjenja osnovnog kapitala, kao i zabrani onih isplata akcionarima koje su omogućene smanjenjem osnovnog kapitala. Tako na pr. u nemačkom pra-

[4] Zoran Arsić, Odluka o sazivanju skupštine akcionarskog društva prema Zakonu o privrednim društvima iz 2011 godine, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2012, 61-72; Zoran Arsić, Sazivanje skupštine akcionarskog društva prema Zakonu o privrednim društvima iz 2011 godine, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2013, 93-106

[5] Zakon o postupku registracije u Agenciji za privredne registre (*Sl.glasnik RS*, br.99/2011 i 83/2014)

[6] U nekom nacionalnim pravima (na pr. nemačkom) osnovni kapitala se smatra smanjenim registracijom odluke o smanjenju.

vu pre njihovog obezbeđenja ili namirenja, odnosno proteka vremena od objavljivanja registracije, nije moguće vršiti isplate akcionarima. Odgovarajuće rešenje je u domaćem pravu bilo predviđeno u pogledu zaštite poverilaca u postupku smanjenja osnovnog kapitala prema ranije važećem Zakonu o privrednim društvima iz 2004 godine u čl. 268 st.3. Bilo je predviđeno, osim protekom roka po objavljivanju, da se isplate akcionarima u slučaju smanjenja osnovnog kapitala mogu vršiti posle pružanja obezbeđenja ili podmirenja potraživanja poverilaca koji su blagovremeno prijavili potraživanje. Važeći Zakon o privrednim društvima iz 2011 godine zauzima koncepcijski istu poziciju. Plaćanja akcionarima u slučaju smanjenja osnovnog kapitala se mogu vršiti samo po isteku roka od 30 dana od dana registracije smanjenja osnovnog kapitala. Nakon registracije odluke o smanjenju osnovnog kapitala, društvo podnosi centralnom registru zahtev za upis promena proisteklih iz smanjenja osnovnog kapitala (čl. 322). To prilikom, između ostalog, prilaže i pisanu izjavu predsednika odbora direktora, kao i predsednika nadzornog odbora ako je upravljanje dvodomno, da su sva potraživanja čije obezbeđenje ili izmirenje je traženo od strane poverilaca u skladu sa čl. 319 obezbeđena, odnosno izmirena, odnosno da ti poverioci nisu u predviđenom roku podneli tužbu nadležnom sudu, odnosno da nadležni sud odbio da naloži ustanovljenje obezbeđenja u korist tih poverilaca. U slučaju netačne izjave direktori i članovi nadzornog odbora odgovaraju solidarno za štetu koja nastane kao posledica sprovedenog smanjenja osnovnog kapitala. Po izvršenom upisu promena proisteklih iz smanjenja osnovnog kapitala u Centralnom registru, društvo je u obavezi da izvrši registraciju smanjenja osnovnog kapitala u skladu sa zakonom o registraciji (čl. 323). Nastupanje korporativne posledice obezbeđenja potraživanja jedne grupe poverilaca u postupku smanjenja osnovnog kapitala, koja se ogleda u mogućnosti isplate akcionarima, nastupa po isteku roka od 30 dana od dana registracije smanjenja osnovnog kapitala (čl. 319 st.7). Registracija smanjenja osnovnog kapitala uslovljena je promenama u Centralnom registru za šta je potrebno da je izvršeno izmirenje ili obezbeđenje potraživanja poverilaca iz čl. 319 st.3. Na osnovu toga sledi zaključak da je izdvajanje te grupe poverilaca iz opšteg režima predviđenog Zakonom o izvršenju i obezbeđenju uzrokovano vezivanjem za nastupanje korporativnih posledica koje se ogledaju u sprovođenju smanjenja osnovnog kapitala, kao i u oročavanju isplate akcionarima kao posledice smanjenja osnovnog kapitala.

Pravila o zaštiti poverilaca se ne primenjuju u svakom slučaju kada se radi o smanjenju osnovnog kapitala. S tim u vezi treba imati u vidu da odluka o smanjenju osnovnog kapitala sadrži cilj, obim i način smanjenja (čl.314 st.5), a naročiti da li se smanjenje vrši u skladu sa čl. 320 (smanjenje osnovnog kapitala poništajem akcija) i 321 (smanjenje osnovnog kapitala bez promene neto imovine društva). U situacijama iz čl. 320 i čl. 321 ne primenjuju se pravila o zaštiti poverilaca u postupku smanjenja osnovnog kapitala. Treba, takođe, imati u vidu da obez-

beđenje potraživanja ne mogu tražiti poverioci čija potraživanja spadaju u prvi ili drugi isplatni red u slučaju stečaja, kao i poverioci čija su potraživanja obezbeđena, o čemu će biti reči.

3. POTRAŽIVANJA

Pravni osnov potraživanja nije relevantan.[7] Radi se obligacioni pravnim zahtevima, prema društvu,[8] nezavisno od njihovog osnova.[9] To mogu biti potraživanja zasnovana na ugovoru ili na zakonu.[10] U obzir dolaze i potraživanja po osnovu deliktne i predugovorne odgovornosti.[11] Kada su u pitanju zahtevi za naknadu štete merodavan je trenutak nastanka štete nezavisno od toga da li je visinu štete moguće tačno utvrditi.[12]

Potraživanja mogu biti novčana i nenovčana.[13] Kada se radi o novčanim potraživanjima on obuhvataju i potraživanja akcionara po osnovu isplate dividendi (čl.271 st.2).

Stvarna prava (na pr. plodouživanje) nisu predmet regulative.[14] Obuhvaćeni su zahtevi po osnovu zajma koji je stvarno pravno obezbeđen.[15] U literaturi se ukazuje da isto važi u pogledu zahteva za prenos prava svojine.[16]

Teškoće postoje u pogledu ugovora sa trajnim prestacijma. Teorijski oni mogu biti vremenski neograničenog trajanja, a nijedan od stranaka ne može da ga otkaže, zbog čega društvo može biti u situaciji da obezbedi ekstremno visoko obezbeđenje.[17] S tim u vezi se javlja interes društva da se njegova obaveza srazmerno ograniči. Zaključenjem ugovora nastaju i obaveze koje će tek dospeti. One se uzimaju u obzir samo ako je njihova visina određena, pri čemu za to nije potrebna saglasnost stranaka. Radi se određenosti obaveze na osnovu ugovora – obaveza je konkretizovana, kao kod zakupa, i nezavisna od isporuke određene količine, kao što je to slučaj kod okvirnih ugovora o isporuci.[18] U pogledu ugovora sa trajnim prestacijama i njihovim obezbeđenjem merodavan je trenutak zaključenja,

[7] R. Veil, 2191

[8] F. Becker, 1360

[9] O. Weipert, Wolfgang Schilling u *Aktiengesetz Grosskommentar*, Band 2, Berlin 1965, 138

[10] R. Veil, 2191; Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, München 1999, 1014

[11] R. Sethe, 108

[12] R. Veil, 2191; R. Sethe, 108

[13] R. Veil, 2191; R. Sethe, 107; F. Becker, 1360

[14] R. Veil, 2191; F. Becker, 1360

[15] R. Sethe, 107 uz napomenu da ostaje pitanje nemogućnosti traženja obazbeđenja za već obezbeđene potraživanja, što je u Zakonu o privrednim društvima predviđeno u čl. 319 st.6

[16] R. Sethe, 107. U domaćem pravu radi se o zahtevu kupca na osnovu čl. 454 Zakona o obligacionim odnosima

[17] R. Sethe, 110

[18] R. Veil, 2191

a ne dospelost.[19] U pogledu završetka perioda koji se uzima u obzir, u literaturi se zastupa stav da je to trenutak kada je najranije moguć otkaz ugovora,[20]pri čemu smanjenje osnovnog kapitala ne stvara posebno pravo na otkaz od strane poverioca.[21] Ne uzimaju se u obzir, dakle, bez daljnjeg sva buduća potraživanja poverioca, već se utvrđuje konkretni interes poverioca u pogledu obezbeđenja.[22] Njihov ukupni iznos predstavlja gornju granicu u pogledu koje se može tražiti obezbeđenje.[23]

Pravo na obezbeđenje imaju i poverioci spornih potraživanja.[24] U literaturi se ukazuje na izuzetke u pogledu ovog vladajućeg stava.[25] U prvom slučaju nema obaveze davanja obezbeđenja u slučaju da je potraživanja očigledno neosnovano, U drugom slučaju radi se o potraživanju koje ne postoji u celini ili delimično.

Kada je dospelost potraživanja u pitanju u uporednom pravu (nemačko pravo) postoje rešenja prema kojima se zahtev za obezbeđenje može postaviti samo u pogledu nedospelih potraživanja. Ovo se obrazlaže time da se u pogledu dospelih zahteva može postaviti zahtev za ispunjenjem.[26] U domaćem pravu je bilo prisutno takvo rešenje prema Zakonu o privrednim društvima iz 2004 godine (čl.268 st.2). Za razliku od toga, prema važećem Zakonu o privrednim društvima iz 2011 godine poverioci mogu da traže obezbeđenje potraživanja "nezavisno od datuma dospeća" (čl.319 st.3).

4. NASTANAK POTRAŽIVANJA

Potraživanja moraju "nastati" pre isteka roka od 30 dana objave odluke o smanjenju osnovnog kapitala. Merodavan je dan objave odluke o smanjenju osnovnog kapitala, a ne dan donošenja te odluke. Na računanje roka primenjuju se pravila Zakona o obligacionim odnosima (čl.77). Radi se o prvom od dva vremenska kriterijuma koja moraju da budu ispunjeni da bi poverilac mogao da traži obezbeđenje. U obzir dolaze i potraživanja nastala u periodu između donošenja odluke o smanjenju osnovnog kapitala i objavljivanja te odluke.[27] Način utvrđivanja roka ukazuje da pravo na obezbeđenje postoji i kada je poverilac znao za smanjenje osnovnog kapitala.[28]

---

[19] U. Hüffer, 1015
[20] R. Sethe, 110
[21] U. Hüffer, 1015 uz navođenje postojanja drugačijeg stava.
[22] R. Veil, 2192; U. Hüffer, 1015
[23] R. Veil, 2192
[24] U. Hüffer, 1015; R. Veil, 2192
[25] U. Hüffer, 1015; R. Veil, 2192
[26] R. Sethe, 114; R. Veil, 2194
[27] R. Veil, 2192
[28] *Ibidem*

Kada se radi o ugovornim zahtevima relevantan je trenutak nastanka ugovora.[29] Postojanje roka nije od značaja, a isto važi i u pogledu raskidnog uslova.[30] Prema vladajućem shvatanju ovakav pristup je primenljiv i u pogledu odložnog uslova.[31] Nasuprot tom stavu, zastupa se mišljenje prema kojem odložni uslov nije prepreka da se traži obezbeđenja ako dužnik ne može jednostrano sprečiti njegovo nastupanje. Postoji i stav prema kojem uslov mora nastupiti u okviru tzv. zaštitnog roka posle kojeg su moguće isplate akcionarima i kada su obezbeđena potraživanja poverilaca koji su ih prijavili.[32]

U slučaju potraživanja zasnovanih na zakonu relevantan je trenutak kada su nastupile sve suštinske pretpostavke zahteva.[33]

Kada se radi o zahtevima po osnovu naknade štete, kako smo već ukazali, merodavan je trenutak nastanka štete nezavisno od toga da li je visinu štete moguće tačno utvrditi.

5. ZAHTEV ZA OBEZBEĐENJE POTRAŽIVANJA

Poverioci mogu da traže od društva pisanim putem obezbeđenje potraživanja do isteka roka iz st.1 čl 319 (tri meseca počev od dana registracije odluke o smanjenju osnovnog kapitala). U literaturi se ukazuje da je rok za postavljanje zahteva za obezbeđenje potraživanja materijalno pravni rok.[34] Na njega se u domaćem pravu primenjuju pravila za računanje roka u mesecima iz čl.77 st.2 Zakona o obligacionim odnosima. Propuštanjem da podnese zahtev u tom roku poverilac gubi pravo da traži obezbeđenje svog potraživanja u skladu sa čl. 319. Ista posledica nastupa i u slučaju da poverilac ne zna za smanjivanje osnovnog kapitala, ili da je rok počeo da teče.[35] S tim u vezi treba imati u vidu da u domaćem pravu postoji obaveza registra privrednih subjekata da objavljuje odluku o smanjenju osnovnog kapitala, kao i obaveza društva da izvrši posebno obaveštavanje poverilaca čija potraživanja iznose najmanje 2.000.000 dinara. Propuštanje registra privrednih subjekata da izvrši objavljivanje odluke prema čl. 319 st.1 može biti osnov da poverilac koji je time oštećen podnese zahtev za naknadu štete.

U vezi sa vremenom postavljanja zahteva potrebno je ukazati na još jednu situaciju. Zamislivo je da je poverilac istovremeno i akcionar i da, kao učesnik u skupštini društva, ima saznanja o donetoj odluci o smanjenju osnovnog kapitala

[29] U. Hüffer, 1014; R. Veil, 2191; R. Sethe, 108
[30] U. Hüffer, 1014; R. Veil, 2191; R. Sethe, 108
[31] U. Hüffer, 1014; R. Veil, 2191
[32] Oba manjinska pristupa navedena prema R. Sethe, 108
[33] R. Veil, 2191
[34] R. Veil, 2193
[35] U. Hüffer, 1015

i pre njene registracije. Moguće je, takođe, da poverilac i na drugi način bude obavešten o donetoj odluci pre njene registracije. S tim u vezi postavlja se pitanje da li poverilac mora da čeka registraciju odluke kada počinje ta teče rok za podnošenje zahteva iz čl 319 st.1, ili je dopušteno da zahtev bude podnet i pre nego što rok počne da teče. Prema dominirajućem stavu zahtev može biti podnet i pre nego što je rok počeo da teče.[36]

U literaturi je sporan uticaj odluke o smanjenju osnovnog kapitala na dužinu roka. Prema većinskom stavu ovaj rok se odlukom o smanjuju osnovnog kapitala može produžiti.[37] Nesporno je da se tom odlukom rok ne može skratiti.[38] Ove stavove smatramo prihvatljivim zato što su oni u korist zaštite poverilaca, što je cilj regulative čl. 319. U slučaju da je doneta odluka, kojom se skraćuje rok za podnošenje zahteva, u nekim nacionalnim pravima (nemačkom pravu), odluka bi bila ništava na osnovu opštih pravila o ništavosti skupštinskih odluka.[39] Budući da takva pravila ne postoje u Zakonu o privrednim društvima,[40] primenjivala bi se previla o pobijanju skupštinskih odluka.

Postavljanje zahteva u spomenutom roku je drugi vremenski kriterijum da bi poverilac imao pravo da traži obezbeđenje potraživanja. Zakonom o privrednim društvima nije utvrđen vrednosni kriterijum – iznos od 2.000.000 dinara iz čl. 319 st.2 se odnosi samo na obavezu društva da izvrši obaveštavanje poverioca. Utvrđeni su, međutim, dva vremenska kriterijuma – kada je potraživanje nastalo i kada je postavljen zahtev za obezbeđenjem tog potraživanja.

U pogledu forme zahteva u uporednom pravu su poznata različita rešenja – u nekim nacionalnim pravima nije predviđena posebna forma.[41] U domaćem pravu je predviđena pisana forma zahteva. Nije, dakle, dopušten zahtev primenom elektronskih komunikacija (e-mail, sms).

Adresat zahteva je društvo, a ne registar privrednih subjekata.[42]

Pravna priroda zahteva je sporna.[43]

---

[36] R. Veil, 2193, R. Sethe, 112; Godin – Wilhelmi, *Aktiengesetz*, Band 2, Berlin 1967, 1197; U. Hüffer, 1015; Suprotno O. Weipert, W. Schilling, 139 gde se ukazuje da je takav zahtev bez dejstva i da je društvo slobodno da odluči da će ga uzeti u obzir ili ne.

[37] U. Hüffer, 1015 i tamo navedena literatura. Suprotno Godin – Wilhelmi, 1197, gde se ukazuje da produženje roka nije moguće ni statutom. Tako i O. Weipert, W. Schilling, 139

[38] U. Hüffer, 1015; R. Veil, 2193; R. Sethe, 113. Ovo zato što je rok ustanovljen u korist poverilaca.

[39] U. Hüffer, 1016; R. Sethe, 113

[40] Prema Zakonu o privrednim društvima nema opštih pravila za ništavost skupštinskih odluka, već su neke odluke (sua loco) utvrđene kao ništave.

[41] Takav je slučaj u nemačkom pravu.

[42] Analogno za nemačko pravo R. Veil, 2193; R. Sethe, 112; U. Hüffer, 1015

[43] Prema U. Hüffer, 1015 (postupanje slično pravnom poslu ili izjava volje). U prilog shvatanja o postupanju sličnom pravnom poslu R. Sethe, 112; U prilog shvatanja o izjavi volje O. Weipert, W. Schilling, 140

6. IZUZECI OD PRAVA NA OBEZBEĐENJE POTRAŽIVANJA

Obezbeđenje potraživanja ne mogu tražiti poverioci dve grupe potraživanja.

Prvo, obezbeđenje potraživanja ne mogu tražiti poverioci čija potraživanja spadaju u prvi ili drugi isplatni red u smislu zakona kojim se uređuje stečaj (čl. 319 st.6 tč.1). Prema čl. 54 Zakona o stečaju u prvi isplatni red spadaju neisplaćene neto zarade zaposlenih i bivših zaposlenih, u iznosu minimalnih zarada za poslednjih godinu dana pre otvaranja stečajnog postupka sa kamatom od dana dospeća do dana otvaranja stečajnog postupka i neplaćeni doprinosi za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih za poslednje dve godine pre otvaranja stečajnog postupka, a čiju osnovicu za obračun čini najniža mesečna osnovica doprinosa, saglasno propisima o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje na dan otvaranja stečajnog postupka, kao i potraživanja po osnovu zaključenih ugovora sa privrednim društvima čiji su predmet neisplaćene obaveze na ime doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih za poslednje dve godine pre otvaranja stečajnog postupka, a čiju osnovicu za obračun čini najniža mesečna osnovica doprinosa, saglasno propisima o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje na dan otvaranja stečajnog postupka. U drugi isplatni red spadaju potraživanja po osnovu svih javnih prihoda dospelih u poslednja tri meseca pre otvaranja stečajnog postupka, osim doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih.

Drugo, obezbeđenje potraživanja ne mogu tražiti poverioci čije je potraživanje obezbeđeno (čl. 319 st.6 tč.2). Ovaj izuzetak postoji, prema stavovima u literaturi, i u pogledu nacionalnih prava gde nije izričito predviđen. To se opravdava smislom i ciljem regulative o zaštiti poverilaca u slučaju smanjenja osnovnog kapitala.[44]

7. SUDSKA ZAŠTITA PRAVA NA OBEZBEĐENJE POTRAŽIVANJA

Zahtev za obezbeđenjem potraživanja u postupku smanjivanja osnovnog kapitala je utuživ, što važi i za nacionalna prava u kojima to nije izričito predviđeno.[45] Nezavisno od toga, izmenom Druge direktive ustanovljena je obaveza država članica EU da nacionalnim pravom obezbede poveriocima mogućnost da se obrate upravnim ili sudskim organima.

Zakonom o privrednim društvima iz 2011 predviđena je sudska zaštita prava poverilaca da traže obezbeđenje svojih potraživanja. Vrsta postupka nije izričito ustanovljena, ali formulacija (..tužbom..) ukazuje na parnični postupak.

[44] U pogledu nemačkog prava tako R. Sethe, 117

[45] Takav je slučaj sa namačkim pravom. Prema U. Hüffer, 1017

Poverioci koji tražili obezbeđenje svojih potraživanja i koji od društva ne dobiju obezbeđenje tih potraživanja u roku od tri meseca po isteku roka iz st 1 čl. 319, niti im društvo izmiri ta potraživanja, mogu tužbom protiv društva tražiti ustanovljavanje obezbeđenja svojih potraživanja (čl.319 st.4). Zakonom nije utvrđen rok za podnošenje tužbe – predviđeno je samo da se tužba može podneti posle isteka tri meseca po isteku roka iz čl. 319 st.1, ali ne i do kada. Ovo može da predstavlja problem s obzirom na regulativu čl. 322. Posle sprovedenog postupka zaštite poverilaca društvo se obraća Centralnom registru kada, između ostalog, podnosi pisani izjavu predsednika odbora direktora, kao i predsednika nadzornog odbora, ako je upravljanje dvodomno. Ta izjava, između ostalog, sadrži i navod da poverioci nisu u „propisanom roku`` podneli tužbu nadležnom sudu (čl.322 st.3 tč.2).

Teret dokazivanja je na poveriocu (tužiocu). Osim dokazivanja da se su ispunjene vremenske pretpostavke (kada je potraživanje nastala i kada je postavljen zahtev za obezbeđenjem), tužilac mora da dokaže da je izmirenje njegovih potraživanja ugroženo smanjenjem osnovnog kapitala. Radi se o konkretnoj ugroženosti, za razliku od nekih nacionalnih prava, u kojima se zaštita poverilaca kod smanjivanja osnovnog kapitala zasniva na apstraktnoj ugroženosti.[46]

Prilikom odlučivanja po tužbi sud će posebno voditi računa o tome da li je traženo obezbeđenje neophodno u cilju zaštite poverilaca imajući u vidu imovinu društva (čl. 319 st.5).

8. ZABRANA ISPLATE AKCIONARIMA

U čl.319 st.7 predviđeno je da u slučaju smanjenja osnovnog kapitala društvo može vršiti isplate akcionarima samo po isteku roka od 30 dana od dana registracije smanjenja osnovnog kapitala. Radi seo korporativnoj posledici vezanoj za obezbeđenje potraživanja zakonom određene grupe poverilaca. Ovo zato što se društvo prvo obraća Centralnom registru, kada posle sprovedenog postupka zaštite poverilaca, podnosi pisanu izjavu predsednika odbora direktora, kao i predsednika nadzornog odbora ako je upravljanje dvodomno, da su sva potraživanja čije obezbeđenje ili izmirenje je traženo od strane poverilaca u skladu sa članom 319. stav 3. obezbeđena odnosno izmirena, odnosno da ti poverioci u propisanom roku nisu podneli tužbu nadležnom sudu, odnosno da je nadležni sud odbio da naloži ustanovljavanje obezbeđenja u korist tih poverilaca. Posle upisa promena proisteklih iz smanjenja osnovnog kapitala u Centralnom registru društvo je u obavezi da izvrši registraciju smanjenja osnovnog kapitala, koji se smatra smanjenim danom registracije. Kao što se vidi da bi se izvršila registracija smanjenja

[46] Takav je slučaj sa nemačkim pravom. Prema R. Sethe, 113; Interesi poverilaca su uvek pogođeni smanjivanjem osnovnog kapitala. Prema R. Veil, 2193

osnovnog kapitala, kada počinje da teče rok od 30 dana posle kojeg je dopuštena isplata akcionarima, neophodno je da bude izvršeno obezbeđenje, ili isplata, potraživanja zakonom utvrđenog kruga poverilaca. To je istovremeno i razlog zbog kojeg ova zabrana plaćanja ne postoji u korist poverilaca iz čl. 319 st.3 budući da njihova potraživanja moraju biti obezbeđena ili namirena da bi se moglo registrovati smanjenje osnovnog kapitala. Ova zabrana postoji u korist drugih poverilaca. Radi se o tome da se smanjenjem osnovnog kapitala smanjuje pasiva bilansa i da se navedenom zabranom sprečava brzo raspolaganje oslobođenih sredstava u smislu plaćanja akcionarima. Ostali poverioci mogu tražiti namirenje, odnosno namirenje svojih potraživanja pre nego bude izvršena isplata akcionarima.

Budući da je dužina roka izražena u danima u pogledu računanja roka primenjuje se čl. 77 st.1 Zakona o obligacionim odnosima.

S obzirom da se radi o zaštiti poverilaca u kontekstu smanjenja osnovnog kapitala, zabrana se odnosi na sva plaćanja omogućena smanjenjem osnovnog kapitala.[47] Postoji odnos kauzaliteta između smanjenja osnovnog kapitala i isplate.[48] Zabrana plaćanja obuhvata ne samo plaćanja neposredno iz dobiti, već i plaćanja na teret rezervi kreiranih smanjenjem osnovnog kapitala.[49] Kada je reč o plaćanju dividendi, ono je dopušteno u visini koja nije posledica smanjenja osnovnog kapitala.[50]

Formulacija čl. 319 st.7 (``plaćanje``) implicira izvršenje činidbe koja za predmet ima novac, pri čemu je takvo rešenje prisutno i u drugim nacionalnim pravima.[51] U literaturi se ukazuje da se pod plaćanjem podrazumeva svako raspolaganje imovinom koje društvo vrši prema svojim akcionarima. U tom smislu plaćanjem su obuhvaćene i nenovčane činidbe.[52]

Zabranom plaćanja nisu obuhvaćena plaćanja na osnovu poslova pravnog prometa između akcionara i društva. U takvim situacijama akcionari se javljaju kao poverioci, a na kao članovi društva.[53]

Zahtev akcionara za isplatu je oročen i uslovljen.[54] U domaćem pravu zahtev akcionara za isplatu je oročen, s obzirom da je plaćanje dopušteno samo po isteku roka od 30 dana od dana registracije smanjenja osnovnog kapitala. Zahtev je uslovljen sprovedenim postupkom zaštite poverilaca, odnosno nastupanjem neke od okolnosti iz čl. 322 st.3 tč.2, što omogućava registraciju smanjenja osnovnog kapitala.

U vezi sa zabranom plaćanja akcionarima postavlja se pitanje pravnih posledica koje nastupaju za slučaj da je izvršeno plaćanja suprotno zabrani iz čl. 319

[47] R. Sethe, 121; O. Weipert, W. Schilling, 142
[48] R. Sethe, 121
[49] R. Sethe, 121; U. Hüffer, 1017
[50] U. Hüffer, 1017; R. Sethe, 121; R. Veil, 2194; O. Weipert, W. Schilling, 142
[51] Takav je sličaj sa nemačkim pravom.
[52] R. Sethe, 121; R. Veil, 2194
[53] R. Sethe, 121
[54] O. Weipert, W. Schilling, 142

st.7. S tim u vezi treba imati u vidu da društvo i odgovorno lice, u svakom slučaju, odgovaraju za privredni prestup (čl.585 st.1 tč.8). Kada se radi o imovinskim posledicama, u literaturi postoji shvatanje prema kojem, takva plaćanja nisu bez dejstva i da se u tom slučaju primenjuju akcijskopravna pravila o povraćaju zabranjenih plaćanja.[55] Zakon o privrednim društvima iz 2004 god. sadržao je regulativu kojom je predviđena obaveza vraćanja zabranjenih plaćanja (čl.231), koja se od spomenutog rešenja u uporednom pravu razlikuje utoliko, što je obaveza postojala ako je akcionara znao ili prema okolnostima morao da zna da je isplata zabranjena. Zakon o privrednim društvima iz 2011 god. ne sadrži odredbu kojom bi se na opšti način regulisalo vraćanje nezakonitih plaćanja. U čl. 275 st.1 i st.2 predviđena su ograničenja isplata akcionarima (u pogledu neto imovine i dobiti), dok je obaveza vraćanja predviđena u st. 4 samo u pogledu tih plaćanja, ako je akcionar znao ili morao znati da se plaćanje vrši protivno odredbama ovog člana. S tim u vezi moguća su dva pristupa. Prema prvom, u pogledu drugih nezakonitih plaćanja, što obuhvata i plaćanje suprotno zabrani iz čl. 319 st.7, postojala bi pravna praznina koja bi se popunjavala analogijom u skladu sa čl. 275 st.4. Prema drugom pristupu, društvo bi moglo da postavi za zahtev za povraćaj isplate iz obogaćenja bez osnova. U prvom slučaju, subjektivni momenat (..znao ili morao znati..) je od značaja za postojanje obaveze vraćanja nezakonite isplate. Za razliku od toga, u slučaju zahteva iz neosnovanog obogaćenja, subjektivni momenat (savesnost) je od značaja za obim vraćanja,[56] a ne za postojanje obaveze vraćanja zabranjenih plaćanja.

[55] R. Sethe, 121; R. Veil, 2195; U. Hüffer, 1018. Radi se o specifičnom akcijskopravnom zahtevu za povraćaj nezakonitih plaćanja, kojim se napušta zahtev iz neosnovanog obogaćenja. Fleischer Holger u *Aktiengesetz* (Hrsg. Karsten Schmidt, Marcus Lutter), Köln 2008, 706 i 710

[56] Kad se vraća ono što je stečeno bez osnova, moraju se vratiti plodovi i platiti zatezna kamata, i to, ako je sticalac nesavestan, od dana sticanja, a inače od dana podnošenja zahteva (čl. 214 Zakona o obligacionim odnosima)

Zoran V. Arsić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Z.Arsic@pf.uns.ac.rs

Reduction of Share Capital and Protection of Creditors

Abstract: *In case of reduction of share capital creditors whose claim arose prior expiration of 30 days from announcement of the resolution of reduction of share capital have the right to demand security. This right exists irrespective of whether claims are due or not.*

Rules on protection of creditors shall not apply in some cases where annulment of shares takes place and where difference among property of company and its obligations remains unchanged. The right to demand security shall not be available to creditors who in the case of insolvency proceedings have the right to preferential payment or whose claims are already secured.

Creditors are authorized to apply to judicial authority for adequate safeguards.

Keywords: *company, reduction of share capital, creditors, shareholders.*

Datum prijema rada: 14.11.2017.

Originalni naučni rad 347.463:347.56
doi:10.5937/zrpfns51-14100

Dr Dušanka J. Đurđev, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
D.Djurdjev@pf.uns.ac.rs

PRAVNO REGULISANJE MEĐUNARODNOG DRUMSKOG PREVOZA PUTNIKA[1]

Sažetak: *Prava putnika u međunarodnom drumskom saobraćaju u Evropi su, kao i u ostalim saobraćajnim granama, regulisana međunarodnom konvencijom i komunitarnim propisima u EU. Od međunarodnih izvora najznačajnija je CVR konvencija odnosno Konvencija o ugovorima o međunarodnom transportu putnika i prtljaga drumom iz 1973. EU je uspela da posle vazdušnog, železničkog, pomorskog i saobrćaja unutrašnjim plovnim putevima, usvoji pravila o pravima putnika i u autobuskom saobraćaju Uredbom 181/2011.*

Ključne reči: *odgovornost drumskog prevozioca, osnovi za oslobođenje od odgovornosti, pojam „više sile", pojam „ponašanje putnika", naknada štete, Uredba 181-2011, odnos Uredbe 181- 2011 i konvencije CVR.*

UVOD

Prava putnika u međunarodnom drumskom saobraćaju u Evropi su, kao i u ostalim saobraćajnim granama, regulisana međunarodnom konvencijom i komunitarnim propisima u EU. Od međunarodnih izvora najznačajnija je CVR konvencija odnosno Konvencija o ugovorima o međunarodnom transportu putnika i prtljaga drumom iz 1973. EU je uspela da posle vazdušnog, železničkog, pomorskog i saobrćaja unutrašnjim plovnim putevima, usvoji pravila o pravima putnika i u autobuskom saobraćaju Uredbom 181/2011.

Cilj rada je da se analizira stepen ostvarenih prava putnika u drumskom saobraćaju i to prema konvenciji CVR kao i u pravu EU. Posebna pažnja će biti posvećena tumačenju spornih pojmova u konvenciji CVR kao što su pojmovi

[1] Rad je deo projekta, „Pravna tradicija i novi pravni izazovi" čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

„nesrećan slučaj", pojedini osnovi za oslobođenje od odgovornosti kao „viša sila", „ponašanje putnika, „radnje trećeg lica".

U razmatranju pravnog regulisanja drumskog prevoz putnika u EU, važan je odnos komunitarnih propisa i konvencije CVR, jer EU ima mogućnost da zaključuje međunarodne ugovore, koji se bez ratifikacije država članica direktno primenjuju u pravnom sistemu EU i postaju njegov sastavni deo. Mogućnost da se odredbe komunitarnih propisa razlikuju od rešenja u međunarodnim konvencijama, jer se uredbama daju šira prava putnicima nego što je to predviđeno međunarodnim konvencijama, postavlja u praksi pitanje šta ima prioritet u primeni.

KONVENCIJA CVR

Prava putnika u međunarodnom drumskom saobraćaju u Evropi su, kao i u ostalim saobraćajnim granama, regulisana međunarodnom konvencijom i komunitarnim propisima u EU. Od međunarodnih izvora najznačajnija je CVR konvencija odnosno Konvencija o ugovorima o međunarodnom transportu putnika i prtljaga drumom iz 1973.[2]

Prema članu 25. Konvencije pet ratifikacija je bilo potrebno za njeno stupanje na snagu aprila 1994. Razlog za relativno kasno stupanje na snagu su niski iznosi ograničenja odgovornosti prevozioca u odnosu na te iznose u drugim transportnim granama[3] .

Protokol na CVR je donet 1978., ali još nije stupio na snagu. Protokolom je predviđeno uvođenje Specijalnog prava vučenja kao obračunske jedinice kod utvrđivanja visine naknade štete, koja je predviđena u svim drugim transportnim granama. Pošto protokol nije stupio na snagu, drumski prevoz je jedini prevoz gde se još uvek primenjuje Germinal franak kao obračunska jedinica.[4]

Konvencija CVR se primenjuje na sve ugovore o prevozu putnika drumskim vozilom kada je u ugovoru predviđeno da se prevoz obavlja na teritoriji najmanje dve države i da su polazišta i odredišta nalaze na teritoriji jedne od država govornica, bez obzira na to gde se nalazi sedište ili čije državljanstvo imaju ugovorne strane.

Konvencija se primenjuje takođe i u slučajevima kada je prevoznik država ili neki drugi subjekt javnog prava.

[2] CVR-Convention on the Contract for the International Carriage of Passengers and Luggage by Road-.Sl list SFRJ – Međunarodni ugovori", br. 8/77

[3] Danas su stranke CVRkonvencije Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Češka, Litvanija, Crna Gora, Srbija, Slovačka, Ukrajina i Moldavija.

[4] Protocol to the Convention on the contract for the international carriage of passengers and luggage by road (CVR)

https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20XI/XI-B-26-a.en.pdf))

Ako se drumski prevoz prekida i koristi se neki drugi način transporta, ova konvencija se ipak primenjuje na one delove koji se ostvaruju drumskim prevozom, čak i ako nisu međunarodnog karaktera u smislu člana 1, ali pod uslovom da nisu pomoćni u odnosu na taj drugi način transporta.[5] Ako se i samo vozilo prevozi na jednom delu puta nekim drugim načinom transporta, ova konvencija se primenjuje u pogledu štete nastale zbog udesa vezanog za prevoz u tom vozilu do koga je došlo za vreme boravka putnika u vozilu, ili prilikom njegovog ukrcavanja ili iskrcavanja, bilo pak, u vezi s činjenicom da se prtljag nalazi na vozilu ili u vozilu, ili je bio utovaran ili istovaran.[6]

Posebno značajna pitanja su vezana za odgovornost drumskog prevozioca za štete koje pretrpi putnik u toku drumskog prevoza. Odredbe Konvencije su imperativne prirode .[7] U pogledu određivanja vrsta šteta za koje drumski prevozilac odgovara u CVR je kao i u JP CIV relativno jasno definisano šta se smatra štetama koje pretrpi putnik, a za koje je drumski prevozilac odgovoran, za razliku od vazdušnog prevoza putnika, gde se takođe odgovara za smrt putnika i telesnu povredu, ali ovaj pojam nije definisan, pa je sudska praksa različita u stavovima da li se podrazumevaju samo fizičke ili i duševne povrede putnika.

Prevoznik snosi odgovornost za gubitak ili štetu nastalu zbog smrti, telesne povrede ili drugog oštećenja fizičkog ili psihičkog zdravlja putnika kao posledica udesa u vezi s prevozom do koga je došlo za vreme dok se putnik nalazio u vozilu ili ukrcavao ili iskrcavao, ili do koga je došlo u vezi s ukrcavanjem ili iskrcavanjem prtljaga.[8]

U Konvenciji CVR je jasno rečeno da se kao štete za koje odgovara drumski prevozilac smatraju smrt i telesna povreda,pri čemu je sporni pojam telesne povrede putnika u vazdušnom prevozu gde nije definisano šta se smatra telesnom povredom putnika, u CVR konvenciji preciziran tako da su telesne povrede putnika fizičke i duševne povrede koje su posledica nesrećnog slučaja (udesa) i moraju biti uzročno povezane sa prevozom.[9]

Da bi drumski prevozilac bio odgovaran po pravilima CVR konvencije potrebno je da se ispune sledeći uslovi i to kumulativno:

- Da je došlo do štete zbog smrti, telesne ili duševne povrede putnika (dakle pod telesnom povredom se podrazumevaju i fizička i duševna povreda). U teoriji se smatra da se pod duševnom povredom ne podrazumeva eventualno duševna bol nego psihička poremećenost, a takav stav je zauzet i u vazdušnom i železničkom pravu.

---

[5] Član 2. CVR

[6] Član 3. CVR .

[7] Član 23 CVR .

[8] Član 11 CVR

[9] Stav kao i u CVR je predviđen u JP CIV u članu 26. kojim se reguliše odgovornost železnice za štete koje pretrpe putnici.

- Da se nesrećan slučaj dogodio za vreme boravka putnika u vozilu ili njegovog ulaska ili izlaska iz vozila, čime je određeno trajanje odgovornosti. Kad se smatra da postoji ulazak odnosno izlazak iz vozila, može se zaključiti iz prakse i analogije sa železničkim i vazdušnim prevozom, gde se smatra da mora postojati fizički kontakt između putnika i vozila, npr. ruka na kvaki odn. kada je taj kontakt prestao.
- Da je šteta prouzrokovana nesrećnim slučajem u vezi sa drumskim pogonom. Treći uslov koji mora da postoji uz prethodna dva glasi da je šteta prouzrokovana nesrećnim slučajem u vezi sa drumskim pogonom, što znači da mora da postoji uzročna veza između štete i nesrećnog slučaja u vezi sa drumskim pogonom.

Pojam udes tj. nesrećan slučaj (accident) nije definisan i povodom njega mogu u praksi da se postave neka pitanja.[10] Mora da se radi o događaju koji deluje spolja u odnosu na oštećenog kako bi se izbegli slučajevi koji imaju uzrok jedino u putniku kao moždani udar ili povrede koje putnik sam sebi nanese.

Događaj bi trebalo da deluje odjednom, iznenada i da bude vremenski i lokalno odredivo. Štete koje bi nastale dužim delovanjem npr. oštećenje kičme zbog čestog putovanja autobusom nisu obuhvaćene. Na kraju događa mora da izazove duševne ili telesne povrede ili smrt putnika.

Pojam nesrećnog slučaja putnika bi trebalo shvatiti u subjektivnom smislu, naime kao nesrećan slučaj određenog putnika koji je pretrpeo telesnu ili duševnu povredu, a ne u objektivnom smislu kao nesrećan slučaj transportnog sredstva tj. kao drumsku nesreću. Da li bi nervni šok koji doživi putnik zbog smrti putnika koji mu je bliski rod a oba su učesnici u istom nesrećnom slučaju, bio osnov za odgovornost drumskog prevozioca. Po analogiji sa železničkim prevozom bio bi.

Kauzalna veza nesrećnog slučaja i železničkog pogona ne postoji kod posledičnih šteta npr. kad putnik u vezi sa drumskim prevozom bude neznatno povređen,a na putu za bolnicu doživi sudar i smrtno strada, tada nema odgovornosti drumskog prevozioca.

Navedeni primeri ukazuju na problem uzročne veze. Među brojnim razlozima koji mogu da dovedu do nastupanja štete treba odabrati jedan. U Francuskoj i Nemačkoj pravnoj teoriji preovladava teorija o adekvatnoj uzročnosti, po kojoj se uzrokom smatra samo onaj događaj čijem redovnom delovanju odgovara konkretna šteta koji je po svojoj prirodi odgovarajuća nastaloj šteti. Odgovornost bi nastala samo po onom uzroku koji je po običnom toku stvari, po zdravom razumu i prema opštem iskustvu pogodan da nastalu štetu izazove.

Činjenica da se za odgovornost zahteva da je nesrećan slučaj u vezi sa drumskim pogonom, znači da se radi o objektivnoj odgovornosti. Ako se pođe od toga da drumski prevoz predstavlja određenu opasnost, logično je da se zahteva kau-

[10] Đurđev D, Pojam nesrećnog slučaja i telesne povrede putnika u vazdušnom saobraćaju 2014, Vol 48, No 2, pp 77-91.

zalna veza između štete i nesrećnog slučaja koji mora biti u vezi sa drumskim pogonom. Inače bi prevozilac odgovarao za sve što može da se desi za vreme boravka putnika u vozilu ili njegovog ulaska i izlaska. U našem pravu je usvojena teorija adekvatne uzročnosti, prema kojem se pravno relevantnim uzrokom štete smatra onaj događaj čijem redovnom učinku odgovara konkretna šteta.[11] Veza između nesrećnog slučaja i drumskog pogona ne mora biti dokazana po strogom principu uzročnosti, što bi otežalo položaj oštećenog putnika ili drugog imaoca prava, već je dovoljno ukazati na postojanje veze koja se po redovnom toku stvari mogla desiti. Cilj odredbe o „vezi" je da olakša položaj oštećenog što ne dira u princip objektivne odgovornosti. Npr. ako putnik ispadne iz drumskog vozila i povredi se, nesrećan slučaj je pad putnika iz voza a šteta je povreda. Mora postojati uzročna veza između nesrećnog slučaja (štetne radnje) i štete. Ali da bi prevozilac odgovarao traži se da je nesrećni slučaj tj. pad iz vozila u vezi sa drumskim pogonom, pri čemu veza između nesrećnog slučaja, pada iz vozila i drumskog pogona ne mora biti dokazana po strogom principu uzročnosti, tj. da je pad nastao jer vrata vozila nisu bila dobro zatvorena, nego se zahteva postojanje samo veze između nesrećnog slučaja, pad iz vozila, i drumskog pogona, tj. da je putnik bio u blizini vrata pred pad.

Sve ovo znači da može postoji uzročna veza između nesrećnog slučaja i štete, a da prevozilac ne odgovara, ali pod uslovom da nesrećni slučaj nije bio u vezi sa pogonom.

OSNOVI ZA OSLOBOĐENJE PREVOZIOCA OD ODGOVORNOSTI

Viša sila

U članu 11. stavu 2. CVR je predviđeno da se prevozilac oslobađa ove odgovornosti ukoliko je do udesa došlo zbog okolnosti koje prevozilac, i pored preduzetih mera nužnih u konkretnom slučaju, nije mogao izbeći i čije posledice nije mogao sprečiti.

Kako se u međunarodnim konvencijma izbegava upotreba pojma više sile i ovde se daje opisna formulacija ovog osnova za oslobođenje od odgovornosti. Radi se o osnovu za oslobođenje od odgovornosti koji ne ispunjava sve elemente koji se zahtevaju da se događaj može nesporno kvalifikovati kao viša sila. Nedostaje izričita kvalifikacija da se radi o događaju koji je spoljašnje prirode u odnosu na drumski pogon, tj. spoljašnjeg karaktera je (kao npr. odron na putu). Ovakva formulacija u članu 11. stav 2. znači da događaj može biti spoljašnji ali i unutrašnji u odnosu na drumski pogon, tj. ako je događaj koji je prouzrokovao štetu u vezi

[11] Marek H. Die Bedeutung des Verhaltens eines verletzten Reisenden für die Haftung der Bahn im Sinne des Artikle 2 par3 des Zusatubereinkommens zur CIV, Zeitschrift fur den internationalen Eisenbahnverkehr, Bern, 11/1971 str. 190.

sa unutrašnjim svojstvima pogona (varnica u kablu izazvala požar) radi se pravno o „slučaju". Da li to znači da i događaj koji klasično nazivamo višom silom ali i slučaj mogu biti osnovi za oslobođenje prevozioca od odgovornosti, odnosno da li to znači da se drumski prevozilac oslobađa ako se nesrećni slučaj može svesti na grešku u stanju vozila u slučaju da su bile neizbežne i kod primene dužne pažnje prema stanju tog slučaja.[12] Predviđeno je da se železnica oslobađa odgovornosti ako je nesrećan slučaj bio prouzrokovan okolnostima izvan obavljanja prevoza koje železnica, i pored potrebnog nastojanja, imajući u vidu okolnosti slučaja, nije mogla da izbegne niti da otkloni njihove posledice.[13]

Da li postoji suštinska razlika u određivanju više sile navođenjem samo elementa nepredvidljivosti, neotkolnjivost i obaveze dužne pažnje, bez izričitog navođenja spoljašnosti događaja? Izričitim navođenjem elementa „uticaj spolja" i „izvan pogona prevozioca" jasno je da se radi o višoj sili shvaćenoj u germanskom smislu koji u osnovi ima vis maior rimskog prava, a to znači da se prevozilac ne može osloboditi odgovornosti za slučaj tj. unutrašnji događaj vezan za pogon prevozioca. S obzirom da element spoljašnjost događa ne postoji u CVR moguća su dva tumačenja i odgovora na pitanje da li se radi o objektivnoj odgovornosti. Ima mišljenja[14] da se radi o izjednačavanju ove formulacije u CVR sa klasičnim pojmom više sile, dakle da ta formulacija znači višu silu (elementi spoljašnost, nepredvidljivost i neotklonjivost) pa sledstveno tome prevozilac odgovara za unutrašnji slučaj tj. pogonski rizik koji je neotklonjiv i nepredvidiv. Moguće je tumačenje i da je reč o ublažavanju odgovornosti tj. da prevozilac ne odgovara ni za unutrašnji slučaj tj. pogonski rizik koji je neotklonjiv i nepredvidiv.

Na prvi pogled velika razlika između ovih shvatanja ili tumačenja u praksi to ne mora da znači. Zastupnici shvatanja po kome prevozilac ne odgovara za unutrašnji slučaj navode da je potrebno da bi jedan događaj, odnosno njegove posledice, bile neotklonjive, da prevozioc ulozi dužnu pažnju, prema okolnostima konkretnog slučaja. Prevozilac je dužan da brine za sigurnost pogonskih sredstava i pogonskog uređaja, dakle postavljeni su visoki zahtevi za određenom pažnjom. Što je pogon opasniji, utoliko je veća mogućnost oštećenja, što nalaže obavezu ulaganja veće pažnje, tako da je utoliko manja mogućnost da se događaj kvalifikuje kao nepredvidiv i neotklonjiv. Ovim se praktično sužava polje neotklonjivog pogonskog rizika za koji, po ovim autorima, železnica ne bi odgovara.

Međutim, član 11. u tački 3.CVR rešava na izvestan način ovo pitanje i određuje prirodu odgovornosti kao objektivnu, jer isključuje slučaj kao osnov za oslobođenje od odgovornosti. Prevoznik se ne oslobađa odgovornosti ako se po-

---

[12] U železničkom prevozu je predviđena jasna formulacija u 26. tačka 2.JP CIV

[13] Mutz G., Die Haftung der Eisenbahn fur Totung und Verletzung von Reisenden im internationalen Eisenbahnpersonenvekehr nach dem Zusatubereinkommen zur CIV, Wien 1977., 98

[14] Nikoleta Radionov Radenković, „Zaštita prava putnika u cestovnom prijevozu i uloga osiguranja", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu 58(1-2) str 401

ziva na neki fizički ili psihički nedostatak vozača, na neki kvar ili neispravnost vozila, ili na neku grešku ili nehat lica od koga je iznajmio vozilo ili lica za koje bi ovaj drugi, shodno članu 4, snosio odgovornost da je on lično bio prevoznik.

Druga posebnost rešenja u CVR konvenciji u odnosu naCMR je što je samo u CVR unet subjektivni elemenat „obaveza dužne pažnje prema okolnostima slučaja". Na ovaj način je izričito rečeno da se zahteva izuzetna pažnja koja se može tražiti od posebno pažljivog prevozioca. Međutim, postavlja se pitanje kakav se stepen pažnje zahteva od prevozioca prema CMR gde se ova obaveza ulaganja dužne pažnje ne zahteva. Drugo pitanje koje se može postaviti je kako se tumači subjektivni elemenat „ulaganja dužne pažnje prema okolnostima slučaja". Stav je da se tumači u smislu povišenih zahteva.[15] Da bi se oslobodio odgovornosti nije dovoljno da prevozilac dokaze da na njegovoj strani nema krivice za nastanak nesrećnog slucaja, nego je potrebno da dâ dokaze da je primenio dužnu pažnju koja se zahteva u razumnoj meri od jednog savesnog prevozioca. Relativnost pojma „neotklonjiv slučaj" je posledica činjenice da se od prevozioca ne mogu zahtevati nerazumne mere u otklanjanju i izbegavanju događa, pa je to stvar procene u svakom konkretnom slucaju.[16] Prema tome izuzetna pažnja kao povećani stepen pažnje u odnosu na normalnu pažnju postoji ako je prevozilac uložio svu moguću prema okolnostima slučaja. Elemenat dužne pažnje prema okolonistima slučaja je subjektivne prirode kao što su to i elementi nepredvidljivost i neotklonjivosti. Neotklonjivosti i nepredvidljivost znače odsustvo krivice, pa su zato subjektivne prirode. Jedan od razloga za uvođenje „obaveze dužne pažnje" koji ne postoji u CMR (gde je opis oslobađajućeg razloga još uži nego u CVR i glasi „okolnostima koje prevozilac nije mogao izbeći ili posledicama koje nije mogao sprečiti", dakle sadrži samo elemente nepredvidljivosti i neotklonjivosti) je moguće tražiti i u tome što u anglosaksonskom pravu putnik mora da dokaze **„**negligence**"** tj. nepažnju prevozioca. Drugi mogući razlog uvođenja obaveze dužne pažnje je u potrebi da se naglasi da je za događaj koji je nastao iznenada i neotklonjiv je, prevozilac uložio povećanu pažnju da do njega ne dođe. Za iznošenje dokaza koji oslobađa prevozioca nije dovoljno da on dokaze samo svoju nekrivicu, već da je pokazao izuzetnu pažnju koja se može tražiti od pažljivog prevozioca.[17]

Da li se zahteva samo normalna pažnja prosečnog drumskog prevozioca ili povećana tj. izuzetna pažnja, najveći mogući stepen pažnje koji se može tražiti tj. pažnja profesionalca? Smatramo da okolnost da se u CMR ne spominje dužna pažnja prema okolnostima slučaja, pruža mogućnost za dve vrste interpretacija.

---

[15] U tom smislu je i član 18. Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. gde se kaže da je učesnik u obligacionim odnosima dužan da u izvršavanju obaveza iz svoje profesionalne delatnosti postupa s povećanom pažnjom prema pravilima struke i običaja, a to je pažnja dobrog stručnjaka.

[16] Fischer Franz, Die CMR auf dem Vormarsch in Europa, Transportrecht 1994. str.365

[17] Clarke Malkolm, International Carriage of Goods by Road CMR, London 2009.,74

Prvo, ukoliko bi postojala obaveza dužne pažnje, prevozilac bi bio kriv, što znači da ne bi mogao da se pozove na razlog za oslobođenje od odgovornosti. U svakom slučaju obaveza dužne pažnje postoji, ali ona nije tako stroga kao u CVR, pa se od prevozioca ne zahteva ulaganje izuzetne, svake moguće pažnje, prema okolnostima slučaja, već samo se trazi „normalna pažnja prosečnog drumskog prevozioca". S obzirom da je u CMR predmet ugovora prevoz robe a ne putnika, moguće je da se ovako visok stepen pažnje ne zahteva kod prevoza robe, već samo kod prevoza putnika, jer zaštita ljudskih života zahteva da se ulozi veća, dakle izuzetna pažnja da do nesreće ne dođe.

Drugo, tumačenje nepostojanja izričite obaveze ulaganja pažnje u CMR polazi od toga da zahtevi savremenog saobraćaja nalažu da i kod prevoza robe kao i kod prevoza putnika, prevozilac mora da ulozi povećanu pažnju, prema okolnostima slučaja i to izuzetnu pažnju koja se zahteva od profesionalca. Smatramo da tako treba tumačiti i odredbu CMR, tako da ne bi postojala razlika u stepenu pažnje koji se zahteva od prevozioca, bez obzira da li se radi o prevozu robe ili putnika.

Sigurno je da bi jasnije formulisanje osnova za oslobođene od odgovornosti koji se podvodi pod pojam više sile, doprineo pravnoj sigurnosti. Međutim, kao što je to prisutno, u manjoj ili većoj meri, kod svih međunarodnih konvencija, nije lako postići saglasnost o pojedinim formulacija. Ključne suprotnosti su različiti ekonomski interesi davalaca i korisnika usluga kao i postojanje različitih pravnih sistema. Rezultat nužnih kompromisa su ovakve, nedovoljno precizne formulacije, koje se u praksi mogu različito tumačiti.

PONAŠANJE PUTNIKA

U članu 17. stav 1.CVR je predviđeno da se prevozilac potpuno ili delimično oslobađa odgovornosti koja proističe iz ove konvencije srazmerno gubitku ili oštećenju do kojih je došlo krivicom ili nepažnjom putnika ili ponašanjem putnika koje ne odgovara normalnom ponašanju putnika.

Ovo je drugi uobičajeni razlog za oslobođenje od odgovornosti. Prihvatajući opšte usvojeno pravilo imovinskog prava po kome je krivica odn. ponašanje oštećenog osnov za oslobođenje od odgovornosti, i u CVR je predviđen ovaj razlog za oslobođenje od odgovornosti.

U vezi sa ovom formulacijom „krivica odnosno nenormalno ponašanje putnika", može se postaviti pitanje zašto je izdvojen u poseban osnov, kada je ponašanje putnika već po svojoj prirodi spoljni događaj u odnosu na prevoziočki pogon, pa bi se oslobađane od odgovornosti moglo tražiti po osnovu pozivanja na višu silu.

Međutim, razlike ipak postoje. Za događaj više sile traži se da je neizbežan i neotklonjiv i pored primene dužne pažnje. Tako su uslovi da se događaj kvalifikuje kao viša sila širi od onih koji se traže kod ponašanja putnika. Izdvajanjem

ponašanja putnika u poseban osnov za oslobođenje se želelo da se teži teret dokazivanja kod više sile ovde izbegne. Teret dokazivanja za prevozioca je lakši i pozivanje na ovaj osnov oslobođenja je povoljniji za prevozioca, jer ne treba da je ponašanje nepredvidivo i neotklonjivo i ne traži se ulaganje dužne pažnje, što naravno ne znači da prevozilac ne mora da ulozi pažnju. Naime, ukoliko postoji povreda dužne pažnje od stane prevozioca, onda postoji i krivica na njegovoj strani koja u osnovi dovodi do odgovornosti.

Navođenje krivice ili nepažnje ili ponašanja putnika koje ne odgovara normalnom ponašanju putnika su izrazi kojim se kvalifikuje ponašanje putnika kako bi se suzio obim pojma ponašanje u meri koja je odgovarajuća za prevozioca, jer bi sam izraz ponašanje bio suviše širok. Uvođenje pojma" ponašanja putnika koje ne odgovara normalnom ponašanju putnika" znači da ponašanje lica koja nemaju poslovnu sposobnost i kojima se može pripisati krivica, predstavljaju osnov za oslobođenje.

Drugo pitanje koje se može postaviti je šta se podrazumeva pod pojmom „ponašanje" da li i radnje tj. činjenje ili i propuštanje. Iz primene ove odredbe proizilazi da se pod ponašanjem podrazumevaju radnje i propuštanja a pod normalnim ponašanjem ponašanje prosečnog čoveka kod kojeg postoji svest o obazrivosti u određenoj situaciji. Kad je nesrećan slučaj nastao sadejstvom ponašanja putnika i prevozioca, predviđa se podeljena odgovornost prevozioca i oštećenog putnika, tj. odgovornost prevoznika umanjuje se u onoj meri u kojoj je šteta posledica namere ili nepažnje putnika, kao i njegovog ponašanja koje odstupa od normale.

RADNJE TREĆIH LICA

U članu 17. stav 2.CVR je predviđeno ukoliko prevozilac snosi odgovornost za gubitak ili oštećenje, ali je neko treće lice doprinelo svojim postupcima ili propustima da do njih dođe, prevozilac odgovara za svu štetu, uz rezervu da ipak ima pravo da podnese regresnu tužbu protiv tog trećeg lica.

Ovo znači da prevozilac odgovara u potpunosti kad je došlo do sakrivice odnosno sauzrokovanja u šteti i sa njegove strane i od strane trećeg lica. Dakle, ako je radnja trećeg lica samo delimično prouzrokovala štetu, to nema za posledicu umanjenje odgovornosti prevozioca, već prevozilac u potpunosti odgovara. Oštećeni putnik je na ovaj način zaštićen, jer eventualnu platežnu nesposobnost trećeg lica snosi železnica, koja naravno ima pravo regresa prema trećem licu.

Prevozilac se takođe oslobađa prema članu 17. ako su gubitak ili oštećenje izazvani nuklearnim incidentom i kada, na osnovu specijalnih propisa važećih u jednoj državi ugovornici kojima se reguliše odgovornost u oblasti nuklearne energije, odgovornost za ovaj gubitak ili oštećenje snosi korisnik nuklearnog uređaja ili lice koje ga zamenjuje.

Opšte usvojeno je pravilo predviđeno i u CVR da prevozilac gubi pravo na oslobođenje od odgovornosti ili pravo na ograničenje limita odgovornosti ako je šteta nastala namerom ili grubom nepažnjom prevozioca.

NAKNADA ŠTETE

U članu 12. CVR je predviđeno: Imajući u vidu tačku 1. člana 13. sud koji vodi postupak određuje u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom mesta gde se nalazi njegovo sedište, uključujući norme kolizionog prava, razmere štete za koju treba dati naknadu zbog smrti, telesne povrede ili nanošenja svake druge fizičke ili psihičke povrede putniku, kao i koja lica imaju prava na naknadu zbog takve povrede.

Ukupan iznos naknade koju je prevoznik dužan da isplati u vezi sa istim događajem ne može biti veći od 250.000 franaka za jednog oštećenika. Međutim, svaka država ugovornica može odrediti višu granicu, ili uopšte ne odrediti granicu. Ukoliko se glavno poslovno mesto prevoznika nalazi u toj državi ili u državi koja nije strana ugovornica, a čije zakonodavstvo predviđa višu granicu ili pak uopšte ne određuje granicu, prilikom određivanja ukupnog iznosa primenjuje se zakonodavstvo te države, izuzimajući norme koje se odnose na koliziono pravo.[18]

EU PROPISI

EU ima potpuno i sveobuhvatno zakonodavstvo o pravima putnika i to za sve grane prevoza.[19]

Ova prava se regulišu direktivama i uredbama čija sadržina daje šira prava putnicima u odnosu na klasična prava utvrđena međunarodnim konvencijama(naknada štete u slučaju smrti i telesne povrede putnika i prava na naknadu štete zbog gubitka ili oštećenja prtljaga). Tako komunitarno pravo predviđa npr. pravo na unapred predviđen iznos novčane naknade zbog otkazivanja putovanja ili dužeg kašnjenja početka putovanja, pravo na smeštaj, ishranu, pravo na predviđenu materijalnu naknadu bez obaveze da dokazuje visinu pretrpljene štete zato što nije izvršen uredan prevoz itd. Posebno su regulisana prava invalidnih lica, što nije predviđeno u međunarodnim konvencijama, i predstavlja napredak u pravnom regulisanju zaštite prava putnika. Međutim, proširivanje prava putnika finansijski opterećuje prevozioce, tako da se oni u praksi sve više uključuju u pakete transportnog osiguranja.

---

[18] Član 13 CVR.

[19] Vidi više: Jasenko Marin; Osiguranje u funkciji zaštite prava putnika i poslovanja putničkih prijevoznika. Zbornik radova: Dani hrvatskog osiguranja, 2014.

Za svaku granu prevoza postoje posebna pravila o zaštiti prava putnika ali ona nisu ista za sve grane prevoza, što je posledica različitih ekonomskih pa i širih društvenih i političkih okolnosti. Činjenica je da se u pravnom regulisanju prevoza često kao odlučujući faktori ne uzimaju pravni argumenti, nego su formulacije posledica vanpravnih tj. političko ekonomskih uticaja (ta nedoslednost se naročito vidi u pravilima koja predviđaju prirodu odgovornosti, pa je princip objektivne i subjektivne odgovornosti nejednako primenjen, mada su u načelu svi prevozi opasne delatnosti).

Kad se govori o komunitarnim propisima koji regulišu prava putnika, onda je važno istaći da, bez obzira na različiti stepen zaštite koji se obezbeđuje u pojedinim saobraćajnim granama, sve direktive i uredbe poštuju sledeća prava putnika:

1. Pravo na nediskriminaciju u pogledu pristupa prevozu
2. Pravo na prevoz lica sa invaliditetom
3. Pravo na potrebne informacije
4. Pravo na odustajanje od putovanja uz vraćanje plaćene cene putovanja, u slučajevima kada putovanje nije izvršeno kako je ugovoreno
5. Pravo na izvršenje obaveze iz ugovora na drugi način u slučaju prekida putovanja (prevoz drugim sredstvom ili u drugom terminu)
6. Pravo na pomoć u slučaju dužeg kašnjenja
7. Pravo na naknadu u određenim okolnostima
8. Pravo na utvrđivanje odgovornosti prevozioca
9. Pravo na efikasan sistem rešavanja putničkih pritužbi
10. Pravo na punu implementaciju i primenu propisa

Posebno je potrebno imati u vidu činjenicu da je su brojne međunarodne konvencije uključene u pravni poredak EU, jer EU ima mogućnost da zaključuje međunarodne ugovore, koji se bez ratifikacije država članica direktno primenjuju u pravnom sistemu EU i postaju njegov sastavni deo. Mogućnost da se odredbe komunitarnih propisa razlikuju od rešenja u međunarodnim konvencijama, jer se uredbama daju šira prava putnicima nego što je to predviđeno međunarodnim konvencijama, postavlja u praksi pitanje šta ima prioritet u primeni. Teorijski branjen koncept da međunarodne konvencije imaju prioritet u primeni u odnosu na komunitarne propise, praksa, naročito Evropskog suda pravde, često opovrgava.[20] Uticaj sudskih presuda ovog Suda, bilo tako što one omogućavaju direktnu primenu uredbe nad međunarodnom konvencijom, ili tako što se stavovi Suda ugrađuju kao opšte rešenje u konkretnu uredbu, govori u prilog tome da sudska praksa u pravu EU nije marginalizovana, već naprotiv da ima sve veću ulogu i na taj

[20] Đurđev D, Pravno regulisanje ugovora o prevozu putnika u vayzušnom saobraćaju; Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije, tematski zbornik, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2015., str 95-111. Đurđev D, Prava putnika u železničkom prevozu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2016, Vol. 50, No 1, pp 39-54.

način evropsko pravo dobija neka obeležja anglosaksonskog prava, pa se u izvesnoj meri ublažava različitost common law i civil law pravnih sistema.

EU je uspela da posle vazdušnog, železničkog, pomorskog i saobraćaja unutrašnjim plovnim putevima, usvoji pravila o pravima putnika i u autobuskom saobraćaju Uredbom 181/2011.[21] čime je postignuto da putnici koji putuju autobusom u okviru EU imaju ista prava u ostvarivanju ovog prevoza, koja već postoje u drugim saobraćajnim granama. Inače autobuski saobraćaj je drugi po zastupljenosti korišćenja kopnenih vidova saobraćaja u EU sa 9,2% učešća u celokupnom kopnenom prevozu, odmah iza sopstvenog automobilskog prevoza 81, 7%[22]

Ovaj novi propis primenjuje se na putnike na linijskom prevozu koji putuju koristeći redovne usluge namenjene neodređenom broju kategorija putnika pod uslovom da se ukrcaj ili iskrcaj putnika obavlja na teritoriji neke od država članica Unije i da je reč o putovanju na „dužu distancu", odnosno na slučajeve kada je razdaljina koju treba preći u okviru pružanja ove usluge veća ili jednaka 250 kilometara.[23]

Nova regulativa definiše osnovna prava putnika, ali nameće i nove obaveze za autobuske kompanije i upravnike terminala. Predviđeno je da u svakoj zemlji članici postoji nezavisno telo čiji je zadatak da nadgleda primenu zakona i da, ako je to potrebno, izriče kazne.

Najveći deo njenih odredaba kao i najširi krug prava putnika se odnosi na linijski prevoz duže od 250 km. Međutim, određene odredbe se primenjuju i na kraćim redovnim linijama, naročito one koje se odnose na prava putnika sa invaliditetom, pravo na nediskriminaciju, pravo na pružanje informacija. Pojedine odredbe Uredbe se primenjuju i na povremene prevozne linije, naročito pravila o naknadi za slučaj smrti i povrede putnika, gubitak i oštećenje prtljaga, zatim pravila o izdavanju elektronskih karata i dr. Uredbom je data mogućnost da države članice u određenim slučajevima preduzmu odlaganje primene velikog broja odredaba Uredbe u pogledu nacionalnog prevoz i prevoza koji je u red vožnje uključio i stanice van EU, naročito se to odnosi na odredbe koje stvaraju finansijske obaveze prevoziocu.[24] Ovu mogućnost je iskoristilo 13 džava (Austrija, Hrvatska, Estonija, Finska, Nemačka, Grčka, Mađarska, Italija, Litvanija, Holandija, Slovačka, Slovenija i Velika Britanija).[25]

---

[21] Uredba EU br.181/2011. Evropskog parlamenta i Saveta 2011. o pravima putnika u autobuskom prevozu i izmeni Uredbe EZ br. 2006/2004,L 055/116.02.2011.http://eur-lex.europa.eu/legal content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32011R0181),

[22] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0619&from=EN

[23] Član 3. a) I b) Uredbe: „linijski prevoz" znači prevoz kojim se osigurava autobuski prevoz putnika prema utvrđenim razdobljima i na određenim relacijama, pri čemu putnici ulaze i izlaze na unapred utvrđenim stanicama;" povremeni prevoz" znači prevoze, koji nisu zastupljeni u definiciji linijskih prevoza i glavna karakteristika je autobuski prevoz grupe putnika, sakupljenih na inicijativu naručioca prevoza ili samog prevoznika.

[24] Član 2. tačke 4,5, 6 Uredbe.

[25] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0619& from=EN

1. PRAVA PUTNIKA U SLUČAJU ZAKAŠNJENJA U POLASKU ILI OTKAZIVANJA PREVOZA

Uredba ova prava određuje samo u pogledu putnika koji putuju na relaciji dužoj od 250 km. Tako ako je došlo do otkazivanja putovanja ili zakašnjenja dužeg od dva sata ili je prebukiran prevozilac mora pružiti putniku izbor između sledećih mogućnosti:

- Da nastavi putovanje preusmeravanjem pod sličnim uslovima kao što su prvobitno ugovoreni što pre i bez dodatnih troškova
- Da se nadoknadi cena karte i što pre tamo gde je moguće obezbedi besplatan povratak do prve prevozničke stanice od kojeg se može nastaviti putovanje[26].

Ako autobus za vreme vožnje postane neispravan, prevozilac osigurava nastavak prevoza drugim vozilom od mesta gde je neispravno vozilo, ili prevoz od mesta gde je neispravno vozilo do primerenog mesta čekanja. Ako je linijski prevoz otkazan ili kasni u polasku s autobuske stanice više od 120 minuta, putnici imaju pravo na nastavak ili preusmerenje putovanja ili povraćaj cene karte od prevozioca.

Članom 21. Uredbe je regulisana pomoć u slučaju otkazanih polazaka ili kašnjenja pri polasku. Za putovanje, za koje je predviđeno trajanje više od tri sata, prevozilac u slučaju otkazivanja ili kašnjenja pri polasku za više od 90 minuta, putnicima besplatno nudi: (a) lake obroke, jelo ili osvežavajuća pića primerene u pogledu vremena čekanja ili kašnjenja, pod uslovom da su dostupni u autobusu ili na peronu, ili da se mogu razumno dostaviti; (b) hotelsku sobu ili drugi smeštaj kao i pomoć u organizovanju prevoza između autobuskogperona i mesta smeštaja u slučaju kad je potreban ostanak jednu ili više noći.

Prevozilac može ograničiti ukupan trošak smeštaja koji ne uključuje prevoz od autobuskogperona do mesta smeštaja i natrag, na 80 EUR po noćenju za svakog putnika i za najviše dve noći.[27]

2. PRAVA PUTNIKA U SLUČAJU SMRTI, TELESNE POVREDE I OŠTEĆENJA PRTLJAGA

Prava u slučaju smrti i ozlede putnika odnosno u slučaju oštećenja prtljaga predviđena su za putnike na relacijama dužim od 250 km, kao i za putnike na povremenim linijama. Putnici u skladu s primenjivim nacionalnim zakonodavstvom imaju pravo na odštetu za smrt, uključujući opravdane pogrebne troškove, ili za ličnu povredu, kao i za gubitak ili oštećenje prtljaga zbog nesreće koje se

[26] Član 19. Uredbe.

[27] Nikoleta Radionov Radenković, Zaštita prava putnika u cestovnom prijevozu i uloga osoguranja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu, 58 (1-2) /2008, 391—414

dogode pri upotrebi autobusa. U slučaju smrti putnika to pravo imaju sva lica koje je putnik izdržavao ili bi ih trebao izdržavati.[28]

Iznos odštete se računa u skladu s nacionalnim zakonodavstvom koje se primenjuje. Bilo koja najveća granica utvrđena u nacionalnom zakonodavstvu za odštetu za smrt ili povredu ili gubitak ili oštećenje prtljaga u svakom pojedinom slučaju ne sme biti niža od 220 000 EUR za putnika i 1 200 EUR za svaki komad prtljaga.

Prava putnika s invaliditetom i lica smanjene pokretljivosti su posebno predviđena a radi se o ključnim pravima koja se primenjuju na linijskom prevozu bez obzira na dužinu prevoza a obuhvataju prava na informacije, pravo na zadovoljenje posebnih potreba lica, pristup prevozu bez ikakve diskriminacije i nakanadu štete.[29]

Prilikom ocene Uredbe ističe se da je Parlament EU pristao na kompromis, dozvolivši malim i srednjim preduzećima koja se pretežno bave autobuskim prevozom, da se prilagode ovim relativno strogim zahtevima, tako što države mogu da određene usluge linijskog prevoza ili one čiji se značajniji deo pruža van granica Unije, izuzmu iz režima Uredbe, najduže 8 godina. Ovakva mogućnost odlaganja primene pojedinih odredaba nije data npr. u vazdušnom i železničkom prevozu putnika, pa se ova rešenja u drumskom često kritikuju, jer relativno stroga pravila koja štite putnika često se ne primenjuju zbog ove mogućnosti.

Takođe se često kritikuje i to što se pravila Uredbe primenjuju na prevoz duži od 250 km, jer bi svi putnici u EU trebalo da uživaju istu zaštitu, bez obzira na dužinu puta.[30]

ZAKLJUČAK

Posebno značajna pitanja u realizaciji ugovora o drumskom prevozu putnika su vezana za odgovornost prevozioca za štete koje pretrpe putnici. Ova pitanja su regulisan međunardom konvecijom CVR kao i komunitarnim propisima.

U primeni konvencije CVR, pažnja je posvećena odredbama koje nisu dovoljno precizno regulisane i čija primena u praksi stvara izvesne teškoće. Tako na primer, pojam „nesrećnog slučaja“ nije definisan u konvenciji CVR. Pretežna sudska praksa i pravna teorija zauzimaju stav da se mora raditi o događaju koji deluje spolja u odnosu na oštećenog, kako bi se izbegli slučajevi koji imaju uzrok

[28] Član 7. Uredbe.

[29] Član 9.1. Prevozioci, putnički agenti i organizatori putovanja ne smeju odbiti prihvatiti rezervaciju, izdati ili drugačije osigurati kartu ili ukrcati osobu na osnovu invaliditeta ili smanjene pokretljivosti. 2. Osobama s invaliditetom i osobama smanjene pokretljivosti se za rezervacije i karte ne zaračunavaju dodatni troškovi.

[30] Izveštaj Komisije EU Pralamentu i Savetu o primeni Uredbe 181/2011 http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016DC0619&from=EN

jedino u putniku. Događa bi trebalo da deluje odjednom, iznenada i da je vremenski i lokalno određen.

Drugi mogući problem u primeni konvencije CVR je određivanje pojma „više sile". Radi se o osnovu za oslobođenje od odgovornosti koji ne ispunjava sve elemente koji se zahtevaju da se događa može nesporno kvalifikovati ka viša sila. Nedostaje izričita kvalifikacija da se radi o događaju koji je spoljašnje prirode u odnosu drumski pogon. U praksi se može postaviti pitanje da li se radi o „višoj sili" i o „slučaju"? Članom 11. CVR je na izvestan način ovo pitanje rešeno, jer je isključen „slučaj" kao osnov za oslobođenje od odgovornosti, čime je potvrđena objektivna odgovornost prevozioca.

U radu je analizirano i zakonodavstvo EU.

EU ima potpuno i sveobuhvatno zakonodavstvo o pravima putnika i to za sve grane prevoza.

Ova prava se regulišu direktivama i uredbama čija sadržina daje šira prava putnicima u odnosu na klasična pravautvrđena međunarodnim konvencijama. Tako komunitarno pravo predviđa npr. pravo na unapred predviđen iznos novčane naknade zbog otkazivanja putovanja ili dužeg kašnjenja početka putovanja. Pravo na smeštaj, ishranu, pravo na predviđenu materijalnu naknadu bez obaveze da dokazuje visinu pretrpljene štete zato što nije izvršen uredan prevoz itd. Posebno su regulisana prava invalidnih lica, što nije predviđeno u međunarodnim konvencijama, i predstavlja napredak u pravnom regulisanjuzaštite rava putnika. Međutim, proširivanje prava putnika finansijski opterećuje prevozioce, tako da se oni u praksi sve više uključuju u pakete transportnog osiguranja

Posebno je potrebno imati u vidu činjenicu da je su brojne međunarodne konvencije uključene u pravni poredak EU, jer EU ima mogućnost da zaključuje međunarodne ugovore, koji se bez ratifikacije država članica direktno primenjuju u pravnom sistemu EU i postaju njegov sastavni deo. Mogućnost da se odredbe komunitarnih propisa razlikuju od rešenja u međunarodnim konvencijama, jer se uredbama daju šira prava putnicima nego što je to predviđeno međunarodnim konvencijama, postavlja u praksi pitanje šta ima prioritet u primeni. Teorijski branjen koncept da međunarodne konvencije imaju prioritet u primeni u odnosu na komunitarne propise, praksa, naročito Evropskog suda pravde, često opovrgava. Uticaj sudskih presuda ovog Suda, bilo tako što one omogućavaju direktnu primenu uredbe nad međunarodnom konvencijom, ili tako što se stavovi Suda ugrađuju kao opšte rešenje u konkretnu uredbu, govori u prilog tome da sudska praksa u pravu EU nije marginalizovana, već naprotiv da ima sve veću ulogu i na taj način evropsko pravo dobija neka obeležja anglosaksonskog prava, pa se u izvesnoj meri ublažava različitost common law i civil law pravnih sistema.

Dušanka J. Đurđev, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Djurdjev@pf.uns.ac.rs

Legal Regulation of the International Road Transport of Passengers

Abstract: *Since March 2013 bus and coach passengers have a minimum set of rights when travelling in the European Union. Regulation 181/2011 concerning the rights of passengers in bus and coach transport applies to passengers travelling with regular services that operate at specified intervals along specified routes, with passengers being picked up and set down at predetermined stopping points. Either the boarding or the alighting point must be within the European Union.*

Some of the Regulation's provisions are mandatory and apply to all services. The other rights available under the Regulation only apply where the scheduled distance of the service is 250 km or more.

Keywords: *road carriers liability,exemptions of liability, vis maior, passengers conduct, damages, Regulation 181/2011, relationship between Regulation and CVR.*

Datum prijema rada: 22.05.2017.

Originalni naučni rad 342.5:343.55
doi:10.5937/zrpfns51-15778

Dr Ljubomir S. Stajić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs

ODGOVOR DRŽAVE NA NASILJE U PORODICI[1]

Sažetak: *Svako nasilje nailazi na određenu reakciju društva i država. Nasilje u porodici kao oblik nasilja izaziva veliku reakciju javnosti, pre svega zbog brutalnosti, brojnosti, amoralnosti i posledica koje ostavlja po žrtvu, ali i društvo i sistem bezbednosti u celini. Rešavanje problema nasilja u porodici zahteva multidisciplinaran pristup. S tim u vezi, država preduzima niz mera i aktivnosti kako bi se to nasilje sprečilo, ali i suzbilo u slučaju izbijanja. To prvenstveno podrazumeva usvajanje odgovarajućih strateških i pozitivnopravnih akata, kao i bezbednosnih mera i aktivnosti kojima su precizno određene nadležnosti, organizacija, ovlašćenja i saradnja pojedinih državnih organa i institucija.*

Primećeno je da u dosadašnjim istraživanjima bezbednosni aspekti nasilja u porodici nisu uopšte, ili nisu istraženi u dovoljnoj meri. Uzimajući u obzir navedeno, u radu su analizirani posledice nasilja u porodici, i to posledice kako po žrtvu, tako i po sistem bezbednosti i državu. Izvršene su nove klasifikacije nasilja u porodici, kao i klasifikacije modela (obrazaca) tog nasilja. Takođe, u radu je ukazano na određene probleme u dosadašnjoj praksi postupanja državnih organa, pre svih policije. Na kraju, dat je prikaz novih rešenja predviđenih Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici, kojima se u značajnoj meri poboljšava položaj žrtava, kao i njihova zaštita i pomoć.

Ključne reči: *bezbednost, nasilje u porodici, policija, prevencija, zaštita.*

UVOD

Nasilje u porodici je u poslednjih nekoliko godina privuklo značajnu pažnju javnosti. Brojnim medijskim izveštavanjima stiče se utisak da je nasilje u porodi-

[1] Rad je nastao kao rezultat rada na projektu *Pravno-bezbednosni aspekti borbe protiv nasilja u porodici u cilju očuvanja porodice kao elementa održivog razvoja*, koji finansira Autonomna pokrajina Vojvodina, Pokrajinski sekretarijat za visoko obrazovanje i naučnoistraživačku delatnost.

ci u Srbiji u stalnom porastu. Reakcije države na ovu pojavu jesu pojedinačne ali i zajedničke akcije pojedinih državnih organa i civilnih organizacija. Da bi reakcija države bila adekvatna, moraju se uvažiti neke polazne pretpostavke u vidu jasnog i preciznog definisanja nasilja, a onda i nasilja u porodici kao bezbednosnog problema. Zatim, neophodno je precizno utvrditi koje su to sve posledice koje nasilje u porodici izaziva, kako po pojedinca-žrtvu, tako i po porodicu i državu (odnosno njen sistem bezbednosti) u celini. Specifičnosti svake države ogledaju se u njenim kulurnim, obrazovnim, socijalnim i drugim obrascima prihvatljivog ponašanja. To znači da je neophodno sagledati sve postojeće modele (obrasce) nasilja u porodici. Prethodno navedeno treba da predstavlja osnovu za donošenje određenih strateških i pravnih akata kojima će se urediti postupanje relevantnih državnih organa (pre svih policije, javnih tužilaštava, sudova i centara za socijalni rad), civilnog društva i na kraju svih građana.

Kada je u pitanju problematika nasilja u porodici u Republici Srbiji, jedna od glavnih zamerki u vidu odgovora države na ovaj oblik ugrožavanja bila je slaba prevencija. Naime, neblagovremeno reagovanje državnih organa je često za posledicu imalo tragične epiloge u vidu ubistava žrtava. U Republici Srbiji, krivično delo nasilja u porodici je po prvi put inkriminisano tek 2002. godine donošenjem Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakona Republike Srbije 2002. godine.[2] Krivičnopravna reakcija države je dodatno „pojačana“ i građanskopravnom zaštitom donošenjem Porodičnog zakona[3], koji je počeo da se primenjuje 1. jula 2005. godine. Nakon toga usledilo je usvajanje niza drugih zakona, od koji je poslednji Zakon o sprečavanju nasilja u porodici.[4] Ovim zakonom se ostvaruju strateški ciljevi predviđeni Nacionalnom strategijom za sprečavanje nasilja nad ženama i nasilja u porodici.[5] Na ovaj način, zaokružen je pozitivnopravni okvir u borbi protiv nasilja u porodici. Prednost je data prevenciji, odnosno poboljšanju mera zaštite žrtava, a sve kroz uspostavljanje multiresorne saradnje.

1. NASILJE KAO BEZBEDNOSNI PROBLEM

Fenomen nasilja je prisutan u svim epohama razvoja ljudskog društva. Kao takvo, nasilje je kroz istoriju menjalo svoje oblike i intenzitet delovanja, ali je cilj

[2] *Službeni glasnik RS*, br. 10/02. Zakon je počeo da se primenjuje 9. marta 2002. godine.

[3] *Službeni glasnik RS*, br. 18/05, 72/11 – dr. zakon i 6/15.

[4] *Službeni glasnik RS*, br. 94/16.

[5] *Službeni glasnik RS*, br. 27/11. O međunarodnoj, evropskoj i nacionalnoj regulativi u pogledu borbe protiv nasilja u porodici vid. Gordana Kovaček Stanić, Sandra Samardžić, „Novine koje donosi Koncencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 2/2014, 93-119 i Sandra Samardžić, „Pravni mehanizmi zaštite žena od nasilja u porodici i partnerskim odnosima na nivou Evropske unije i Srbije”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 4/2012, 423-442.

uvek ostajao isti. U okviru svakog društva postoje pojedinci i grupe koji u manjoj ili većoj meri pokušavaju ili primenjuju silu radi ostvarenja svojih ciljeva.[6] Nasilje „najčešće podrazumeva (zlo)upotrebu sile kao akta agresije kojim se vrši povređivanje neke osobe ili uništavanje određenih dobara. Izraz nasilje se vezuje za agresivnost, i u tom smislu se shvata kao ispoljavanje napadačkog ponašanja".[7]

Svetska zdravstvena organizacija nasilje definiše kao „namerno korišćenje fizičke snage ili moći, pretnjom ili akcijom prema drugom, sebi, grupi ljudi ili čitavoj zajednici koje rezultira ili postoji velika verovatnoća da će rezultirati povredom, smrću, psihološkom štetom, nerazvijenošću ili deprivacijom."[8]

Sam čin nasilja može biti klasifikovan po više kriterijuma:

a) prema prirodi žrtve (žene, deca, manjine, država itd.)

b) prema snazi upotrebljene sile (velika, srednja, mala ili fatalna i nefatalna)

v) prema prostoru (kuća, škola, radno mesto, javni prostor (otvoren – zatvoren));

g) prema obliku (fizičko, psihičko, emocionalno, ekonomsko, seksualno, verbalno, kulturno);

d) prema sferi života gde se odvija (u porodici, društvu, na manifestacijama);

đ) prema cilju (ubistvo, nanošenje bola, materijalni dobitak, zadovoljenje poriva i sl.);

e) prema motivu (koristoljublje, moć nad nekim, izvršavanje volje nasilnika);

ž) prema uzroku (pijanstvo, bolest, ljubomora, osveta, kao odgovor na drugo nasilje);

z) prema organizovanosti (na plansko, situaciono, afektno, spontano).

Iz navedenog proističe da nasilje nije isto definisano u svim zemljama niti u svim strategijama borbe protiv nasilja. Nasilje se često meša sa pojmovima ugrožavanje, agresija, agresivnost i drugim što dovodi do pojmovnog galimatijasa. Da bi se razumeli svi aspekti nasilja kao izrazito negativnog društvenog, političkog, bezbednosnog i psihološkog fenomena, neophodno je utvrditi njegovo poreklo, posebno imajući u vidu da nasilje nije moguće sprovoditi bez posedovanja određene moći, odnosno sile.[9] Najčešće radna definicija nasilja se određuje kao „odnos između dve strane gde jedna strana upotrebom sile ili pretnjom da će je upotrebiti utiče na volju druge strane".[10] Kako god definisano, nasilje se u pravnim i bez-

---

[6] Vid. Ljubomir Stajić, *Osnovi sistema bezbednosti – sa osnovama istraživanja bezbednosnih pojava*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2015, 82.

[7] Željko Ninčić, Nasilje kao „obrazac" ponašanja u Srbiji, u zborniku tom 2: *Nasilje u Srbiji – uzroci, oblici, posledice i društvene reakcije*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2014, 204.

[8] *Ibid*.

[9] Radoslav Gaćinović, Mladen Bajagić, „Pojmovno određenje moći, sile i nasilja", u zborniku tom 1: *Nasilje u Srbiji – uzroci, oblici, posledice i društvene reakcije*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2014, 301.

[10] Željko Nikač, Boban Simić, „Rad policije u zajednici kao odgovor na nasilje u društvu", u zborniku tom 2: *Nasilje u Srbiji – uzroci, oblici, posledice i društvene reakcije*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2014, 15.

bednosnim naukama određuje kao vid kriminalnog ponašanja koje osim posledica po žrtvu ima i posledice po čitavu državu i to u socijalnoj, ekonomskoj, bezbednosnoj i kulturno-psihološkoj sferi. Navedeno, prevashodno, važi za one činove nasilja koji se izdvajaju po svojoj brutalnosti, brojnosti, amoralnosti kao i za one kojima su pogođene zaštićene grupe kao što su deca, žene, lica sa posebnim potrebama, mladi školskog uzrasta, starija nemoćna lica i drugi.

2. POSLEDICE RAZLIČITIH OBLIKA NASILJA U PORODICI

Posledice različitih oblika nasilja, pa i onog u porodici su različite barem onoliko koliko ima i oblika nasilja, pa zato kažemo da jedan oblik nasilja može izazvati i više različitih posledica. Posledica po žrtvu nije i jedina posledica u većini slučajeva. Posledice uvek osećaju i bližnji žrtve i one mogu biti psihičke, socijalne, ekonomske, bezbednosne, kulturne, religijske[11] i druge. Isto tako, posledice mogu biti jednokratne i višekratne i mogu trajati kratko ili pak ceo život žrtve. Neke posledice se mogu prevazići i sanirati dok sa mnogima to nije slučaj. Posledice nasilja nekada ne moraju biti same sebi krajnji cilj. Ubistvo policajca recimo u terorističkom napadu za posledicu ima smrt tog državnog službenika, ali je u stvari prava posledica težnja terorista za širenjem straha kod celokupnog stanovništva kako bi se ostvarile željene političke promene. Dakle, namera nasilnika prema nekoj osobi ne mora uvek imati za motiv štetu toj osobi, već štetu nekom drugom kako bi ovaj drugi patio ili pak državi kako bi popustila pred onima koji primenjuju nasilje organizovano i sa političkim ciljem. Kao primer navešćemo slučajeve krvne osvete gde ubica ne ubija ubicu svog sina ili rođaka, već nekog njegovog bliskog iz porodice kako bi ovaj ceo život nosio tu bol.

Fizičke i psihičke posledice nasilja po žrtvu nasilja se manifestuju smrću,[12] narušenim zdravljem, depresijom, upotrebom psihoaktivnih supstanci, mentalnim bolestima i dr. Posledice po žene mogu biti izolovanost, sprečenost da rade, zarađuju i ekonomski se osamostale, sprečenost da vaspitavaju decu na pravi način. Kod dece posledice su: niži koeficijent inteligencije, problemi u ponašanju, slabo učenje, povučenost u komunikaciji, stid, potištenost, socijalna nezrelost i drugi.

Kao *duhovne posledice* javljaju se promena ili uništavanje kulturnih vrednosti i pogleda na život i društvo, promena ili odbacivanje religijskih opredeljenja,

---

[11] Nasilna promena vere, zabrana prisustvovanja verskim događajima, zabrana sprovođenja verskih običaja u kući i sl.

[12] Prikupljanjem i analizom novinskih člana, Mreža „Žene protiv nasilja“ došla je do podataka da je u periodu od 1. januara 2010. godine do 31. decembra 2012. godine u porodično-partnerskom odnosu na teritoriji Srbije ubijeno 87 žena. Dragana Anđelković, „Porodično nasilje u Srbiji“, u tematskom zborniku radova 1: *Nasilje u Srbiji – oblici, činioci, kontrola*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2015, 140.

odbacivanje sopstvenog sistema kulturnih vrednosti i prihvatanje nasilnikovih i slično.

Ekonomske posledice po državu i društvo se ogledaju u velikim troškovima socijalne zaštite, medicinskog zbrinjavanja i sklanjanja žrtve iz mesta gde se nasilje odvijalo. Troškovi su i veći kad su žrtve ujedno i žena i deca, jer se uglavnom radi o nezaposlenim majkama. Dnevni boravak jedne odrasle osobe u sigurnoj kući košta oko 1500 dinara. Grad Beograd je u junu 2013. godine usvojio odluku o pružanju finansijske pomoći žrtvama nasilja u porodici smeštenim u sigurnim kućama u iznosu od 28,5 miliona dinara za period od tri godine. Ova sredstva su samo deo i bila su namenjena za službu obezbeđenja,[13] komunalne troškove, troškove telefona, higijene, garderobe i ishrane.[14] Ako se pomenute cifre, samo za ove potrebe, pomnože sa brojem zlostavljanih žena i dece i brojem dana i meseci za koje primaju pomoć dobiće se jako veliki iznosi za svaki budžet.

Jedna od posledica nasilja jesu, svakako, i svi oblici reakcije na nasilje što je u većini slučajeva takođe nasilje po principu akcije i reakcije. Reakcije žrtve idu u dijapazonu od individualnog straha za sebe i bližnje, psihosomatskih posledica i izbegavanja delova grada, manifestacija, objekata do samoorganizovanja i situacije silom na silu. Osim negativnih treba napomenuti da postoje i pozitivne posledice u smislu podizanja bezbednosne kulture (samozaštitno obrazovanje, ponašanje i integracija) i u bezbednosnom smislu podizanje nivoa organizovanosti i delovanja subjekata sistema bezbednosti (pre svih policije) i aktivista nevladinog sektora usmerenog na bezbednost ljudi, porodice, ranjivih grupa i populacije koja je neotporna na nasilje (stari, deca i drugi).

Dakle, ako bismo želeli da izvršimo naučnu klasifikaciju opšteg tipa posledica nasilja u porodici po bezbednost (bilo ličnu, grupnu i kolektivnu), možemo ih podeliti na:

1. direktne i indirektne;
2. kratkotrajne i dugotrajne;
3. negativne i pozitivne;
4. lične i one po bezbednost društva.

---

[13] O trenutnim dometima i pozitivnopravnim rešenjima vezanim za privatnu bezbednost u Republici Srbiji, vid. Ljubomir Stajić, Goran Mandić, „Neke kontroverze Zakona o privatnom obezbeđenju“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* 2/2014, 131-150, Ljubomir Stajić, Nenad Radivojević, „Zakon o privatnom obezbeđenju – stanje i posledice“, *U: Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, tematski zbornik knjiga 3, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2015, 171-180 i Ljubomir Stajić, Nenad Radivojević, „Neki problemi implementacije Zakona o privatnom obezbeđenju“, U: *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unij*e, tematski zbornik knjiga 4, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2016, 153-169.

[14] Darko Dimovski, Jelena Stanojević, „Uloga države u pružanju pomoći žrtvama nasilja u porodici“, u zborniku tom 2: *Nasilje u Srbiji – uzroci, oblici, posledice i društvene reakcije*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2014, 110.

Direktne posledice su one koje žrtva oseća kao ugrožavanje trenutno ili potencijalno, zatim one koje izazivaju direktan rad i troškove sistema bezbednosti i državnih struktura u vidu sigurnih kuća, edukacije subjekata sistema bezbednosti i slično, kao i one po zdravstveni sistem i sistem rehabilitacije.

Indirektne posledice su:

1) brojnost tih krivičnih dela odvlači centar delovanja policije sa drugih, „težih" krivičnih dela;
2) povećano naprezanje policijskih službenika;
3) smanjenje vremena koje policija može da posveti prevenciji kriminaliteta;
4) povećana potrošnja materijalno – tehničkih sredstava;
5) smanjenje budžeta;
6) povećanje troškova za brojnu izgradnju sigurnih kuća;
7) povećano opterećenje socijalnih ustanova, itd.

Načelno rečeno, posledice nasilja u porodici zavise od broja učestalosti i prirode izvršenog krivičnog dela, uticaja koja ona imaju na širu populaciju, društvo u celini i sisteme bezbednosti, socijalne zaštite, krivično-pravnih sankcija i na kraju, ali ne i manje važno, i na ličnom planu (trenutno ili trajno).

Posledice nasilja u porodici po žrtvu se dele na one koje se tiču:

1. *Fizičkog statusa* (fizičko nasilje u vidu šamaranja, gađanja predmetima, guranja i vučenja, razbijanja i bacanja predmeta po kući, udaranje, ogrebotina i posekotina, preko preloma i teških povreda do smrtnog ishoda).
2. *Psihičkog i emocionalnog statusa* (psihičko nasilje u vidu vređanja, omalovažavanja, pretnja, uznemiravanja, kontrole i ucene, što sve dovodi do osećaja straha, depresije, socijalne izopštenosti, psihičkih bolesti, pokušaja samoubistva usled subjektivnog doživljaja da nemaju kontrolu nad svojim životom i osećaja bespomoćnosti i sl.).[15]

Osim navedenog u literaturi se navodi još i: povećana tolerancija na nasilje, samookrivljavanje, ambivalencija prema partneru, prihvatanje poniženosti, zavisnosti i podređenosti kao normalne, jer je sve posledica ponašanja žrtve, a ne nasilnika.[16]

Žrtve nasilja su članovi društva koji ne doprinose društvu (izopštenost iz normalnih društvenih tokova, neučestvovanje u društvenom i političkom životu – npr. na izborima, onemogućeni su da rade i zarađuju, sprečeni da na pravi način učestvuju u obrazovanju i staranju o deci i slično). Zatim, žrtve često koriste psihoaktivne supstance za smirenje što povećava druge sociopatološke pojave (alkoholizam, narkomanija, prostitucija). Takođe, one postaju žrtve drugih sociopato-

[15] Vid. Tanja Ignjatović, *Posledice koje ima nasilje prema ženama u partnerskom odnosu na decu i odgovor javnih službi na ovaj problem*, Autonomni ženski centar, Beograd 2013, 63-65.

[16] Aleksandra Spasojević, „Posledice nasilja nad ženama i sekundarna viktimizacija", u zborniku tom 2: *Nasilje u Srbiji – uzroci, oblici, posledice i društvene reakcije*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2014, 448.

loških i kriminalnih grupa kao što su destruktivne sekte,[17] a nisu retki ni slučajevi pojave mentalnih poremećaja (efekat multiplikacije nasilja).

3. MODELI (OBRASCI) NASILJA U PORODICI

Analizirajući slučajeve nasilja u prodici mogu se uočiti određene pravilnosti odnosno obrasci (modeli) po kojima se nasilje odvija. U tom smislu, možemo ih označiti kao:

1) spontano (afektno);
2) izazvano (nasilje kao odgovor na nasilje);
3) podstrekavano i
4) tradicionalno.

Spontani obrazac nastaje kao posledica pogrešne percepcije nasilnika da ga žrtva vara, obmanjuje, potkrada, ogovara, vređa i slično i da jedino batinama može „urediti stvar" i „isterati" pravdu. U kombinaciji sa alkoholom i opijatima nasilje (nad najčešće ženom) se širi i na druge članove porodice koji su stali u zaštitu žrtve, čime i oni postaju žrtve. Posle otrežnjenja nasilnik se prividno smiruje, izvinjava i obećava da to neće više činiti. Vremenom ga sumnja i dalje ne napušta, već samo traži nove „dokaze" i opet postaje nasilnik.

Izazvano ili reakcionarno nasilje je ona vrsta nasilja koja nastaje kada žrtva ne može više da trpi višegodišnje nasilje i odlučuje se za radikalne mere nasilja svesna da čini kriminalni čin i da sledi kazna. Radikalna mera je najčešće ubistvo nasilnika koje se pravda spašavanjem dece i sebe od neprekidnog višegodišnjeg nasilja koje se više nije moglo izdržati i viđeno je kao jedino moguće rešenje.[18]

Tradicionalno nasilje se opisuje kao nasilje koje potiče kao deo kulturnog obrasca. Najčešće se prepoznaje po tome što se muškarcu (mladoženji) savetuje da „čim uđe u kuću ženi opali šamar da bi se znalo ko je gazda". Slični primeri se savetuju i u odnosima sa decom.

---

[17] Više o destruktivnim sektama vid. Ljubomir Stajić, *Osnovi sistema bezbednosti – sa osnovama istraživanja bezbednosnih pojava*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2015, 164-192.

[18] U ženskom odeljenju Kazneno-popravnog doma Požarevac sprovedeno je istraživanje na uzorku od 20 žena koje su izvršile krivično delo ubistva, nakon što su trpele dugogodišnje nasilje, zlostavljanje, ponizavanje bračnog/vanbračnog supruga/parnera, nadajući se da će nasilje vremenom prestati, zavarane, između ostalog, naizmeničnim smenjivanjem ekstremno nasilnog i ekstremno dobrog ponašanja nasilnika. Karakteristično za sve slučajeve je da nisu dobile odgovarajuću društvenu pomoć i podršku (iako su je po pravilu tražile), kao i da su delo izvršile nakon eskalacije nasilja. Žene su u svojim ispovestima često opisivale da su u kritičnom trenutku razmišljale da li „da ubiju sebe ili njega". Takva reakcija je izraz posttraumatskog stresnog sindroma, odnosno, akumuliranja traume, koja se nikada ne završava, čime su pojačana osećanja straha i bespomoćnosti. Vesna Nikolić-Ristanović, *Od žrtve do zatvorenice – nasilje u porodici i kriminalitet žena,* Viktimološko društvo Srbije, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd 2000, Nav. prema D. Anđelković, 142-143.

Tzv. nagovoreno (podstrekavano) nasilje u porodici nastaje kada labilnu ličnost, najčešće muškarca i to u alkoholisanom stanju, „prijatelji“ savetuju da pokaže svojoj ženi i deci ko je gazda u kući uz uzrečicu „nemoj da si slabić“ i slično. Ta labilna osoba čini nasilje i bez nekih vidljivih (realnih) razloga. Ti razlozi vremenom postaju sve bizarniji, a nasilje postaje deo svakodnevnog modela ponašanja nasilnika.

4. ODGOVOR DRŽAVE NA NASILJE U PORODICI

Nasilje uvek izaziva reakciju državnih organa i čitavog društva, jer se između fizičke, materijalne i psihičke štete po žrtvu, javljaju još i strah, zabrinutost i odijum građana (kao sekundarna posledica) koji dalje vrše pritisak na vladajuće strukture da adekvatno odgovore. Iz navedenog je jasno da ni jedna država, pa ni njen sistem bezbednosti ne ostaje indiferentna na pojavu bilo kog oblika kriminalnog i društveno neprihvatljivog nasilja.

Borba protiv nasilja je uvek dugotrajan proces, koji podrazumeva primenu više različitih preventivnih i represivnih metoda i sredstava. U tu borbu je uvek uključeno više činilaca interaktivno povezanih koji sinergijski deluju na ostvarenju jednog cilja. Uprkos tome, možemo uočiti i neke negativne uticaje na borbu protiv nasilja, a to su:

a) faktori straha od osvete nasilnika i njegovih „prijatelja“;

b) nepoverenje u institucije države;

v) otuđenost među komšijama i rođacima;

g) nedostatak bezbednosne kulture kod građana i pripadnika sistema bezbednosti;

d) kulturno, socijalno i versko nasleđe o opravdanosti nasilja u porodici ili kao delu „vaspitavanja“ dece;

đ) strah od gubitka profesionalnog i socijalnog statusa;

e) selektivnost u pristupu i odsustvo državnih strategija;

ž) veliki broj metoda i sredstava nasilničkog ponašanja;

z) velika tamna brojka kriminaliteta;

i) siromaštvo, sociopatološke pojave i dr.

Osim navedenog, borbu protiv nasilja usložnjavaju i različite vrste nasilnika. U literaturi se navode tri vrste „nasilnika“.

Prvi su *agresivni nasilnici* (oni koji su agresivni prema svima). Oni su nesenzibilni, nadmeni sa niskim stepenom samokontrole i visokim stepenom samopoštovanja. Većina nasilnika spada u ovu kategoriju.

Druga vrsta su *anksiozni nasilnici* koji su uvek veoma uznemireni i imaju zajedničke karakteristike sa žrtvama kao što su nisko samopoštovanje, nesigurnost, usamljenost, emocionalna nestabilnost. Za ove nasilnike je karakteristično da se često dešava da budu i sami žrtve nasilja.

Treća vrsta su *pasivni nasilnici* koji se ponašaju nasilnički kako bi zaštitili sami sebe i radi podizanja sopstvenog statusa.[19]

Postupanje organa državne sile – policije, tužilaštva i pravosuđa kao i centara za socijalni rad prva su i osnovna brana u prevenciji i represiji nasilja u porodici. Njima je država poverila tu ulogu i uspostavila mehanizme za uspešno suzbijanje nasilja u porodici. Naravno, iako najvažniji ovi državni organi nisu i jedini koji su učesnici u ovako važnom poslu. Tu su još i nevladin sektor, mediji,[20] zdravstveni sistem, školski sistem, javnost uopšte i drugi.

Adekvatno postupanje, ujednačenost i pravovremenost osnovni su principi prevencije, ali i represije ovog krivičnog dela. Navedeno proističe iz brojnih analiza autora o različitim slučajevima u kojima žrtve opisuju ponašanje, delovanje i savetodavne tretmane različitih vladinih i nevladinih institucija (pre svega policije i tužilaštva) pri sličnim situacijama u različitim regionima naše zemlje. Tako, na primer, u izraženim patrijarhalnim sredinama saveti kao što su: „to što ti je lupio šamar je normalno", ili „vidi ti šta je tu tvoja krivica", ili „srediće se kad se otrezni", izraženiji su od sredina gde nije tako izražen tradicionalizam nasilja u porodici kao obrazac ponašanja unutar porodice gde je dominantnom muškarcu (ocu, tastu, bratu) dozvoljeno sve, a ostali mogu samo da trpe. Napomenuli bismo i činjenicu da analize pokazuju da variranje ne postoji samo od regiona do regiona, već i od sudije do sudije ili od socijalnog radnika do socijalnog radnika. Da problem nije jednoznačan i da nije lako rešiv govori i činjenica da ni naučni radnici, pa ni društvo u celini nema jednoznačan stav o količini i vrsti dozvoljene sile u, recimo, vaspitavanju maloletnog deteta i slično. Razlozi za ovakvo postupanje leže u „(ne)znanju, neobučenosti, nerazumevanju, rodnim stereotipima, predrasudama, površnosti i nezainteresovanosti za adekvatno bavljenje svojim poslom".[21]

Osim pozitivne (dominantne) uloge postoji i ona negativna. Negativna uloga organa bezbednosti i socijalne zaštite, o kojoj se inače malo piše, ogleda se u vidu sekundarne viktimizacije. Naime, policija je u prvom redu zadužena da zajedno sa tužilaštvom učestvuje u krivičnom progonu bilo kog nasilnika u porodici i to od otkrivanja do eliminisanja uslova i okolnosti koji pogoduju vršenju nasilja. U toj ulozi žrtve često navode da se u kontaktu sa policijskim službenicima ponekad osećaju zanemarenim, neshvaćenim, često i poniženim zbog potrebe da više puta pred nepoznatim ljudima prepričavaju svoju nesreću gde je pitanje kako će

[19] Ž. Ninčić, 207.

[20] Ovom prilikom treba istaći značaj medija u promociji borbe protiv nasilja u porodici. Permanentnim i objektivnim izveštavanjem o svim merama i aktivnostima državnih organa i nevladinih organizacija svakako se diže svest ljudi i podiže nivo njihove bezbednosne kulture. Međutim, mediji često, u želji za ostvarivanjem profita i što bolje pozicije na tržištu, senzacionalistički izveštavaju o slučajevima nasilja u porodici. Na taj način, pored toga što se krši etički kodes, oni vređaju dostojanstvo kako žrtava tako i učinilaca.

[21] A. Spasojević, 451.

biti shvaćene. Ovo posebno ako u malim sredinama policijski službenik poznaje i nasilnika i žrtvu. Žene pri tim postupcima izražavaju „strah od stigmatizacije, okrivljavanja, osećanja stida, osećanja krivice koje nameće patrijarhalna sredina i predrasude koje imaju prema policijskim službenicima, strah da oni neće razumeti zašto je trpela nasilje i nije ga ranije prijavila".[22]

Policijski službenici zbog raznih razloga, a pre svih zbog neprofesionalizma i neobučenosti, u postupku sa žrtvom u smislu prikupljanja dokaza dodatno kod žrtve pojačaju stanje straha od osvete, straha od procesa koji sledi, stanje šoka i izazivanje konfuzije kako će teći proces i neizvesnost koji slede. Žrtva u tom smislu mora u policiji kao organu javnog reda i mira da oseti da je adekvatno zaštićena, da su njene muke prošlost, da se na njen problem gleda blagonaklono, da veruje da je policijski službenik (koji po pravilu treba da bude žena) razume, i da će je uputiti u sve dalje korake kako bi bili rešeni njeni problemi zauvek. Pri tome, policijski službenik treba da žrtvi ulije poverenje u rad drugih državnih organa i ispravnost njihovog postupanja sa verom da imaju mogućnosti i sredstva da pomognu, a sve zbog eliminisanja predrasuda da je žrtva ostavljena sama sebi i da kad prođe prvi talas svi zaborave na njene probleme i da joj je „život" sa nasilnikom neminovan i suđen. Kao vidovi dodatne viktimizacije javljaju se i: ponovo ispitivanje žrtve, provera verodostojnosti iskaza kod svedoka, minimiziranje krivičnog dela nasilnika, odustajanje od tužbe po službenoj dužnosti, nerazumevanje uzroka i ciklusa nasilja u porodici, nagovaranje porodice da povuče krivičnu prijavu, vraćanje žrtve u sredinu gde se nasilje odigravalo, nagovaranje na pomirenje sa nasilnikom u prisustvu svedoka (porodice, prijatelja), javnim navođenjem u medijima sa iznošenjem detalja nasilja, tretiranjem kao da je žrtva prestupnik, odlaganje zaštitnih mera, sporost u merama odvajanja od nasilnika (mere iseljenja), neuvažavanje sopstvenog doživljaja žrtve o stepenu opasnosti nasilja, arogancija advokata nasilnika prema žrtvi (omalovažavanjem, okrivljavanjem, teranjem da iznosi najbizarnije činjenice više puta i slično).

4.1. Nova rešenja predviđena Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici

Kao što smo u uvodnim izlaganjima rekli, borba protiv nasilja u porodici u Republici Srbiji je uređena određenim strateškim i pozitivnopravnim rešenjima. Ono što je u praksi nedostojalo, bila je bolja zaštita žrtava u početnim fazama nasilja. U ranim fazama krivičnog postupka, ukoliko učiniocu krivičnog dela nasilja u porodici iz člana 194. Krivičnog zakonika nije određen pritvor, žrtva uopše nije bila zaštićena. Takođe, ono što se kroz praksu pokazalo kao problematično jeste neujednačenost postupanja kako kod pojedinih organa tako i u okviru istog

[22] Vid. Vesna Nikolić-Ristanović, *Nasilje u porodici u Vojvodini*, Pokrajinski sekretarijat za zapošljavanje i ravnopravnost polova, Novi Sad 2010.

organa na različitim teritorijama, kao i nedostatak koordinisane saradnje između različitih državnih organa i ustanova. Otklanjanjem navedenih problema, moguće je ostvariti bezbednost žrtava i bezbednost za druge ljude ukoliko nasilnik ne bude adekvatno tretiran i ostavi mu se prostor da se sveti članovima porodice ili okolini zbog prijavljivanja za učinjeno delo. S tim u vezi, Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici su predviđena nova rešenja u vidu ovlašćenja, pre svega policije, a onda i javnog tužilaštva, sudova i centara za socijalni rad.

Novine predviđene Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici (u daljem tekstu: Zakon) predstavljaju pokušaj da se otklone štetne posledice po žrtvu prvenstveno u početnim fazama nasilja u porodici. Glavna novina jeste da se odgovornost nasilnika pomera „unazad", pre nastupanja dejstava krivičnog postupka ili postupaka zaštite od nasilja predviđenog Porodičnim zakonom.[23] Cilj Zakona je da na opšti i jedinstven način uredi organizaciju i postupanje državnih organa i ustanova i time omogući delotvorno sprečavanje nasilja u porodici i hitnu, blagovremenu i delotvornu zaštitu i podršku žrtvama nasilja u porodici.[24] Državni organi čije je postupanje uređeno ovim Zakonom su policija, javno tužilaštvo, sudovi opšte nadležnosti, prekršajni sudovi i centri za socijalni rad.[25] Zakonom je previđena i specijalizovana obuka za nadležne policijske službenike, javne tužioce, zamenike javnih tužilaca i sudije koji primenjuju Zakon i to po programu koji donosi Pravosudna akademija. Pravosudna akademija u saradnji sa drugim stručnim ustanovama i organizacijama sprovodi obuku za javne tužioce, zamenike javnih tužilaca i sudije, dok obuku za policijske službenike sprovodi Kriminalističko-policijska akademija.[26]

Još jedna značajna novina predviđena Zakonom jeste i saradnja u sprečavanju nasilja u porodici.[27] Naime, Zakonom se uvode instituti Lica određena za vezu i Grupa za koordinaciju i saradnju. Lica određena za vezu imenuju se u policijskoj upravi, osnovnom i višem javnom tužilaštvu, osnovnom i višem sudu i centru za socijalni rad. Imenuju ih rukovodioci navdenih organa i ustanova, i to iz reda lica koji su završili specijalizovanu obuku. Navedena lica svakodnevno razmenjuju obaveštenja i podatke bitne za sprečavanje nasilja u porodici, otkrivanje, gonjenje i suđenje za krivična dela određena članom 4 Zakona i za pružanje zaštite i podrške žrtvama nasilja u porodici i žrtvama krivičnih dela određenih ovim Zakonom. Grupa za koordinaciju i saradnju se obrazuje na području svakog osnovnog javnog tužilaštva, a čine je predstavnici osnovnih javnih tužilaštava, policijskih uprava i centara za socijalni rad, sa područja za koje se grupa obrazuje. Članove grupe imanuju rukovidioci navedenih organa i ustanova i to iz reda

[23] Vid. Obrazloženje uz Predlog Zakona o sprečavanju nasilja u porodici.
[24] Zakon o sprečavanju nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS*, br. 94/16, čl. 2.
[25] *Ibid.*, čl. 7-11.
[26] *Ibid.*, čl. 28.
[27] *Ibid.*, čl. 24-27.

lica koji su završili specijalizovanu obuku. Njen je zadatak da razmatra svaki slučaj nasilja u porodici koji nije okončan pravosnažnom sudskom odlukom u građanskom ili krivičnom postupku, slučajeve kada treba da se pruži zaštita i podrška žrtvama nasilja u porodici i žrtvama krivičnih dela iz ovog zakona, izrađuje individualni plan zaštite i podrške žrtvi i predlaže nadležnom javnom tužilaštvu mere za okončanje sudskih postupaka. Sastanci se održavaju najmanje jednom u 15 dana, a sastancima po potrebi, mogu prisustvovati i predstavnici obrazovnih, vaspitnih i zdravstvenih ustanova i Nacionalne službe za zapošljavanje, kao i predstavnici drugih pravnih lica i udruženja i pojedinci koji pružaju zaštitu i podršku žrtvama. Pravilnik o saradnji kojim se bliže određuju prava i obaveze nadležnih državnih organa i ustanova sporazumno donose ministar nadležan za poslove pravosuđa, ministar nadležan za unutrašnje poslove i ministar nadležan za poslove porodične zaštite.

Suštinska, i rekli bismo najvažnija novina predviđena Zakonom jesu nova ovlašćenja nadležnih policijskih službenika.[28] Svi policijski službenici dužni su da odmah obaveste nadležnog policijskog službenika o svakom nasilju u porodici ili neposrednoj opasnosti od nje, bez obzira kako za to saznali i imaju pravo da sami ili na zahtev nadležnost policijskog službenika, dovedu mogućeg učinioca u nadležnu organizacionu jedinicu policije radi vođenja postupka. Zadržavanje u nadležnoj organizacionoj jedinici policije radi vođenja postupka može trajati najduže osam časova. Tokom postupka u nadležnoj organizacionoj jedinici policije mogući učinilac mora da se pouči i da mu se omogući kontakt i korišćenje usluga branioca i pravne pomoći u skladu sa Ustavom i zakonima Republike Srbije. Nadležni policijski službenik mora da mogućem učiniocu koji je doveden u nadležnu organizacionu jedinicu policije pruži priliku da se izjasni o svim bitnim činjenicama, da prikupi potrebna obaveštenja od drugih policijskih službenika, odmah proceni rizik[29] neposredne opasnosti od nasilja u porodici i da, pod uslovima

[28] *Ibid.*, čl. 14-17.

[29] U skladu sa članom 16 Zakona, procena rizika se zasniva na dostupnim obaveštenjima i odvija se u što kraćem roku. Nadležni policijski službenik pri proceni rizika naročito vodi računa o tome: da li je mogući učinilac ranije ili neposredno pre procene rizika učinio nasilje u porodici i da li je spreman da ga ponovi, da li je pretio ubistvom ili samoubistvom, poseduje li oružje, da li je mentalno bolestan ili zloupotrebljava psihoaktivne supstance, da li postoji sukob oko starateljstva nad detetom ili oko načina održavanja ličnih odnosa deteta i roditelja i roditelja koji je mogući učinilac, da li je mogućem učiniocu izrečena hitna mera ili određena mera zaštite od nasilja u porodici, da li žrtva doživljava strah i kako ona procenjuje rizik od nasilja. Sva dostupna obaveštenja o nasilju u porodici ili neposrednoj opasnosti od njega i procenu rizika – ako ona ukazuje na neposrednu opasnost od nasilja nadležni policijski službenik odmah dostavlja osnovnom javnom tužiocu na čijem području se nalazi prebivalište, odnosno boravište žrtve, centru za socijalni rad i grupi za koordinaciju i saradnju. Ukoliko ustanovi postojanje opasnosti koja nije neposredna, nadležni policijski službenik sva dostupna obaveštenja o nasilju u porodici ili opasnosti od njega i svoju procenu rizika dostavlja osnovnom javnom tužiocu i centru za socijalni rad. Nakon prijema procene rizika, grupa za koordinaciju i saradnju u skladu sa članom 31 Zakona izrađuje *individualni plan*

određenim Zakonom, izrekne hitnu meru za sprečavanje nasilja u porodici. Ako posle procene rizika ustanovi neposrednu opasnost od nasilja u porodici, nadležni policijski službenik donosi naređenje kojim izriče hitnu meru učiniocu koji je doveden u nadležnu organizacionu jedinicu policije. Hitne mere su: mera privremenog udaljenja učinioca iz stana i mera privremene zabrane učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj, a naređenjem mogu da se izreknu obe hitne mere. Naređenje se uručuje licu kome je hitna mera izrečena, a dostavlja se i osnovnom javnom tužiocu na čijem području se nalazi prebivalište, odnosno boravište žrtve, centru za socijalni rad i grupi za koordinaciju i saradnju. Žrtva nasilja pismeno se obaveštava o vrsti hitne mere koja je izrečena. Hitna mera koju izriče nadležni policijski službenik traje 48 časova od uručenja naređenja.

Javno tužilaštvo Zakonom dobija jednu novu (obaveznu) ulogu. Posle prijema obaveštenja, procene rizika i naređenja, osnovni javni tužilac proučava obaveštenja i vrednuje procenu rizika nadležnog policijskog službenika. Ako posle toga ustanovi neposrednu opasnost od nasilja u porodici, dužan je da sudu podnese *predlog da se hitna mera produži*, u roku od 24 časa od časa uručenja naređenja licu kome je izrečena hitna mera. Uz predlog, osnovni javni tužilac dostavlja sudu i procenu rizika nadležnog policijskog službenika, svoje vrednovanje njegove procene rizika i druge dokaze koji ukazuju na neposrednu opasnost od nasilja u porodici.[30]

Kako se izricanjem hitnih mera, a i njihovim produžavanjem ograničavaju prava lica kome je mera izrečena, o produženju hitnih mera odlučuje osnovni sud (sudija pojedinac) na čijem području se nalazi prebivalište, odnosno boravište žrtve. Odlučivanjem o predlogu javnog tužioca o produženju hitnih mera, sud vrši kontrolu policije i javnog tužioca. Naime, sud produžava hitnu meru ako posle vrednovanja procene rizika nadležnog policijskog službenika, vrednovanja procene rizika koje je učinio osnovni javni tužilac, ocene priloženih dokaza i tvrdnji iz predloga osnovnog javnog tužioca i ocene izjašnjenja lica kome je hitna mera izrečena, ustanovi neposrednu opasnost od nasilja u porodici, inače odbija predlog kao neosnovan. Rešenje o predlogu donosi se bez održavanja ročišta, u roku od 24 časa od prijema predloga da se hitna mera produži. Osnovi javni tužilac i lice kome je izrečena hitna mera mogu protiv rešenja osnovnog suda podneti žalbu višem sudu, u roku od tri dana od dana prijema rešenja, a preko osnovnog suda koji je doneo rešenje. Osnovni sud dužan je da žalbu i sve spise predmeta prosledi višem sudu u roku od 12 časova od prijema žalbe. O žalbi odlučuje

zaštite i podrške žrtvi, koji sadrži celovite i delotvorene mere zaštite i podrške žrtvi, ali i drugim članovima porodice kojima je podrška potrebna. U izradi individualnog plana učestvuje i žrtva, ako to želi i ako to dozvoljava njeno emotivno i fizičko stanje. Individualnim planom se određuju izvršioci konkretnih mera i rokovi za njihovo preduzimanje, kao i plan praćenja i procene delotvornosti planiranih i produženih mera.

[30] Zakon o sprečavanju nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS*, br. 94/16, čl. 18.

veće višeg suda od troje sudija, u roku od tri dana od dana kada je primilo žalbu od osnovnog suda. Viši sud može odbiti žalbu i potvrditi rešenje osnovnog suda ili usvojiti žalbu i preinačiti rešenje osnovnog suda. On ne može ukinuti rešenje osnovnog suda i predmet vratiti osnovnom sudu na ponovno postupanje. Žalba ne odlaže izvršenje rešenja osnovnog suda. Sud može hitnu meru produžiti za još 30 dana. Ako bude produžena hitna mera privremenog udaljenja učinioca iz stana, lice kome je izrečena može da u pratnji policijskih službenika uzme iz stana neophodne lične stvari.[31] Lice koje prekrši hitnu meru koja mu je izrečena ili produžena, kazniće se za prekršaj kaznom zatvora do 60 dana.[32]

Kako bi se navedenim nadležnim državnim organima omogućilo adekvatno postupanje i odlučivanje, Zakonom je predviđeno da se o slučajevima nasilja u porodici vode evidencije.[33] Centralnu evidenciju, koju čine evidencije policijskih uprava, osnovnih sudova, osnovnih javnih tužilaštava i centara za socijalni rad, vodi Republičko javno tužilaštvo.

Kako bi se pratila primena Zakona i kako bi se poboljšala koordinacija i delotvornost sprečavanja nasilja u porodici i zaštita, Vlada obrazuje Savet za suzbijanje nasilja u porodici.[34] Članove Saveta čine predstavnici državnih organa i ustanova nadležnih za primenu Zakona. Savet može, po potrebi, uključiti u rad i predstavnike naučnih i drugih stručnih institucija i udruženja čija je delatnost povezana sa zaštitom od nasilja u porodici. Sastav, način rada i odlučivanje Saveta bliže se uređuje aktom Vlade o obrazovanju Saveta.

ZAKLJUČAK

U poslednjih nekoliko decenija nasilje u porodici polako izlazi iz okvira „nadležnosti“ same porodice i postaje problem društva i države. Veliki pritisak javnosti i određenih nevladinih organizacija (pre svih feminističke orijentacije) doveli su do toga da je Republika Srbija početkom 21. veka počela da uspostalja pravne i strateške okvire za borbu protiv nasilja u porodici. To je u značajnoj meri zahtevalo reorganizaciju i uspostavljanje novih nadležnosti i ovlašćenja subjekta sistema bezbednosti. Početna iskustva u radu državnih organa nisu dala zadovoljavajuće rezultate na planu zaštite žrtava (pre svih žena i dece). Tome su u značajnoj meri doprineli i postojeći sistemi bezbednosti koji nisu bili spremni i obučeni za sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici. Neprofesionalnost u radu, ignorisanje i neprepoznavanje nasilja u porodici od strane državnih organa (poli-

[31] *Ibid.*, čl. 19-21.
[32] *Ibid.*, čl. 36, st. 1.
[33] *Ibid.*, čl. 32-34.
[34] *Ibid.*, čl. 35.

cije, javnih tužilaštava i centara za socijalni rad) su često za posledicu imali ubistvo žrtava. Tome nažalost u prilog govore i svakodnevna medijska izveštavanja.

Treba reći da pored posledica po žrtvu, nasilje u porodici izaziva i posledice po državu i njen sistem bezbednosti. To se prvenstveno ogleda u velikim finansijskim izdvajanjima za troškove socijalne zaštite, zbrinjavanja, sklanjanja i pomoći žrtvama, edukaciju pripadnika pojedinih subjekata sistema bezbednosti, materijalnih troškova za njihov nesmetan rad i sl. Ipak, treba reći da, pored ovih negativnih, nasilje u porodici izaziva i pozitivne posledice u vidu podizanja nivoa odgovornosti i bezbednosne kulture žrtava, pripadnika policije, javnih tužilaštava, sudova, centara za socijalni rad, civilnog društva, pa sve do pojedinaca u okviru porodica.

Poslednje zakonodavne intervencije u vidu donošenja Zakona o sprečavanju nasilja u porodici ostavljaju nadu da će neki od uočenih problema u preventivnom delovanju nadležnih državnih organa i ustanova biti rešeni. Iz svega ranije navedenog proističe da se samo uz pravilnu pravnu regulativu, obuku za profesionalno postupanje, poštovanje principa rada sa žrtvama nasilja, pravilnim vođstvom (menadžmentom), koordinacijom svih subjekata, uz blagovremeno, tačno i svrsishodno informisanje o pravima i mehanizmima zaštite i jasnu i efikasnu društvenu i medijsku pomoć, mogu ostvariti društveni ciljevi u zaštiti bezbednosti žrtava u porodičnom nasilju.

Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs

State Response on Domestic Violence

Abstract: *Every violence encounters a certain reaction in society and in the state. Domestic violence as a form of violence causes a great public reaction, primarily because of its brutality, frequency and immorality. In addition, these consequences impact victims, the society and security system as a whole. Solving the problem of domestic violence requires a multidisciplinary approach. In this regard, the state undertakes range of measures and activities to prevent this violence. It also serves to suppress violence in the event of an outbreak. Primarily, these measures include implementation of appropriate strategic and legal acts, as well as the security measures and activities that overly define the competencies, organization, authorization and cooperation of certain state bodies and institutions.*

It has been noted that in the current research, the security aspects of domestic violence are not or have not been sufficiently explored. Taking into account the above, the paper analyzes consequences of domestic violence for both the victim and the security system, society and the state. New classifications of domestic violence have been completed, as well as the classification of models (patterns) of this violence. Also, the paper points to certain problems in the current state authorities' practice, primarily the police. Finally, the paper presents new solutions provided for in the Law on the Prevention of Domestic Violence, which serves to significantly improve, protect, and assist victims' circumstances.

Keywords: *security, domestic violence, police, prevention, protection.*

Datum prijema rada: 20.11.2017.

Originalni naučni rad 502/504:342.2
doi:10.5937/zrpfns51-15033

Dr Drago Lj. Divljak, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
D.Divljak@pf.uns.ac.rs

Dr Sandra S. Fišer Šobot, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs

DRŽAVNA POMOĆ ZA ZAŠTITU ŽIVOTNE SREDINE NA NADNACIONALNOM NIVOU I U DOMAĆEM PRAVU[1]

***Sažetak**: Zaštita životne sredine predstavlja imperativ savremenog društva. U ostvarenju ovog cilja prepliću se aktivnosti relevantnih subjekata na međunarodnom i nacionalnom planu. Uloga države u zaštiti životne sredine je od izuzetnog značaja i može biti ostvarena na različite načine. Finansijski podsticaji koje države daju za zaštitu životne sredine u novije vreme pojavljuju se kao jedan od bitnih segmenata aktivnosti u zaštiti životne sredine. Postupak davanja podsticaja podleže odgovarajućim pravilima i procedurama kojima se reguliše njihova upotreba, kako na nadnacionalnom, tako i na unutrašnjem planu. Na međunarodnom planu to se čini pravilima o korišćenju subvencija u međunarodnoj trgovini, a na nacionalnom planu pravilima o državnoj pomoći. Predmet analize u radu su pravna pravila STO o subvencijama, pravila komunitarnog prava kojima je regulisana državna pomoć u EU i pravne norme domaćeg prava o državnoj pomoći za zaštitu životne sredine.*

***Ključne reči**: zaštita životne sredine, subvencije, državna pomoć za zaštitu životne sredine.*

[1] Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo* (br. 179079) koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1. UVODNE NAPOMENE

Zaštita životne sredine je od prvorazrednog značaja. Iz tog razloga kontinuirano raste potreba za širokim angažmanom svih subjekata relevantnih za ovu oblast. Na globalnom planu to su, pre svega, međunarodne organizacije iz različitih ekoloških oblasti, ali i organizacije iz komplementarnih oblasti, kao što je međunarodna trgovina. U tom kontekstu, posebnu ulogu dobija i Svetska trgovinska organizacija,[2] u čijem pravu su jasne ekološke implikacije međunarodne trgovine neminovno ostavile, iako i dalje nedovoljan, fragmentaran trag.[3]

Isto tako, nezamenljiva je i uloga države u zaštiti životne sredine putem uspostavljanja sistema i standarda ekološke zaštite, kako generalno, tako i u pojedinim sektorima.

U ovoj oblasti, značajnu ulogu imaju i sami privredni subjekti, odnosno preduzeća ili kompanije. Povezanost devastacije životne sredine i ekspanzije ekonomskih aktivnosti, odnosno proizvodnje roba i vršenja usluga, očigledna je. Ona je vidljiva u čitavom spektru tih aktivnosti,[4] bilo da se izražava preko zagađenja vode, kontaminacije vazduha ili proizvodnje buke.[5] Kako ovi efekti nisu više ekces pojedinačnog proizvođača već sve masovnija pojava, u situaciji kada ekološki resursi postaju previše eksploatisani na lokalnom, nacionalnom i sve više na međunarodnom nivou,[6] raste opravdana potreba za dodatno uključivanje privrednih subjekata u segment zaštite okoline, po više osnova.

2. POZICIONIRANJE DRŽAVE I PRIVREDNIH SUBJEKATA U OBLASTI ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE

U ostvarenju ekoloških zahteva prema privrednim subjektima, odnosno kompanijama čije poslovanje utiče na životnu sredinu, država ima više mogućnosti i

[2] Vid. D. Divljak, „Svetska trgovinska organizacija i višestrani međunarodni sporazumi o zaštiti životne sredine“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)*, 3/2012, 175-190.

[3] Njihov međusobni odnos, usled nepostojanja komplementarnosti u delovanju izaziva brojna pitanja. Vid. više: T. Santarius, H. Dalkmann, M. Steigenberger, K. Vogelpohl, *Balancing trade and environment: an ecological reform of the WTO as a challenge in sustainable global governance*, Wuppertal 2004, 13-20; D. Divljak, „Ekološka komponenta sporazuma STO o sanitarnim i fitosanitarnim merama“, *Pravna riječ – Časopis za pravnu teoriju i praksu*, 39/2014, 603-618; D. Divljak, „Zaštita GMO u pravu Svetske trgovinske organizacije“, *Pravna riječ – Časopis za pravnu teoriju i praksu* 44/2015, 87-103.

[4] R. Adlung, „Trade policies and the environment – Subsidies, taxes and border adjustments“, *Intereconomics*, *32*(4), 1997, 181.

[5] U praksi zagađenje može da nastane kao posledica rada fabrike veštačkih đubriva, korišćenja brodova, proizvodnje električne energije, prometa saobraćajnih vozila ili građevinskih radova.

[6] R. Adlung, 181.

može da koristi različite instrumente. U borbi protiv degradacije životne sredine ona može da utvrdi ekološke standarde i zahteve, ali i da primeni ekonomske ili finansijske instrumente, čime se teret zaštite životne sredine prebacuje na njih.[7] Za razliku od ekoloških politika koje funkcionišu kroz regulaciju, ekonomski instrumenti su deo fiskalne politike i deluju preko tržišta.[8] U našem pravu, *Zakonom o zaštiti životne sredine* [9] previdviđeno je više ekonomskih instrumenata u oblasti zaštite životne sredine i to: naknade za korišćenje prirodnih vrednosti, naknade za zagađivanje životne sredine, naknada za zaštitu i unapređenje životne sredine, naknade za zagađivanje životne sredine u područjima od posebnog interesa, subvencije, poreske podsticajne mere, izuzeća od plaćanja naknada, itd.[10] Iako imaju i penalni karakter, oni prevashodno treba da budu podsticaj pravnim i fizičkim licima da se ubuduće ponašaju u skladu sa zahtevima održivog razvoja i zaštite životne sredine.

Nijedan vid napred navedenog postupanja nije bez štetnih implikacija. U prvom slučaju, uvek postoji mogućnost da privredni subjekti ne mogu da odgovore ni u tehničkom, ni u finansijskom smislu na nekad vrlo kompleksne zahteve, te postoji opasnost da to dovede do prestanka rada tih kompanija, a da ekološke posledice njihovog poslovanja, koje često mogu biti dugoročne, ne budu sanirane ili otklonjene.

Iako se i ekološko oporezivanje načelno vidi kao odgovarajući trošak za zagađenje okoline[11] i kao pogodan instrument upravljanja tom oblašću,[12] koji omogućava da se ekološki problemi brže i efikasnije rešavaju,[13] ni njegovo korišćenje nije bez negativnih posledica po konkurentski status kompanija koje su opterećene po tom osnovu.[14] Široko prisutna zabrinutost zbog navedenih efekata,[15] posebno je izražena u zemljama koje se suočavaju sa sporim rastom i visokom nezaposlenošću. I tranzicione zemlje imaju svoje specifične probleme sa primenom ovakvih poreza.[16]

---

[7] G. Ilić-Popov, „Implementacija ekoloških poreza u zemljama u tranziciji", *Industrija*, 3/2007, 77.

[8] S. Charnovitz, *Green Subsidies and the WTO*, EUI Working Paper RSCAS 2014/93, Italy 2014, 2 dostupno na *http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/32791/RSCAS_2014_93.pdf?-sequence=1.*

[9] *Službeni glasnik RS*, 135/04, 36/09, 36/09 –dr. zakon, 72/2009 – dr. zakon, 43/2011 – odluka US i 14/2016.

[10] Čl. 84-87. Zakona o zaštiti životne sredine.

[11] I u Rio deklaraciji iz 1992.godine se pozvaju države da promovišu koriščenje ekonomskih instrumenata i pristup kojim kojim zagađivačtrebaunačelusnosititrošak derogiranja životne okoline.

[12] R. Adlung, 181.

[13] G. Ilić-Popov, 77.

[14] Postoje i mišljenja da se ovaj problem preneglašava. Vid. G. Ilić-Popov,78.

[15] M. Wu, J. Salzman, "The Next Generation of Trade and Environment Conflicts: The Rise of Green Industrial Policy", *Northwestern University Law Review*, 2/2014, 408.

[16] G. Ilić-Popov, 78 i dalje.

Imajući u vidu napred navedeno jasno je da, u ovoj oblasti država treba da postupa promišljeno i planski. To svakako podrazumeva aktivnije uključivanje privrednih subjekata i njihovo koherentno zajedničko delovanje u oblasti ekologije. Naime, radi ispunjenja optimalnih ciljeva u ovoj oblasti, postoji stalna potreba i za većim stepenom koordinacije i saradnje, odnosno zajedničkim delovanjem države i kompanija. To uključuje i uspostavljanje mehanizama kojima će se one motivisati i podržati da održavaju i unapređuju kvalitet životne sredine u vršenju svoje delatnosti.

Podrška države može biti institucionalna i logistička, ali poslednjih decenija ona se sve više realizuje kao finansijska podrška, putem finansijskih podsticaja. U novije vreme, ovaj sistem pojavljuje se kao jedan od bitnih segmenata aktivnosti na zaštiti životne sredine. Njegova primena često je alternativa ekološkom oporezivanju, jer imaju slične efekte, ali sa različitom distribucijom. Iako se subvencije mogu videti i kao „negativan porez",[17] ekonomisti načelno i dalje daju prednost sistemu ekoloških poreza i taksi, jer ga smatraju ekonomski zdravim, naročito ako su efikasni i jednostavni za administriranje. U teriji se posebno ukazuje na negativnost politike podsticaja kao trajne prakse.[18]

Međutim, iz više razloga, ekološki podsticaji mogu da se pokažu kao poželjni. Prvi razlog je taj što je njihova primena suočena sa manje otpora u odnosu na ekološko oporezivanje. Drugi, u određenim slučajevima odobravanje finansijskih podsticaja može biti jedina opcija.[19] Treći, i druge ciljne grupe mogu imati koristi od različitih vrsta finansijske pomoći.[20] Poslednji razlog je taj što je korišćenje ekoloških podsticaja podržano i u specijalizovanim programima UN.[21] Na kraju krajeva, teško je pronaći idealno rešenje koje ne bi bilo opterećeno nedostacima i problemima u realizaciji, a koje je u saglasnosti sa međunarodnim okvirima u kojima države funkcionišu.[22]

Zbog pozitivnih implikacija i prednosti koje donosi njihovo korišćenje, podsticaji vremenom postaju sve izraženija alternativa u aktivnostima zaštite životne sredine i jedan od važnih instrumetata promocije „zelenih" industrijskih politika, tj. politika zasnovanih na ekološkoj senzitivnosti.[23] U praksi, podsticaji mogu biti usmereni prema različitim segmentima poslovanja privrednih subjekata. Oni mogu da se odnose na ekološki korisne inovacije proizvoda ili proizvodnih procesa, ulaganje u opremu ili čak smanjenje ili preusmeravanje proizvodnje, koja smanjuje štetne uticaje njihovog poslovanja na okolinu.

---

[17] S.Charnovitz, 2.
[18] R. Adlung, 181.
[19] Tako lokalne vlasti najčešće nemaju ovlašćenje za uvođenje poreza ili nametanje zabrana.
[20] R. Adlung, 181-182.
[21] *United Nations (UN) Environment Programme (UNEP)*, 2011, p. 614.
[22] R. Adlung, 185.
[23] M. Wu, J. Salzman, 407.

Međutim, njihova primena suočena je sa jednim krupnim ograničenjem, koje nastaje iz finansijske mogućnosti države da participira u ovoj oblasti. Ona zavisi od ekonomske snage zemlje i time u podređen položaj stavlja manje razvijene. Bitan korektivni faktor su ciljevi države u ovoj oblasti, koji se definišu putem relevantnog pravnog okvira i utvrđivanjem izvora i načina prikupljanja sredstava za te podsticaje.

I u našoj zemlji se pitanju finansiranja zaštite životne sredine prilazi kao jednom od najznačajnijih pitanja u sistemu upravljanja zaštitom životne sredine. U tom kontekstu, u našem pravu, načelno je utvrđena mogućnost primene podsticaja i za privredne subjekte u cilju zaštite životne sredine.[24] Tako se mogu utvrditi poreske, carinske i druge olakšice ili oslobađanja od obaveze plaćanja dažbina za pravna i fizička lica koja primenjuju tehnologije, proizvode i stavljaju u promet proizvode čiji je uticaj povoljniji od drugih sličnih, odnosno koji koriste obnovljive izvore energije (sunce, vetar, biogas i dr.), opremu i uređaje koji neposredno služe zaštiti životne sredine, pod uslovima i na način utvrđen posebnim zakonom.[25]

3. PRAVNI OKVIR PODSTICAJA ZA ZAŠTITU ŽIVOTNE SREDINE NA NADNACIONALNOM NIVOU I U DOMAĆEM PRAVU

Politika davanja podsticaja privredi uopšte, pa naravno i onih usmerenih ka zaštiti životne sredine je komplesno pitanje koje ima značajne reperkusije. Ona s jedne strane, dovodi do trošenja ili umanjenja javnih prihoda koji se usmeravaju pojedinačnim subjektima. S druge strane, njihovo korišćenje ima značajne implikacije na unutrašnje i međunarodno tržište, što i dovodi do njihovog dodatnog iskrivljavanja. U međunarodnim razmerama, oni su posebno problematični u kontekstu obezbeđenja lojalnog i fer ponašanja u međunarodnoj trgovini.[26]

Zbog navedenog, ova politika se podvrgava odgovarajućim pravilima i procedurama kojima se reguliše njihova upotreba, kako na nadnacionalnom, tako i na unutrašnjem planu. U zavisnosti od implikacija nihove primene, na njih se primenju različiti sistemi pravne regulative. Na međunarodnom planu to se čini pravilima o korišćenju subvencija u međunarodnoj trgovini, a na nacionalnom

[24] Ta mogućnost postoji i za potrošače. Za potrošače koji organizovano vraćaju korišćene i neupotrebljive uređaje ili njihove delove, proizvode ili njihovu ambalažu, proizvođače koji obezbede njihovu reciklažu ili uklanjanje, odnosno smanjuju negativni uticaj svojih aktivnosti na životnu sredinu na drugi organizovan način, mogu se utvrditi posebne podsticajne mere u vidu subvencija, depozita i njegovog refundiranja, pod uslovima i na način utvrđen posebnim zakonom.

[25] Čl. 101. Zakona o zaštiti životne sredine.

[26] D. Divljak, *Spoljnotrgovinsko pravo*, Novi Sad 2009, 143.

planu pravilima o državnoj pomoći. U delu rada koji sledi biće analizirana pravna pravila STO o subvencijama, pravila komunitarnog prava kojima je regulisana državna pomoć u EU i pravne norme domaćeg prava o državnoj pomoći za zaštitu životne sredine.

3.1. Pravila Svetske trgovinske organizacije o subvencijama

Opšti pravni okvir za korišćenje subvencija, pa i za oblast ekologije u međunarodnoj trgovini,[27] dat je u pravilima Svetske trgovinske organizacije, putem *Sporazuma subvencijama i kompenzatornim merama*. Načelno, subvencije u međunarodnoj trgovini nisu poželjne.[28] Ipak, postoji određeni prostor za njihovo korišćenje, ali one ne mogu predstavljati sredstvo proizvoljne ili neopravdane diskriminacije ili prikrivenog ograničenja međunarodne trgovine. Dualna priroda subvencija koja proističe iz pozitivnih i negativnih strana njihove primene, uslovila je i diferenciran pristup u skladu s njihovim potencijalnim uticajem, i po tom osnovu različito se pravno tretiraju zabranjene, utužive ili akcione i dozvoljene subvencije.[29]

Sve izraženiji sukob između interesa međunarodne trgovine i zaštite životne sredine,[30] u oblasti subvencija razrešen je usvajanjem datog sporazuma na taj način što su u obzir uzeti i interesi ekologije. Naime, prema pravilima STO, u grupu dozvoljenih subvencija,[31] pored drugih subvencija koje se tolerišu zbog važnosti koje imaju za tehnološki, ekonomski i regionalni razvoj (npr. subvencije za bazična istraživanja, subvencije za razvoj nerazvijenih područja i „osetljive“ sektore privede),[32] svrstane su i subvencije koje se odnose na zaštitu životne sredine. U korpus dozvoljenih „horizontalnih” mera pomoći, uvrštena je i ona za zaštitu životne sredine, i to za uvođenje novih tehnologija i opreme u cilju smanjenja zagađivanja životne sredine. Time je utvrđen stav da subvencije u ovoj oblasti, ipak mogu biti dozvoljene, samo ako su u javnom interesu sa pozitivnim eksternim učincima, jer kao takve povećavaju ekonomsku dobrobit.[33]

One su striktno usmerene za prilagođavanje na nove ekološke uslove propisane zakonom ili drugim propisima koji rezultiraju većim ograničenjima i finan-

---

[27] Subvencije je lakše implementirati na domaćem tržištu jer u međunarodnoj trgovini postoji izražen rizik izazivanja vanjskih trenja. Stoga je teško da se na međunarodnom planu dogovori o pravom pristupu na odgovarajućem nivou.

[28] Upor. S. Charnovitz, 10.

[29] S. Charnovitz 14-15.

[30] M. Wu, J. Salzman, 403.

[31] Upor. čl. 31. Sporazuma Svetske trgovinske organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama; S. Charnovitz, 20-21.

[32] Čl. 2. i 8. Sporazuma Svetske trgovinske organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama.

[33] S. Charnovitz, 4.

sijskim opterećenjima kompanija. Subvencija će se smatrati dozvoljenom ukoliko ispuni sledeće uslove:

- da je jednokratna neponovljiva mera,
- da je ograničena na 20% troškova prilagođavanja,
- da ne pokriva troškove naknada i drugih investicija koje mora u potpunosti snositi primalac,
- da je direktno povezana i proporcionalna planskom smanjenju zagađivanja, i
- da je dostupna svim kompanijama koje po navedenom osnovu uvode novu opremu ili proizvodne procese.[34]

U cilju sprečavanja zloupotreba po ovom osnovu i dodatnih štetnih efekata po međunarodnu trgovinu, uvedena su i pravila o transparentnosti koja su od vitalnog značaja za održavanje integriteta „zelenih" subvencija. Stoga se zahteva od odnosnih država da obaveste organe STO o datim subvencijama i daje se pravo zanteresovanim zemljama članicima na traženje informacija o tim programima.[35]

Pristup, gde se u svojevrsnom konceptu „semafora STO", daje određeni prostor za subvencije u oblasti ekologije, odražava trenutni odnos između zelenih industrijskih politika u sukobu sa međunarodnim trgovinskim disciplinamama i uspostavljanja ravnoteže između suverenog prava države na zaštitu životne sredine i potrebe da se izbegnu protekcionističke politike koje ometaju međunarodnu trgovinu,[36] pri čemu su subvencije često distorzivne po međunarodno tržište.[37]

Iako ovakav pristup može da deluje na prvi pogled kao uravnotežen, on je izazvao antipodne reakcije obe strane.[38] To jasno pokazuje da nije uspeo da reši suštinu napred navedenog sukoba, koji će kao takav sve više dobijati odlike generacijskog.[39] S druge strane, on je sam po sebi nejasan, što otvara prostor za različita tumačenja[40] i stvara neizvesno pravno stanje, koje nužno produkuje i trgovinske sporove.[41] Njihovi nepredvidvi rezultati mogu da ugroze „zelene" subvencije tako što će neke od njih proglasiti nedozvoljenim[42] i tako, ionako sužen prostor za njih dodatno smanjiti.

---

[34] Čl. 8.2(c) Sporazuma Svetske trgovinske organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama.

[35] Čl. 8.3 Sporazuma Svetske trgovinske organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama.

[36] M. Wu, J. Salzman, 405.

[37] M. Wu, J. Salzman, 423.

[38] Charnovitz, S., op.cit. str. 41.

[39] M. Wu, J. Salzman, 401.

[40] L. Rubini, „Ain't wastin' time no more: Subsidies for renewable energy, the SCM agreement, policy space and law reform, *Journal of International Economic Law,* 2/2012, 540,545.

[41] Upor. *Appellate Body Report, Canada – Renewable Energy/ Feed-in Tariff*, WT/DS412/AB/R, 06. maj, 2013, para. 5.175.

[42] S. Charnovitz, 22.

U teoriji skoro da postoji saglasnost da je potrebna reforma sistema STO u ovoj oblasti i da se ono kao bitno pitanje tretira u tekućim trgovinskim pregovorima.[43] Novi pristup bi trebalo da podrazumeva preciziranje i proširenje oblasti primene ekoloških subvencija, u meri koja bitno ne remeti međunarodnu trgovinu i ne šteti međunarodnom tržištu. Poželjno bi bilo izričito dozvoliti određene subvencije. U tom smislu u prvom planu su svakako subvencije vezane za oblast klimatskih promena i obnovljive izvore energije.[44] Ovako koncipirana pravila STO o subvencijama bi bila kompatibilnija sa zajedničkim ciljevima zaštite životne sredine, i ne samo da bi imala i dodatne ekomske efekte po ekonomski razvoj u celini, već bi bila u skladu i sa ciljevima dokumenata STO o održivom razvoju.[45]

3.2. Pravno regulisanje državne pomoći u pravu EU

U moderno doba, na regionalnom i na nacionalnom planu podsticaji se sve više uređuju uređuju složenim pravilima materijalnog i procesnog prava o državnoj pomoći. U pravu EU stvoren je pravni režim državne pomoći sa ciljem da spreči zemlje članice da štite ili promovišu svoja preduzeća na štetu konkurencije u okviru EU. Ova regulativa je u odnosu na onu koja se odnosi na subvencije i koja postoji na međunarodnom planu, u okviru STO, mnogo detaljnija i pokriva širi spektar oblika državne pomoći. Istovremeno je njihovo delovanje i konceptualno drugačije usmereno.[46]

U pravu EU, pravila kojima je regulisana državna pomoć za zaštitu životne sredine koncipirana su tako da zadovolje 2 cilja: prvi, da određena državna pomoć ne dovede do distorzije konkurencije na unutrašnjem tržištu i drugi, da se ostvari određeni nivo zaštite životne sredine i ciljevi u pogledu zaštite životne sredine.

Prema čl. 107 st. 1 *Ugovora o funkcionisanju Evropske unije*[47] (dalje u tekstu: UFEU) svaka pomoć dodeljena od strane države članice ili iz sredstava države u bilo kom obliku, koja narušava ili preti da naruši konkurenciju dajući prednost određenom privrednom društvu ili proizvodnji određene robe, nespojiva je sa unutrašnjim tržištem ukoliko utiče na trgovinu između država članica. Definicija

[43] *Ibid.*

[44] L. Rubini, 571.

[45] Na kraju krajeva, Preambula Sporazuma o osnivanju STO upućuje na „cilj o održivom razvoju", a što je potrdila i praksa rešavanja STP. Uporedi: S. Charnovitz, 34; *Panel Report, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*, WT/DS58/RW, adopted with Appellate Body Report 21 Nov. 2001, para. 5.54.

[46] Pravila EU o državnoj pomoći imaju preventivno dejstvo, dok su pravila STO usmerena na posteriori dejstvo, sa ciljem ne sprečavanja, već umanjenja i naknade štetnih posledica. Oni time dobijaju karakter zaštitnih mera, koje su opet povezane sa sistemom državne pomoći u državama članicama. Upor. M. Cremona, „State aid control: Substance and procedure in the Europe agreements and the stabilization and association agreements", *European Law Journal*, 3/2003, 284; D. Divljak, „Državna pomoć u pravu EU i nacionalno pravo", *Zbornik radova PFNS*, 3/2011, 368.

[47] *Službeni list Evropske unije S 326 od 26.10.2012.*

državne pomoći u čl. 107 st. 1 UFEU nije data, ali je u praksi Evropske komisije i Suda pravde EU zauzet stav koja davanja mogu da se smatraju državnom pomoći. I Evropska komisija i Sud pravde prihvatili su ekstenzivno shvatanje pojma državne pomoći. U prvom redu to su subvencije, oslobađanje od plaćanja poreza, oslobađanje od plaćanja parafiskalnih obaveza, preferencijalne kamatne stope, povoljniji zajmovi itd. Navedena lista služi kao primer i nije isključiva.[48] Pri oceni određenog davanja kao državne pomoći ocenjuje se njegova sadržina, a ne forma.[49]

Državna pomoć, po pravilu, ima izražen negativan uticaj na konkurenciju na tržištu, pa se pravni režim u pravu EU zasniva se na principu generalne nedopuštenosti državne pomoći. Ovo opšte pravilo se, ipak, relaksira relativno širokim izuzecima u vidu dozvoljene i uslovno dozvoljene državne pomoći, a sve u cilju uvažavanja i drugih javnih interesa u ovoj oblasti.

Pored toga, na nivou EU doneta je Uredba Komisije (EU) br. 651/2014 od 17. juna 2014 o ocenjivanju određenih kategorija državne pomoći spojivim sa unutrašnjim tržištem u primeni čl. 107 i 108 Ugovora (dalje u tekstu: Uredba 651/14).[50] Uredbom 651/14 regulisano je kolektivno izuzeće određenih vidova državne pomoći, odnosno određeno je koje vrste državne pomoći se smatraju spojivim sa unutrašnjim tržištem. Jedan segment izuzetaka se opravdano odnosi i na oblast zaštite životne sredine, što je nužna posledica povećanja svesti o ozbiljnosti globalne ekološke krize i potrebe da se faktor zaštite životne sredine integriše u ekonomske i druge politike. Pod pojmom „zaštita životne sredine" podrazumeva se svako delovanje kojim se ublažava i sprečava šteta nanesena životnoj sredini ili prirodnim resursima, nastala zbog delatnosti korisnika, kojim se smanjuje rizik takve štete ili koji vodi delotvornoj upotrebi prirodnih resursa, uključujući mere štednje energije i upotrebu obnovljivih izvora energije.[51] Državna pomoć će se smatrati spojivom sa unutrašnjim tržištem ukoliko ispuni uslove predviđene Uredbom 651/14. Između ostalih, državna pomoć mora da bude transparenta i mora predstavljati podsticaj.[52] Državna pomoć za zaštitu životne sredine regulisana je u čl. 36-49 Uredbe 651/14, a neki od vidova državne pomoći koji su obuhvaćeni uredbom su: pomoć za ulaganje kojima se preduzetnicima omogućava da premaše norme Unije za zaštitu životne sredine ili povećaju nivo zaštite životne sredine u nedostatku normi Unije, pomoć za ulaganje za rano prilagođavanje budućim normama Unije, pomoć za ulaganje u mere energetske efikasnosti, pomoć za ula-

[48] Vid. P. Craig, G. de Burca, 1088.

[49] P. Craig, G. de Burca, *EU Law – Text, cases and materials,* 5th ed., Oxford 2011, 1088.

[50] Uredba Komisije (EU) br. 651/2014 od 17. juna 2014 o ocenjivanju određenih kategorija državne pomoći spojivim sa unutrašnjim tržištem u primeni čl. 107 i 108 Ugovora (eng. *Commission Regulation (EU) No 651/2014 of 17 June 2014 declaring certain categories of aid compatible with the internal market in application of Articles 107 and 108 of the Treaty*; dalje u fusnotama: Uredba 651/14), *Službeni list Evropske unije L 187 od 26.6.2014.*

[51] Čl. 2(102) Uredbe 651/14.

[52] V. Čl. 5 i 6 Uredbe 651/14.

ganje u projekte energetske efikasnosti zgrada, pomoć za ulaganje u unapređenje energije iz obnovljivih izvora energije, pomoć za proizvodnju električne energije iz obnovljivih izvora, pomoć za ulaganje u zbrinjavanje zagađenih lokacija, pomoć za ulaganje u reciklažu i ponovnu upotrebu otpada itd.

Državna pomoć za zaštitu životne sredine ima sve veći značaj na nivou EU i zauzima značajan procenat u strukturi ukupno odobrene državne pomoći.[53] U cilju svrsishodne upotrebe sredstava namenjenih zaštiti životne sredine donete su *Smernice o državnoj pomoći za zaštitu životne sredine i energiju za period 2014-2020.*[54] (dalje u tekstu: Smernice). Evropska komisija je usvojila Smernice u aprilu 2014. godine,[55] a biće na snazi do kraja 2020. godine. One se primenjuju na državne pomoći dodeljene za ciljeve zaštite životne sredine ili energetske ciljeve.[56] Smernice predstavljaju osnov politike Komisije u oblasti zaštite životne sredine i energetske politike u periodu od 2014-2020. godine, jer je Komisija nadležna da odobri, u skladu sa Smernicama, svaku meru podrške od strane države članice pre njene implementacije. Osnovni cilj Smernica je da pomognu državama članicama EU da mere državne pomoći koncipiraju tako da s jedne strane doprinesu ostvarenju ciljeva u pogledu klimatskih promena i omoguće održivu i sigurnu energiju, a sa druge da osiguraju da takve mere budu ekonomične za društvo i da ne uzrokuju poremećaj konkurencije na celom ili delu jedinstvenog tržišta.[57]

Smernice ne definišu pojam državne pomoći, odnosno ne objašnjavaju koje mere države predstavljaju državnu pomoć, nego propisuju kriterijume koje će Evropska komisija koristiti pri oceni da li pomoć za zaštitu životne sredine predstavlja državnu pomoć o kojoj Komsija mora da bude obaveštena i koju mora da odobri.

Državna pomoć će se smatrati spojivom sa unutrašnjim tržištem u smislu čl. 107(3) UFEU ako na osnovu zajedničkih načela procene utvrđenih u Smernicama vodi ostvarenju povećanog doprinosa ciljevima zaštite životne sredine, odnosno energetskim ciljevima Unije bez negativnog uticaja na uslove pod kojima se obavlja trgovina u meri suprotnoj zajedničkom interesu.[58] Pravila o državnoj pomoći se naročito primenjuju na davanje pomoći za studije zaštite životne sredine, da-

---

[53] B. Krstić, S. Jovanović, T. Stanišić, M. Jovanović, „Državna pomoć – instrument za zaštitu životne sredine u Evropskoj uniji i Srbiji“, *Ekonomske teme,* 2/2012, 211.

[54] Smernice o državnoj pomoći za zaštitu životne sredine i energiju za period 2014-2020 (eng. *Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020;* dalje u fusnotama: Smernice), *Službeni list Evropske unije S 200 od 28.06.2014.*

[55] Smernicama iz 2014. godine prethodile su Smernice o državnoj pomoći za zaštitu životne sredine iz 2008. godine (*Community Guidelines On State Aid For Environmental Protection, C 82/01*). Nove Smernice iz 2014. godine pored pravila o davanju državne pomoći za zaštitu životne sredine sadrže i detaljna pravila o državnoj pomoći u energetskom sektoru.

[56] Vid. para. 13 Smernica.

[57] Vid. više *Energy and Environmental State aid Guidelines – Frequently asked questions*, 9.04.2014. dostupno na http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-276_en.htm.

[58] Vid. para. 23 Smernica.

vanje pomoći za zbrinjavanje zagađenih lokacija, davanje pomoći za preduzeća koja premašuju norme Unije ili povećavaju nivo zaštite životne sredine u nedostatku normi Unije, kao i pomoć za rano prilagođavanje budućim normama Unije.[59]

Prilikom procene da li prijavljena šema državne pomoći može da se smatra spojivom sa unutrašnjim tržištem, Komisija analizira da li se izborom odnosne državne pomoći osigurava da njeni pozitivni efekti u odnosu na cilj od zajedničkog interesa premašuju njene potencijalno negativne efekte na trgovinu i konkurenciju.[60] Spojivom sa unutrašnjim tržištem smatraće se ona državna pomoć koja ispuni sledeće kumulativne uslove. Prvi uslov je da mera državne pomoći daje doprinos određenom cilju od zajedničkog interesa u skladu sa čl. 107(3) UFEU. Opšti cilj državne pomoći za zaštitu životne sredine je povećanje nivoa zaštite životne sredine u poređenju sa nivoom zaštite koji bi postojao bez pomoći. Drugi uslov je da postoji potreba za intervencijom države. Naime, mera državne pomoći je namenjena za situaciju u kojoj pomoć može dovesti do materijalnog poboljšanja koje tržište ne može ostvariti samo po sebi. Nadalje, mera državne pomoći mora biti primerena tj. treba da bude usmerena na postizanje cilja od zajedničkog interesa. Četvrto, mera državne pomoći mora imati podsticajno dejstvo. To znači da se njome menja ponašanje odnosnih preduzeća na takav način da se ona bave dodatnom delatnošću kojom se ne bi bavili bez pomoći ili bi se njome bavili na ograničen ili drugačiji način. Peti uslov se odnosi na srazmernost državne pomoći. Iznos državne pomoći ograničen je na najniži nivo potreban za podsticanje dodatnih ulaganja ili aktivnosti u odnosnoj oblasti. Potom, državna pomoć mora biti tako struktuirana da se njome izbegavaju neopravdani negativni uticaji na konkurenciju na tržištu i trgovinu između država članica. Pozitivni efekti državne pomoći moraju imati prevagu u odnosu na potencijalne negativne efekte. I konačno, državna pomoć mora biti transparentna. To znači da državama članicama, Evropskoj komisiji, privrednim subjektima i javnosti treba da bude omogućen pristup svim relevantnim aktima i važnim informacijama o državnoj pomoći dodeljenoj na osnovu tih akata.[61]

Kao što vidimo, doslednom primenom Smernica trebalo bi da se omogući da pozitivni efekti zaštite životne sredine prevagnu u odnosu na negativne efekte koje državna pomoć kao oblik selektivne državne intervencije nužno ima na konkurenciju na tržištu. Državna pomoć za zaštitu životne sredine treba, pre svega, da dovede do toga da korisnik državne pomoći promeni svoje ponašanje na način koji će dovesti do povećanja ukupnog nivoa zaštite životne sredine u odnosu na situaciju pre odobrene državne pomoći.[62]

---

[59] Vid. para. 25 Smernica.
[60] Vid. para. 26 Smernica.
[61] Vid. para. 27 Smernica.
[62] Vid. B. Krstić, S. Jovanović, T. Stanišić, M. Jovanović, 211.

3.3. Pravno regulisanje državne pomoći u pravu Republike Srbije

Državna pomoć u Republici Srbiji regulisana je *Zakonom o kontroli državne pomoći*[63] iz 2009. godine (dalje u tekstu: ZKDP). ZKDP uređuju se opšti uslovi i postupak kontrole državne pomoći u cilju zaštite slobodne konkurencije na tržištu, primenom načela tržišne ekonomije i podsticanja privrednog razvoja, obezbeđenja transparentnosti u dodeli državne pomoći, kao i izvršavanja preuzetih obaveza po zaključenim međunarodnim ugovorima, koji sadrže odredbe o državnoj pomoći.[64] Drugi značajan izvor prava je *Uredba o pravilima za dodelu državne pomoći*[65] iz 2010. godine (dalje u tekstu: Uredba) i njome se bliže se uređuju pravila za dodelu državne pomoći, odnosno za ocenu dozvoljenosti prijavljene, odnosno dodeljene državne pomoći, i pravni poredak Republike Srbije usklađuje sa sadržinom instrumenata tumačenja koje su u vezi sa državnom pomoći usvojile institucije Evropske zajednice.[66]

3.3.1. Pojam i vrste državne pomoći u pravu Republike Srbije

Državna pomoć je u domaćem pravu utvrđena kao svaki stvarni ili potencijalni javni rashod ili umanjeno ostvarenje javnog prihoda, kojim korisnik državne pomoći stiče povoljniji položaj na tržištu u odnosu na konkurente, čime se narušava ili postoji opasnost od narušavanja konkurencije na tržištu.[67] Davaoci državne pomoći mogu da budu Republika Srbija, autonomna pokrajina i jedinica lokalne samouprave, preko nadležnih organa, i svako pravno lice koje upravlja i/ili raspolaže javnim sredstvima i dodeljuje državnu pomoć u bilo kom obliku.[68] Korisnikom državne pomoći smatra se svako pravno i fizičko lice, koje u obavljanju delatnosti proizvodnje i/ili prometa robe i/ili pružanja usluga na tržištu koristi državnu pomoć u bilo kom obliku.[69] I u srpskom pravu, kao i u pravu EU, opšti je princip da je državna pomoć dozvoljena samo uz ispunjenje određenih uslova.

Iz definicije državne pomoći sadržane u čl. 2, st.1, tač. 1 vidimo da će se određeno davanje smatrati državnom pomoći ukoliko ima sledeće karakteristike. Prvo, državna pomoć može da se materijalizuje kao javni rashod, odnosno davanje najčešće iz javnih sredstava. Takav primer su sve vrste davanja od strane davalaca državne pomoći (npr. subvencije, kupovina određenih dobara po uslo-

[63] Zakon o kontroli državne pomoći, *Službeni glasnik RS*, br. 51/2009 (dalje u fusnotama: ZKDP).

[64] Čl. 1 ZKDP.

[65] Uredba o pravilima za dodelu državne pomoći (*Službeni glasnik RS*, br. 13/2010, 100/2011, 91/2012, 37/2013, 97/2013 i119/2014; dalje u tekstu: Uredba)

[66] Vid. čl. 1 Uredbe.

[67] Čl. 2(1) ZKDP.

[68] Čl. 2(2) ZKDP.

[69] Čl. 2(3) ZKDP.

vima lošijim od tržišnih najčešće u postupcima javnih nabavki ili pružanje određenih usluga od strane države pod uslovima lošijim u odnosu na tržišne). S druge strane, državnom pomoći smatra se i umanjeno ostvarenje javnog prihoda. Dakle, u ovom slučaju davalac ne daje nikakva sredstva nego pristaje na smanjenje javnog prihoda. Ovakav vid državne pomoći postoji u slučaju davanja poreskih olakšica i/ili oslobađanja od plaćanja poreza ili oslobađanja od plaćanja drugih dažbina. Treba imati u vidu da se državnom pomoći smatraju svi stvarni i potencijalni rashodi. Druga bitna osobina državne pomoći je da se radi o pomoći koju daju subjekti javnog prava, kao i subjekti koji raspolažu javnim sredstvima. Treće, upravo zbog dobijene državne pomoći korisnik državne pomoći na tržištu ostvaruje povoljniji položaj u odnosu na svoje konkurente. To znači da korisnik državne pomoći stiče povoljniji položaj u odnosu na konkurente ne zahvaljujući svojoj proizvodnoj, alokativnoj ili dinamičkoj efikasnosti, nego zbog davanja od strane davaoca pomoći. Četvrta bitna karakteristika državne pomoći je da se njenim davanjem narušava ili postoji opasnost od narušavanja konkurencije na tržištu. Usled prijema državne pomoći određeni učesnici na tržištu ili određene kategorije učesnika na tržištu dovode se u povoljniji položaj u odnosu na njihove konkurente i to utiče negativno ili postoji opasnost da će uticati negativno na konkurenciju na tržištu. Na taj način dovodi se u pitanje ostvarenje ekonomske efikasnosti i selektivne funkcije tržišta.

U Republici Srbiji državna pomoć može da bude regionalna državna pomoć, horizontalna državna pomoć, sektorska državna pomoć, državna pomoć male vrednosti (*de minimis* državna pomoć) i državna pomoć za pružanje usluga od opšteg ekonomskog interesa.[70] Državna pomoć za zaštitu životne sredine predstavlja vrstu horizontalne državne pomoći.[71]

3.3.2. Državna pomoć za zaštitu životne sredine

Državna pomoć za zaštitu životne sredine regulisana je čl. 29-61 Uredbe, a može da se dodeli za otklanjanje ili sprečavanje šteta prirodnom okruženju ili prirodnim izvorima (bogatstvima) nastalim aktivnostima korisnika, za smanjenje rizika od takvih šteta ili za veću efikasnost korišćenja prirodnih bogatstava, uključujući mere za uštedu energije i korišćenje obnovljivih izvora energije.[72] Prema tome, državna pomoć može imati različito usmerenje. Prvo, ukoliko aktivnostima privrednih subjekata bude prouzrokovana šteta na prirodnim dobrima (npr. industrijski udes koji dovede do istovremenog zagađenja vode, zemlje i vazduha), državna pomoć za zaštitu životne sredine može biti usmerena na otklanjanje takvih šteta. S druge strane, državna pomoć može da ima preventivnu funkciju. Naime,

[70] Vid. čl. 3, st. 1 Uredbe.
[71] Vid. čl. 3, st. 1, tač. 2.1(4) Uredbe.
[72] Čl. 29, st. 1 Uredbe.

ona može da bude dodeljena u cilju smanjenja rizika od nastanka šteta ili da omogući veću efikasnost korišćenja prirodnih bogatstava.

Državna pomoć za zaštitu životne sredine može da se dodeli privrednim subjektima u svim sektorima, osim u sektoru saobraćaja u oblasti infrastrukture u vazdušnom, drumskom i železničkom saobraćaju, kao i unutrašnjoj plovidbi.[73] Uredba određuje da korisnici državne pomoći za zaštitu životne sredine mogu da budu mali, srednji i veliki privredni subjekti. Mali privredni subjekt je privredni subjekt za koji se utvrdi da ima manje od 50 zaposlenih i ako je njegov godišnji promet i/ili ukupan godišnji bilans manji od 10 miliona evra u dinarskoj protivvrednosti.[74] Srednji privredni subjekt je privredni subjekt za koji se utvrdi da ima između 50 i 250 zaposlenih i ako je njegov godišnji promet manji od 50 miliona evra i/ili ukupan godišnji bilans manji od 43 miliona evra u dinarskoj protivvrednosti.[75] Veliki privredni subjekt je privredni subjekt koji nije srednji ili mali privredni subjekt.[76]

Nadalje, Uredbom su propisani uslovi pod kojima određeni privredni subjekt može biti korisnik državne pomoći. Naime, državna pomoć za zaštitu životne sredine ne može da se dodeli malom i srednjem privrednom subjektu ukoliko se pre početka realizacije projekta nije javio kao potencijalni korisnik državne pomoći na način i pod uslovima koje je odredio davalac državne pomoći.[77] Državna pomoć za zaštitu životne sredine velikom privrednom subjektu ne može da se dodeli pre nego što, pored uslova koji važe za male i srednje privredne subjekte, davalac državne pomoći, uvidom u dokumentaciju dobijenu od korisnika, ne utvrdi da bez dodele državne pomoći korisnik neće moći da obezbedi planirani nivo zaštite životne sredine.[78] Kao što vidimo, uslovi za dobijanje državne pomoći su znatno stroži za velike privredne subjekte, a pomoć im se daje samo ukoliko je to neophodno da bi se ostvario planirani nivo zaštite životne sredine.

3.3.3. Vrste državne pomoći za zaštitu životne sredine

Uredba razlikuje nekoliko vrsta državne pomoći za zaštitu životne sredine i predviđa bliže uslove za njihovu realizaciju. Uredba najpre reguliše državnu pomoć za dostizanje viših standarda od važećih u Republici Srbiji ili za povećanje nivoa zaštite životne sredine u odsustvu standarda.[79] Pored toga, Uredbom su normirana pravila za odobravanje državne pomoći za rano usklađivanje sa novim

[73] Čl. 29, st. 2 Uredbe.
[74] Vid. čl. 2a, st.1 Uredbe.
[75] Vid. čl. 2a, st. 2 Uredbe.
[76] Vid. čl. 2a, st. 3 Uredbe.
[77] Vid. čl. 29, st. 3 Uredbe.
[78] Vid. čl. 29(4) Uredbe.
[79] Vid. čl. 30-32 Uredbe.

standardima,[80] državne pomoći za postizanje uštede energije,[81] državne pomoći za proizvodnju energije iz obnovljivih izvora,[82] državne pomoći za postrojenja za kombinovanu proizvodnju električne i toplotne energije (kogeneracija), [83] državne pomoći za energetski efikasno daljinsko grejanje,[84] državne pomoći za sanaciju kontaminiranih lokacija,[85] državne pomoći za izmeštanje privrednih subjekata[86] i državne pomoći za izradu studija zaštite životne sredine[87].

3.3.4. Realizacija državne pomoći za zašitu životne sredine u Republici Srbiji

Dok na nivou EU državna pomoć za zaštitu živote sredine zauzima značajno mesto u ukupno odobrenoj državnoj pomoći, u našoj zemlji situacija je značajno drugačija. Naime, prema raspoloživim podacima državna pomoć za zaštitu životne sredine u našoj zemlji prvi put je odobrena 2009. godine u iznosu od 50.000 €. U 2010. godini odobrena je pomoć za zaštitu životne sredine u iznosu od 0.4% od ukupno odobrene državne pomoći.[88] U 2012. godini odobrena je državna pomoć u iznosu od 100.000 €, a u 2014. godini odobrena državna pomoć za zaštitu životne sredine iznosila je 12,9 miliona €, što predstavlja 1.4% ukupno odobrene državne pomoći u 2014. godini.[89] U 2013. i 2015. godini nije odobrena nikakva državna pomoć za zaštitu životne sredine.[90]

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Iz svega napred navedenog možemo da zaključimo da i na nadnacionalnom i na unutrašnjem planu postoji mogućnost za odgovarajuća davanja od strane države za zaštitu životne sredine, pri čemu ona ne smeju predstavljati sredstvo pro-

[80] Vid. čl. 33-35 Uredbe.
[81] Vid. čl. 36-39 Uredbe.
[82] Vid. čl. 40-43 Uredbe.
[83] Vid. čl. 44-47 Uredbe.
[84] Vid. čl. 48-53 Uredbe.
[85] Vid. čl. 54-56 Uredbe.
[86] Vid. čl. 57-60 Uredbe.
[87] Vid. čl. 60-61 Uredbe.
[88] Vid. B. Krstić, S. Jovanović, T. Stanišić, M. Jovanović, 217.
[89] Komisija za kontrolu državne pomoći Republike Srbije, *Izveštaj o dodeljenoj državnoj pomoći u Republici Srbiji u 2014. godini*, 12 dostupno na *http://www.kkdp.gov.rs/doc/izvestaji/Izvestaj%20o% 20dodeljenoj%20drzavnoj%20pomoci%20u%20Republici%20Srbiji%20u%20 2014.%20godini.pdf.*
[90] Komisija za kontrolu državne pomoći Republike Srbije, *Izveštaj o dodeljenoj državnoj pomoći u Republici Srbiji u 2015. godini*, 12 dostupno na *http://www.kkdp.gov.rs/doc/izvestaji/Izvestaj%20o% 20dodeljenoj%20drzavnoj%20pomoci%20u%20Republici%20Srbiji- %20u%20 2015.%20godini.pdf.*

izvoljne ili neopravdane diskriminacije ili prikrivenog ograničenja međunarodne ili unutrašnje trgovine.

U okviru STO stvoren je određeni prostor za subvencije u oblasti ekologije. Važeća pravila odražavaju trenutni suprotstavljeni odnos između zelenih industrijskih politika i međunarodne trgovinske discipline. Postoji visok stepen saglasnosti da je potrebna reforma sistema STO u ovoj oblasti. Novi pristup bi trebalo da podrazumeva preciziranje i proširenje oblasti primene ekoloških subvencija, u meri koja bitno ne remeti međunarodnu trgovinu i ne šteti međunarodnom tržištu. Poželjno bi bilo izričito dozvoliti određene subvencije, pre svega, subvencije vezane za oblast klimatskih promena i obnovljive izvore energije. Ovako koncipirana pravila STO o subvencijama bi bila u skladu i sa ciljevima dokumenata STO o održivom razvoju i omogućila bi uspostavljanje ravnoteže između suverenog prava države na zaštitu životne sredine i potrebe da se izbegnu protekcionističke politike koje ometaju međunarodnu trgovinu.

U pravu EU stvoren je kompleksan pravni režim državne pomoći sa ciljem da spreči zemlje članice da štite ili promovišu svoje privredne subjekte na štetu konkurencije u okviru EU. Ova regulativa je u odnosu na onu koja se odnosi na subvencije i koja postoji na međunarodnom planu, u okviru STO, mnogo detaljnija i pokriva širi spektar oblika državne pomoći. Na nivou EU, državna pomoć za zaštitu životne sredine dobija sve više na važnosti i zauzima značajno mesto u ukupnoj strukturi ulaganja u zaštitu životne sredine[91].

U Republici Srbiji u relevantnom zakonodavstvu definisani su prioritetni ciljevi u oblasti zažtite životne sredine i oni su u najvećoj meri usklađeni sa ciljevima proklamovanim u EU. Državna pomoć za zaštitu životne sredine detaljno je regulisana Uredbom o pravilima za dodelu državne pomoći i posvećena joj je izuzetno velika pažnja jer se trećina odredbi sadržanih u Uredbi odnosi direktno i isključivo na ovu vrstu državne pomoći. Stvaranjem relativno širokih pravnih mogućnosti za pružanje državne pomoći privrednim subjektima u cilju zašitite životne sredine, načinjen je formalan, ali bitan iskorak u ovoj sferi. Međutim, suštinski napredak u oblasti očuvanja i zaštite životne sredine zavisi od mogućnosti za efektivno korišćenje tog mehanizma, a koji zbog vrlo ograničenih finansijskih mogućnosti naše države, za sada nije izvestan.

[91] Vid. B. Krstić, S. Jovanović, T. Stanišić, M. Jovanović, 211.

Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Divljak@pf.uns.ac.rs

Sandra S. Fišer Šobot, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs

State Aid for Environmental Protection on Supranational Level and in Domestic Law

Abstract: *In contemporary society environmental protection plays a significant role. Activities of relevant entities on supranational and national level interwine in achieving the goal of effective environmental protection. The role of the state in environmental protection is of exceptional importance and can be materialized in different ways. A state can provide different financial incentives for environmental protection and their utilisation is regulated on both supranational and national level. On international level this area is governed by rules regulating subsidies and on EU and national level by rules regulating state aid for environmental protection. This paper examines relevant WTO provisions on subsidies, EU rules and domestic rules on state aid for environmental protection.*

Keywords: *environmental protection, subsidies, state aid for environmental protection.*

Datum prijema rada: 15.09.2017.

Originalni naučni rad 339.5.025.7:341.63
doi:10.5937/zrpfns51-15537

Dr Sanja V. Đajić, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
S.Djajic@pf.uns.ac.rs

NEUJEDNAČENOST MEĐUNARODNE ARBITRAŽNE PRAKSE U TUMAČENJU KLAUZULE NAJVEĆEG POVLAŠĆENJA I FRAGMENTACIJA MEĐUNARODNOG PRAVA[1]

Sažetak: *U radu je dat prikaz prakse primene klauzle najvećeg povlašćenja (MFN) u međunarodnoj investicionoj arbitraži u svetlu teze da razmimoilaženja koja postoje i različite odluke koje su donete po ovom pitanju predstavljaju dokaz fragmentacije međunarodnog prava. Fragmentacija je daleko širi fenomen od investicione arbitraže i MFN klauzule, ali ih je ipak moguće povezati jer razlozi koji ovde dovode do sukoba mogu uputiti na sistemske uzroke fragmentacije međunarodnog prava. MFN klauzula je jednostavna i često na isti način formulisana u različitim međunarodnim ugovorima. Ako unutar istog sistema postoje problemi u tumačenju tako jednostavne odredbe, opravdan je zaključak da je veća verovatnoća da će do takvog odstupanja da dođe još lakše prilikom tumačenja složenijih odredaba od strane različitih sudova. U ovom radu dat je uporedni pregled poznatih odluka o primeni MFN klauzule: Mafezini, Plama, Ros Invest, Kilič i Garanti Koza. Odluke su suprostavljene na nekoliko nivoa: opšte teorije o tumačenju MFN klauzule, deljivosti ugovora i konačnih odluka o istim zahtevima. Iako se sve odluke mogu zapravo podeliti u dve grupe, gde u okviru svake postoji izražena konzistentnost, nije moguće to isto tvrditi i za odnos ove dve grupe čiji sukob predstavlja dokaz sistematske fragmentacije međunarodnog investicionog prava.*

Ključne reči: *Klauzula najvećeg povlašćenja – klauzula najpovlašćenije nacije – MFN klauzula – investiciona arbitraža – fragmentacija.*

---

[1] Rad je pripremljen u okviru projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi" Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu i projektne teme „Procesi globalizacije i fragmentacije u savremenom međunarodnom pravu: međunarodno pravo između koherentnog sistema i dezintegracije".

1. UVOD

Fragmentacija međunarodnog prava predmet je intenzivnog interesovanja stručne pravničke javnosti već duže vreme a rasprava se kreće od negiranja njenog postojanja do tvrdnji da će dezintegracioni procesi dovesti do krize međunarodnog pravnog sistema. Fragmentacija se ponekad opisuje kao nužna faza u razvoju međunarodnog prava, kao oblik progresivne specijalizacije ali i kao manifestacija demokratizacije jer se opire centralizaciji pravnostvaralačke i pravosudne moći. Prema mišljenju Komisije UN za međunarodno pravo iz 2006. godine proces fragmentacije ne ugrožava međunarodni pravni sistem.

Fenomen fragmentacije se može dokazivati i osporavati na više načina. Jedan od njenih pojavnih oblika i njen dokaz je neujednačena i nedosledna primena opštih pravnih normi u pojedinačnim slučajevima, odnosno u sudskim i arbitražnim postupcima. Aksiom je različitost prakse braniti posebnim okolnostima svakog slučaja što znači da je zahtevno dokazivati fragmentaciju putem međunarodne sudske i arbitražne prakse.

Na ovom mestu su odabrani primeri iz međunarodne arbitražne prakse o tumačenju klauzule najvećeg povlašćenja (MFN klauzula) kada su donete različite odnosno čak suprotne odluke o opštim i posebnim uslovima za primeni MFN klauzule na odredbe o rešavanju sporova. Klauzula najvećeg povlašćenja je jednostavna odredba čija je formulacija u merodavnim ugovorima vrlo slična ili čak ista: investitorima i investicijama se garantuje tretman koji nije manje povoljan od tretmana koji se pruža investitorima i investicijama treće države.[2] Posebno je pitanje da li se pod MFN tretmanom podrazumeva onaj status koji je garantovan ugovorom ili već i faktički bolji tretman aktivira primenu ove klauzule.[3] Ovo je

---

[2] Kao primer može se navesti član 3 *Sporazuma između Srbije i Danske o podsticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja* iz 2009. godine (Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 105/2009, stupio na snagu 23. januara 2010.):

Član 3 – Tretman ulaganja

1. Svaka Strana ugovornica će na svojoj teritoriji obezbediti ulaganjima ulagača druge Strane ugovornice tretman koji ni u kom slučaju neće biti nepovoljniji od tretmana koji se obezbeđuje ulaganjima sopstvenih ulagača ili ulaganjima ulagača trećih država, zavisno od toga koji je, sa aspekta ulagača, povoljniji.

2. Svaka Strana ugovornica će garantovati, na svojoj teritoriji, ulagačima druge Strane ugovornice, u pogledu upravljanja, održavanja, korišćenja, uživanja ili raspolaganja njihovim ulaganjem, pravičan i ravnopravan tretman koji ni u kom slučaju neće biti manje povoljan od onog koji dodeljuje sopstvenim ulagačima ili ulagačima iz ma koje treće zemlje, zavisno od toga šta je, sa aspekta ulagača, povoljnije.

[3] U tom kontekstu vredna je pažnje formulacija MFN klauzula članu 4 st. 3 Sporazuma između Srbije i Kanade o podsticanju i zaštiti ulaganja: „Tretman dodeljen Strani u skladu sa odredbama st. 1. i 2. ovog člana znači, u odnosu na lokalni nivo vlasti, tretman koji, u datim okolnostima, lokalna vlast dodeljuje ulagačima i njihovim ulaganjima.“

najčešća formulacija odredbe koja se ume razlikovati samo po tome što se unose dopune. Takve dopune se mogu podeliti u tri grupe: isključenje primene ove odredbe na carinske unije, zone slobodne trgovine i ekonomske integracije, i posebne ugovore o poreskim pitanjima;[4] posebno navođenje odredaba BIT-a na koje se MFN klauzula odnosi i posebno isključenje primene MFN-a na odredbe o rešavanju sporova.[5]

U radu će hronološki biti prikazane odluke u predmetima Mafezini protiv Španije,[6] Plama protiv Bugarske,[7] Ros Invest protiv Rusije,[8] Kilič protiv Turkmenistana[9] i Garanti Koza protiv Turkmenistana.[10] Razlike koje postoje u tumačenju MFN klauzule u ovim predmetima su nesumnjive jer su suprotne ne samo odluke o zahtevima zasnovanim na MFN klauzuli već su suprotna i tumačenja opštih uslova za njenu primenu.

Nakon prikaza arbitražne prakse sledi analiza o opravdanosti takve neujednačenosti: da li je ovde reč o razvoju instituta klauzule MFN gde je fragmentacija zapravo pokazatelj specijalizacije ove norme, ili je takva neujednačenost ipak negativna fragmentacija koja dovodi do dezintegracije pravnog tumačenja i pravne nesigurnosti.

---

4 Ovaj izuzetak je gotovo pravilo u međunarodnim investicionim ugovorima. Postoji, na primer, u ugovorima Srbije sa Crnom Gorom (čl. 3 stav 3), sa Azerbejdžanom (čl. 4 stav 3), sa Austrijom (čl. 3, stav 2), sa Nemačkom (čl. 3 stav 3) itd.

5 Kao primer može da posluži stav 4 člana 4 *Sporazuma između Srbije i Azerbejdžana o podsticanju i uzajamnoj zaštiti ulaganja* iz 2011. godine (Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori, br., stupio na snagu 14.12.2011.):

Član 4 – Nacionalni tretman i tretman najpovlašćenije nacije

...

4. Odredbe st. 1. i 2. ovog člana neće se tumačiti tako da obavežu jednu Stranu ugovornicu da primeni neki drugi način rešavanja sporova sa ulagačem države druge Strane ugovornice, osim onog izričito propisanog članom 11. ovog Sporazuma.

6 *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Odluka o prigovorima nenadležnosti od 25. januara 2000. i Arbitražna odluka od 13. januara 2000. (u daljem tekstu: *Mafezini* (nadležnost) i *Mafezini* (meritum)).

7 *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Odluka o nadležnosti od 8. februara 2005. i Arbitražna odluka od 27. avgusta 2008. (u daljem tekstu: *Plama* (nadležnost) i *Plama* (meritum)).

8 *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation* (SCC Case No. 079/2005), Arbitražna odluka o nadležnosti iz oktobra 2007. godine i Konačna arbitražna odluka od 12. septembra 2010. (u daljem tekstu *Ros Invest* (nadležnost) i *Ros Invest* (meritum)).

9 *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1, Odluka o članu VII.2 Dvostranog investicionog sporazuma između Turkmenistana i Turske od 7. maja 2012., Arbitražna odluka od 2. jula 2013. i Odluka o zahtevu za poništaj od 14. jula 2015. (u daljem tekstu: *Kilič* (tumačenje), *Kilič* (nadležnost), *Kilič* (poništaj).

10 *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, Odluka o prigovoru nenadležnosti zbog nedostatka saglasnosti od 3. jula 2013. godine i Arbitražna odluka od 19. decembra 2016. (u daljem tekstu: *Garanti Koza* (nadležnost) i *Garanti Koza* (meritum)).

2. PRIMERI NEUJEDNAČENOSTI MEĐUNARODNE ARBITRAŽNE PRAKSE

Predmeti Mafezini i Plama već su popularni u literaturi međunarodnog investicionog prava i često se navode kao primeri neujednačenog tumačenja međunarodnih arbitražnih sudova.[11] Ujednačeno tumačenje u međunarodnoj investicionoj arbitražnoj praksi nije lako postići jer se arbitražni sudovi konstituišu za svaki pojedinačni predmet, a ugovori na osnovu kojih se vode sporovi su bilateralni, tako da je različitost očekivana. Sa druge strane, standardi koji su predmet tumačenja su slični, vrlo često čak isti, a uobičajeno je da se svi arbitražni sudovi pozivaju na raniju arbitražnu praksu iako sa tim predmetima ne postoji nikakva pravna ili faktička veza. Drugim rečima, konvergencija je očekivana i često ostvarena: [12] teško je, na primer, zagovarati tumačenje koje odstupa od opšteg trenda arbitražne prakse. Upravo zato je odstupanje od opštih tumačenja zajedničkih normi izuzetak koji može da bude opravdan samo posebnim okolnostima slučaja, specijalno ugovorenim odredbama ili posebnim razlozima. Odabrani primeri treba da ilustruju takva odstupanja, njihove razloge, opravdanost ali i učestalost.

2.1. Mafezini protiv Španije

Predmet Mafezini se u današnjoj literaturi i arbitražnoj praksi uglavnom pominje povodom dva pravna pitanja: pripisivanja državi akata privrednih društava u državnoj svojini radi utvrđivanja međunarodne odgovornosti države za povrede međunarodnih ugovora o zaštiti investicija, i povodom primene klauzule najvećeg povlašćenja. Ovde ćemo se zadržati samo na drugom pravnom pitanju.

Emilio Mafezini, argentinski državljanin, osnovao je u Španiji privredno društvo radi investiranja u hemijsku industriju, odnosno radi izgradnje fabrike za proizvodnju linije hemijskih proizvoda. U osnovanom privrednom društvu (EAMSA – Emilio A. Maffezini S. A.) Emilio Mafezini je imao 70% udela u ka-

[11] Elisabeth Whitsitt, "Application of Most-Favoured-Nation Clauses to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: An Assessment of the Jurisprudence", *Journal of Energy and Natural Resources Law* 4/2009, 527-558; Gabriel Egli, "Don't Get Bit: Addressing ICSID's Inconsistent Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions", *Pepperdine Law Review* 4/2007, 1045-1084; Jarrod Wond, "The Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 1/2008, 171-198; Scott Vesel, "Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation in Bilateral Investment Treaties", *Yale Journal of International Law* 1/2007, 125-190; Bruno Poulain, "Clauses de la nation la plus favorisée et clauses d'arbitrage investisseur-Etat: Est-ce la fin de la jurisprudence Maffezini", *ASA Bulletin* 2/2007, 279-301; Ruth Teitelbaum, "Who's Afraid of Maffezini – Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Nation Clauses", *Journal of International Arbitration* 3/2005, 225-238.

[12] „Odluke su doprinele razvoju koherentne arbitražne prakse o IKSID konvenciji." – Christoph Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge 2001, 56.

pitalu, dok je 30% udela pripadalo španskom društvu SODIGA (SODIGA – *Sociedad para el Desarrollo Industrial de Galicia*). SODIGA je zajedničkom društvu odobrila poseban kredit, u iznosu koji je bio 4/5 vrednosti kapitala društva EAMSA po preferencijalnom režimu uz nižu kamatnu stopu. EAMSA je dobila i niz subvencija od ministarstva finansija Španije.

Istovremeno sa osnivanjem privrednog društva Mafezini je počeo sa ispitivanjem poslovnih mogućnosti, angažovao je privatne konsultantske firme i uputio zahteve za dobijanje informacija španskim agencijama zaduženim za promociju investicija. SODIGA, partner Mafizinija, sprovela je nezavisno istraživanje tržišta i procene isplativosti budućeg projekta. Iako je agencija za zaštitu životne sredine kasnila sa izdavanjem dozvole, Mafezini je nastavio sa izgradnjom fabrike. Godinu dana nakon početka izgradnje EAMSA je zapala u finansijske neprilike jer nije dobila očekivane kredite i subvencije. Njena nelikvidnost je delimično sanirana transferom sredstava sa privatnog računa Mafezinija na račun EAMSA. Ubrzo je Mafezini obustavio projekat i ponudio da SODIGA otpiše sve dugove koje su Mafezini i EAMSA imali prema njoj u zamenu za kapital i imovinu zajedničkog društva. EAMSA je prvo tražila doplatu da bi okončala transakciju, a nakon što je Mafezini potražio pomoć svoje države, Argentine, SODIGA je prihvatila prvobitnu ponudu koju je ovaj put Mafezini odbio i odlučio se da Španiju tuži pred IKSID-om.

Španija je uložila četiri prethodna prigovora, a mi ćemo se ovde zadržati samo na prvom kojim je Španija isticala da arbitražni sud nema nadležnost jer nisu bili iscpljeni lokalni pravni lekovi.[13] Ovom prigovoru arbitražni sud je posvetio najviše pažnje a rezultat je odluka koja je postala presedan za tumačenje procesnih odredaba investicionih sporazuma i nadležnosti arbitražnih sudova.

Član H dvostranog međunarodnog ugovora o zaštiti stranih ulaganja (Španско-argentinski BIT) uslovljavao je tužbu međunarodnoj arbitraži prethodnim obraćanjem domaćim sudovima – tužilac je bio u obavezi da pokuša da reši spor pred sudovima države domaćina investicije u roku od 18 meseci od izbijanja spora.[14] Tek ukoliko sud ne bi doneo odluku u roku od 18 meseci, ili je odluka doneta ali njom nije rešen spor, investitor stiče pravo da se obrati međunarodnoj arbitraži. Ovde je reč o uslovu lokalnih pravnih lekova u nešto izmenjenoj varijatni koja je tipična za međunarodne investicione sporazume,[15] a to je ograničen rok u

[13] *Mafezini* (nadležnost), pasusi 19-63.

[14] *Mafezini* (nadležnost), pasus 19.

[15] „Arbitražni sud zapaža da član X(3)(a) ne zahteva iscrpljivanje lokalnih pravnih lekova na način na koji se ovaj institut shvata u međunarodnom pravu. On samo govori o meritornoj odluci koja, kako to i tuženi priznaje, ne mora biti konačna ili bez prava na žalbu po pravu Španije, te tako on i ne zahteva da se iscrpu svi dostupni domaći pravni lekovi.“ – *Mafezini* (nadležnost), pasus 28. (Arbitražni sud se poziva na mišljenje Kristofa Šrojera – C. Schreuer, “Commentary on the ICSID Convention. Article 25”, *Foreign Investment Law Journal, ICSID Review*, Vol. 12, 1997, 59, 201).

kojem je strani investitor dužan da pokuša da spor reši pred domaćim sudovima. Pored ove uobičajene olakšice, postoji i jedna opšta koja je predviđena u članu 26 IKSID konvencije koja pretpostavlja da su lokalni pravni lekovi isključeni osim ako konkretnim BIT-om ili drugom ponudom za arbitražno rešenje spora nisu uvedeni.[16] Drugim rečima, bar u IKSID kontekstu, lokalni pravni lekovi su daleko lakša prepreka nego pred drugim međunarodnim sudovima.

Emilio Mafezini nije pokušao da se obrati sudovima Španije već je odmah pokrenuo IKSID arbitražu. Njegov odgovor na prigovor Španije bio je argument zasnovan na MFN klauzuli. Formulacija ove odredbe u merodavnom BIT-u bila je uobičajena: „U pogledu svih pitanja uređenih ovim sporazumom tretman ne može biti manje povoljan za ulaganja od onog koji država ugovornica pruža ulaganjima ulagača treće države." Tužilac je smatrao da ima pravo da bude oslobođen obraćanja domaćim sudovima pozivanjem na BIT Španije sa trećom državom koji takav uslov nije poznavao.

MFN klauzula zaista jeste jedna od najstarijih garancija koju poznaju međunarodni ugovori o zaštiti stranaca i vremenom je ona postala standardna odredba u brojnim međunarodnim ugovorima različitog karaktera. Problem u primeni je određivanje njenog domašaja: šta se smatra tretmanom i na koje ugovore sa trećim državama ova klauzula upućuje. Osim uobičajenih izuzetaka (carinska unija, regionalna organizacija, ekonomska integracija) ponekad se ugovaraju i posebni izuzeci. Ako nema posebno ugovorenih izuzetaka, zaista je otvoren problem domašaja i polja primene klauzule najvećeg povlašćenja: kako tumačiti ćutanje odredbe o njenom domašaju i koja su opšta, standardna pravila uslov za njenu primenu. Standardni uslov je *ejusdem generis* princip koji zahteva da postoji sličnost između dva ugovora, ali i sličnost položaja tražioca boljeg tretmana i onog koji taj tretman već uživa. Smatra se da su van domašaja ove klauzule one odredbe koje su bile predmet posebnih pregovora tako da se tako ugovoren režim ne može preneti iz drugog ugovora. Drugi problem u primeni ove klauzule se odnosi na način na koji se beneficija iz drugog ugovora prenosi na novog korisnika: da li je ona automatska ili podrazumeva zahtev da se takav tretman pruži.[17] Iako je reč o utemeljenom i često ugovaranom standardu, njegova primena nije jednostavna.

---

[16] „Pristanak stranaka na arbitražu shodno ovoj konvenciji smatra se pristankom na tu arbitražu s isključenjem svakog drugog pravnog sredstva, izuzev ako je drukčije ugovoreno. Država ugovornica može zahtevati da se iscrpu unutrašnja administrativna ili sudska sredstva kao uslov pristanka na arbitražu shodno ovoj konvenciji." – Čl. 26 IKSID konvencije.

[17] „Osnovna poenta je da bolji tretman koji je garantovan u trećem ugovoru mora da bude zatražen na osnovu MFN klauzule u osnovnom ugovoru. Na taj način funkcioniše MFN klauzula. Ona ne funkcioniše tako da izmeni ili dopuni tekst osnovnog ugovora. Švarcenbergeru se može pripisati poznata rečenica da 'MFN klauzule služe da bi se osigurali od loših nacrta i nedostatka mašte onih koji zaključuju međunarodne ugovore.' Ipak, Švarcenberger je bio vrlo svestan da ideja automatske inkorporacije je samo fikcija." – Zachary Douglas, "The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails", *Journal of International Dispute Settlement* 1/2011, 106.

Posebno je pitanje, koje je bilo i centralno u Mafeziniju, da li se MFN klauzula uopšte odnosi na odredbe o rešavanju sporova. Ovde se kao ključno postavilo tumačenje izraza „tretman" iz klauzule najvećeg povlašćenja. Pozivanjem na arbitražnu odluku u predmetu Ambatijelos, gde je utvrđeno da *administration of justice* predstavlja deo zaštite stranih trgovaca (pitanje je bilo da li se pristup sudovima može dovesti u vezu sa „trgovinom i plovidbom" na koje se osnovni ugovor odnosio tako da atrahira bolji tretman pred sudovima iz drugog ugovora) arbitražni sud zaključuje da se pod tretmanom podrazumeva i pravo na pristup međunarodnoj arbitraži na koje se mogu primeniti sve olakšice iz drugog ugovora i da izostanak izričite odredbe o takvom dejstvu klauzule ne ometa takvo tumačenje:

„Bez obzira što klauzula u osnovnom ugovoru ne navodi izričito da je rešavanje sporova pokriveno klauzulom najvećeg povlašćenja, arbitražni sud smatra da postoji osnov za zaključak da su današnji mehanizmi rešavanja sporova neodvojivi od zaštite stranih investitora, jer su oni takođe povezani sa zaštitom trgovaca na osnovu međunarodnih trgovinskih ugovora. Konzularne nadležnosti su se u prošlosti, kao i svaki drugi oblik eksteritorijalne nadležnosti, smatrale suštinskim za zaštitu prava trgovaca, i zbog toga nisu predstavljali samo procesno sredstvo već aranžman uobličen radi bolje zaštite prava lica u inostranstvu. Iz toga sledi da ovi aranžmani, iako ne prestavljaju deo supstancijalnog aspekta trgovine i investicione politike koju promovišu međunarodni ugovori o trgovini i plovidbi, bili su od suštinske važnosti za zaštitu prava koja garantuju."[18]

Nakon što je pod tretman podveo i pravo na obraćanje međunarodnoj arbitraži, arbitražni sud je, nakon ispitivanja drugih ugovora Španije i pregovora o zaključivanju BIT-a između Argentine i Španije, zaključio da se ova klauzula primenjuje i na odredbe o rešavanju sporova.[19] Jedino ograničenje koje je postavio odnosilo se na suštinska pitanja javnog poretka koja su bila predmet posebnih ograničenja, pregovora ili docnije prakse država.[20] Ovo ograničenje nije od velike pomoći i čini se da je postavljeno tek toliko da novo tumačenje domašaja klauzule najvećeg povlašćenja ne izgleda kao potpuno brisanje svih procesnih ograničenja.

Ovakvim tumačenjem je uklonjen uslov dopuštenosti tužbe, a praktična posledica ovde je bila dvostruka: procesne odredbe su podobne za MFN tretman i dodatni uslovi za obraćanje IKSID arbitraži mogu biti otklonjeni putem MFN klauzule u osnovnom ugovoru. Pitanje je da li je bilo potrebno toliko široko tumačenje osnovnog pravila o primeni MFN, i zapravo stvaranje novog pravila o polju primene MFN klauzule, samo da bi se uklonili prethodni procesni uslovi za obraćanje IKSID arbitraži.

---

[18] *Mafezini* (nadležnost), pasus 54.

[19] „Iz svega navedenog proizilazi da ako ugovor sa trećom državom sadrži povoljnije odredbe o rešavanju sporova od onih u osnovnom ugovoru, njihova primena se može proširiti na beneficijara MFN klauzule jer su kompatibilne sa ejusdem generis principom." – *Mafezini* (nadležnost), pasus 56.

[20] *Mafezini* (nadležnost), pasus 64.

2.2. Plama protiv Bugarske

Francuski državljanin Votran osnovao je kompaniju na Kipru, Tramel investment, koja je u postupku privatizacije u Bugarskoj otkupila 96,78% udela u pravnom licu Plama AD. Nakon privatizacije promenjeno je ime privatizovanog preduzeća u Nova plama AD.[21] Plama AD bila je rafinerija koja se bavila proizvodnjom naftnih derivata, a deo imovine preduzeća je i elektrana koja ima pravo da prodaje višak proizvedene električne energije preko zajedničke distributivne mreže.[22] Kao tužilac u postupku pred IKSID arbitražom pojavilo se kiparsko društvo sa tvrdnjom da je osnov nadležnosti Ugovor o energetskoj povelji i Bilateralni ugovor zaključen između Bugarske i Kipra, zajedno sa Međunarodnom konvencijom o rešavanju investicionih sporova (ICSID). Tužilac je u tužbi tvrdio da je Bugarska, nizom mera državnih organa i agencija, ugrozila poslovanje Nove plame što je dovelo do značajne materijalne štete, te da je zbog toga Bugarska indirektno eksproprisala investiciju i povredila načelo poštenog i pravičnog tretmana. Bugarska je, između ostalog, tvrdila da je investitor prevarom doveo Bugarsku u zabludu prilikom privatizacije i da tužena država svakako nije ni na koji način povredila merodavno pravo. Ovde se nećemo baviti svim aspektima ovog spora već samo onim koji se tiče primene MFN klauzule.

Tužilac je tvrdio da nadležnost u ovom sporu postoji na osnovu dva međunarodna ugovora, na osnovu Ugovora o energetskoj povelji (ECT) i Bilateralnog ugovora o zaštiti i unapređenju stranih investicija između Bugarske i Kipra iz 1987. godine (BIT). Problem sa BIT-om bio je taj što ne poznaje odredbu o rešavanju sporova pred IKSID arbitražom – odredba o rešavanju sporova bila je ograničena dvostruko: da li postoji eksproprijacija mogu da odluče samo domaći sudovi, dok spor o iznosu naknade za eksproprisanu imovinu može da reši domaći sud države koja je sprovela eksproprijaciju ili „međunarodni *ad hoc* arbitražni sud“ koji bi primenjivao UNCITRAL arbitražna pravila i koji se konstituiše tako što svaka strana ugovornica, Kipar i Bugarska, imenuju po jednog arbitra koji zajedno imenuju predsedavajućeg. Kao organ imenovanja, u slučaju da strane ne iskoriste pravo da imenuju arbitre ili ako arbitri ne postignu saglasnost o izboru nadarbitra, odabran je predsednik arbitražne institucije pri Privrednoj komori Stokholma *(SCC Arbitration Court*).[23]

Tužilac se tako oslonio na MFN klauzulu iz člana 3 BIT-a (Svaka Strana ugovornica na svojoj teritoriji garantuje investicijama investitora tretman koji nije manje povoljan od onog koji garantuje investicijama investitora iz trećih država)[24]

---

[21] *Plama* (nadležnost), pasus 19.
[22] *Plama* (nadležnost), pasus 20.
[23] Član 4 BIT-a između Bugarske i Kipra, navedeno u: *Plama* (nadležnost), pasus 26.
[24] Član 3 BIT-a između Bugarske i Kipra, navedeno u: *Plama* (nadležnost), pasus 26.

tražeći primenu odredbe o nadležnosti IKSID arbitraže iz BIT-a između Finske i Bugarske. Tužilac je svoj zahtev obrazložio na sledeći način: tužilac ima status investitora na osnovu bugarsko-kiparskog BIT-a koji sadrži MFN klauzulu, a ta se klauzula odnosi na „tretman" pod koji se mogu podvesti odredbe o rešavanju sporova iz drugih dvostranih investicionih sporazuma u kojima je Bugarska ugovorna strana. Pošto je tretman stranih investitora u pogledu procesne zaštite bolji u drugom investicionom sporazumu, onom između Finske i Bugarske, tužilac ima pravo da traži takvu zaštitu na osnovu MFN klauzule.[25]

Arbitražni sud je ovaj zahtev odbio.[26] Pored razloga koji su se odnosili na konkretnu situaciju (u vreme zaključenja ugovora bilo je jasno da su ugovorne strane nameravale da pruže ograničenu zaštitu stranim investitorima, u kasnijim neuspelim pregovorima nije došlo do promene ove odredbe i ne postoje dokazi da su strane nameravale da prošire MFN dejstvo i na procesne odredbe), arbitražni sud je ponudio i neke opšte razloge zbog kojih je našao da MFN klauzula kao takva, bez posebne odredbe koja ukazuje na suprotno,[27] ne može da posluži kao veza sa drugim BIT-om tako da se iz njega preuzme odredbu o nadležnosti. Na primer, kako odabrati povoljniji režim ako odredba na koju se upućuje sadrži tri načina rešavanja sporova od kojih su bar dva međunarodna arbitraža.[28]

„Odredbe o rešavanju sporova u konkretnom ugovoru rezultat su pregovora o načinu rešavanja sporova iz tog konkretnog ugovora. Zato ne treba pretpostaviti da su ugovorne strane postigle takav dogovor da se upravo te odredbe prošire uvođenjem mehanizma za rešavanje sporova iz drugih ugovora koji su pregovarani u sasvim drugačijim okolnostima."[29]

Posebno je značajan zaključak po kojem se MFN klauzula ne može da koristiti da bi se uveo mehanizam za rešavanje sporova koji uopšte ne postoji u osnovnom ugovoru.[30] Ovde je arbitražni sud bio u poziciji da bude prvi koji bi dozvolio potpunu zamenu jednog arbitražnog režima drugim i to je odbio. Međutim, široko tumačenje koje je ponudio sud u predmetu Mafezini bi moglo da posluži i za zamenu arbitražnog mehanizma onim koji je navodno povoljniji – ne postoji ograničenje u tumačenju u Mafeziniju koje bi moralo da spreči sud da zameni jedan režim drugim jer se jedino ograničenje odnosi na *fundamental public policy*, što

[25] *Plama* (nadležnost), pasus 183.

[26] *Ibid*., pasus 184.

[27] Arbitražni sud tako upućuje na MFN klauzulu u Model ugovoru Ujedinjenog Kraljevstva koja izričito navodi odredbe na koje se MFN klauzula odnosi, a među tim odredbama je i klauzula o rešavanju sporova između investitora i države domaćina investicije. – *Ibid*., pasus 204.

[28] *Ibid*., pasus 208.

[29] *Ibid*., pasus 207.

[30] „Jedna je situacija kada se tretman predviđen u jednom ugovoru dopuni boljim tretmanom iz nekog drugog ugovora. Sasvim je drugačija situacija zameniti jedan postupak koji su strane posebno pregovarale potpuno drugačijim mehanizmom." – *Plama* (nadležnost), pasus 209.

je po mišljenju suda u Plami nejasno.[31] Iako su brojni arbitražni sudovi nakon Mafezinija sledili njegov zaključak i otklanjali dodatne uslove za obraćanje IKSID-u,[32] to su ipak činili u vrlo sličnom kontekstu (isključivanje roka od 3 do 18 meseci za korišćenje lokalnih pravnih lekova), i nisu uvodili potpuno novu arbitražnu instituciju u režim rešavanja sporova po predmetnom BIT-u. Jednako je značajno i kako arbitražni sud u Plami tumači ćutanje MFN odredbe o polju primene: dok je u Mafeziniju to dovelo do pretpostavke da se odredbe o rešavanju sporova zato i primenjuju,[33] u Plami je pretpostavka bila suprotna i načelno isključila primenu MFN klauzule na odredbe o rešavanju sporova.[34]

U Plami je arbitražni sud bio svestan da odstupa od zaključaka u Mafeziniju i od novog trenda širokog tumačenja MFN klauzule. Verovatno iz tog razloga je posvetio poseban deo analizi i zapravo kritici Mafezinija.[35] Odstupanje je tako postalo direktno i u Plami je otvoreno zauzet suprotan stav. Upozoravajući na opasnost od neograničenog korišćenja beneficija iz drugih ugovora (*treaty shopping*), arbitražni sud u Plami zaključuje:

„MFN klauzula iz osnovnog ugovora ne može da iz drugog ugovora inkorporiše odredbe o rešavanju sporova, u celini ili delimično, prostim upućivanjem, osim ako MFN odredba u osnovnom ugovoru nesumnjivo ukazuje da je namera Strana ugovornica bila da se ove odredbe zaista i inkorporišu u osnovni ugovor.“[36]

Posledica je bila da arbitražni sud u Plami nije prihvatio nadležnost na osnovu BIT-a između Finske i Bugarske.[37] Sa druge strane, nije ostao bez nadležnosti koju je ustanovio na osnovu ECT-a. U meritumu su kasnije svi tužbeni zahtevi bili odbijeni.

Plama je tako načinila preokret i postavila ograničenja primeni MFN klauzule na odredbe o rešavanju sporova. Ta ograničenja su bila višestruka. Prvo je bilo kategorično i jasno: odredbe o rešavanju sporova nisu podobne za primenu MFN klauzule. Drugo ograničenje je postavljeno jasnije da čak i kada osnovni ugovor predviđa jednu vrstu arbitraže to ne znači da je rešavanje sporova moguće proširiti putem MFN klauzule na drugu arbitražnu instituciju. Ostala ograničenja domašaja

[31] „Arbitražnom sudu je nejasno šta je koren ‘razloga javnog poretka’. Kada je arbitražni sud ovo pitao zastupnika tužioca na usmenoj raspravi, on je odgovorio: ‘Oni su to prosto izmislili’ [D2.134]. Ovaj sud ne bi išao tako daleko u oceni odluke u Mafeziniju. Čini se pre da je efekat ‘razloga javnog poretka’ da on sužava prostor koji je arbitražni sud u Mafeziniju usvojio.“ – *Ibid*., pasus 221.

[32] Rudolph Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford 2008, 254.

[33] *Mafezini* (nadležnost), pasus 54.

[34] *Plama* (nadležnost), pasus 207.

[35] Na primer, smatra da sud u Mafeziniju pogrešno tumači i primenjuje odluke na koje se oslonio, a to su mahom odluke Međunarodnog suda pravde (*Plama* (nadležnost), pasusi 217-218), da harmonizacija i ujednačavanje odredaba o rešavanju sporova ne može da posluži kao osnov za šire tumačenje tih odredaba (*Ibid*., 219) i da su zaključci u Mafeziniju kontradiktorni (*Ibid*., 221).

[36] *Ibid*., pasus 223.

[37] *Ibid*., pasus 227.

MFN klauzule na odredbe o rešavanju sporova uopšte su implicitna, od prirode normi do nepostojanja saglasnosti da se promeni režim rešavanja sporova.

Zaključak iz Plame su kasnije primenili i drugi arbitražni sudovi. U predmetu Beršader protiv Rusije arbitražni sud je odbio da putem MFN klauzule iz BIT-a zaključenog između SSSR-a i Belgijsko/Luksemburške unije, koji nije imao odredbu o arbitražnom rešavanju sporova, ustanovi nadležnost na osnovu drugog BIT-a.[38] U tom slučaju nije postojao alternativni osnov nadležnosti tako da se arbitražni sud oglasio nenadležnim.

2.3. Ros Invest protiv Rusije

Ros Invest protiv Rusije je prva arbitražna odluka u međunarodnim sporovima protiv Rusije povodom Jukosa kojom je Rusija proglašena odgovornom za eksproprijaciju uz obavezu naknade štete Ros Investu, manjinskom akcionaru Jukosa. Predmet svih tužbenih zahteva u ovim sporovima bio je stečaj Jukosa do kojeg je, po tvrdnjama tužilaca došlo zbog različitih diskriminatornih mera Rusije (hapšenje, oporezivanje, kažnjavanje zbog poreske evazije i slično) koje su bile usmerene na uništenje Jukosa i prenos njegove imovine na državna preduzeća Rusije.

U ovom predmetu tužba se zasnivala na britansko-sovjetskom BIT-u i dve njegove klauzule, o rešavanju sporova i MFN klauzuli. Ona o rešavanju sporova u članu 8 ograničavala je nadležnost arbitražnog suda Stokholmske privredne komore (SCC) na iznos naknade za eksproprisanu imovinu. Arbitražni sud je zaključio da na osnovu člana 8 nema nadležnost da odlučuje o postojanju eksproprijacije.[39] Potom je ustanovio da član 3 istog BIT-a predstavlja MFN klauzulu uz koju je moguće proširiti član 8 tako da arbitražnom sudu poveri ovlašćenje za odlučivanje i o postojanju eksproprijacije. Osloncem na MFN klauzulu arbitražni sud se pozvao na BIT između Rusije i Danske koji je predviđao nadležnost Stokholmske arbitraže ali za sva pitanja iz BIT-a.

Pošto je arbitražni sud bio suočen sa vrlo precizno formulisanom odredbom u članu 8 obrazložio je zašto je eksplicitno ograničenje nadležnosti na ovaj način otklonjeno:

„Iako primena MFN klauzule iz člana 3 proširuje polje primene člana 8 i na taj način dolazi u sukob sa sopstvenim ograničenjima, to je zapravo normalna posledica primene MFN klazula, sama priroda i svrha je da zaštitu koja ne postoji u jednom ugovori proširi prenošenjem zaštite iz drugog ugovora.“ [40]

Ovde arbitražni sud ponovo izjednačava supstancijalne i procesne odredbe koje su, po njegovom mišljenju, jednako pokrivene MFN klauzulom:

---

[38] *Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation*, SCC Case No. 080/2004, Arbitražna odluka od 21. aprila 2006.

[39] *Ros Invest* (nadležnost), pasus 123.

[40] *Ros Invest* (nadležnost), pasus 131.

„...[A]rbitražna klauzula, bar u kontekstu eksproprijacije, ima istu zaštitnu vrednost kao i svaka supstancijalna zaštita koja postoji u odredbama kao što je član 5 BIT-a.“[41]

Nakon Ros Investa arbitražni sud u predmetu Renta 4 protiv Rusije je na isti način tumačio odredbu o rešavanju sporova između Španije i SSSR-a iz 1990. godine i MFN klauzulu tako da proširi svoju nadležnost i na utvrđivanje eksproprijacije. Obe odluke su poništene pred sudovima u Švedskoj: dok je Ros Invest poništen iz proceduralnih razloga,[42] arbitražna odluka u predmetu Renta 4 je poništena jer je arbitražni sud prekoračio nadležnost pošto ponuđeno tumačenje MFN klauzule nije moglo da obezbedi nadležnost.[43] Arbitražni sporazum, po mišljenju Apelacionog suda u Stokholmu, u ovom slučaju ne postoji te arbitražni sud nije imao nadležnost. Prekoračenje nadležnosti je bilo i osnov za poništaj.

2.4. Kilič protiv Turkmenistana

U ovom predmetu spor je nastao iz nekoliko građevinskih ugovora koje je Kilič, turska građevinska kompanija, zaključila sa državnim organima i lokalnim samoupravama u Turkmenistanu. Nakon pokretanja postupka pred IKSID arbitražnim sudom Turkmenistan je prigovorio da u ovom postupku ne postoji saglasnost Turkmenistana da se vodi postupak jer je ona uslovljena prethodnim obraćanjem domaćim sudovima. Tek ukoliko spor ne bi bio rešen na ovaj način ili ako odluka ne bi bila doneta u roku od godinu dana, investitor tek onda stiče pravo da pokrene spor pred IKSID-om. Tužilac se nije obratio sudovima Turkmenistana ali se zato pozvao na MFN klauzulu da isključi uslov lokalnih pravnih lekova pozivanjem na povoljniju odredbu iz dvostranog ugovora o zaštiti investicija Turkmenistana i Švajcarske. Činjenice, pravo i zahtev tako potpuno odgovaraju predmetu Mafezini.

Arbitražni sud nije prihvatio zahtev tužioca. Odredbu o rešavanju sporova iz osnovnog ugovora sud tumači kao „višestepeni sistem rešavanja sporova“[44] jer uključuje obaveštenje o sporu, pregovore o rešenju spora i u slučaju neuspelih pregovora obraćanje sudovima Turkmenistana (takve su inače gotovo sve odredbe o rešavanju sporova u dvostranim investicionim sporazumima). Našavši da nije ispunjen uslov pod kojim je tužena država pristala na nadležnost, arbitražni sud je prešao na pitanje da li se ovaj uslov može otkloniti primenom MFN klauzule.

---

[41] *Ros Invest* (nadležnost), pasus 132.

[42] Podatak o poništaju preuzet iz: Veijo Heiskanen, Laura Halonen, “Post-Award Remedies”, u: *Litigating International Investment Disputes: A Practitioner’s Guide* (ed. Chiara Giorgetti), Brill – Nijhoff, Leiden – Boston, 2014, 513.

[43] Apelacioni sud u Stokholmu (Švedska), broj predmeta T 9128-14, odluka od 18. januara 2016. godine (dostupno na: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7714_8.pdf – 31.10.2017.).

[44] *Kilič* (nadležnost), pasus 6.2.6.

Na samom početku arbitražni sud zaključuje da merodavni BIT razlikuje supstancijalna prava od pravnih lekova (iako u samom tekstu ugovora takva razlika nije vidljiva i zapravo je rezultat „pažljivog čitanja" ugovora).[45] Potom arbitražni sud nalazi da se reč „tretman" iz MFN klauzule, u standardnoj formulaciji, odnosi isključivo na supstancijalna prava investitora ali ne i na postupak zaštite ovih prava.[46] Arbitražni sud nudi i dodatne razloge zašto ne može da proširi dejstvo MFN klauzule na odredbe o rešavanju sporova. Ovi razlozi su vredni pomena jer se mogu odnositi na veliki broj postojećih bilateralnih sporazuma. Na primer, to je jedini BIT Turkmenistana koji poznaje uslov lokalnih pravnih lekova iz čega sud izvodi zaključak da je to rezultat posebnih pregovora i specijalnog sporazuma strana.[47] Zatim, isključenjem primene lokalnih pravnih lekova za turske investitore u Turkmenistanu bi se narušila uzajamnost ugovornih obaveza jer bi turkmenistanski investitori u Turskoj i dalje bili u obavezi da se obrate turskim sudovima.[48]

Konačno, arbitražni sud relativno lako odbacuje pozivanje na raniju praksu iz jednostavnog razloga što je takva praksa neujednačena: arbitražni sud samo konstatuje da postoje ukupno 22 odluke o primeni MFN klauzula na procesne odredbe i da je 11 odluka u korist tužioca dok je 11 u korist tuženog.[49] Uz dodatni zaključak da odluke nisu precedenti arbitražni sud je oslobodio prostor za tumačenje klauzule najvećeg povlašćenja. Iako se osvrnuo na odluke na koje se pozivao tužilac, zaključio je da se klauzula MFN ne primenjuje na odredbe o rešavanju sporova osim ako su to strane izričito ugovorile.[50] Pošto nije bilo drugog osnova nadležnosti arbitražni sud se oglasio nenadležnim. Tužilac nije uspeo da ospori ovu odluku ni u docnijem postupku poništaja.

Odstupanje od Mafezinija je ovde očigledno. Kilič je radikalniji i od odluka sa kojima je u saglasnosti, poput Plame, jer je u Plami postojao alternativni osnov nadležnosti, u Ugovoru o Energetskoj povelji, ali i zbog toga što je u Plami zahtev bio daleko ambiciozniji sa namerom da prenese iz drugog ugovora celokupan arbitražni mehanizam. Ovde je zahtev bio da se otklone dodatni procesni uslovi za obraćanje ugovorenoj arbitraži. Kilič nije ograničio svoje tumačenje na dodatne procesne uslove već je načelno odbio mogućnost primene MFN klauzule na procesne odredbe.

2.5. Garanti Koza protiv Turkmenistana

Samo dan nakon odluke u predmetu Kilič, IKSID arbitražni sud drugačijem sastavu doneo je odluku u drugom predmetu protiv Turkmenistana na osnovu

[45] *Ibid.*, pasus 7.3.1.
[46] *Ibid.*, 7.3.9.
[47] *Ibid.*, 7.4.1.-7.4.4.
[48] *Ibid.*, 7.5.1.-7.5.3.
[49] *Ibid.*, 7.6.1. i fusnota 131.
[50] *Ibid.*, 7.9.1.

britansko-turkmenistanskog BIT-a. Spor je ovde nastao iz više građevinskih ugovora na osnovu kojih je Garanti Koza, registrovana u Velikoj Britaniji, bila u obavezi da izgradi oko 30 mostova i nadvožnjaka na autoputevima u Turkmenistanu. Osnov za tužbu i nadležnost bio je BIT zaključen između Velike Britanije i Turkmenistana koji je u odredbi o rešavanju sporova predviđao nadležnost IKSID-a ali pod uslovom da je za konkretan spor Turkmenistan dao posebnu saglasnost.[51] Turkmenistan je uložio prigovor da ne postoji arbitražni sporazum i da arbitražni sud zbog toga nema nadležnost. Kako u predmetnom BIT-u postoji i MFN klauzula tužilac se pozvao na ovu odredbu da bi otklonio uslov posebne saglasnosti. Ovaj argument je arbitražni sud, većinom glasova, prihvatio.

Odredba o rešavanju sporova u članu 8 BIT-a predviđa pravo tužioca da ponudi jednu od tri arbitraže (IKSID, UNCITRAL, MTK) ali je za svaku od njih potrebna posebna saglasnost tuženog. Ukoliko takvu saglasnost tuženi ne da u roku od četiri meseca, tužilac može podneti tužbu UNCITRAL arbitraži. Arbitražni sud u Garanti Kozi zaključuje da u konkretnom slučaju postoji saglasnost koja se može izvesti u dva koraka. Prvi korak je oslonac na stav 1 člana 8 gde se na opšti način kaže da investitor može, ukoliko želi, da spor reši „u međunarodnoj arbitraži", dok su opcije iz stava 2 konkretizacija tako date saglasnosti. Ovde arbitražni sud zapravo konstruiše postojanje arbitražnog sporazuma tekstualnim tumačenjem ugovorne odredbe, ali zanemaruje kontradiktornosti takvog tumačenja. Međutim, kada je reč o izboru konkretnog mehanizma za rešavanje sporova, arbitražni sud prihvata da potrebna saglasnost postoji samo za UNCITRAL arbitražu.[52]

Ipak, ne oglašava se nenadležnim već potrebnu saglasnost Turkmenistana i osnov za nadležnost arbitražni sud pronalazi u MFN klauzuli. Obrazloženje se zasniva na holističkom pristupu međunarodnom ugovoru: međunarodni ugovor o zaštiti stranih investicija predstavlja celinu i tako se ima tumačiti. Pozivom na član 3 BIT-a između Turkmenistana i UK dopušta „uvođenje povoljnijih odredaba o rešavanju sporova" koje na zahtev tužioca pronalazi u nekoliko drugih bilateralnih ugovora o zaštiti investicija koje je Turkmenistan zaključio sa drugim državama, između ostalog i u BIT-u između Švajcarske i Turkmenistana,[53] istom onom koji bio osnov zahteva tužioca u Kiliču.

MFN klauzula je ovde bila drugačije formulisana u odnosu na tipičnu formulaciju ove odredbe: „da bi se izbegla svaka sumnja, tretman predviđen stavovima 1 i 2 ovog člana, primenjuje se na odredbe članova 1-11."[54] Prvi put je u

---

[51] Reč je o starijoj varijanti dvostranih sporazuma koji su poznavali posebno datu saglasnost za rešavanje sporova. Videti: Dragana Mitrić Savić, „Arbitražna klauzula koja pruža izbor između suđenja i arbitraže – Fork-in-the-Road Clause", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2014, 494.

[52] *Garanti Koza* (nadležnost), pasus 36-38.

[53] *Ibid*., pasus 39.

[54] *Ibid*., pasus 42.

arbitražnoj praksi tako formulisana odredba bila osnov tumačenja MFN klauzule radi utvrđivanja nadležnosti arbitražnog suda.[55] Ovakva situacija bila je već pomenuta u predmetu *Plama* gde je arbitražni sud ovakvu odredbu kvalifikovao kao izuzetak od postavljenog pravila da se klauzule MFN ne primenjuju na odredbe o rešavanju sporova.

Međutim, time nije bio rešen problem arbitražnog sporazuma jer je tuženi smatrao da ova odredba ne može da konstruiše saglasnost pošto MFN počiva na principu *ejusdem generis*: može se proširiti samo ono pravo koje postoji u osnovnom ugovoru ali se ne može uneti novo. Pošto IKSID arbitraža ne postoji kao način rešavanja sporova u osnovnom ugovoru, a predmeti gde je MFN primenjen nisu prihvatili mogućnost da se iz drugog ugovora unese onaj način rešavanja sporova (ili pravo da se na taj način reši spor) koji u osnovnom ugovoru nije ni predviđen, to znači da tumačenje odredbe o proširenom polju primene MFN klauzule ima inherentna ograničenja. U konkretnom slučaju to je značilo da samo pominjanje IKSID arbitraže u članu 8 BIT-a nema pravno dejstvo bez posebne saglasnosti Turkmenistana koja se istom odredbom i traži. Situacija bi bila ista kao i u Plami – pokušaj proširenja nadležnosti je van domašaja MFN klauzule.[56]

Postojala su i druga posebna ograničenja na koje je arbitražni sud u Plami ukazivao a to je da je izbor arbitražnog suda bio rezultat posebnih pregovora i specijalnog sporazuma ugovornih strana. Turkmenistan je tvrdio da se pregovorima odstupilo od IKSID arbitraže za koju je bila predviđena bezuslovna saglasnost u model BIT-u Ujedinjenog Kraljevstva. U pregovorima je ovo rešenje zamenjeno UNCITRAL arbitražom tako da je IKSID izričitim sporazumom zapravo bio izuzet iz odredbe o rešavanju sporova.[57]

Centralni deo odluke u predmetu Garanti Koza čini rasprava o MFN klauzuli[58] koja se okončala većinskom odlukom uz vrlo oštro izdvojeno mišljenje arbitarke Šazurn. Ono što je u drugim sporovima bilo teorijsko pitanje ovde se postavilo kao praktično: zašto je IKSID arbitraža povoljnija od UNCITRAL arbitraže? Odgovor na ovo pitanje arbitražni sud nije dao direktno već je, upoređivši odredbe o rešavanju sporova u BIT-u sa UK i onom sa Švajcarskom, našao da je odredba u drugom u celini povoljnija jer daje tužiocu pravo na izbor između UNCITRAL i IKSID arbitraže. Drugim rečima, nije povoljnija IKSID arbitraža kao takva već je povoljniji tretman iz drugog BIT-a koji dozvoljava izbor.[59] U

[55] *Ibid*., pasus 43.

[56] • Arbitarka Šazurn u svom izdvojenom mišljenju navodi da tužilac nikada nije ni učinio ponudu da se spor reši pred IKSID-om, na način predviđen članom 8 BIT-a, tako da nema uslova za primenu MFN klauzule. (Dissenting Opinion of the Decision on the Objection to Jurisdiction for Lack of Consent, *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/11/20, pasus 56.)

[57] *Garanti Koza* (nadležnost), pasus 34.

[58] *Garanti Koza* (nadležnost), pasusi 40-97.

[59] *Garanti Koza* (nadležnost), pasusi 90-97.

ovom delu odluke arbitražni sud se više nije obazirao na to da li je dozvoljavanje ovakvog izbora protivno *ejusdem generis* načelu. Rezultat ove rasprave bila je utvrđena saglasnost Turkmenistana i nadležnost IKSID arbitražnog suda. Rezultat je takođe bio i uvođenje mehanizma koji nije uopšte bio predviđen osnovnim ugovorom (a ne samo povoljniji režim korišćenja ovog mehanizma) i to onog mehanizma koji su strane izričito isključile iz ovog sporazuma. Drugim rečima, ovde je saglasnost uvezena iz drugog ugovora suprotno svim ranijim odlukama o odnosu MFN klauzule i klauzule o rešavanju sporova. Čini se da je kritika arbitarke Šazurn opravdana: „Uloga klauzule MFN nije da zameni nedostatak saglasnosti već da omogući da postojeća saglasnost bude implementirana na najbolji mogući način za investitora koji ima pravo na tu zaštitu u poređenju sa tretmanom koja je data drugim licima u ugovorima sa trećim državama.“[60]

3. ANALIZA NEUJEDNAČENOSTI ARBITRAŽNE PRAKSE O PRIMENI MFN KLAUZULE

U predmetu Mafezini postavljena je nova teorija tumačenja opštih uslova za primenu MFN klauzule čije je polje primene, uz nejasne izuzetke, prošireno na sve ugovorne odredbe, supstancijalne i procesne. Novo i ekstenzivno tumačenje upotrebljeno je da bi se otklonio uslov prethodnog obraćanja domaćim sudovima. Međutim, prave posledice opšteg tumačenja Mafezinija će nastupiti kasnije kada će se, kao u predmetu Garanti Koza, u osnovni ugovor iz drugog ugovora uvesti saglasnost za rešavanje sporova pred drugačijim arbitražnim forumom. Iako su pojedini autori smatrali da nema bojazni da će Mafezini imati takve posledice i po suštinske uslove za arbitražno rešavanje sporova,[61] kao što je pristanak tužene države, praksa ih je demantovala.

Prvi put je otklon od Mafezinija učinjen u predmetu Plama. Iako drugačije tumačenje nije imalo dramatične posledice na postojeći spor (jer je nadležnost ustanovljena po drugom osnovu), Plama osporava teoriju Mafezinija u njenoj osnovi: MFN klauzula se ne može primeniti na odredbe o rešavanju sporova. Od tada se praksa praktično deli na dva koloseka, na jednom sudovi zauzimaju holistički pristup ugovoru i primeni MFN-a dok na drugom povlače razliku između procesnih i supstancijalnih normi.

Paradoks ovakvog razmimoilaženja vidi se u dve odluke protiv Turkmenistana koje su donete dan za danom, Kilič i Garanti Koza, gde je u oba predmeta Švajcarsko-turkmenistanski BIT poslužio kao ugovor na koji pretenduje MFN klauzula. Dok je u prvoj odluci načelno odbijena mogućnost proširenja klauzule MFN-a

[60] Izdvojeno mišljenje arbitarke Šazurn, pasus 61.
[61] R. Teitelbaum, 225.

na procesne odredbe, u drugoj je ona proširena na najradikalniji način u dotadašnjoj arbitražnoj praksi, konstrukcijom saglasnosti, suštinski značajnog uslova za postojanje arbitražnog sporazuma,[62] koji ne postoji u osnovnom ugovoru. Kilič je prava antiteza Mafeziniju[63] jer je isto pitanje (otklanjanje prethodnog obraćanja sudovima u roku od 18 meseci) rešila potpuno drugačije, osloncem na teoriju koja je otišla dalje čak i od Plame. Isto tako, Garanti Koza je antipod Plami jer čini upravo ono na šta Plama upozorava i šta proglašava nedopuštenim – uvođenje drugačijeg mehanizma za rešavanje sporova. Drugim rečima, iako se na prvi pogled može učiniti, zbog vremenske bliskosti i suštinske različitosti, da su ovde antipodi Mafezini i Plama, a naročito Kilič i Garanti Koza, suštinski su zapravo nepomirljivi Mafezini i Kilič, sa jedne strane, i Plama i Garanti Koza sa druge.

Ne samo da su pojedine odluke nepomirljive već postoje dve sukobljene pravne škole o tumačenju dejstva MFN klauzula na odredbe o rešavanju sporova. Fragmentacija nije izgledala neminovna nakon Plame jer su zahtevi u Mafeziniju i Plami bili dovoljno različiti da bi opravdali i različite zaključke arbitražnih sudova. Problem ne bi postojao ni da su se ove dve grupe razvile u različitim vremenskim periodima kada bi takva promena bila samo prirodna evolucija u tumačenju. Konstantne promene opšteg tumačenja prirode i domašaja MFN-a i konkretnog tumačenja merodavnog ugovora, sve veće razmimoilaženje između različitih škola, govori u prilog tome da se ovde dve škole sve više udaljavaju jedna od druge. Takva sistemska fragmentacija[64] ne doprinosi pravnoj sigurnosti jer je sada potpuno nepoznato kojoj školi će se privoliti arbitražno veće kada postupa po zahtevu na osnovu MFN klauzule.

4. ZAKLJUČAK

Investiciona arbitražna praksa o tumačenju i primeni MFN klauzule na odredbe o rešavanju sporova nije ujednačena. Zapravo, postoje dve grupe odluka i unutar svake postoji koherentnost. U grupi koja primenjuje ovu klauzulu na procesne odredbe postoji saglasnost da ugovori predstavljaju celinu, da ne postoji razlika između supstancijalnih i procesnih odredaba, da je obraćanje arbitraži sastavni deo zaštite investitora i da se u odsustvu posebno ugovorenog izuzetka ova klauzula primenjuje na sve odredbe. U grupi koja ne primenjuje ovu klauzu-

[62] Petar Đundić, „Pristanak države na arbitražu sa stranim ulagačem – modaliteti pristanka, ograničenja i merodavno pravo“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2013, 360-361.

[63] Pavel Šturma, “Goodbye, *Maffezini*? On the Recent Developments of Most-Favoured-Nation Clause Interpretation in International Investment Law“, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* 1/2016, 81-101.

[64] Šire o fragmentaciji međunarodnog prava kao fenomenu kojim se bavila čak i Komisija UN za međunarodno pravo, videti: Sanja Đajić, „Fragmentacija međunarodnog prava i specijalni pravni režimi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2016, 439-459.

lu na procesne odredbe postoji saglasnost arbitražnih sudova da je potrebno razlikovati supstancijalne i procesne odredbe i da se samo na prve može primeniti klauzula najvećeg povlašćenja, da su procesne odredbe rezultat posebno ugovorenog aranžmana država ugovornica i da se zato ne mogu menjati, i da u odsustvu drugačije odredbe treba pretpostaviti da se klauzula najvećeg povlašćenja ne primenjuje na procesne odredbe. Obe grupe pokazuju određeni trend daljeg razvoja: u prvoj se polje primene MFN-a širi u meri da se uvode u osnovni ugovor i oni mehanizmi koji njime nisu predviđeni, dakle ne ograničava se primena na otklanjanje prepreka i uslova za korišćenje postojećih mehanizama. U drugoj grupi se sada *apriori* isključuje primena MFN.

Praksa primene MFN, sa aspekta fragmentacije i specijalizacije, zapravo pokazuje dva trenda. Jedan je, kako je to upravo navedeno, postepeno definisanje, formulisanje i razvoj unutar početne paradigme. Sa druge strane, ona pokazuje sistemsku dezintegraciju i fragmentaciju jer ove dve grupe predmeta, dve škole o tumačenju MFN klauzule, postoje istovremeno i to u istom međunarodnom pravnom sistemu, a kako su nepomirljive ne postoji nikakvo opravdanje za ovu vrstu sukobljenosti. Sistemska fragmentacija ugrožava pravnu sigurnost i predvidljivost primene klauzule najvećeg povlašćenja.

Sanja V. Đajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Djajic@pf.uns.ac.rs

Inconsistency of MFN Jurisprudence in International Investment Arbitration and Fragmentation of International Law

Abstract: *The idea behind this paper is to test the MFN jurisprudence in investment arbitration against the claim that such jurisprudence is effectively a contributing factor to the fragmentation of international law in general. While a fraction of cases per se cannot cause the phenomenon of such a great magnitude, it still may serve as an inquiry into the causes of fragmentation of international law. If a relatively simple and well-established standard, such as Most-Favoured-Nation treatment can lead to different legal theories and opposing outcomes even within one system, there is a validity in argument that under different and more demanding circumstances interpretation will be even more prone to fragmentation. This article analyzes and compares with each other several famous MFN cases: Maffezini, Plama, RosInvest, Kilic and Garanti Koza and finds that there are binaries that are irreconcilable on several levels, on the level of legal theory employed or simply on the level of final outcomes of these cases. While different sub-systems of interpreting MFN clause tend to show certain consistency within their own paradigms there are evident clashes of different paradigms, which demonstrate the systematic fragmentation of interpretation of MFN clauses in international investment law.*

Keywords: *Most-Favoured-Nation clause – MFN clause – investment arbitration – fragmentation.*

Datum prijema rada: 31.10.2017.

Originalni naučni rad 331.55:338.2(497.11)
doi:10.5937/zrpfns51-15249

Dr Goran B. Milošević, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
G.Milosevic@pf.uns.ac.rs

FAKTORI PROMENA NA TRŽIŠTU RADNE SNAGE SRBIJE[1]

Sažetak: *Tržište rada pokazije izražene oscilacije između ponude i tražnje, što u osnovi odražava ekonomski ambijent srpske privrede. Te promene na tržištu rada su posledica ekonomske politike zemlje, uslova poslovanja, zakonske regulative, socijalnih potresa, tokova sive ekonomije i drugih ekonomskih, socijalnih, pravnih i političkih faktora. Rast zaposlenosti radne snage stvara uslove za veći nivo uposlenosti svih ekonomskih resursa, što će na duži rok omogućiti rast bruto domaćeg proizvoda i bolji položaj svih ekonomskih subjekata u zemlji. Država mora izgraditi instrumente kojima će razvijati privatnu inicijativu i otvaranje novih radnih mesta. Neophodno je stvoriti ambijent koji će stimulisati investicije i veću uposlenost privrede, što će imati za rezultat i veću zaposlenost.*

Ključne reči: *nacionalna ekonomija, tržište, radna snaga, nezaposlenost, bruto domaći proizvod, inflacija, monetarna politika, fiskalna politika, investicije.*

1. UVODNE NAPOMENE

Ostvariti visoku zaposlenost, stabilnost cena i stabilnu stopu privrednog rasta cilj je svake nacionalne ekonomije. Ostvarenje postavljenog cilja, ma kako na prvi pogled izgledalo jednostavno, zahteva uvek rešavanje brojnih ekonomskih, socijalnih, političkih pravnih i drugih konflikata. Racionalnost odlučivanja nosioca ekonomke politike zahteva izbor (u datom trenutku) prioriteta među datim ciljevima. Ekonomija izbora u uslovima ograničenih resursa ukazuje da se cilj može postići samo na račun delimičnog ili nepotpunog ostvarenja drugih ciljeva.

[1] Rad je zasnovan na istraživanjima vršenim u okviru naučnoistraživačkog projekta pod nazivom „*Pravna tradicija i novi pravni izazovi*“ koji se finansira iz izvornih prihoda Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

Ostvarenje poželjnog nivoa makroekonomskih rezultata ne može se ostvariti bez strukturnih reformi, uz podizanje nivoa produktivnosti.[2] Željena produktivnost u svakoj nacionalnoj ekonomiji sadžinski uslovljena je poželjnim nivoom zaposlenosti. Rast zaposlenosti radne snage stvara uslove za veći nivo uposlenosti svih ekonomskih resursa, što na duži rok povećava efikasnost čitave domaće proizvodnje, kao i konkurentnost domaćih proizvoda na međunarodnom tržištu. Ovo stvara pretpostavke za rast bruto domaćeg proizvoda, čime će se položaj svih ekonomskih subjekata u zemlji poboljšati.[3]

U savremenim privrednim sistemima značajan segment politike povećanja zaposlenosti i smanjenja nezaposlenosti predstavlja regresiranje postojećih radnih mesta zaposlenih iz budžetskih sredstava. Subvencije su prisutne kod neformalnih radnih mesta i dodatnog zapošljavanja u formi: socijalizacije pojedinih segmenata društvene reprodukcije, izgradnje objekata društvenog standarada i ekonomske infrastrukture, širenja javnih funkcija države, fondova i javnih službi, prekvalifikacije i dokvalifikacije radnika, primene naučno-istraživačkih rezultata rada i stručnog obrazovanja kadrova i slično.[4] Međutim, budžetski deficit i rast javnog duga deluje na ograničenje moći budžeta u regulisanju politike zaposlenosti.

Podsticanje privrednog rasta, ravnomerna raspodela rada ili nezaposlenosti (odnosno trend ka skraćenju radnog vremena), privremeno odricanje od realnih zarada (tj. nižim realnim platama izbeći eroziju dobiti),[5] povećanje produktivnosti, primena novih tehnologija, eliminisanje političkih mera na tržištu radne snage, izraz su osmišljene strategije smanjenja nezaposlenosti.[6] Eliminisanje poremećenih odnosa ponude i tražnje na tržištu radne snage je u poboljšanju investicione politike.

Ekonomska aktivnost u Srbiji odvija se uz delovanje mnogobrojnih faktora koji negativno deluju na ekonomski prostor i time podstiču dinamiku i razvoj nelegalnog tržišta rada. Sivo tržište rada stvara nelegalnu konkurenciju između subjekata poslovanja, umanjuje poslovni rezultat, negativno deluje na makroekonomska kretanja i podstiče druge devijentne pojave u privredi i društvu. Pad privrednih investicija i kontrakcija investicione tražnje u uslovima visokih kamatnih stopa, jedan su uzrok porasta nezaposlenosti i prepreka za oživljavanje konjukture.

Brojnost i raznovrsnost faktora koji utiču i mogu uticati na tržište rada zahtevaju ekonomsku analizu. Makroekonomska kretanja i drugi faktori[7] koji deluju

---

[2] G. Milošević, L. Baturan, (2017), Ekonomska analiza minimalne cene rada u Srbiji, Radno i socijalno pravo, broj 1/2017, Beograd, str.142.

[3] G. Milošević, L. Baturan, (2017), navedeno delo, str. 142.

[4] G. Milošević, (2016)., Osnovi ekonomije, Novi Sad, str. 257.

[5] Ž. Ristić, (2001)., Fiskalni menadžment, Beograd, str. 170.

[6] G. Milošević, (2016), navedeno delo, str. 258.

[7] Predmet analize odnosi se samo na najznačajnije faktore (po oceni autora ovog rada) koji deluju na tržištu rada Srbije.

na promene tržišta radne snage u Srbiji, biće predmet naše analize, bez ulaženja u problematiku koliko oni u isto vreme pogoduju nekim drugim pozitivnim ili negativnim pojavama prisutnim u srpskoj nacionalnoj ekonomiji.

2. TRŽIŠTE RADNE SNAGE

Tržište možemo definisati kao mesto sučeljavanja ponude i tražnje različitih dobara i usluga. To znači da predmet tržišne razmene mogu biti ekonomski resursi: ljudski, prirodni i materijalni. Zavisno od predmeta razmene, u okvirima određenog tržišnog prostora formiraće se odgovarajuće tržište roba i usloga. Ukoliko su predmeti razmene ljudski resursi, to znači da je u okviru određenog prostora uspostavljeno tržište radne snage. Dakle, tržište koje za predmet razmene ima ljudske resurse je tržište radne snage.

Radna snaga na tržištu može ponuditi ono što ona jedino i ima, a to je njen rad (umni i fizički). Nasuprot ponudi, na strani tražnje u okviru tržišta radne snage, prisutni su različiti subjekti u formi poslodavaca, kojima je potrebna određena količina rada da bi ostvarili svoju ulogu u određenoj poslovnoj aktivnosti.

U okvirima jedne nacionalne ekonomije, na tržištu radne snage možemo identifikovati one koji su zaposleni i one koji su nezaposleni i traže posao. Pod zaposlenim podrazumevaju se lica koja imaju formalno pravni ugovor o zaposlenju, odnosno zasnovan radni odnos sa poslodavcem, na određeno ili neodređeno vreme; lica koja rade van radnog odnosa, na osnovu ugovora o delu ili na osnovu ugovora o obavljanju privremenih i povremenih poslova; lica koja obavljaju samostalne delatnosti ili su osnivači privrednih društava ili preduzetničkih radnji; kao i lica koja obavljaju poljoprivredne delatnosti a nalaze se u evidenciji Centralnog registra obaveznog socijalnog osiguranja.[8]

Pod nezaposlenim se podrazumevaju lica koja žele da rade, ali tokom celog referentnog perioda nisu obavljala nikakav redovan posao kojim bi sticala sredstva za život.[9] Nezaposlenost predstavlja onaj deo radne snage koji je bez posla, koji je registrovan kao nezaposlen i nalazi se u potrazi za poslom. Razlozi nezaposlenosti su brojni, mogu biti produkt prirodne težnje pojedinaca da promene posao, ali i rezultat srukturnih neusklađenosti potreba privrede i ponude radne snage. Nezaposlenost koja se redovno javlja u svakoj tržišnoj privredi kao posledica kratkoročne neusklađenosti ponude i tražnje radne snage naziva se prirodna nezaposlenost.[10] Prirodna nezaposlenost je svojstvena svakoj privredi. U svakom trenutku

[8] Izvor: Republički zavod za statistiku: http://www.stat.gov.rs/WebSite/userFiles/file/Zaposlenost%20i%20zarade/ZP20/zp20062016.pdf

[9] Statistički godišnjak Jugoslavije 1998, Savezni zavod za statistiku, Beograd, 1998, str. 87-90.

[10] D. Gnjatović, (2003), Osnovi makroekonomije, str. 23.

postoji određeni broj ljudi koji trenutno traži posao, kao i određeni broj radnika koji su izgubili posao.[11]

Uslovi pune zaposlenosti privrede podrazumevaju jednakost stvarnog i potencijalnog proizvoda. To je privreda u kojoj nema nezaposlenih činioca proizvodnje.[12] Nasuprot uslovima pune zaposlenosti, uslovi nezaposlenosti ljudskih resursa stvaraju veliki „pritisak" na nosioce ekonomske politike, što rezultira donošenju političkih odluka usmerenih na trenutno rešavanje socijalnih problema. Neuposleni ljudski resursi stvaraju veliku razliku između potencijalnog i stvarnog bruto domaćeg proizvoda, što privredi predstavlja veliki problem, a nosiocima vlasti veliki izazov.[13] Država mora izgrađivati instrumente kojima će razvijati privatnu inicijativu i otvaranje novih radnih mesta. Neophodno je stvoriti ambijent koji će stimulisati investicije i veću uposlenost privrede.

3. DINAMIČNOST TRŽIŠTA RADNE SNAGE SRBIJE

Proces promena koji je zahvatio Srbiju, svoje delovanje ispoljio je i u okvirima privrednih kretanja. Te i takve promene ogledaju se kroz razvoj novih tehnologija, krah određenih industrijskih grana i strukturne neusklađenosti u privredi. To ima odraza na nesklad između kvalifikacije i slobodnih radnih mesta, što uvećava nezaposlenost.

Nezaposlenost predstavlja jedan od osnovnih problema sa kojim se suočava srpska privreda. Visoka stopa nezaposlenosti u Srbiji posledica je strukturne neusklađenosti zahteva privrede i ponude radne snage, ali i privredne nestabilnosti i hronične nemogućnosti zaposlenja radne snage.

Prema zvaničnim podacima tržište radne snage pokazuje ozbiljne oscilacije u pogledu kretanja zaposlenih. Broj zaposlenih u Srbiji u periodu od 2000. godine do prvog kvatrala 2017. godine (tabela 1), smanjen je za 319.376 lica, što ozbiljno narušava fleksibilnost tržišta radne snage. Velika nezaposlenost predstavlja ogroman pritisak na državu i njene socijalne fondove, ali i na smanjenje konkurentske pozicije radne snage na tržištu rada. Rast nezaposlenosti iz aspekta cene rada, stavlja radnike na tržištu rada u veoma nepovoljan položaj, jer im međusobni konkurentski pritisak obara nivo zarada.[14]

---

[11] U periodima do 80-tih godina prošlog veka smatralo se da je prirodna stopa nezaposlenosti na nivou od 2,5%, a već 80-tih godina ona je dostigla nivo od 5,5%. Početkom 21 veka smatra se da stopa nezaposlenosti koja se kreće u visini do 7% može se smatrati prirodnom stopom nezaposlenosti.

[12] Međutim, i u uslovima pune zaposlenosti privrede postoji jedan deo nezaposlene radne snage kao posledica frikcione ili prividne nezaposlenosti.

[13] G. Milošević, L. Baturan, (2017), navedeno delo, str. 142.

[14] G. Milošević, L. Baturan, (2017), navedeno delo, str. 142.

Stopa nezaposlenosti[15] u Srbiji u referentnom periodu od 2000. do 2017. godine je iznad prirodne stope nezaposlenosti (tabela 1). Prema zvaničnoj statistici stopa nezaposlenosti je porasla sa 12,9% iz 2000. godine na 20,9% 2006. godine, da bi nakon toga pala na nivo od 13,6% koliko je iznosila 2008. godine. U okviru posmatranog referentnog perioda nezaposlenost pokazuje ciklične oscilacije koje su odraz cikličnih kretanja u okviru nacionalne ekonomije Srbije. Nezaposlenost iz 2008. godine sa 13, 6%, porasla je na nivo od 23,9% u 2012. godini, da bi nakon toka došlo do smanjenja nezaposlenosti na nivo od 14,6% koliko se stopa nezaposlenosti kreće u prvom kvartalu 2017. godine.[16]

Podaci o kretanju radne snage na tržištu rada Srbije, pokazuju da je broj nezaposlenih iz 2012. godine do prvog kvartala 2017. godine smanjen sa 23,9% na 14,6% što pretstavlja ukupno smanjenje za 9,3%, odnosno, nezaposlenost se u proteklih pet godina prosečno godišnje smanjila za 1,86%. Postavlja se pitanje, polazeći od ukupnog ekonomskog ambijenta srpske privrede, da li su tako povoljni trendovi smanjenja nezaposlenosti realnost, odnosno, da li je pad nezaposlenosti koji se registruje od kraja 2012. godine realan ili je posledica nepouzdanosti podataka koji opisuju tržište rada. Odgovor na ovo pitanje postaje značajno iz više aspekata, a posebno iz aspekta realnosti sagledavanja tržišta rada Srbije.[17]

Ako naš predmet analize usmerimo na podatake o zaposlenosti i nezaposlenosti koji se odnose na period od 2010. do 2014. godine (tabela 1) uočava se neusaglašenost podataka o kretanju zaposlenosti i nezaposlenosti izraženih u apsolutnim iznosima i stopi nezaposlenosti. Podaci za 2011. godinu ukazuju, da je ukupan broj zaposlenih 1.866.170, što je smanjenje broja zaposlenih u odnosu na prethodnu godinu za 35.028 lica, a broj nezaposlenih 745.187 lica, što u odnosu na prethodnu godinu znači rast nezaposlenih za 15.667 lica. Rast nezaposlenosti u odnosu na prethodnu 2010. godinu izraženo stopom je za 3,8%, odnosno, stopa nezaposlenosti je u 2011. godini 23,00%. U 2012. godini broj zaposlenih je 1.865.614, što je neznatno smanjenje broja zaposlenih u odnosu na 2011. godinu za 556 lica. Broj nezaposlenih u 2012. godini je 761.486 lica, što u odnosu na prethodnu 2011. godinu znači rast nezaposlenih za 16.299 lica. Stopa nezaposlenosti je 23,9%, što pretstavlja njen rast za 0,9%.

---

[15] Stopa nezaposlenosti predstavlja udeo nezaposlenih lica u aktivnom stanovništvu.

[16] Izvor: Ministarstvo finansija, Osnovni indikatori makroekonomskih kretanja, 28.06.2017. godine. Stranici sajta: http://www.mfin.gov.rs/pages/article.php?id=13270; pristupljeno 21. jula 2017. Broj nezaposlenih u Srbiji u prvom kvartalu 2017. godine iznosio je 700.947 stanovnika.

[17] Republički zavod za statistiku radi preciznosti korigovao je svoje podatke o radnoj snazi, prelaskom na novi izvor podataka za 2014 i 2015. godinu, što takođe može izazvati nedoumicu o pouzdanosti podataka. Videti: Republički zavod za statistiku: Saopštenje za javnost od 11.05.2016. godine: Anketa o radnoj snazi, revidirani podaci za 2014, i 2015. godinu.

U 2013. godini broj zaposlenih je 1.864.783, što je smanjenje broja zaposlenih u odnosu na prethodnu godinu za 831 lice. Broj nezaposlenih u 2013. godini je 769.546, što predstavlja rast nezaposlenosti u odnosu na prethodnu 2012. godinu za 8.060 lica. Međutim, stopa nezaposlenosti u 2013. godini je na nivou od 22,1%, što predstavlja pad nezaposlenosti u odnosu na prethodnu godinu za 1,8%. Rast nezaposlenosti koji je evidentno iskazan u apsolutnim iznosima za 2013. godinu, ovde nije u korelaciji sa stopom kretanja nezaposlenosti, koja izražava pad nezaposlenosti za 1,8%. Posmatrano iz aspekta realnosti podataka, neusklađenost kretanja broja nezaposlenih u apsolutnim iznosima, sa stopom kretanja nezaposlenih na tržištu radne snage u 2013. godini može značiti izraz nepouzdanosti.[18] U 2014. godini prisutna je takođe neusaglašenost u kretanju zaposlenih i nezaposlenih. Broj zaposlenih je 1.845.494 lica, što pretstavlja u odnosu na prethodnu godinu smanjenje broja zaposlenih za 19.289 lica. Broj nezaposlenih u 2014. godini je 741.906 lica, što u odnosu na 2013. godinu znači smanjenje nezaposlenosti za 27.640 lica, odnosno stopa nezaposlenosti je 19,2%, što je njeno smanjenje za 2,9% u odnosu na prethodnu godinu. Tokom 2015. i 2016. godine na osnovu podataka o kretanju radne snage može se uočiti relativna usaglašenost odnosa u kretanju broja zaposlenih i nezaposlenih.

Godina	**Ukupan broj zaposlenih[19]**	**Broj lica koja traže zaposlenje**	**Aktivno nezaposlena lica**	**Stopa nezaposlenosti**
2000	2.264.376	/	/	12,9
2001	2.257.770	780.541	/	12,2
2002	2.207.903	904.494	/	13,3
2003	2.168.678	944.939	/	14,6
2004	2.166.949	969.888	859.728	18,5
2005	2.171.457	990.669	895.697	20,8
2006	2.115.135	1.011.139	916.257	20,9
2007	2.085.242	850.802	785.099	18,1
2008	2.081.676	794.000	727.621	13,6
2009	1.984.740	812.350	730.372	16,1
2010	1.901.198	802.840	729.520	19,2

[18] Kako revidirani podaci RZS o broju zaposlenih ne obuhvata registrovane individualne poljoprivrednike, postoji mogućnost statističke greške, ali polazeći od stanovišta da se smanjuje broj lica koji se bave poljoprivrednom delatnošću mišljenja smo da ovo ne može biti razlog nepouzdanosti podataka.

2011	1.866.170	833.268	745.187	23,0
2012	1.865.614	870.186	761.486	23,9
2013	1.864.783	888.359	769.546	22,1
2014	1.845.494	867.948	741.906	19,2
2015	1.896.295	857.246	724.096	17,7
2016[20]	1.920.679	828.439	700.947	15,3
2017[21]	1.945.000	/	689.000	14,6

Tabela 1: Kretanje na tržištu radne snage u Srbiji u periodu 2000 – 2016[22]

Na relativnu nepouzdanost podataka o kretanju rane snage ukazuje i Fiskalni savet. Prema oceni Fiskalnog saveta rast broja zaposlenih poslednjih godina morao bi da ostavi jasan trag u ekonomiji svake zemlje, a taj trag u Srbiji ne postoji.[23] Na nepouzdanost zvaničnih podataka o tržištu rada ukazuje i to što je, neposredno pre poslednjeg povećanja zaposlenosti, Srbija u periodu od 2008 do 2012. godine imala neuverljivu epizodu ogromnog smanjenja zaposlenosti – neusklađenu sa kretanjem svih drugih povezanih makroekonomskih indikatora u Srbiji.[24]

[19] Republički zavod za statistiku je korigovao podatke o broju zaposlenih, prelaskom na novi izvor podataka (Centralni registar obaveznog socijalnog osiguranja). Podaci su dati prema evidenciji NSZ. Podatak ne obuhvata registrovane individualne poljoprivrednike.

[20] Godišnji prosek za 2016. godinu izračunat je kao aritmetička sredina broja zaposlenih za svih 12 meseci. Izvor: Republički zavod za statistiku – sajtu pristupljeno 14.08.2017. godine http://www.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=26.

[21] Podaci se odnose na prvi kvartal 2017 godine Ministarstvo finansija, Osnovni indikatori makroekonomskih kretanja 28.06.2017. godine; – stranici sajta ministarstva: http://www.mfin.gov.rs/pages/article.php?id=13270; pristupljeno 21.07.2017.

[22] Izvor: 1) Ministarstvo finasija – Bilten javnih finansija broj 152, april 2017 i Ministarstvo finansija, Osnovni indikatori makroekonomskih kretanja 28.06.2017. godine; – stranici sajta ministarstva: http://www.mfin.gov.rs/pages/article.php?id=13270; pristupljeno 21.07.2017; i 2) Republički zavod za statistiku (RZS) – stranici sajta (RZS) pristupljeno 14.08.2017. http://www.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=24, .

[23] Ozbiljne sumnje u zvanične statističke podatke videti kod: Petrović, Pavle; Brčerević, Danko; Minić, Slobodan (2016): Ekonomski oporavak, zaposlenost i fiskalna konsolidacija: Pouke iz 2015. godine i izgledi za 2016. i 2017. godinu. *Ekonomika preduzeća,* god. 64, br. 1-2 (verzija objavljena na sajtu Fiskalnog saveta http://www.fiskalnisavet.rs/doc/istrazivacki-radovi/FS%20radni%20dokument%20-%20KBF%202016%20SRB.pdf). Slično i: Brčerević, Danko; Arsić, Milojko (2013): Uticaj nepouzdanosti statističkih podataka na kreiranje ekonomske politike u Srbiji. *Kvartalni monitor,* br. 35, 71-72.

[24] Videti: Petrović, Pavle; Brčerević, Danko; Minić, Slobodan (2016): Navedeno delo.

4. DETERMINANTE PROMENA NA TRŽIŠTU RADA

Relativna nepouzdanost podataka na tržištu rada može biti rezultat primenjene nove metodologije[25], načina obuhvata zaposlenih[26] i nezaposlenih[27], kao i boljeg i sveobuhvatnijeg načina sažimanja podataka o: migrantskim kretanjima ka inostranstvu, sezonskoj zaposlenosti, zaposlenosti na privremenim i povremenim poslovima, zaposlenosti u sivoj zoni i kretanju odliva radne snage po osnovu sticanja penzije. Polazeći od navedenog u nastavku rada posmatramo usklađenos i funkcionalnu zavisnost kretanja povezanih faktora koji utiču ili mogu uticati na kretanja u okviru tržišta rada Srbije.

Promene na tržištu rada u Srbiji su stalne i ciklične i one odražavaju stanje srpske ekonomije. Te promene su rezultat: procesa deagrarizacije – masovnog napuštanja sela; permanentnog opadanje akumulirane i reproduktivne sposobnosti privrede; restriktivne ekonomske politike; neplanske kadrovske politike; neuvažavanja problema zaposlenosti; neuvažavanja demografskog faktora od strane socijalno-ekonomske politike u najširem smislu reči; fiktivne slike sigurnosti radnog mesta i socijalno-ekonomskog statusa; neprekidnog porasta spoljnih eko-

---

[25] http://www.stat.gov.rs/WebSite/userFiles/file/Zaposlenost%20i%20zarade/SMET/SMET019050C.pdf.

Pri sprovođenju istraživanja „ankete o radnoj snazi“ primenjena su metodološka rešenja koja su usklađena sa preporukama i definicijama Međunarodne organizacije rada (International Labour Organization – ILO) i zahtevima Evrostata (European Statistical Office), čime je obezbeđen najvažniji izvor za međunarodno poređenje podataka Republike Srbije sa drugim zemljama u oblasti statistike rada. Korišćene su definicije i preporuke objavljene u metodološkom materijalu Evrostata: Council Regulation (EC) No 377/2008, Council Regulation (EC) No 577/98, Commission Regulation (EC) No 430/2005.

[26] http://www.stat.gov.rs/WebSite/userFiles/file/Zaposlenost%20i%20zarade/SMET/SMET019050C.pdf. Zaposleni su lica koja su najmanje jedan sat u posmatranoj sedmici obavljala neki plaćeni posao (u novcu ili naturi), kao i lica koja su imala zaposlenje, ali koja su u toj sedmici bila odsutna sa posla. U zaposlena lica, pored lica koja imaju zasnovan radni odnos i rade u preduzeću, ustanovi ili u drugoj vrsti organizacije ili rade kao privatni preduzetnici, uključuju se i individualni poljoprivrednici, pomažući članovi u domaćinstvu, kao i lica koja su obavljala neki posao koji su samostalno pronašla i ugovorila (usmeno ili pismeno) bez zasnivanja radnog odnosa i kojima je taj rad predstavljao jedini izvor sredstava za život. Prema tome, u Anketi se ne uzima u obzir formalni status lica koje se anketira, nego se radni status tog lica određuje na osnovu stvarne aktivnosti koju je ono obavljalo u posmatranoj sedmici.

[27] http://www.stat.gov.rs/WebSite/userFiles/file/Zaposlenost%20i%20zarade/SMET/SMET019050C.pdf. Nezaposleni su lica koja u posmatranoj sedmici nisu obavljala nijedan plaćeni posao, niti su imala posao sa kojeg su odsustvovala i na koji su mogla da se vrate nakon isteka odsustva, pod uslovom da su zadovoljavala sledeće kriterijume: da su u poslednje četiri sedmice preduzimala aktivne korake u cilju nalaženja posla i da su, ukoliko bi im posao bio ponuđen, bila u mogućnosti da počnu da rade u roku od dve sedmice; da u poslednje četiri sedmice nisu aktivno tražila posao, jer su našla posao na kojem je trebalo da počnu da rade nakon isteka posmatrane sedmice, a najkasnije za tri meseca.

nomskih migracija i drugih promena.[28] Pored navedenog, promene na tržištu rada su posledica ekonomske politike zemlje, kretanja makroekonomskih agregara, uslova poslovanja, zakonske regulative, socijalnih potresa, tokova sive ekonomije i drugih ekonomskih, socijalnih, pravnih i političkih faktora.

4.1. Prirodna kretanja

Kretanje stanovništva u formi prirodnog priraštaja, migrantskih kretanja, sezonske zaposlenosti, zaposlenosti na privremenim i povremenim poslovima, zaposlenosti u sivoj zoni, kao i kretanje odliva radne snage po osnovu sticanja penzije, mogu uticati na tokove tržišta rada.

U periodu od 2012. do 2017. godine došlo je do smanjenja broja stanovnika Srbije za 161.225 lica, što značajno menja stanje u pogledu broja lica na tržištu rada, ali i strukturni odnos između zaposlenih i nezaposlenih. To potvrđuje i zvanična statistika kroz negativno izraženi prirodni priraštaj u navedenom periodu (tabela 2).

Godina	Broj stanovnika	Prirodni priraštaj	Broj korisnika penzije[29]
2012	7.201.497[30]	– 35.143	1.703.140[31]
01.01.2017.	7.040.272[32]	– 36.100	1.715.968[33]

Tabela 2: Prirodno kretanje stanovništva[34]

Broj korisnika penzije povećao se u periodu od 2012. do 2017. godine za 12.828 lica, sa tendencijom daljeg rasta, što dodatno menja sliku odnosa između zaposlenih i nezaposlenih na tržištu rada. Migrantskih kretanja ka inostranom

[28] G. Milošević, (2016), navedeno delo, str. 256.

[29] Izvor: Republički fond penzijskog i invalidskog osiguranja

[30] Izvor: RZS: http://www.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=162, na dan 23.08.2017. Procena broja stanovnika na osnovu Popisa 2011. godine.

[31] Izvor: Republički fond za penzijsko i invalidsko osiguranje. Statistički mesečni bilten decembar, 2012. http://pio.rs/images/dokumenta/statistike/decembar2012/mesecni%20bilten%20-%20decembar%202012-lat.pdf

[32] Izvor: RZS: http://www.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=2, na dan 23.08.2017. Procena broja stanovnika na osnovu Popisa 2011. godine.

[33] Izvor: Podaci se odnose za jun 2017. Godine. Republički fond za penzijsko i invalidsko osiguranje. Statistički mesečni bilten VI / 2017. http://pio.rs/images/dokumenta/statistike/2017/RF%20PIO%20-%20Statisticki%20mesecni%20bilten%20-%20jun2017.pdf.

[34] Izvor: RZS: http://www.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=163, na dan 23.08.2017. Procena broja stanovnika na osnovu Popisa 2011. godine, i Republički fond penzijskog i invalidskog osiguranja.

tržištu rada i rast rada na crno, produkt su visoke nezaposlenosti i niske cena rada. Ova kretanja produkuju smanjenje ponude rada na domaćem tržištu, što se reflektuje u vidu pada nezaposlenosti. Ako ovom dodamo i metodološki obuhvat zaposlenih kroz privremene i povremene poslove, iskazana nezaposlenost se dodatno smanjuje.

4.2. Bruto domaći proizvod (BDP)

Neefikasna privredna aktivnost, rast javnog duga, spoljnotrgovinski deficit, rast nezaposlenosti, strukturna neusklađenost privrede i slično, rezultat su promašaja u okviru definisane i sprovođene ekonomske politike, ali i osnovni generator ispoljenih razvojnih, odnosno ekonomskih problema Srbije. Promašaji u razvojnoj politici Srbije u prethodnom periodu ponavljali su se iz godine u godinu i vidljivi su kroz ciklične oscilacije kretanja BDP. Premene u kretanju BDP utiču i na promene tržišta radne snage. Da bi pozitivni efekti rasta BDP bili vidljivi i na tržištu rada potreban je protok vremena, odnosno vremenska stabilizacija tržišta.

Periodi izražene nestabilnosti privrednih kretanja i negativni rezultat BDP pre 2002. godine, zahtevao je jedan vremenski okvir stabilnosti privrede i usaglašenost kretanja makroekonomskih agregata koji će omugućiti promene na tržištu radne snage. Tako, u periodima rasta BDP beležimo tendencije rasta nezaposlenosti. U periodu od 2002. do 2006. godine stopa nezaposlenosti je porasla sa 13,3% na 20,9%, dok je BDP izražavao rast od 4,4% do 9% (tabela 3). Smanjena nezaposlenost tokom 2007. i 2008. godine rezultat je rasta privredne aktivnosti tokom navedenog, ali i prethodnog perioda.

Negativni efekti privredne krize koja je zahvatila privredu Srbije vidljivi su tokom 2009. godine kada BDP beleži negativan rezultat od – 3,1%. Negativna privredna kretanja imala su odraz i na proces kretanja nezaposlenosti koja 2009. godine pokazuje tendenciju rasta u odnosu na prethodnu godinu i iznosi 16,1%. U narednom periodu od 2009. godine do 2012. godine BDP pokazuje ciklične oscilacije i negativan rezultat tokom 2012. godine od -1,00%, što je imalo uticaja i na kretanje zaposlenosti i nezaposlenosti. Nezaposlenost je neprekidno rasla po prosečnoj godišnjoj stopi od 1,9%, tako da je dostigla nivo od 23,9%. U posmatranom periodu (2009-2012 godina) broj zaposlenih u apsolutnim iznosima smanjen je za 216.068 lica.

Period od 2013. godine do 2017. godine odlikuje blagi oporavak privrednih aktivnosti. Tokom 2015. godine i 2016. godine BDP je rastao po stopi od 0,8%, odnosno 2,8%, što je znak oživljavanja privredne aktivnosti Srbije. U okviru ovog perioda došlo je prema zvaničnim podacima do značajnog smanjenja nezaposlenosti za 7,6%, odnosno stopa nezaposlenosti u decembru 2016. godine iznosila je 15,3%.

Evidentno da je na tržištu rada Srbije došlo do određenih promena koje su rezultirale padom nezaposlenosti i rastom zaposlenosti. Međutim, ovde se moramo složiti sa ocenom Fiskalnog saveta da rast broja zaposlenih mora da ostavi jasan trag u ekonomiji svake zemlje, a taj trag u Srbiji nije najjasniji. Bruto domaći proizvod, koji se najčešće stavlja u odnos sa kretanjem zaposlenosti (Okunov zakon)[35], je 2012. godine pokazao negativan rezultat od -1,00%, 2013. godine rast od 2,6%, 2014. godine pad od -1,8%, 2015. i 2016. godine rast od 0,8%, odnosno 2,8%. Okunov zakon upozorava na neophodnost rasta privrednih aktivnosti kao preduslova smanjenja nezaposlenosti. Naime, prema Okunovom zakonu, rast realnog BDP treba da bude iznad 3% da bi nezaposlenost počela da se smanjuje. Rezultati rasta BDP u Srbiji stvaraju uslove za smanjenje nezaposlenosti, ali su oni ipak takvi da taj rast tokom posmatranog perioda nije prema našem stanovištu, onog nivoa koji bi mogao sa pouzdanošću da se oceni kao uslov smanjenja nezaposlenosti od 7,6% u posmatranom vremenskom okviru.

2002 2003 2004 2005 2006 2007 2008 2009 2010 2011 2012 2013 2014 2015 20162 2017

Godina	Promene, prema prethodnoj godini, %
2002	7,1
2003	4,4
2004	9,0
2005	5,5
2006	4,9
2007	5,9
2008	5,4
2009	-3,1
2010	0,6
2011	1,4
2012	-1,0
2013	2,6
2014	-1,8
2015	0,8
2016	2,8

Tabela 3. Stope realnog rasta BDP[36]

[35] Američki ekonomista A. Okun analizirao je međuzavisnost između kretanja realnog GDP-a i nezaposlenosti. Na osnovu analize privrede SAD, Okun je izveo zaključak o čvrstoj povezanosti stope nezaposlenosti i nacionalnog proizvoda. Naime, prema Okunovom zakonu, pad realnog GDP-a za tri procenta povećava stopu nezaposlenosti za 1%.

[36] Izvor: RZS. Metodologija ESA 2010. 2 Procena RZS. BDP kao suma četiri kvartala (obračunato u MFIN) Promene, prema prethodnoj godini, %.

4.3. Potrošnja, investicije i spoljna trgovina

Pad privredne aktivnosti dovodi do značajnih promena u socio-ekonomskom položaju stanovništva. Pad standarda, porast siromaštva, izražena ekonomska nesigurnost, neizvesnost i neperspektivnost, samo su neke od karakteristika stvarnosti i života. U našoj zemlji pad realnih raspoloživih sredstava dogodio se kod svih socio-ekonomskih kategorija domaćinstava. On je najveći kod domaćinstava administrativnih radnika i penzionisanih domaćinstava, a najmanji u domaćinstvima poljoprivrednika.[37]

Svaka društvena zajednica nastoji da unapredi uslove života i rada svojih građana, što podrazumeva ulaganje u budućnost. Da bi se ostvarila razvojna budućnost privrede, potrebna su ulaganja u nove projekte, tehnologije, organizaciju, menadžment i slično. Mogućnost realizacije investicija podrazumeva spremnost i sposobnost privrednih subjekata, društvene zajednice i stranog kapitala da ulažu u određene razvojne projekte.[38]

Godine	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Privatna potrošnja (u %)	-0,2	-0,5	0,9	-2,0	-0,6	-1,3	0,5	0,8
Privatne investicije (u %)	-23,7	-7,9	7,3	14,3	-7,7	-5,8	4,3	2,0
Državna potrošnja i investicije (u %)	-4,4	0,1	-0,5	2,8	-6,4	0,9	0,3	4,9
Izvoz (u %)	-6,9	15,0	5,0	0,8	21,3	5,7	10,2	11,9
Uvoz (u %)	-19,6	4,4	7,9	1,4	5,0	5,6	9,3	6,8
Realne zarade (u %)	0,8	1,0	0,2	1,1	-1,5	-1,5	-2,1	2,5

Tabela 4: Kretanje potrošnje, investicija, izvoza, uvoza i realne zarade u Srbiji (2009-2016)[39]

Promene u kretanju potrošnje i investicija imaju odraza na kretanje zaposlenosti. U periodu od 2009 do 2016 godine privatna potrošnja je bila u padu. Izuzetak predstavlja 2011. 2015. i 2016. godina kada privatna potrošnja pokazuje rast, ali je taj rast neznatan i kreće se od 0,5% do 0,9%. Privatne investicije pokazuju ciklične oscilacije. Nakon pozitivnog rasta 2011. i 2012. godine one ulaze u period negativnog rasta tokom 2013. i 2014. godine. Blagi oporavak privatnog investiranja vidljiv je tokom 2015 i 2016 godine.

Najveća pojedinačna stavka kojom se privatna potrošnja finansira jesu prihodi od rada. Prihodi od rada u posmatranom periodu rastu po jako niskoj stopi,

[37] G. Milošević, (2016), navedeno delo, str. 169.

[38] Vidi: Popov Đ., (2015) Rast stranih investicija u Srbiji – zakon i šta još?, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Broj 2/2015, Novi Sad, str. 401-415.

[39] Izvor: Ministarstvo finansija: Bilten javnih finansija, broj 152, april 2017. godine

odnosno oni su negativni, te je to osnovni razlog negativnog trenda privatne potrošnje i investicija. Državna potrošnja i investicije u periodu od 2009. do 2016. godine ispoljava negativnu tendenciju, osim 2016. godine kada je rast ove potrošnje od 4,9%. Negativni trendovi investicija, odnosno neznatan rast privatne i državne potrošnje ukazuju da isti nisu u korelaciji sa stopom kretanja zaposlenosti odnosno sa stopom smanjenja nezaposlenosti.

Kretanje izvoza i uvoza odražava rast, odnosno pad aktivnosti u ovim oblastima, pa time i uslove za podizanje ili smanjenje nivoa zaposlenosti. U periodu od 2013. godine do danas prisutan je trend većeg izvoza proizvoda i usluga iz Srbije u odnosu na uvoz (tabela 4). To može značiti oživljavanje pojedinih sektora privrede koji su izvozno orjentisani, ali i stvaranje uslova za rast zaposlenosti u ovim oblastima.

4.3. Monetarna nestabilnost i inflacija

Ekonomska kriza sa drugim negativnim pojavama, dovela je do značajnih negativnih kretanja u monetarnoj sferi koje su praćene inflatornim tokovima. Rast inflacije ima odraza na kretanje realnog sektora ekonomije. Otuda, rešenje konfliktnog odnosa između inflacije i nezaposlenosti je važno pitanje ekonomskog uspeha. Niska stopa nezaposlenosti vezana je sa trendom ubrzanog rasta cena i obrnuto, visoka stopa nezaposlenosti praćena je usporenim rastom cena. Kretanje cena u ekonomiji Srbije potvrđuje navedeno stanovište. Nezaposlenost je visoka, a stopa inflacije poslednjih par godina je jako niska (tabela 5). Pozitivni tokovi od 2013. godine u monetarnoj sferi koji su praćeni niskom inflacijom, mogu sa aspekta budućih kretanja biti značajan inicijalni faktor pospešivanja investicija i rasta privrede, što bi doprinelo otvaranju novih radnih mesta i rastu zaposlenosti. Naravno, pozitivni efekti u monetarnoj oblasti[40] moraju biti sinhronizovani i propraćeni i u okviru ostalih sektora ekonomske delatnosti, da bi se i na tržištu rada osnovni ciljevi ekonomske politike ostvarili.

Godina	Stopa inflacije
2007	11,0
2008	8,6
2009	6,6
2010	10,3
2011	7,0
2012	12,2

[40] U okviru monetarne oblasti nisu svi efekti pozitivni, ali su rezulati u ovoj oblasti bolji u odnosu na ranije periode, što daje osnovu nosiocima ekonomske politike da sa aspekta budućih događaja mogu značajno podići nivo ostvarenja projektovanih ekonomskih ciljeva.

2013	2,2
2014	1,7
2015	1.5
2016	1,6
januar – april 2017	3,2

Tabela 5: Kretanja potrošačkih cena[41]

4.4. Fiskalna politika

Fiskalnom politikom država obezbeđuje prihode i primanja iz kojih će finansirati rashode i izdatke, odnosno funkcionisanje svoje zakonodavne, izvršne i sudske vlasti. Država, zato zahteva od javnog i privatnog sektora, od pojedinaca i kolektivitata, da poštuju zakone i druge norme i da ostvaruju svoju ulogu prema državi u skladu sa pravima i dužnostima, a radi zaštite nacionalnih interesa.[42]

U okviru svoje delatnosti, merama poreske politike, država kreira određeni ekonomski ambijent, te time na tržištu rada kreira njegovu ravnotežu, uređenost i socijalnu zaštitu učesnika. Na tržištu radne snage ravnoteža je uspostavljena u uslovima jednakosti ponude i tražnje za radom. Uvođenje poreske obaveze na cenu rada za svaku jedinicu rada, uslovljava rast troškova rada poslodavca. Poslodavac uvođenjem poreza na rad, ima obavezu da zaposlenima isplati ugovorenu cenu rada, a nosiocu poreske vlasti poresku obavezu na isplaćenu zaradu, što za poslodavca znači rast troškova poslovanja. Cilj poslodavca jeste realizacija poslovne aktivnosti uz ostvarenje profita. Uvođenje poreske obaveze na zaradu zaposlenog, može značiti narušavanje ravnoteže poslodavca, jer mu ostaje manje sredstava po osnovu profita. Ukoliko poresko opterećenje zarada zaposlenih znači, smanjenje profita poslodavca, to će usloviti smanjenje tražnje za radom na tržištu radne snage, odnosno, dovešće do rasta nezaposlenosti.[43]

Ostvareni prihodi od oporezivanja zarada zaposlenih odslikavaju stepen fiskalne presije u jednom društvu, ali i kretanja na tržištu rada, rast ili smanjenje zaposlenosti, odnosno pad ili smanjenje tražnje za radom.

---

[41] Izvor: Ministarstvo finansija: Bilten javnih finansija, broj 152, april 2017. godine.

[42] Stajić Lj., Milošević G., (2017): Finansijska delatnost države kao faktor ekonomske bezbednosti – osvrt na Republiku Srbiju, Srpska politička misao, Vol. 55, No 1, Beograd, str. 181.

[43] G. Milošević, L. Baturan, (2017), navedeno delo, str. 140.

[44] Iznosi su datu kao ukupnost svih oporezivih prihoda koji su ostvareni po osnovu poreza na dohodak građana.

[45] Iznosi predstavljaju samo prihod po osnovu poreza na zarade kao dela poreza na dohodak građana. Do oktobra 2011. godine raspodela poreza na zarade između Republičkog budžeta i lokalnog nivoa vlasti vršila se u odnosu 60:40 u korist nivoa Republike, od oktobra 2011. godine taj odnos je 20:80, odnosno 30:70 u slučaju Grada Beograda. Od januara 2017. godine taj odnos je 74:26 u korist opština, 77:23 u korist gradova i 66:34 u korist Grada Beograda.

Godina	Porez na dohodak građana[44]	Porez na zarade[45]	Doprinosi		
			PIO	zdravstveno osiguranje	nezaposlenost
2005	50.573,5	44.028,2	135.686,7	70.742,5	8.461,8
2006	63.644,2	54.124,0	171.237,1	85.912,8	10.404,9
2007	62.744,2	48.849,6	196.888,4	103.624,9	12.422,8
2008	74.695,4	57.191,1	228.127,4	120.221,5	14.626,6
2009	71.308,0	58.310,3	235.408,4	122.744,3	14.788,7
2010	75.174,6	59.619,5	236.001,7	126.777,9	15.267,0
2011	70.284,7	53.723,3	256.460,0	135.861,7	16.486,5
2012	46.432,4	25.568,6	280.987,5	147.567,4	17.945,9
2013	43.376,6	23.629,3	313.787,9	154.642,7	18.797,3
2014	44.820,6	21.970,2	341.834,6	147.142,1	19.491,6
2015	44.825,2	22.093,5	354.368,0	132.676,6	19.319,6
2016	47.675,4	22.806,5	368.996,9	137.282,9	20.163,7
I kvartal 2017	15.512,3	9.520,0	124.459,6	46.256,0	6.782,3

Tabela 6: Ostvareni prihodi od poreza na zarade i doprinosa za obavezno socijalno osiguranje u Srbiji[46]

U posmatranom periodu od 2005. do prvog kvartala 2017. godine, možemo uočiti kretanje poreskih prihoda i prihoda od doprinosa za obavezno socijalno osiguranje zaposlenih. Prihodi od poreza na dohodak građana i doprinosa za obavezno socijalno osiguranje rasli su od 2005. do 2010. godine. U periodu od 2010. do 2014. godine prihodi od poreza i doprinosa izražavaju trend pada. Pad je naročito bio izražen 2012. godine. Tendencija rasta porekih prihoda i doprinosa od socijalnog osiguranja vidljiva je od 2014. do prvog kvartala 2017. godine.

Ako sada u analizu uključimo kretanje zaposlenosti, odnosno nezaposlenosti za referentni period, možemo uočiti da je kretanje prihoda od poreza na zarade i doprinosa za obavezno socijalno osiguranje bilo potpuno nekonzistentno sa kretanjem formalne zaposlenosti u periodu od 2012. do 2017. godine. Obim ostvarenih fiskalnih prihoda od rada ne odražava zvanično izražen stepen rasta zaposlenosti, odnosno smanjenja nezaposlenosti.[47] Ostvareni fiskalni prihodi na oporezivanje rada za 2014, 2015, 2016. i prvi kvartal 2017. godine, i pored smanjenja zarada u javnom sektoru, morali bi biti u jednom približno ravnotežnom odnosu prema kretanju nezaposlenosti, odnosno, veza između kretanja zaposlenosti i ostvarenih fiskalnih prihoda od rada mora biti jasno izražena.

[46] Izvor: Ministarstvo finansija: Bilten javnih finansija, broj 152, april 2017. godine, (mil. dinara).

[47] Ukazujemo na mogućnost postojanja relativne nepouzdanosti podataka RZS o kretanju zaposlenosti.

4.5. Privatizacija

Proces privatizacije, odnosno transformacije državne i društvene svojine u privatnu (privatizacija) predstavlja osnov i ključ svih ostalih tranzicionih promena. Reč je o značajnijem procesu u celokupnoj tranziciji srpske privrede. Ona se javlja kao nužnost zato što raniji sistem nije bio ekonomski efikasan, već je beležio sve niže stope rasta i sve slabiji kvalitet proizvodnje u odnosu na tržišne privrede.

U periodu od 2002. do aprila 2017. godine prodata su 2.424 preduzeća.[48] Ukupan prihod od privatizacije iznosi 2.681,9 mil. evra, a ukupne investicije oko jednu miliradu evra.[49] Kroz proces privatizacije obuhvaćeno je 343.512 zaposlenih lica u ovim preduzećima. U onim preduzećima gde proces privatizacije nije adekvatno realizovan zaposleni su ostajali bez posla i time podizali nivo ponude rada na tržištu. U narednom periodu potrebno je završiti proces privatizacije, odnosno izvršiti racionalizaciju zaposlenih u javnim prduzećima.

Godina	Broj prodatih preduzeća	Broj zaposlenih u privatizovanim preduzećima
2002	210	37.284
2003	639	77.490
2004	232	38.128
2005	313	57.105
2006	270	40.370
2007	290	39.962
2008	246	25.438
2009	87	7.504
2010	31	1.838
2011	14	2.238
2012	13	1.710
2013	7	690
2014	6	2.848
2015	54	4.581
2016	7	5.010
2017	5	1.316
Ukupno	2.424	343.512

Tabela 7: Rezultati privatizacije preduzeća[50]

[48] U periodu od 2002. do aprila 2017. godine prodata su preduzeća i to: 81 na tenderu, 1.517 na aukciji,781 na tržištu kapitala, 43 prodajom kapitala i dva prodajom imovine.

[49] Prodajom manjinskog paketa akcija na berzi 1.068 prethodno privatizovanih preduzeća od strane Akcijskog fonda, ostvaren je prihod 93,5 mil. evra.

[50] Izvor: Ministarstvo finansija, Bilten javnih finansija broj 152.

4.6. Siva ekonomija

Savremena privreda, a posebno zemlje u tranziciji, susreću se sa nizom pojavnih oblika sive ekonomije, koja na najsuptilniji način razara načelo poslovnosti i etičke norme, rušeći ekonomski, proizvodni i tržišni ambijent. Nelegalna ekonomija je nus proizvod privrednog sistema, njeno širenje i održavanje van dozvoljenih granica pouzdan je simptom lošeg funkcionisanja privrednog sistema i znak da treba preuzeti mere za njeno saniranje. Kompleks sive ekonomije je vrlo složen kako u pogledu pojavnih oblika, tako i kada su u pitanju uzroci njenog nastajanja i posledice koje ona izaziva. Svojim delovanjem nelegalna ekonomija ugrožava sektor proizvodnje, ali i delovanje regularnog tržišta radne snage, jer nelojalno konkuriše čitavoj registrovanoj privredi.

Veliki pad BDP u Srbiji tokom ekonomske krize od 2008. godine kao i kasnije imao je odraz na smanjenje ukupne zaposlenosti, posebno radnika sa nepunim radnim vremenom, što govori o nedovoljnoj fleksibilnosti srpskog tržišta rada. U kriznim situacijama upravo kategorija radnika sa nepunim radnim vremenom prva ostaje bez posla,[51] produkujući neravnotežu na tržištu rada u vidu povećane ponude što implicira, padu cene rada, ali i rastu sive zone tržišta rada. Nezaposleni, ali i zaposleni usled nedostatka sredstava za egzistenciju rešenje nalaze u obavljanju poslova na sivom tržištu rada.

Velika nezaposlenost, predstavlja faktor koji pored negativnog efekta na tržištu rada utiče i na pojavu sive ekonomije u drugim sektorima ekonomske aktivnosti. Rast nezaposlenosti predstavlja faktor u kome poslodavci primoravaju radnike da se odriču prava koja im država zakonom garantuje.[52] U tom smislu, ugovara se neformalni radni odnos gde se radniku isplaćuje zarada koja je niža od zakonom propisane minimalne zarade, ne uplaćuju mu se doprinosi za socijalno osiguranje, a i država je uskraćena za prihode po osnovu poreza na dohodak građana. Oštećeni su i drugi poslodavci koji posluju po zakonu, jer trpe nelojalnu konkurenciju od strane „sivog“ sektora koji zbog jeftinije radne snage ima nižu cenu proizvoda ili usluga.[53] Rastu nezaposlenosti kao i rastu sive zone rada produkuje i fiskalno opterećenje zarada. Obaveze po osnovu poreza i doprinosa na rad su relativno visoke što ima za rezultat smanjenje zaposlenosti. Poslodavci ostvaruju dati obim posla sa manjim brojem radnika, ne toliko da bi podigli nivo produktivnosti, već da bi smanjili troškove poslovanja, što doprinosi rastu neformalnog tržišta.

---

[51] Ristanović V., Barjaktarević S.,: (2014), Dinamika tržišta radne snage u Srbiji, Ekonomski pogledi, Vol. 16, broj 3, Kosovska Mitrovica, str. 9.

[52] G. Milošević, L. Baturan, (2017), navedeno delo, str. 143.

[53] G. Milošević, L. Baturan, (2017), navedeno delo, str. 143.

4.7. Nedorečenost zakonskih normi

Svaka zemlja oblikuje svoje zakonodavstvo u skladu sa sopstvenim interesima, naravno uz uvažavanje određenih međunarodnih standarda (pod uslovom da to ne zadire u njenu samobitnost). Zakonska rešenja važe kako za državnu, tako i za subjekte zbog kojih su i doneti. Na donošenje i primenu zakona deluju faktori odnosa snaga tako da se zakoni ostvaruju i u svom neostvarivanju. Veoma je važno da je neostvarivanje zakona svedeno na gotovo zanemarljiv nivo. Veliki je broj zakona, podzakonskih akata i drugih propisa, što otežava njihovu jedinstvenu primenu. Ako su svi zakonski instruimenti i elementi jasno i precizno formulisani[54], odnosno ako je manje praznina u zakonu, norme će se jednostavnije primeniti.

Neophodno je da zakonodavac jasno i na nedvosmislen način uredi određenu pravnu materiju. To nije lako učiniti, jer je potrebno vreme, ali i spremnost na rizik i kritike. Neophodno je utvrditi cilj i postaviti čvrst pravni osnov za jednu moderno uređenu državu sa jasno određenim ekonomskim, socijalnim i političkim ciljevima. To je i način za promenu kulture i morala svih učesnika našeg ekonomskog sistema.

4.8. Upravljanje ljudskim resursima.

Ekonomski razvoj, podstaknut brzim razvojem nauke i tehnike, mnogostruko utiče na afirmaciju kadrovske funkcije u poslovanju savremenih preduzeća. Tehničko-tehnološke i društvene promene zahtevaju nove profile kadrova, ugrožavajući neka postojeća zanimanja. Primena savremene tehnologije, vlasnička transformacija, pluralizam oblika svojine, tržišni kriterijumi privređivanja i nove strategije otvaranja prema svetskom tržištu nameću potrebu za novom organizacijom rada i upravljanja.

Preduzeće ima efektivnu organizacionu strukturu ako je u stanju da permanentno zadovoljava potrebe korisnika i na toj osnovi ostvaruje određenu ekonomsku korist. Da bi organizacija bila uspešna, potrebne su joj promene koje znače nova kadrovska rešenja. Zahtevi pravnog lica usmereni ka novim kadrovskim rešenjima uvek znače i promenu ravnoteže na tržištu rada. Bez adekvatnih kadrova, trebalo bi da bude jasno svakom donosiocu odluka, nema mogućnosti za razvoj složenijih proizvodnih delatnosti, što shodno tome znači i da će se potencijalni inostrani investitori teško odlučivati za investiranje u takvoj zemlji, jer će se suočiti sa nestašicom kadrova koji su preko potrebni za održavanje takve proizvodnje.[55]

---

[54] J. Gorčić, D. Ilić, (1996), Priručnik o oporezivanju, Niš, str. 82

[55] Popov Đ., (2015), navedeno delo, str. 403.

5. UMESTO ZAKLJUČKA

Prioriteti Republike Srbije moraju biti ubrzani ekonomski razvoj, smanjenje spoljnog i unutrašnjeg duga, okončanje privatizacije društvenih i državnih preduzeća i restrukturiranje javnih preduzeća, u skladu sa nacionalnim interesima. Važna pretpostavka ostvarenja navedenih ciljeva jeste regulisanje ravnoteže na tržištu rada. Neravnoteža na tržištu rada izražena kroz veliki broj nezaposlenih jedan je od uzrok smanjenja ekonomskog bogatstva nacionalne ekonomije. Treba graditi ekonomski sistem i institucije koje odgovaraju razvojnoj strukturi ljudskih resursa, a koje bi omogućile razvoj tržišta i otvorenu privredu.

Složenost problema neravnoteže srpskog tržišta rada se ogleda u činjenici da postoji velika strukturna neusklađenost u zahtevima privrede za radnom snagom i ponudom rada. Zbog toga je neophodno odabrati i odgovarajuće metode i pravce za rešavanje problema nezaposlenosti. Moguće mere rešavanja nezaposlenosti su: povećanje obima ukupne privredne aktivnosti; intenziviranje investicione politike; intenziviranje politike obrazovanja; smanjenje intenziteta deagrarizacije; dugoročna politika tržišta rada; politika fleksibilnog zapošljavanja; legalizacija sive ekonomije, stimulisanje povratka stanovništva u ekonomski nedovoljno razvijena područja, sprovođenje mera za unapređenje industrijske proizvodnje, poljoprivrede i trgovine, kao i razvoj saobraćajne infrastrukture.

Goran B. Milošević, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
G.Milosevic@pf.uns.ac.rs

Factors of Changes in the Working Power of Serbia

Abstract: *The labor market shows marked fluctuations between supply and demand, which basically reflects the economic environment of the Serbian economy.These changes in the labor market are the result of the country's economic policy, business conditions, legal regulations, social shocks, gray economy flows and other economic, social, legal and political factors. Employment growth in the workforce creates conditions for a higher level of employment of all economic resources, which will in the long run enable the growth of gross domestic product and a better position of all economic entities in the country.The state must develop instruments to develop a private initiative and create new jobs. It is necessary to create an environment that will stimulate investments and more employment of the economy, which will result in higher employment.*

Keywords: *political economy, markets, labor, unemployment, gross domestic product, inflation, monetary policy, fiscal policy, investment.*

Datum prijema rada: 04.10.2017.

Pregledni članak 502/504:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns51-15147

Dr Tatjana D. Bugarski, redovni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs

Dr Bojan N. Tubić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

Dr Milana M. Pisarić, asistent sa doktoratom
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

POVREDE PROPISA EVROPSKE UNIJE O ZAŠTITI ŽIVOTNE SREDINE I[1]

***Sažetak**: U okviru Evropske unije, kao regionalne međunarodne organizacije, zaštita životne sredine je prepoznata kao jedan od značajnih ciljeva. Izvori prava EU o zaštiti životne sredine donose se u obliku direktiva, koje su države članice dužne da na odgovarajući način prenesu u svoja nacionalna zakonodavstva i primene, efektivno i pravovremeno, usvajanjem i sprovođenjem odgovarajućih mera. U slučaju nepostupanja država članica u skladu sa navedenim dužnostima, od izuzetne važnosti je uloga Evropske komisije i Suda pravde Evropske unije. U radu su prikazani, nasumično izabrani, primeri delovanja navedenih organa Evropske unije u skorije vreme, kako bi se ukazalo na ozbiljnost sa kojom se prati primena prava EU o zaštiti životne sredine u državama članicama.*

***Ključne reči**: zaštita životne sredine, Evropska unija, Evropska komisija, Sud pravde Evropske unije.*

---

[1] Ovaj rad je rezultat istraživanja na projektu „Biosensing tehnologije i globalni sistem za kontinuirana istraživanja i integrisano upravljanje ekosistemima“ (br. projekta – 43002). Sredstva za realizaciju ovog projekta obezbedilo je Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

1. UVODNA RAZMATRANJA

Zadatak i obaveza Evropske komisije je da u javnom interesu bude zaštitinik pravnog sistema Evropske unije. Član 258. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU)[2] daje Komisiji ovlašćenje da preduzme određene pravne radnje protiv države članice koja ne poštuje svoje obaveze prema pravu EU. Tzv. postupak povodom povrede propisa (*infringement procedure*) počinje upućivanjem *zahteva za podnošenje informacija* – tzv. pismo o formalnom obaveštenju (*letter of formal notice*), državi članici, na koju mora država odgovoriti u određenom roku, koji obično iznosi dva meseca. Ukoliko Komisija ne bude zadovoljna podnetim formalnim obaveštenjem i zaključi da država članica ne ispunjava propisane obeveze, postoji mogućnost da joj uputi formalni zahtev za usaglašavanjem sa pravom EU (*reasoned opinion*), kojim traži od države članice da obavesti Komisiju o merama koje je u određenom roku dužna da preduzme (koji rok obično iznosi dva meseca). Ako država članica u određenom roku ne obezbedi usaglašenost da pravom EU, Komisija može da odluči da protiv nje pokrene postupak pred Sudom pravde Evropske unije povodom povrede propisa EU. Dražava članica je dužna da postupi u skladu sa obavezama utvrđenim u odluci Suda pravde EU, u suprotnom, u skladu sa članom 260. UFEU, Komisija može pokrenuti ponovo postupak povodom povrede propisa EU pred Sudom, u kom slučaju Sud može odlukom državu članicu obavezati na plaćanje novčane kazne, čiji iznos zavisi od težine i trajanja povrede i veličine države članice (a sastoji se iz dva elementa: određene sume, u zavisnosti od toga koliko je vremena proteklo od prve odluke Suda, i dnevnih penala za svaki dan od druge odluke Suda, pa dok se povreda ne otkloni).[3]

U pogledu propisa koji se odnose na zaštitu životne sredine, Evropska komisija je u poslednjih nekoliko godina u nemalom broju slučajeva, postupajući u skladu sa navedenim ovlašćenjima, pokrenula postupak protiv država članica pred Sudom pravde EU. U poslednjih deset godina broj postupaka koje je Evropska komisija pokrenula zbog povrede propisa EU o zaštiti životne sredine protiv država članica je u blagom padu: 479 tokom 2007. godine, 481 tokom 2008. godine, 451 tokom 2009. godine, 445 tokom 2010. godine, 339 tokom 2011. godine, 296 tokom 2012. godine, 353 tokom 2013. godine, 334 tokom 2014. godine, 286 tokom 2015. godine, 284 tokom 2016. godine[4]. Tokom 2016. godine najviše postupaka pokrenuto je protiv Španije, Grčke, Francuske, Poljske, Nemačke i Italije[5], dok

[2] Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (*Official Journal C 326, 26/10/2012*), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT, (septembar 2017. godine).

[3] Više o tome, vid. B. Tubić, „Uloga Suda Evropske unije u oblasti zaštite životne sredine", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2015, 713-726.

[4] Statistics on environmental infringements – Open DG ENV Infringements, http://ec.europa.eu/environment/legal/law/statistics.htm (oktobar 2017. godine).

[5] Statistics on environmental infringements – Infringements per Member State, http://ec.europa.eu/environment/legal/law/statistics.htm (oktobar 2017. godine).

je u pogledu oblasti zaštite životne sredine postupak pokrenut povodom povrede propisa o vodi u 25 % slučajeva, o upravljanju otpadom u 21 % slučajeva, o vazduhu u 17% slučajeva, o zaštiti prirode u 17 % slučajeva i o proceni uticaja na životnu sredinu u 9 % slučajeva[6].

2. ZAŠTITA VODE[7]

1) Evropska komisija je 2016. godine pred Sudom pravde EU protiv Nemačke pokrenula postupak zbog toga što država nije preduzela snažnije mere za suzbijanje zagađenja vode uzrokovanog nitratima[8]. Nitrati su od suštinskog značaja za rast biljaka i koriste se kao đubriva, međutim, višak nivoa uzrokuje ozbiljno zagađenje vode, sa posledicama po zdravlje ljudi, ekonomiju i okolinu. Podaci koje je Nemačka dostavila 2012. godine i nekoliko izveštaja nemačkih vlasti pokazuju pogoršanje zagađenja nitratom u podzemnim i površinskim vodama, uključujući i Baltičko more. Uprkos ovim trendovima, Nemačka nije preduzela dovoljno dodatnih mera za efikasno rešavanje zagađenja nitratima niti revidirala svoje relevantno zakonodavstvo u skladu sa Direktivom o nitratima[9]. Ova Direktiva ima za cilj zaštitu kvaliteta vode širom Evrope, kroz sprečavanje da nitriti iz poljoprivrednih izvora zagađuju zemljište i površinske vode i promovisanje korišćenja dobrih poljoprivrednih praksi. Direktiva zahteva od država članica da nadgledaju vode i identifikuju one pogođene zagađenjem, kao i da uspostavljaju odgovarajuće akcione programe sa ciljem sprečavanja i smanjenja takvog zagađenja. Direktiva čini sastavni deo Direktive o vodama[10] i jedan je od ključnih instrumenata u zaštiti voda od poljoprivrednih pritisaka. Višak nivoa nitrata može oštetiti svežu vodu i morsko okruženje podsticanjem rasta algi koji guše rast drugih biljnih vrsta. Ovaj proces, poznat kao eutrofikacija, podrazumeva ozbiljno pogoršanje kvaliteta vode i gubitak biodiverziteta. Prisustvo nitrata u vodama za piće

[6] Statistics on environmental infringements – Infringements by environmental sector, http://ec.europa.eu/environment/legal/law/statistics.htm (oktobar 2017. godine).

[7] Više o tome, vid. B. Tubić, „Okvirna direktiva Evropske unije o vodama i njena primena u praksi Suda EU", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2015, 1263-1264.

[8] Commission refers Germany to the Court of Justice of the EU over water pollution caused by nitrates – Germany in Court over water pollution and nitrates, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1453_en.htm (septembar 2017. godine).

[9] Council Directive 91/676/EEC of 12 December 1991 concerning the protection of waters against pollution caused by nitrates from agricultural sources (*Official Journal L 375),* http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31991L0676&from=en, (septembar 2017. godine) .

[10] Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy (Official Journal of the European Union L *327*), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0060&from=EN, (septembar 2017. godine).

iznad 50 mg/l može imati značajan uticaj na zdravlje ljudi, naročito trudnica i beba. Prečišćavanje viška nitrata iz vode za piće je, takođe, veoma skup proces, koji uglavnom podržavaju domaćinstva i javne vlasti.

2) Evropska komisija je 2015. godine pokrenula postupak protiv Francuske i Velike Britanije zbog nepoštovanja propisa EU o tretmanu komunalnih otpadnih voda. Neobrađena urbana otpadna voda može ugroziti zdravlje građana i životnu sredinu, pa Direktiva o tretmanu urbanih otpadnih voda[11] zahteva od država članica da obezbede da aglomeracije (gradovi, sela i druga naselja) pravilno prikupljaju i tretiraju svoje urbane otpadne vode. Neprečišćena otpadna voda može biti zagađena štetnim bakterijama i virusima, što predstavlja rizik po javno zdravlje. Takođe, sadrži materije, kao što su azot i fosfor, koji mogu oštetiti sveže vode i morsko okruženje, podstičući prekomerni rast algi koji zagušuje druge žive organizme (proces poznat kao eutrofikacija). Propisi EU o tretmanu komunalne otpadne vode datiraju iz 1991. godine, ali je predvidelo dugoročne rokove za implementaciju, pa su države članice trebale do kraja 2000. godine da osiguraju odgovarajući tretman za otpadne vode iz velikih aglomeracija, a do kraja 2005. godine za ispuštanje iz srednjih aglomeracija i ispuštanja u slatkovodne vode i estuarije iz malih aglomeracija.

U Francuskoj su 17 aglomeracija označene da nemaju tretman otpadnih voda prema EU standardima. Francuska je prvi put upozorena u ovom konkretnom slučaju 2009. godine, ali do sada nije preduzela korake da obaveze iz propisa EU ispoštuje[12]. U Velikoj Britaniji u četiri aglomeracije tretman je neadekvatan, jedna aglomeracija, uopšte nema postrojenje za tretman komunalnih voda, a u deset drugih aglomeracija, gde se otpadne vode ispuštaju u osetljive oblasti, kao što su sveže vode i estuari, postojeći tretman ne ispunjava strožije standarde koji su potrebni za takve oblasti[13].

3) Sud pravde EU je 2004. godine u svojoj presudi (C-119/02 od 24. juna 2004. godine[14]) utvrdio da je Grčka prekršila obaveze iz propisa EU zbog nepostojanja odgovarajućeg tretmana otpadnih voda koje se ispuštaju u zaliv Elefsina (samo 28% otpadnih voda se pre izlivanja u zaliv tretira na odgovarajući način). Kako Grčka nije preduzela nikakve mere za otklanjanje takve povrede, Evropska komisija je 2015. godine pokrenula ponovo postupak pred Sudom pravde EU i predlažila Sudu da Grčkoj izrekne novčanu kaznu od 15. 943.620 eura (izračuna-

[11] Council Directive 91/271/EEC of 21 May 1991 concerning urban waste-water treatment (Official Journal of the European Union *L 135*), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31991L0271&from=EN, (septembar 2017. godine).

[12] Commission takes FRANCE to Court over poor waste water treatment, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4873_en.htm (septembar 2017. godine).

[13] Commission refers the United Kingdom to Court over poor waste water collection and treatment, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4672_en.htm (septembar 2017. godine).

[14] Court of Justice of the EU, Judgment of the Court (Fourth Chamber) 24 June 2004, Case C-119/02 Commission of the European Communities v Hellenic Republic, http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=49309&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=512440 (septembar 2017. godine).

tu na osnovu dnevnih iznosa za svaki dan od kada Grčka nije postupila po prvoj presudi Suda), kao i dnevni penal od 34.974 eura za svaki dan od donošenja druge presude do postupanja države u smislu otklanjanja povrede. Osim toga, Grčka je 2010. godine bila upozorena na neadkevatni tretman urbanih voda u području koje je naseljeno sa 2.000 do 15. 000 stanovnika, i kako, u međuvremenu, država nije preduzela odgovarajuće mere, Komisija je i ovaj predmet uputila Sudu[15].

4) Komsija je 2015. godine predložila izricanje novčane kazne Rumuniji zbog neprenošenja propisa EU o sumporu u nacionalno zakonodavstvo. Direktiva o sadržaju sumpora u morskim gorivima[16] izmenila je Direktivu 1999/32 koja se odnosi na smanjenje sadržaja sumpora u određenim tečnim gorivima, utvrđujujući maksimalno dozvoljeni sadržaj sumpora u gorivu koje se koristi u Uniji, što je postalo neophodno radi usklađivanja zakonodavstva EU sa međunarodnim standardima dogovorenim u Međunarodnoj pomorskoj organizaciji (UN agenciji). Direktiva o sumporu ima za cilj smanjenje efekata zagađenja vazduha od sumpor-dioksida i čestica. Sumpor dioksid je zagađivač koji uglavnom emituju brodovi. Pored ugrožavanja ljudskog zdravlja, gas šteti okolini i doprinosi kiseloj kiši, i postoji stvarna opasnost da emisije iz transporta premaše kombinovane emisije iz svih drugih kopnenih izvora. Zagađenje vazduha od prikačenih brodova predstavlja veliki problem za mnoge gradove sa lukama u njihovim naporima da ispune granične vrednosti Unije za kvalitet vazduha.

Kako Rumunija nije prenela pravila EU o sadržaju sumpora u pomorskim gorivima u svoje nacionalno zakonodavstvo 17 meseci nakon krajnjeg roka za transpoziciju, Komisija traži od Suda EU da izrekne novčanu kaznu – dnevnu kaznu u iznosu od 38.042,6 eura, koja bi se isplaćivala od dana donošenja presude Suda do dana kada Rumunija u potpunosti ispoštuje obaveze iz Direktive[17].

3. ZAŠTITA VAZDUHA

Najveći problemi u vezi sa zagađenjem vazduha u Evropskoj uniji odnose na previsoke vrednosti prašine, azot-dioksida i sumpor-dioksida u vazduhu.

1) Evropska komisija uputila 2015. godine Poljsku na Sud pravde EU zbog uporno visokih nivoa čestica prašine u vazduhu, koje predstavljaju veliki rizik po

[15] Commission proposes fines and refers Greece back to the Court of Justice of the EU over persistent poor waste water treatment, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6009_en.htm (septembar 2017. godine).

[16] Directive 2012/33/EU of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 amending Council Directive 1999/32/EC as regards the sulphur content of marine fuels (Official Journal of the European Union L 327/1), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0033&from=EN, (septembar 2017. godine).

[17] Commission proposes a fine and refers Romania to the Court of Justice of the EU over failure to transpose EU rules on sulphur, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6008_en.htm (septembar 2017. godine).

javno zdravlje. Male čestice PM10 prašine (tj. čestice prečnika manjeg od 10 mikrona) su prisutne u emisijama iz industrije, saobraćaja, domaćeg grejanja i poljoprivrede. Takve čestice mogu izazvati astmu, kardiovaskularne probleme, karcinom pluća i preuranjene smrtne slučajeve koji prevazilaze broj godišnjih smrtnih slučajeva saobraćajnih nesreća. U Poljskoj su dnevne granične vrednosti za čestice vazdušnog zraka (PM10) uporno prekoračene u 35 od 46 zona kvaliteta vazduha najmanje u poslednjih pet godina, uključujući 2014. godinu. Pored toga, u devet zona su godišnje granične vrednosti prekoračene. Zagađenost PM10 u Poljskoj je uglavnom prouzrokovana emisijom „niskog stakla" (emisija iz izvora visine ispod 40m) od grejanja domaćinstava. Komisija je ocenila nedovoljnim zakonodavne i administrativne mere koje su do sada preduzete da bi se ograničilo ovakvo stalno nepoštovanje propisa[18]. Naime, Direktiva o kvalitetu ambijentalnog vazduha i čistijem vazduhu za Evropu[19] zahteva od država članica da ograniče izlaganje građana ovim česticama i postavlja granične vrednosti za izloženost koja obuhvata godišnju vrednost koncentracije (40 μg/m^3) i dnevnu vrednost koncentracije (50 μg/m^3) koja se ne sme prelaziti više od 35 puta u kalendarskoj godini. U slučaju prekoračenja takvih graničnih vrednosti, države članice moraju usvojiti i sprovesti planove za kvalitetet vazduha koji postavljaju odgovarajuće mere kako bi se period prekoračenja mogao zadržati na kraćem nivou moguće.

2) Uprkos obavezama država članica da osiguraju zadovoljavajući kvalitet vazduha za svoje građane, kvalitet vazduha je na mnogim mestima ostao problem već nekoliko godina. Trenutno je protiv 16 država članica pokrenut postupak zbog povećanog nivoa čestica prašine u vazduhu[20] (upućivanjem zahteva za podnošenje informacija), a protiv Bugarske i Belgije je pokrenut postupak pred Sudom EU[21]. U Bugarskoj, uprkos brojnim preduzetim merama i određenim smanjenjima emisija PM10 registrovanih na većini tačaka monitoringa od 2011. godine, podaci pokazuju stalnu neusaglašenost sa godišnjim i/ ili dnevnim graničnim vrednostima za PM10 u svih 6 zona zemlje. Rezultati Belgije o kvalitetu vazduha su zabeležili određena poboljšanja u poslednjih nekoliko godina, jer samo 3 zone i aglomeracije (Brisel, luka Genta i luka Roeselare) pokazuju kontinuirani neuspeh u

---

[18] Commission refers Poland to the Court of Justice of the EU over poor air quality, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6225_en.htm (septembar 2017. godine).

[19] Directive 2008/50/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on ambient air quality and cleaner air for Europe (Official Journal of the European Union L 152/1), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0050&from=en, (septembar 2017. godine).

[20] Belgija, Bugarska, Češka, Nemačka, Grčka, Španija, Francuska, Mađarska, Italija, Letonija, Portugalija, Poljska, Rumunija, Švedska, Slovačka i Slovenija (vid. Statistics on environmental infringements – Infringements by environmental sector, http://ec.europa.eu/environment/legal/law/statistics.htm (oktobar 2017. godine).

[21] Commission refers Belgium and Bulgaria to Court and gives Sweden a final warning over poor air quality, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5197_en.htm (septembar 2017. godine).

ispunjavanju ciljeva. Iako su u Belgiji usvojene mere za sve zone za zaštitu vazduha, one nisu do sada dovoljne da se reši problem, a pošto je rok za usklađenost sa nalozima Komsije upućen državi članici odavno istekao, Komisija je uputila 2015. godine slučaj Sudu EU.

4. UPRAVLJANJE OTPADOM

1) Evropska komisija je 2015. godine pokrenula protiv Španije postupak zbog kršenja propisa o upravljanju otpadom. Uprkos ranijim upozorenjima Komisije, brojne deponije i dalje posluju u suprotnosti sa propisima EU. Direktiva o deponijama[22] uspostavlja standarde za deponije kako bi se sprečili štetni efekti po zdravlje ljudi, vodu, zemlju i vazduh. Direktiva propisuje standarde za zaštitu ljudskog zdravlja i životne sredine od negativnih efekata uzrokovanih sakupljanjem, transportom, skladištenjem, tretmanom i odlaganjem otpada, sa ciljem da se spreče ili smanje negativni efekti odlaganja otpada tokom čitavog životnog ciklusa deponija. Prema Direktivi, operacije na deponijama koje su bile u funkciji 2001. godine trebalo bi da prestanu do 16. jula 2009. godine, ukoliko se ne ispoštuju standardi EU koji su osmišljeni kako bi osigurali da deponije funkcionišu bezbedno. Komisija je 2008. godine uputila Španiji formalni zahtev za usaglašavanjem sa pravom EU, povodom kog je Španija obavestila Komisiju o merama koje planira da preduzme i predvidela zatvaranja neusaglašenih deopnije do 2011. godine, što nije učinjeno, zbog čega je 2014. godine Komisija ponovo uputila formalni zahtev za usaglašavanjem sa pravom EU. Međutim, kako tokom 2015. godine u Španiji 61 neusaglašenih deponija još uvek nisu bile zatvorene, te je Komisija pokrenula postupak pred Sudom pravde EU[23].

2) Direktiva o otpadnim vozilima iz 2000. godine[24] ima za cilj da se vozila uklone i recikliraju na ekološki najprihvatljiviji način, zabranjujući upotrebu određenih opasnih materija u vozilima koja su se stavljala u promet nakon 1. jula 2003. godine (revidirana legislativa produžila je važenje izuzetka od ove zabrane, a koji se odnosi na upotrebu olova u određenim komponentama vozila). Direktiva je deo napora da se Evropa pretvori u kružnu ekonomiju u kojoj se otpad sistematski oporavlja, ponovo koristi ili reciklira, pa ima za cilj smanjenje količine otpada koji potiče od otpadnih vozila, kako bi se ograničila upotreba opasnih

[22] Council Directive 1999/31/EC of 26 April 1999 on the landfill of waste (Official Journal of the European Union L 182), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31999L0031&from=EN, (septembar 2017. godine).

[23] Commission refers Spain to Court over illegal landfills, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5354_en.htm (septembar 2017. godine).

[24] Directive 2000/53/EC of the European Parliament and of the Council of 18 September 2000 on end-of life vehicles (Official Journal of the European Union *L 269*), http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2000L0053:20050701:EN:PDF, (septembar 2017. godine).

materija (posebno olova, žive, kadmijuma i heksavalentnog hroma) u proizvodnji, i povećala količina recikliranih materijala koji se koristi u proizvodnji vozila. Kao takva, Direktiva je postavila ambiciozni cilj za oporavak i recikliranje: najkasnije do 1. januara 2015. godine, za sva vozila koja se nalaze van upotrebe, ponovna upotreba i oporavak treba da budu najmanje 95% prosečne težine po vozilu i godini. Direktiva postavlja jasne kvantifikovane ciljeve za ponovnu upotrebu, reciklažu i oporavak vozila i njihovih komponenti, a takođe podstiče proizvođače da proizvode nova vozila na način da se obezbedi njihova reciklibilnost. Države članice su morale usvojiti zakone neophodne propise za usklađivanje sa ovom Direktivom do 22. avgusta 2013. godine.

Evropska komisija je protiv Rumunije i Poljske pokrenula postupak pred Sudom pravde EU zbog neuspeha da prenesu u domaće pravo revidirane propise EU o isključenju dotrajalih vozila iz upotrebe. Komisija je 2009. godine identifikovala niz nedostataka u poljskom zakonodavstvu u ovoj oblasti i pokrenula postupak protiv Poljske. Mnoga pitanja su naknadno rešena, ali je 2012. godine usledilo obrazloženo mišljenje kako bi se pokrili problemi koji su i dalje bili izuzetni. Poljska je preduzela konkretne koraka radi uklanjanja većine nedostataka na koje je ukazala Komisija, ukazujući na to da će se to rešavati novim zakonodavstvom 2013. godine, ali se nije pojavio nikakav dodatni amandman zakona. S obzirom na to da problemi i dalje postoje u poljskom zakonodavstvu, koje na primer, ne sadrži obavezu prikupljanja delova koji se koriste (tj. delova koji se ne mogu ponovo koristiti i zbog toga se moraju reciklirati), a, takođe, diskriminira vozila koja nisu registrovana u Poljskoj, Komisija je predmet uputila Sudu[25]. Nakon što je taj rok za prenošenje Direktive protekao, Rumunija je 27. septembra 2013. godine primila pismo formalnog obaveštenja od Komsije, a potom i obrazloženo mišljenje 11. jula 2014. godine. Uprkos naporima Rumunije, više od godinu i po nakon isteka roka, Direktiva i dalje nije bila transponovana u domaće zakonodavstvo, pa je Komisija predmet uputila Sudu pravde EU[26].

3) Otpad od električnih i elektronskih uređaja (televizora, kompjutera, mobilnih telefona i sl.) jedan je od otpada sa najvećom stopom rasta (9 miliona u 2005. godine, sa predviđenim rastom preko 12 miliona tona na godišnjem nivou do 2020. godine), a predstavlja kompleksnu mešavinu materijala i komponenti, koja može izazvati velike ekološke i zdravstvene probleme, ako njom ne upravlja pravilno. Osim toga, proizvodnja savremenih elektronskih uređaja zahteva korišćenje oskudnih i skupih izvora (npr. oko 10% ukupnog zlata širom sveta se koristi za njihovu proizvodnju), pa njihovo recikliranje ima očigledne prednosti[27].

[25] Commission takes Poland to Court over failings in end-of-life vehicles legislation, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1148_en.htm (septembar 2017. godine).

[26] Commission refers Romania to Court over failure to transpose legislation on end-of-life vehicles, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5055_en.htm (septembar 2017. godine).

[27] Vid. http://ec.europa.eu/environment/waste/weee/index_en.htm (septembar 2017. godine).

Za rešavanje ovih problema relevantna su dva propisa: Direktiva o otpadu od električnih i elektronskih uređaja[28] i Direktiva o ograničenju upotrebe određenih opasnih materija u proizvodnji električne i elektronske opreme i uređaja[29].

Pravila EU, koja su trebala biti usvojena u nacionalnom zakonu do 14. februara 2014. godine, imaju za cilj da se spreče ili smanje negativni uticaji na životnu sredinu iz ovog brzo rastućeg toka otpada. Ova pravila predstavljaju izmenu Direktiva i uključuju niz novih ili bitno modifikovanih odredbi. Izmene Direktive predviđaju ambiciozan novi cilj za prikupljanje 45% prodate elektroničke opreme, koji trebati ispuniti 2016. godine, odnosno 65% prodate opreme ili 85% stvorenog otapad do 2019. godine[30]. Nova pravila olakšavaju registraciju i izveštavanje za države članice, s boljim sredstvima za efikasnije borbu protiv ilegalnog izvoza otpada. Takođe, uvodi se jasna veza sa zakonodavstvom EU o dizajniranju proizvoda, uključujući i Direktivu o ekološkom dizajnu, podstičući proizvođače da poboljšaju dizajn električne i elektronske opreme, što olakšava reciklažu.

Kako nisu obezbedile prenošenje navedenih direktiva u propisanim rokovima, Evropska komisija je 2015. godine pokrenula pred Sudom pravde EU postupak protiv Poljske, Slovenije i Nemačke, jer nijedna od država članica nije usvojila nijednu od ovih novih ili bitno modifikovanih odredbi. Komisija je uputila predlog da Sud ovim državama izrekne novčane kazne (predloženi su dnevni iznosi za svaki dan od donošenja odluke Suda do dana prenošenja odredaba Direktive u nacionalno zakonodavstvo, i to: za Poljku 71.610 eura, za Sloveniju 8 408.4 eura[31], za Nemačku 210.078 eura[32]).

4) Evropska komisija je pokrenula 2015. godine postupak protiv Slovenije zbog neusaglašavanja propisa o otpadu sa zahtevima prava EU. Deponije koje posluju u suprotnosti sa zakonodavstvom EU o otpadu mogu ugroziti ljudsko zdravlje i životnu sredinu. Predmet se odnosi na nezakonitu deponiju u Lovrencu na Dravskem polju, gde se od 2006. godine skladišti više od 40000 tona visoko zapaljivih otpadnih guma. Na ovim lokacijama su se pojavili veliki požari 2007. i 2008. godine. Pored rizika od požara, lokacija je naročito loša za deponiju, zbog neposredne blizine visokonaponske električne mreže i činjenice da područje sa-

[28] Directive 2012/19/EU of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on waste electrical and electronic equipment (WEEE) (Official Journal of the European Union *L 197*), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32012L0019, (septembar 2017. godine).

[29] Directive 2011/65/EU of the European Parliament and of the Council of 8 June 2011 on the restriction of the use of certain hazardous substances in electrical and electronic equipment (Official Journal of the European Union *L 174*), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:02011L0065-20160715 (septembar 2017. godine).

[30] Vid. član 7 Direktive.

[31] Commission takes Poland and Slovenia to Court for e-waste failings, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4875_en.htm, (septembar 2017. godine).

[32] Commission refers Germany to Court for e-waste failings and proposes fines, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5054_en.htm, (septembar 2017. godine).

drži jedan od najvećih izvora slatke vode u zemlji. Komisija je pokrenula postupak utvrđivanja povrede protiv Slovenije oktobru 2012, a marta 2013. godine je upućen formalni zahtev za usaglašavnjem sa pravom EU. Slovenija se složila da se reši problem, predočavanjem vremenskog okvira, i očisti otpadne gume, ali se sa tim veoma sporo napreduje, otuda je Komisija odlučila da predmet iznese pred Sud.[33]

5) Okvirna direktiva o otpadu[34] prestavlja pravi osnov za tretman otpada u EU, koji uvodi principe upravljanja otpadom (kao što je princip „zagađivač plaća") i postavlja obavezujuću hijerarhiju za upravljanje otpadom. Ona obavezuje države članice da preduzmu mere kako bi se obezbedilo da se upravljanje otpadom vrši bez ugrožavanja ljudskog zdravlja i bez narušavanja životne sredine. Otpad treba da se tretira bez stvaranja rizika za vodu, vazduh, tlo, biljke ili životinje, bez uznemiravanja bukom ili neprijatnim mirisima i bez štetnog uticaja na okruženja ili mesta od posebnog interesa. Direktiva o deponijama[35] propisuje uslove za bezbednost rada deponija, s ciljem da se zaštiti ljudsko zdravlje i životna sredinea od negativnih efekata uzrokovanih sakupljanjem, transportom, skladištenjem, tretmanom i odlaganjem otpada.

Evropska komisija je 2015. godine pokrenula postupak protiv Slovenije pred Sudom zbog neuskraćivanja prava na rad industrijskim instalacijama koje posluju bez dozvola. Takve dozvole treba izdati samo ako je ispunjen određen broj kriterijuma vezanih za zaštitu životne sredine. Naime, prema Direktivi o integrisanom sprečavanju i kontroli zagađenja[36] sve industrijske i poljoprivredne aktivnosti sa visokim potencijalom zagađenja moraju biti licencirane, odnosno za rad i obavljanje ovih aktivnosti neophodno je da država ida odgovarajuće dozvole. Dozvole se mogu izdati samo ako su ispunjeni određeni uslovi, a emisije zagađujućih materija se održavaju na minimumu, tako da same kompanije snosu odgovornost za sprečavanje i smanjenje zagađenja koje mogu izazvati. Dozvola osigurava korišćenje najprikladnijih mera za sprečavanje zagađenja i da se otpad reciklira ili odlaže na na način da se životna sredina zagađuje što je manje moguće.

Sud je 2010. godine utvrdio da Slovenija ne ispunjava svoju obavezu da osigura da sve instalacije deluju u skladu s pravilima EU o sprečavanju i kontroli

[33] Commission refers Slovenia to Court for failure to clean up highly flammable waste tyres, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4671_en.htm, (septembar 2017. godine).

[34] Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on waste and repealing certain Directives (Text with EEA relevance), (Official Journal of the European Union L 312/3), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008L0098&from=EN, (septembar 2017. godine).

[35] Council Directive 1999/31/EC of 26 April 1999 on the landfill of waste, (Official Journal of the European Union L 182), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31999L0031, (septembar 2017. godine).

[36] Directive 2008/1/EC of the European Parliament and of the Council of 15 January 2008 concerning integrated pollution prevention and control, (Official Journal of the European Union L24/8), http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:024:0008:0029:en:PDF, (septembar 2017. godine).

zagađenja, međutim, velika fabrika cementa i dalje radi bez potrebne dozvole i potencijalno ugrožava zdravlje građana. Komisija usled toga traži izricanje novčane kazne u iznosu od 1.604.603 eura, kao i dnevnu kaznu u iznosu od 9,009 evra od donošenja presude[37].

5. PRAVO NA PRISTUP INFORMACIJAMA OD ZNAČAJA ZA ŽIVOTNU SREDINU I PRAVO NA PRISTUP PRAVDI U VEZI SA ZAŠTITOM ŽIVOTNE SREDINE

1) Evropska komisija je protiv Estonije pokrenula postupak zbog nedostataka u njenom zakonodavstvu u pogledu pristupa informacijama o životnoj sredini. Prema propisima EU, države članice moraju osigurati da građani imaju nesmetan pristup informacijama o životnoj sredini, a koje su u posedu javne vlasti. Prema propisima EU, a u skladu sa Arhuskom konvencijom[38], građani imaju pravo na pristup informacijama o životnoj sredini u kojoj žive, a državni organi koji imaju te informacije imaju obavezu da ih daju na raspolaganje, polazeći od toga da će širenje takvih informacija podići svest o pitanjima životne sredine i podsticati delotvorno učešće javnosti u donošenju odluka u oblasti životne sredine, što će na kraju dovesti do zdravijeg okruženja. Informacije o životnoj sredini uključuju, na primer, vazduh, vodu, tlo, kopnene, priobalne i morske oblasti i biodiverzitet, kao i politiku, zakonodavstvo, planove, programe, sporazume o životnoj sredini i aktivnosti koje mogu uticati na životnu sredinu, kao i procene troškova i druge ekonomske analize i pretpostavke koje se koriste u okviru mera koje se odnose na životnu sredinu, analiza stanja ljudskog zdravlja i sigurnosti, uključujući i kontaminaciju lanca ishrane.

Nakon procene zakonodavstva Estonije u ovoj oblasti, Komisija je zaključila da propisi sadrže nedostatke i uprkos nekoliko upozorenja (2013. godine), nijedna mera nije preduzeta da bi se zakonodavstvo poboljšalo. Naime, uočen je čitav niz nedostataka u implementaciji Estonije. Prema propisima EU, a što ne postoji u estonskom zakonu, na primer, postoji obaveza da se omogući odgovarajuća dvostepenost odlučivanja u slučaju odbijanja pristupa informacijama, a u kom se drugostepenom postupku procenjuje javni interes za činjenje informacije javno dostupnom nasuprot interesu koji služi kao razlog za odbijanje zahteva[39].

---

[37] Commission takes Slovenia back to Court for failure to issue industrial permit for a major cement factory and asks for fines, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4492_en.htm, (septembar 2017. godine).

[38] United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters, 25 June 1998, http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf, (septembar 2017. godine).

[39] European Commission takes Estonia to Court over Access to environmental Information, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-158_en.htm, (septembar 2017. godine).

2) Evropska komisija je krajem 2013. godine pokrenula protiv Nemačke postupak pred Sudom pravde EU zbog određenih propusta u obezbeđenju prava na pristup pravdi u vezi sa životnom sredinom. Prema propisima EU, građani imaju pravo da znaju o uticaju industrijskog zagađenja potencijalnim uticajima projekata na životnu sredinu, kao i pravo da ospore odluke o takvim projektima. Direktiva o proceni uticaja na životnu sredinu[40], na primer, zahteva od država članica da dozvole javnosti pristup žalbenom postupku, i njima se mora dopustiti da ospore zakonitost odluka o pitanjima za koja je potrebno omogućiti učešće javnosti.

U novembru 2012. godine, Nemačka je izmenila svoj Zakon o pravnom rešavanjunju u oblasti zaštite životne sredine (*Umweltrechtsbehelfsgesetz*) u skladu sa stavom Evropskog suda pravde o pitanju pravnog interesa, tj. koja to licu mogu pokrenuti postupak pred sudom u ime zaštite životne sredine[41]. Iako novo zakonodavstvo jasno rešava neke od prethodnih pitanja, Komisija je zabrinuta zbog određenih nedostataka koji i dalje postoje. Prema izmenjenom propisu, postupci koji su započeti nakon 25. juna 2005. godine i koji su završeni pre 12. maja 2011. godine nisu obuhvaćeni revidiranim zakonom, kao ni postupci koji su pokrenuti pre roka za implementaciju Direktive od 25. juna 2005. godine. Komisija, stoga, smatra da bi tako propisani izuzeci mogli značajno odlagati primenu pravila o pristupu pravdi. Nedostatak se odnosi, na primer, i na argumente koji se mogu navesti kada slučaj bude iznet pred sud. Prema nemačkom zakonu, ako je podnosilac predstavke već pokrenuo rešavanje određenog pitanja tokom upravnog postupka, sud može razmatrati te argumente i mora ignorisati sve nove argumente koji su kasnije nastali. Nemački sudovi, takođe, zahtevaju od podnosioca zahteva da dokažu da bi rezultat procene uticaja na životnu sredinu bio drugačiji bez proceduralne greške za koju tvrde da postoji, efektivno prebacujući teret dokazivanja na javnost, što je u suprotnosti s principima Direktive. Obrazloženo mišljenje poslato je u aprilu 2013. godine, ali pošto je postignut mali napredak, Komisija je odlučila da izvede Nemačku pred Sud[42].

---

[40] Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment Text with EEA relevance (Official Journal of the European Union *L* 26), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32011L0092, (septembar 2017. godine).

[41] Court of Justice of the EU, Judgment of the Court (Fourth Chamber), 12 May 2011, C-115/09, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV v Bezirksregierung Arnsberg, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62009CJ0115, (septembar 2017. godine).

[42] European Commission takes Germany to Court over Access to Justice, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-967_en.htm (septembar 2017. godine).

6. PROCENA UTICAJA ODREĐENIH PROJEKATA NA ŽIVOTNU SREDINU

1) Evropska komisija je pokrenula postupak protiv Bugarske 2013. godine pred Sudom EU zbog toga što nije zaštitila jedinstvena staništa i važne vrste. Predmet se odnosi na regiju Kaliakra, migratornu rutu i mesto odmora za visoko ugrožene vrste, gde je odobrena izgradnja velikog broja vetroelektrana bez adekvatnih procena njihovih uticaja na životnu sredinu. Naime, prema Direktivi o pticama[43] i Direktivi o staništima[44], svaki projekat koji može imati značajan negativan efekat na lokacije koje su deo Natura 2000 mreže zaštićenih područja, treba prethodno proceniti pre nego što se odobri njegova realizacija. Paralelno, Direktiva o proceni uticaja na životnu sredinu ima za cilj da se osigura da svaki projekat koji ima značajan uticaj na životnu sredinu bude adekvatno procenjen pre nego što bude odobren. Uprkos tome, Bugarska je odobrila veliki broj ekonomskih aktivnosti u toj oblasti bez odgovarajuće procene uticaja na životnu sredinu. Hiljade turbina na vetar i oko 500 drugih projekata odobreno je bez adekvatnih procena njihovog delovanja na jedinstvenim staništima i vrstama Kaliakre – stanište za više hiljada vrsta ptica i slepih miševa koje leti nad zemljom svake godine na putu ka Africi i iz nje (npr. 100% svetske populacije najugroženijih vrsta guske na svetu – crvenoprse guske – provodi zimu na malom broju lokacija u blizini i oko Kaliakre). U odobravnjau ovih projekata nije uzet se u obzir kumulativni efekat projekata, što je takođe zahtev u Direktivama o pticama, Direktivi o staništima i Direktivi o proceni uticaja na životnu sredinu. Obrazloženo mišljenje o ovom pitanju poslato je u junu 2012. godine. Iako je Bugarska preduzela značajne zakonodavne i administrativne korake kako bi ograničila štetu i sprečila dalji razvoj događaja koji bi mogli uticati na područje, na retka i jedinstvena prioritetna staništa i vrste, projekti su se počeli realizoavti, na koji način Bugarska nije ispunila ključni zahtev iz navedenih propisa EU[45].

2) Evropska komisija je 2014. godine pokrenula protiv Španije postupak zbog izgradnje železničke veze između Sevilje i Almerije, za koju nije sprovedena odgovarajuća procena uticaja na životnu sredinu. Naime, brza železnička linija u izgradnji, ima ozbiljan uticaj na oblast *Campiñas de Sevilla,* područje od velikog značaja za ptice, koje je zaštićeno španskom zakonodavstvom i zakonodavstvom

[43] Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of wild birds (Official Journal of the European Union L 20/7), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0147, (septembar 2017. godine).

[44] Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora (Official Journal of the European Union L 206), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31992L0043, (septembar 2017. godine).

[45] Commission takes Bulgaria to Court for failing to protect endangered species, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-966_en.htm, (septembar 2017. godine).

EU. Direktiva o proceni uticaja na životnu sredinu[46] stupila je na snagu 1985. godine i primenjuje se na široki spektar jasno definisanih javnih i privatnih projekata. Njegov osnovni princip je da se uticaji na životnu sredinu procene pre donošenja odluka o odobravanju određenih projekata. Takođe, za ovaj slučaj relevantna je Direktiva o pticama[47], koja obavezuje države članice da izbegnu propadanja staništa i uznemiravanja ptica (oblast *Campiñas de Sevilla* je međunarodno klasifikovana kao važna oblast ptica i zaštićena je Direktivom o pticama i španskim zakonodavstvom); i Direktiva o staništima[48], kojom se obavezuju države članice da preduzmu odgovarajuće korake kako bi izbeglo pogoršanje prirodnih staništa i staništa određenih vrsta, kao i uznemiravanje vrsta za koje su određena područja staništa. Uprkos dugogodišnjim naučnim dokazima o značaju lokacije, Španija je dodelila ovom području samo status zaštićenog područja, nakon presude Suda pravde EU, i tada je odobrila izgradnju dela železničkog projekta i građevinski radovi su počeli. Ipak, po oceni Komisije u proceduri procene uticaja na životnu sredinu, koja je sprovedena za projekat, nije uzeto u obzir to što se radi o zaštićenoj prirodnoj lokaciji, i očigledno je da predloženi projekat ne bi trebao da bude odobren, pošto to stradanje staništa pogoršava i uznemirava zaštićene ptice, i situacija koja bi se dalje pogoršavala ako bi železnička linija postala operativna. Komisija, takođe, smatra da je Španija propustila da preduzme neophodne mere kako bi se prouzrokovana šteta otklonila, te je stoga uputila predmet Evropskom sudu pravde[49].

3) Evropska komisija uputila je 2016. godine Poljsku na Sud pravde EU zbog neuspeha da obezbedi da se u skladu sa propisima izvrši procena uticaja na životnu sredinu istražnih rudarskih bušotina. Prema poljskom zakonu, moguće je bušiti do dubine od 5 000 metara, bez prethodnog ocenjivanja potencijalnog uticaja na životnu sredinu[50]. Naime, ovako visoko postavljen prag dozvoljenog bušenja propisan je poljskim zakonom, ne uzimajući u obzir sve relevantne kriterijume i

---

[46] Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (Official Journal of the European Union *L 175*), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31985L0337&from=EN, (septembar 2017. godine).

[47] Directive 2009/147/EC of the European Parliament and of the Council of 30 November 2009 on the conservation of wild birds (Official Journal of the European Union *L 175*), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32009L0147&from=EN, (septembar 2017. godine).

[48] Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora (Official Journal of the European Union *L 206*), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:31992L0043&from=EN, (septembar 2017. godine).

[49] Commission takes Spain to Court over non-compliant landfills and high-speed rail link, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-814_en.htm, (septembar 2017. godine).

[50] Commission refers Poland to the Court of Justice of the EU over inadequate assessment of exploratory mining drillings, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1454_en.htm, (septembar 2017. godine).

standarde utvrđene Direktivom o proceni uticaja na životnu sredinu[51], a koje treba koristiti prilikom određivanja da li određene vrste projekata zahtevaju procenu. Cilj Direktive je da se osigura da se projekti koji verovatno imaju značajan uticaj na životnu sredinu adekvatno procenjuju pre nego što budu odobreni. Stoga, pre nego što se preduzme bilo kakva odluka kako bi se omogućio ovakav projekat, moraju biti utvrđeni i procenjeni njegovi mogući uticaji na životnu sredinu, pa se moraju prilagoditi projekti kako bi se smanjili negativni uticaji. Direktiva je od naročitog značaja što osigurava učešće javnosti u donošenju odluka i na taj način jača kvalitet odluka. Dakle, potrebno je proceniti duboke bušotine, a posebno je potrebno voditi računa o otpadu koji one proizvode, njihove efekte na vodu i zemljište, korišćenje prirodnih resursa, rizik od nesreća i sve kumulativne efekte koji mogu imati u vezi sa drugim sličnim projektima ili aktivnostima.

4) Evropska komisija je 2016. godine pokrenula pred Sudom EU postupak protiv Austrije zbog toga što nije osigurala adekvatnu zaštitu reke Crni Zulm (*Schwarze Sulm*) Štajerskoj. Komisija smatra da su organi regionalne vlasti propustili da poštuju zahteve kvaliteta vode iz Okvirne direktive o vodama, kada su odobrili projekat izgradnje hidroelektrane 2007. godine, jer bi, po mišljenju Komisije, izgradnja predložene elektrane izazvala ozbiljno pogoršanje kvaliteta reke, koja je jedna od najduže neometanih rečnih tokova u regionu.

Okvirna direktiva o vodama obavezuje države članice da zaštite sve površinske vode (reke, jezera, kanale i obalne vode) kako bi se postigao „dobar status" najkasnije do 2015. godine, što znači da vode pokazuju što je manje moguće tragova ljudskog uticaja, te da primenjuju mere za sprečavanje pogoršanja statusa površinskih voda. Izuzeci od ovog zahteva mogu se odobriti samo pod uslovima navedenim u članu 4 (7), od kojih je jedan zahtev da se pokaže da sprovođenje određenog projekta ima „prevladavajući javni interes" (princip pretežnosti javnog interesa). U tom slučaju, sve moguće mere moraju biti preduzete, kako bi se ublažili štetni uticaji, a u slučajevima prevladavanja javnog interesa, prednosti modifikacija moraju prevazilaziti koristi po životnu sredinu i društvo u postizanju dobrog statusa vode, pod uslovom da je te korisne ciljeve nemoguće postignući drugim sredstvima. Hidroelektrane dovode do nižeg statusa vode jer utiču na tok reke, što je jedan od kriterijuma u Okvirnoj direktivi o vodama za pripisivanje visokog statusa vode određene reke.

Dotična dozvola je ukinuta od strane austrijskog Federalnog ministarstva za zaštitu životne sredine 2009. godine, ali je austrijski Ustavni sud poništio taj opoziv po čisto formalnim osnovama 2012. godine, te je dozvola stupila na snagu i više se ne može osporavati pred nacionalnim sudom. Prema propisima EU, drža-

[51] Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment Text with EEA relevance (*Official Journal L* 26/1), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0092&from=EN, (septembar 2017. godine).

ve članice moraju preduzeti mere za sprečavanje pogoršanja statusa njihovih vodenih površina, a oslobađanje od principa nepogoršanja može se odobriti samo ako su ispunjeni određeni zahtevi, od kojih je jedan pokazivanje pretežnosti javnog interesa, što, prema mišljenju Komisije, nadležni organ nije pokazao, a što je utvrđeno i procenom austrijskog ministarstva kojom je osporen pretežni javni interes. Ovo je dovelo do toga da Komisija pokrene postupak povrede u 2013. godini, s obzirom na to da dozvola za elektranu nije u skladu sa zahtevima Okvirne direktive o vodama[52].

Austrija se složila da preispita odluku o odobrenju, ali je u postupku revizije regionalna vlast samo smanjila zaštićeni status reke, tvrdeći da izuzeće od principa nepogoršanja više nije potrebno. Ovo bi predstavljalo kršenje Okvirne direktive o vodama, jer je kvalitet reke dokumentovan kao „visok" u planu upravljanja rečnim slivom iz 2009. godine, a uslovi za promenu statusa reke nisu poštovani. Kako je izgradnja hidroelektrane započela po projektu, a budući da procedura koju je odabrala regionalna vlast rizikuje da odredi negativan presedan za slične hidroenergetske projekte u Austriji, a kako zakonitost dozvole za hidroelektranu na reci Crni Zulm više ne može biti osporena pred nacionalnim sudom, Komisija je uputila predmet Sudu EU[53].

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Pred Republikom Srbijom, kao državom koja teži da postane članica Evropske unije, veliki je izazov u pogledu usaglašavanja nacionalnog zakonodavstva sa propisima EU, a značaj prava o životnoj sredini nikako ne treba umanjiti. Usaglašavanje sa propisima EU ne podrazumeva prosto prenošenje odredaba izvora prava u domaći pravni sistem, nego će od države zahtevati preduzimanje mera, kako bi se postigli ciljevi koji svaki od propisa EU postavlja u pogledu zaštite životne sredine. Na osnovu analize slučajeva u kojima je Evropska komisija pokrenula postupak zbog povrede prava protiv pojednih država članica, proizlazi jasan zaključak da su zahtevi za zaštitom životne sredine stvarni, pa će našu državu čekati ozbiljan i kontinuiran rad na usaglašavanju sa pravom Evropske unije, mnogo dalekosežniji i obuhvatniji od donošenja novih i revidiranja postojećih zakonskih normi.

---

[52] Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy (Official Journal of the European Union L 327 *),* http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0060&from=EN, (septembar 2017. godine).

[53] Commission takes Austria to Court over failure to protect water quality on Schwarze Sulm river, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-448_en.htm, (septembar 2017. godine).

Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs

Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

The Infringement Procedure regarding Law on Environmental Protection of European Union

Abstract: *Within the European Union, as a regional international organization, environmental protection has been recognized as one of the significant objectives. EU law on environmental protection is adopted in the form of directives, which Member States are obliged to adequately transfer into their national legislation and implement, effectively and in timely manner, by adopting and implementing appropriate measures. In case Member States fail to comply with the above duties, the role of the European Commission and the Court of Justice of the European Union is of a great importance. This paperwork presents randomly selected examples of the activities of the aforementioned bodies of the European Union in order to show the seriousness with which the implementation of EU law on environmental protection in member states is being monitored.*

Keywords: *environmental protection, European Union, European Commission, EU Court of Justice.*

Datum prijema rada: 20.10.2017.

Originalni naučni rad 347.724:347.033
doi:10.5937/zrpfns51-16025

Dr Vladimir Ž. Marjanski, vanredni profesor
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
V.Marjanski@pf.uns.ac.rs

ODLUKA O POVEĆANJU OSNOVNOG KAPITALA DRUŠTVA S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU NOVIM ULOZIMA[1]

Sažetak: *Odlukom o povećanju osnovnog kapitala izražava se volja društva za izvršenjem povećanja osnovnog kapitala. Odluku o povećanju osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću može doneti isključivo skupština. Skupštinskom odlukom vrši se formiranje i izražavanje volje organa (skupštine), koju društvo smatra svojom. Skupština je organ društva i njena odluka pravno predstavlja volju društva da sprovede povećanje osnovnog kapitala. U tom smislu odluka o povećanju osnovnog kapitala je samo inicijalni (pripremni akt) u postupku povećanja osnovnog kapitala novim ulozima. Ona, dakle, predstavlja samo jednostranu izjavu volje društva koja je usmerena ka postojećim članovima ili trećim licima da učestvuju u postupku povećanja osnovnog kapitala. U delu Zakona o privrednim društvima koji se odnosi na društva s ograničenom odgovornošću zakon sadrži samo nekoliko odredbi koje se direktno odnose na povećanje osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću. U vezi sa ostalim pravilima koja se odnose na povećanje osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću utvrđena je shodna primena odredbi o povećanju osnovnog kapitala akcionarskog društva. Sledstveno tome, sadržina odluke prilagođena je prvenstveno ovom postupku kod akcionarskih društava. Ovo nije najbolja zakonska tehnika za uređenje ovakvog važnog postupka, jer u praksi zahteva pravilan odabir odredbi koje se mogu primeniti na povećanje osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću.*

Ključne reči: *odluka skupštine, osnovni kapital, povećanje osnovnog kapitala novim ulozima, izjava o upisu.*

---

[1] Rad je posvećen projektu «Pravna tradicija i novi pravni izazovi» čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu.

1. UVODNE NAPOMENE

Osnovni kapital društva s ograničenom odgovornošću je novčana vrednost upisanih uloga članova društva u društvo koja je registrovana u skladu sa zakonom o registraciji.[2] Izraz upisani ulog znači da je reč o iznosu (vrednosti) za koji je član društva preuzeo obavezu da ga uplati ili unese, bilo u prvom osnivačkom aktu koji se sačinjava prilikom osnivanja društva, bilo u upisnom ugovoru (ugovor o ulaganju u društvo) koji se zaključuje između člana i društva prilikom povećanja osnovnog kapitala. Član društva može imati pravo da obavezu uplate odnosno unošenja upisanog uloga kasnije izvrši, pa iz tog razloga, upisani i uplaćeni odnosno uneti ulog ne moraju uvek biti jednaki.[3] Vrednost uplaćenog odnosno unetog uloga može biti manja ili jednaka vrednosti upisanog uloga.

Osnovni kapital je fiksna pravno-računovodstvena kategorija i ne zavisi od promene vrednosti imovine privrednog društva. On se može menjati samo nakon uspešno sprovedenog zakonom utvrđenog postupka povećanja ili smanjenja osnovnog kapitala.

U principu postoje dve glavne vrste povećanja osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću: 1. Efektivno povećanje osnovnog kapitala i 2. Nominalno povećanje osnovnog kapitala (iz sredstava društva).[4]

Kod efektivnog povećanja osnovnog kapitala vrši se povećanje iz eksternih finansijskih sredstava pa se društvo na taj način dodatno finansira. U ZPD navode se sledeći načini povećanja osnovnog kapitala: 1) novim ulozima postojećih članova ili člana koji pristupa društvu; 2) pretvaranjem rezervi ili dobiti društva u osnovni kapital; 3) pretvaranjem (konverzijom) potraživanja prema društvu u osnovni kapital; 4) statusnim promenama koje imaju za posledicu povećanje osnovnog kapitala; 5) pretvaranjem (konverzijom) dodatnih uplata u osnovni kapital.[5]

Efektivnim povećanjem osnovnog kapitala mogu se smatrati povećanje osnovnog kapitala novim ulozima i povećanje pretvaranjem (konverzijom) potraživanja prema društvu u osnovni kapital. Iako se u ZPD pravi razlika između povećanja osnovnog kapitala novim ulozima i povećanja osnovnog kapitala pretvaranjem (konverzijom) potraživanja prema društvu u osnovni kapital, povećanje osnovnog kapitala pretvaranjem (konverzijom) potraživanja prema društvu u osnovni kapital, smatra se takođe povećanjem osnovnog kapitala novim ulozima. Reč je samo o posebnoj vrsti povećanja osnovnog kapitala novim ulogom. Uostalom takvu odredbu ZPD sadrži kod akcionarskih društava: „Pod povećanjem

---

[2] Vid. Zakon o privrednim društvima (dalje u tekstu i fusnotama: ZPD), Službeni Glasnik RS, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. Zakon i 5/2015, čl. 44, st. 3.

[3] Vid. ZPD, čl. 46.

[4] Welf Müller, Burghard Hense (hrsg.), *Beck'sches Handbuch der GMBH – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht*, München 1995, 283.

[5] Vid. ZPD, čl. 146, st. 1.

osnovnog kapitala novim ulozima smatra se i konverzija duga u osnovni kapital".[6] S obzirom na to da je utvrđena shodna primena odredbi o povećanju i smanjenju osnovnog kapitala akcionarskog društva na povećanje i smanjenje osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću[7], nesumnjivo je da nije reč o nekom posebnom načinu povećanja osnovnog kapitala. Stoga će u daljem tekstu biti isključivo reči o odluci o povećanju osnovnog kapitala novim ulozima.

Efektivno povećanje osnovnog kapitala može biti motivisano različitim razlozima. Jedan od motiva su investicioni razlozi tj. trajno finansiranje privrednog društva.[8] Prvo, efektivnim povećanjem osnovnog kapitala društvo stiče novu ekonomsku vrednost koju može da koristi u različite investicione svrhe. Za razliku od finansiranja društva putem pozajmica članova, dodatnih uplata ili kreditnog zaduživanja od banaka povećanjem osnovnog kapitala novim ulozima privredno društvo se trajno finansira[9] (uplaćeni odnosno uneti ulozi ne mogu se vratiti članovima društva, član se ne može osloboditi preuzete obaveze uplate odnosno unošenja uloga).[10] Drugo, efektivno povećanje osnovnog kapitala koristi se i radi pokrića gubitaka putem tzv. bilansnog izravnavanja, npr. istovremeno povećanje osnovnog kapitala novim ulozima i smanjenje osnovnog kapitala radi pokrića gubitaka. Treće,efektivnim povećanjem osnovnog kapitala jača se kreditna sposobnost društva.[11]

Predmet analize u ovom radu biće odluka o povećanju osnovnog kapitala, kao pripremni akt kojim započinje postupak povećanja osnovnog kapitala novim ulozima. Pored toga, uzgred će biti pomenuti, izjava o upisu i upisni ugovor[12] kako bi se bolje shvatila suština pravnog karaktera odluke o povećanju osnovnog kapitala.

2. ODLUKA O POVEĆANJU OSNOVNOG KAPITALA NOVIM ULOZIMA

2.1. Pravni karakter odluke

Odluku o povećanju osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću donosi skupština.[13] Skupštinskom odlukom vrši se formiranje i izražavanje volje

[6] Vid. ZPD, 295, st. 2.

[7] Vid ZPD, čl. 149, st. 1

[8] Welf Müller, Burghard Hense (hrsg.), 284.

[9] Vid. opširnije o tome kod Vladimir Marjanski, „Sporedne činidbe kao dodatna obaveza člana društva s ograničenom odgovornošću" *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2016, 1281-1293.

[10] Vid. ZPD, čl. 46, st. 3 i čl. 60, st. 1.

[11] Welf Müller, Burghard Hense (hrsg.), 284.

[12] Opširnije o izjavi o upisu i upisnom ugovoru videti kod Zoran Arsić, „Upis akcija i upisni ugovor" *Pravo i privreda – časopis za privrednopravnu teoriju i praksu*, 4-6/2016, 41-50.

[13] Vid. ZPD, 146, st. 2.

organa (skupštine), koju društvo smatra svojom. Skupština je organ društva i njena odluka pravno predstavlja volju društva da sprovede povećanje osnovnog kapitala. Odlukom o povećanju osnovnog kapitala izražava volja društva za izvršenjem povećanja osnovnog kapitala. Odluka je samo inicijalni – pripremni akt za sprovođenje postupka povećanja osnovnog kapitala. Ona predstavlja jednostranu izjavu volje društva koja je usmerena ka postojećim članovima ili trećim licima da učestvuju u postupku povećanja osnovnog kapitala. Naime, članovima ili trećim licima ne može se nametnuti obaveza uplate odnosno unošenja novih uloga. Potencijalni upisnici putem izjave o upisu tek treba da izraze volju da upišu uloge i učestvuju u sprovođenju postupka povećanja osnovnog kapitala. Odlukom o povećanju osnovnog kapitala izražava se isključivo volja društva a ne njihova lična volja, čak i kada su na skupštini glasali za donošenje takve odluke. Iako ZPD ne sadrži direktnu odredbu o zabrani nametanja obaveze uplate odnosno unošenja novog uloga, ni u opštem delu, ni u odredbama koje se odnose na društvo s ograničenom odgovornošću[14], takvo pravilo proističe iz opštih načela ugovornog prava i principa autonomije volje u vezi sa sticanjem prava i preuzimanjem obaveza. Lice mora na neki način izraziti volju da preuzme obavezu uplate odnosno unošenja uloga. Na to indirektno upućuje jedna od odredbi ZPD iz opšteg dela zakona: „Lica koja su osnivačkim aktom ili na drugi način preuzela obavezu da uplate odnosno unesu u društvo određeni ulog odgovaraju društvu za izvršenje te obaveze i u obavezi su da naknade štetu koja mu je prouzrokovana propuštanjem ili kašnjenjem izvršenja te obaveze“.[15] Zakon, međutim, ne precizira o kakvom „drugom načinu“ preuzimanja obaveze je reč. Radi veće pravne sigurnosti i zaštite interesa tzv. manjinskih članova, valjalo bi u ZPD uneti odredbu sličnu onoj koja je predviđena kod obaveze vršenja dodatnih uplata[16], npr. „da odluka ne može obavezivati one koji za odluku o povećanju osnovnog kapitala“ nisu glasali. Uzevši u obzir pravnu prirodu odluke o povećanju osnovnog kapitala koja predstavlja samo izražavanje volje društva, a ne lične volje članova, uvođenje ovakve odredbe bi teorijski možda bilo suvišno. Najbolje rešenje bi stoga bilo da se zabrana nametanja obaveze uplate odnosno unošenja uloga unese u opšti deo zakona, gde su, na primer, već sadržana pravila o zabrani povraćaja uloga i zabrani oslobađanja članova od odgovornosti za neispunjenje obaveze uplate odnosno

[14] Interesantno je da odredbu o zabrani nametanja obaveze činidbe uloga ZPD predviđa jedino u delu o ortačkim društvima. „Ortak nije dužan da poveća ulog iznad iznosa određenog ugovorom o osnivanju, ako ugovorom o osnivanju nije drugačije određeno“ (ZPD, čl. 96, st. 4). Izmena osnivačkog akta ortačkog društva vrši se jednoglasno (vid. ZPD, čl. 94, st. 3). Dakle, kod ortačkog društva je jasno da nametanje obaveze uplate odnosno unošenja uloga nije moguće.

[15] Vid. ZPD, čl. 46, st. 1.

[16] U vezi sa obavezama vršenja dodatnih uplata u društvo s ograničenom odgovornošću videti opširnije kod Stevan Šogorov, „Pravne pretpostavke zahteva društva za dodatnu (dopunsku) uplatu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2011, 7-16.

unošenja uloga.[17] Time bi se sprečila drugačija tumačenja i stvorila bi se veća pravna sigurnost u domenu zaštite interesa tzv. skupštinske manjine.[18]

Odluka o povećanju osnovnog kapitala može se kvalifikovati kao ponuda potencijalnim upisnicima da učestvuju u postupku povećanja osnovnog kapitala samo ukoliko sadrži sve bitne elemente budućeg upisnog ugovora (ukupan iznos povećanja osnovnog kapitala, naznačenje upisnika, vrstu i vrednost uloga svakog od potencijalnih upisnika, vrednost udela koji će posedovati nakon povećanja osnovnog kapitala). U ostalim slučajevima ona ima karakter poziva potencijalnim upisnicama da davanjem izjave o upisu učine ponudu društvu radi upisa novih uloga.

Odluka o povećanju osnovnog kapitala punovažna je i bez odluke o izmeni osnivačkog akta. Ona je samo inicijalni akt u postupku povećanja osnovnog kapitala. Tek u slučaju uspešnog sprovođenja i registracije povećanja osnovnog kapitala, nastaće potreba da društvo donese odluku o izmeni osnivačkog akta jer će bitni elementi njegove sadržine u tom delu biti izmenjeni: vrsta, vrednost uloga svakog pojedinog člana, ukupna visina upisanog, uplaćenog i unetog osnovnog (registrovanog) kapitala.[19] Nakon povećanja osnovnog kapitala procenat udela svakog pojedinog člana može, ali ne mora biti promenjen. Eventualni izostanak izmene osnivačkog akta, međutim, ne utiče na sprovedeni postupak povećanja osnovnog kapitala.

2.2. Organ i potrebna većina za donošenje odluke

U delu ZPD koji se odnosi na društva s ograničenom odgovornošću zakon sadrži samo nekoliko odredbi koje se direktno odnose na povećanje osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću.[20] Postupak povećanja osnovnog kapitala započinje donošenjem odluke skupštine o povećanju osnovnog kapitala. Iako je opšta norma o delokrugu skupštine društva s ograničenom odgovornošću dispozitivnog karaktera: „Ako osnivačkim aktom nije drugačije uređeno, skupština: 5) odlučuje o povećanju i smanjenju osnovnog kapitala društva, kao i o svakoj emisiji hartija od vrednosti"[21], odluka o povećanju osnovnog kapitala je u isključivom delokrugu skupštine društva. Naime, u delu o povećanju osnovnog kapitala, jasno je predviđeno da odluku o povećanju osnovnog kapitala donosi skupština društva s ograničenom odgovornošću.[22] Kod društva s ograničenom

[17] Vid. ZPD, čl. 46, st. 3 i čl. 60.

[18] Holger Fleischer, *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesselschaften mit beschränker Haftung – GmbHG*, München 2011, 129.

[19] U vezi sa bitnim elemntima osnivačkog akta vid. ZPD, čl. 141.

[20] Vid. ZPD, čl. 146-147.

[21] Vid ZPD, čl. 200, st. 1.

[22] Vid. ZPD, čl. 146, st. 2.

odgovornošću ne postoji mogućnost da ova odluka bude preneta u delokrug drugog organa društva (direktora, odbora direktora, nadzornog odbora).[23] U slučaju jednočlanog društva odluku u funkciji skupštine donosi jedini član društva.[24] Prilikom donošenja odluke o povećanju osnovnog kapitala skupština odlučuje većinom od dve trećine od ukupnog broja glasova svih članova društva s ograničenom odgovornošću.[25] Osnivačkim aktom može se predvideti i druga većina za donošenje ove odluke, ali ne manja od obične većine od ukupnog broja glasova članova društva koji imaju pravo glasa po tom pitanju.[26]

2.3. Sadržina odluke o povećanju osnovnog kapitala novim ulozima

2.3.1. Određivanje obavezne sadržine u ZPD

U vezi sa ostalim pravilima koja se odnose na povećanje osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću utvrđena je shodna primena odredbi o povećanju osnovnog kapitala akcionarskog društva. Sledstveno tome, sadržina odluke prilagođena je prvenstveno ovom postupku kod akcionarskih društava. Ovo nije najbolja zakonska tehnika za uređenje ovakvog važnog postupka, jer u praksi zahteva pravilan odabir odredbi koje se mogu primeniti na povećanje osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću. Iz tog razloga teško je utvrditi obaveznu sadržinu odluke o povećanju osnovnog kapitala kod ove vrste društva.

Prema ZPD odluka o povećanju osnovnog kapitala novim ulozima sadrži naročito iznos povećanja osnovnog kapitala.[27] Iznos mora biti određen u dinarima. Iznos ne može biti samo odrediv, već mora biti određen u fiksnom iznosu.[28] Nesumnjivo je da je reč o maksimalnom iznosu željenog povećanja preko koga nije dopušteno registrovati novu visinu osnovnog kapitala. Ova odluka svakako bi trebalo da sadrži gornju granicu tj. **maksimalan iznos povećanja osnovnog kapitala.** U trenutku donošenja odluke, međutim, ne može se sa sigurnošću reći da će povećanje u tom obimu zaista biti izvršeno. Jedino je sigurno da povećanje koje se zasniva na toj odluci ne može biti veće od navedenog iznosa. Ovo iz razloga što se odlukom o povećanju osnovnog kapitala izražava volja društva za izvršenjem povećanja osnovnog kapitala društva u tom obimu. Odluka o povećanju osnovnog kapitala je samo inicijalni (pripremni) akt koji predstavlja samo

---

[23] Ne predviđa se mogućnost da kao u slučaju akcionarskog društva, odbor direktora ili nadzorni odbor donesu odluku o povećanju osnovnog kapitala na osnovu tzv. odobrenog kapitala i odobrenih akcija. Vid. ZPD, čl. 313.

[24] Vid. ZPD, čl. 196, st. 4.

[25] Vid ZPD, čl. 211, st. 2

[26] Vid ZPD, čl. 211, st. 4.

[27] Vid. ZPD, čl. 296, st. 1, t. 1.

[28] Max Gellis (Hrsg.), *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 6. Auflage, Wien 2006, 303.

izražavanje volje društva, pa je u trenutku donošenja odluke neizvesno da li će do povećanja u tom obimu uopšte i doći.

Nadalje, odluka, može ali ne mora da sadrži **minimalan prag (iznos)** do kojeg će društvo sprovedeno povećanje osnovnog kapitala smatrati uspelim. Minimalan prag uspešnosti emisije akcija koji se navodi kao bitni element odluke o povećanju osnovnog kapitala novim ulozima bitan je element odluke isključivo kod akcionarskih društava.[29]

Dalje, prema ZPD odluka o povećanju osnovnog kapitala novim ulozima sadrži naročito i **način povećanja osnovnog kapitala**. Kada je reč o društvu s ograničenom odgovornošću određivanje posebnog načina u okviru odluke o povećanju osnovnog kapitala novim ulozima ima značaja samo sa stanovišta vrste uloga kojim se vrši povećanje osnovnog kapitala. U tom smislu moguće je povećanje osnovnog kapitala novčanim, i ili nenovčanim ulozima. Povećanje osnovnog kapitala nenovčanim ulogom dodatno utiče na sadržinu odluke o povećanju osnovnog kapitala o čemu će više reči biti na odgovarajućem mestu. Dodatno određivanje načina povećanja osnovnog kapitala novim ulozima kod društva s ograničenom odgovornošću je bez značaja.[30]

Prema ZPD, obavezan deo sadržine odluke o povećanju osnovnog kapitala je i **rok za sprovođenje odluke.**[31] ZPD predviđa da se odluka o povećanju osnovnog kapitala registruje se u skladu sa zakonom o registraciji u roku od šest meseci od dana donošenja.[32] U suprotnom, odluka koja nije registrovana u tom roku ništava je.[33] Eventualna registracija odluke ne konvalidira njenu ništavost.[34] Ipak, to je samo krajnji rok za registraciju odluke, a ne rok za sprovođenje povećanja osnovnog kapitala. Registracija odluke o povećanju osnovnog kapitala ima, za razliku od registracije povećanja osnovnog kapitala, samo pripremni karakter.[35] Sporno je, međutim, šta se podrazumeva pod rokom za sprovođenje odluke. Jasno je da nije reč ni o roku za uplatu odnosno unošenje uloga. Naime, novčani i nenovčani ulog prilikom povećanja osnovnog kapitala mora se uplatiti, odnosno

---

[29] Vid. ZPD, čl. 296, st. 1, tač. 2.

[30] U slučaju povećanja osnovnog kapitala novim ulozima kod akcionarskih društava potrebno je odrediti i da li se povećanje osnovnog kapitala vrši izdavanjem novih akcija ili povećanjem nominalne vrednosti postojećih akcija. Takođe, kod akcionarskih društava izdavanje novih akcija može se sprovesti javnom ponudom ili ponudom koja nije javna. Udeli društva s ograničenom odgovornošću nisu hartije od vrednosti, ne mogu se sticati, niti se njima može raspolagati upućivanjem javne ponude u smislu zakona kojim se uređuje tržište kapitala. Vid. ZPD, čl. 150, st. 1 i 2.

[31] Vid. ZPD, čl. 296, st. 1, tač. 3.

[32] Vid ZPD, čl. 294, st. 2.

[33] Vid ZPD, čl. 294, st. 3.

[34] Zoran Arsić, Vladimir Marjanski, *Pravo privrednih društava*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Novi Sad, 2015, 303.

[35] *Isto.*

uneti u roku određenom u odluci o povećanju kapitala, s tim da se taj rok računa od dana donošenja odluke o povećanju kapitala i ne može biti duži od 5 godina.[36]

Intencija zakonodavca je, verovatno, bila da ograniči rok za sporovođenje odluke o povećanju osnovnog kapitala u smislu preuzimanja obaveze upisa novih uloga (udela) putem davanja izjave o upisu. Što se tiče registracije promene podataka o visini osnovnog kapitala u Agenciji za privredne registre (dalje u tekstu: APR) društvo je dužno da jednom godišnje, uz registraciju godišnjih finansijskih izveštaja u skladu sa zakonom koji uređuje računovodstvo i reviziju, registruje visinu osnovnog kapitala ako je u prethodnoj poslovnoj godini došlo do promene osnovnog kapitala, u skladu sa zakonom o registraciji.[37] Iz ovoga proističe da se rok za sprovođenje tj. registraciju povećanja osnovnog kapitala ne može odrediti tako da pada nakon 30. juna naredne poslovne godine do kada se najkasnije predaje godišnji finansijski izveštaj radi registracije i objavljivanja za prethodnu poslovnu godinu.[38] Ipak, postavlja se pitanje pravne sudbine povećanja osnovnog kapitala koje se ne registruje u navedenom roku.

Kao što je već istaknuto, **povećanje osnovnog kapitala nenovčanim ulogom** dodatno utiče na sadržinu odluke o povećanju osnovnog kapitala. Ukoliko se osnovni kapital povećava nenovčanim ulozima odluka obavezno sadrži: 1) predmet (stvar) ili pravo koje društvo stiče i procenu njegove vrednosti; 2) ime i druge podatke o licu koje unosi nenovčani ulog.[39] Procena vrednosti nenovčanog uloga vrši se u skladu sa članom 51 ZPD.

Ostali elementi koji su propisani u odredbi o sadržini odluke o povećanju osnovnog kapitala novim ulozima, kao što su bitni elementi akcija ili oznaka banke kod koje se vrši uplata akcija relevantni su samo za povećanje osnovnog kapitala akcionarskog društva.[40]

2.3.2. Određivanje drugih elemenata u zavisnosti od prirode odluke

Već je istaknuto da utvrđivanje shodne primene odredbi ZPD o povećanju osnovnog kapitala akcionarskog društva na povećanje osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću ne predstavlja najbolje rešenje. Zato je sporno da li u skladu sa posebnom prirodom povećanja osnovnog kapitala kod društva s ograničenom odgovornošću odluka o povećanju mora da sadrži još neke elemente.

U uporednom pravu, pored odluke o povećanju osnovnog kapitala, pominje se i posebna odluka kojom postojeći članovi daju saglasnost kome će i u kom obimu

[36] Vid. ZPD, čl. 46, st. 2, t. 2.
[37] ZPD, čl. 149, st. 2.
[38] Vid. Zakon o računovodstvu, „Službeni glasnik RS“, br. 62/2013, čl. 33, st. 1.
[39] Vid ZPD, čl. 296, st. 3.
[40] Vid ZPD, čl. 296, st. 1.

novi ulozi biti ponuđeni (nem. *Zulassungsbeschluss*).[41] Neophodnost jedne takve odluke je sporna i zavisi od toga da li je pravo prečeg upisa udela isključeno.[42]

S obzirom na to da udeli društva s ograničenom odgovornošću nisu hartije od vrednosti, te da se ne mogu sticati, niti se njima može raspolagati upućivanjem javne ponude u smislu zakona kojim se uređuje tržište kapitala[43], postavlja se pitanje da li je neophodno u odluci utvrditi **krug lica – potencijalnih upisnika (učesnika)** u postupku povećanja osnovnog kapitala. Članovi društva imaju pravo prečeg upisa udela prilikom povećanja osnovnog kapitala novim ulozima u srazmeri sa svojim udelima, osim ako je osnivačkim aktom drugačije određeno.[44] Ukoliko pravo prioritetnog upisa nije u potpunosti ili barem delimično isključeno, krug potencijalnih upisnika ograničava se na postojeće članove društva. I članovi društva koji nisu glasali za donošenje odluke o povećanju osnovnog kapitala imaju pravo da učestvuju u postupku povećanja osnovnog kapitala. Isto tako, članovi koji su glasali za donošenje odluke o povećanju osnovnog kapitala mogu da se „predomisle" i da ne upišu nove uloge, jer oni svoju ličnu volju, tek treba da izraze putem izjave o upisu.

U vezi sa pravom prečeg upisa nije utvrđena shodna primena odredbi o pravu prioritetnog upisa akcija iz nove emisije koje se primenjuju kod akcionarskih društava. Predviđena je samo shodna primena odredbi o povećanju osnovnog kapitala, a norme o pravo prečeg upisa sadržane su u delu zakona koji reguliše „Odnos društva i akcionara".[45]

Ukoliko je pravo prioritetnog upisa barem delimično isključeno u krug potencijalnih upisnika mogu ući i treća lica. U tom slučaju, smatramo da je neophodno da odluka sadrži krug potencijalnih upisnika jer kod društva s ograničenom odgovornošću nije dopuštena javna ponuda udela koja bi bila usmerena na neodređen krug potencijalnih upisnika

Već je pomenuto da u slučaju povećanja osnovnog kapitala nenovčanim ulozima odluka treba da sadrži i ime i druge podatke o licu koje unosi nenovčani ulog.[46]

Ukoliko odluka sadrži naznačenje lica i visinu uloga koji će postojećim članovima ili trećim licima biti ponuđeni radi upisa, sadržina upisnog ugovora mora biti u skladu sa odlukom o povećanju osnovnog kapitala. Samo u tom slučaju bi se odluka o povećanju osnovnog kapitala mogla kvalifikovati kao ponuda postojećim članovima i, ili drugim licima da učestvuju u postupku povećanja osnovnog kapitala.

---

[41] Welf Müller, Burghard Hense (hrsg.), 287.
[42] *Isto.*
[43] Vid. ZPD, čl. 150.
[44] ZPD, čl. 146, st. 3.
[45] Vid. ZPD, čl. 269-280.
[46] Vid. ZPD, čl. 296, st. 3.

2.3.3. Zahtevi registratora (APR) u vezi sa sadržinom odluke

U domaćoj praksi, važnu ulogu u primeni normi ZPD ima registrator (APR). Radi pomoći privrednim subjektima registrator objavljuje primere akata koji se podnose radi registracije promene podataka. U tom smislu na *web* stranici APR postoji i primer sadržine odluke o povećanju osnovnog kapitala.[47] Iz primera odluke proističe da registrator odluku o povećanju osnovnog kapitala ne tretira samo kao inicijalni – pripremni akt za sprovođenje postupka povećanja osnovnog kapitala, već akt na osnovu kojeg se u potpunosti sprovodi i određuje promena podataka u vezi sa visinom osnovnog kapitala. To jasno proističe iz primera saržine odluke. Prema njemu registrator od podnosioca registracione prijave zahteva da već u odluci o povećanju osnovnog kapitala utvrdi sledeće elemente odluke: 1. ukupan (trenutno) registrovani osnovni kapital društva; 2. iznos povećanja osnovnog kapitala društva; 3) osnov (način) povećanja; 4) ukupan iznos osnovnog (ne/novčanog) kapitala društva nakon povećanja; 5) vrednost upisanih, uplaćenih i unetih uloga po članovima društva[48] i 6) procentualnu vrednost udela svakog člana nakon povećanja osnovnog kapitala.

Ovakav zahtev registratora u suprotnosti je sa pravnom prirodom odluke o povećanju osnovnog kapitala. Skupštinskom odlukom vrši se formiranje i izražavanje volje organa (skupštine), koju društvo smatra svojom. Skupština je organ društva i njena odluka pravno predstavlja volju društva da sprovede povećanje osnovnog kapitala. U tom smislu odluka o povećanju osnovnog kapitala je samo inicijalni (pripremni akt) u postupku povećanja osnovnog kapitala novim ulozima i može predstavljati „najviše" ponudu postojećim članovima i, ili drugim licima da učestvuju u postupku povećanja osnovnog kapitala. Ona se može kvalifikovati kao ponuda samo ukoliko sadrži sve bitne elemente budućeg upisnog ugovora (ukupan iznos povećanja, naznačenje upisnika, vrstu i vrednost uloga svakog od potencijalnih upisnika i procenat vrednosti udela koji će upisnici posedovati nakon povećanja osnovnog kapitala). Jednoglasno donošenje odluke, takođe, ne menja, prirodu odluke kao jednostrane izjave volje društva. Dakle, neophodno je da članovi i, ili druga lica na adekvatan način daju saglasnost tj. da izraze svoju volju da učestvuju u postupku povećanja osnovnog kapitala uplatom i, ili unošenjem uloga.

Ovakvo shvatanje registratora u vezi sa prirodom odluke o povećanju osnovnog kapitala nije samo teorijski neispravno, već u praksi može da izazove vrlo ozbiljne posledice. Naime, u trenutku donošenja odluke neizvesno je više stvari. Prvo, neizvesno je da li će i u kom obimu doći do povećanja osnovnog kapitala. Jedino je sigurno da povećanje ne može ići iznad ukupnog iznosa povećanja pred-

---

[47] http://www.apr.gov.rs/LinkClick.aspx?fileticket=WpDXKIUX-yE%3D&tabid=624&portalid=3&mid=1664. (*web* stranica posećena: 29.11.2017.)

[48] Interesantno je da se ovde već govori o prošlom vremenu: „vrednost upisanih, uplaćenih i unetih uloga".

viđenog odlukom. Drugo, neizvesno je i kolika će biti vrednost uloga i procentualna vrednost udela članova nakon povećanja. Odlukom se formira isključivo volja društva, a ne lična volja članova. Ukoliko bi se prihvatio suprotan stav da se njome konačno određuje vrsta, vrednost uloga i procentualna vrednost udela članova nakon povećanja, to bi otvorilo vrata veoma opasnoj mogućnosti da se članovima nametne obaveza uplate odnosno unošenja dodatnih uloga.[49] Takvim shvatanjem prirode skupštine odluke od strane registratora, stvara se mogućnost nametanja obaveze članovima koji su glasali protiv skupštinske odluke.[50] Nametanje obaveze članovima je u suprotnosti sa načelom autonomije volje kao osnovnom principu ugovornog prava i istovremeno je suprotno duhu ZPD. Uostalom i ZPD predviđa da članovi društva imaju pravo prečeg upisa udela prilikom povećanja osnovnog kapitala novim ulozima u srazmeri sa svojim udelima, osim ako je osnivačkim aktom drugačije određeno.[51] Dakle, članovi imaju pravo koje mogu ali ne moraju realizovati, a ne obavezu oblate odnosno unošenja uloga radi upisa udela.

Kako bi se izbegla mogućnost nametanja obaveze drugim licima, u slučaju povećanja osnovnog kapitala uz učešće novog člana (člana koji pristupa društvu), registrator pored odluke o povećanju osnovnog kapitala zahteva i da se zaključi „Ugovor o pristupanju člana i povećanju osnovnog kapitala novim ulogom". Ovaj ugovor treba da bude u skladu sa prethodno donetom odlukom o povećanju osnovnog kapitala. To je u suštini upisni ugovor (ugovor o ulaganju u društvo).

Smatramo da bi izjava o upisu, zajedno sa listom upisnika trebalo da bude obavezan deo dokumentacije koji se podnosi radi registracije povećanja osnovnog kapitala, ne samo u slučaju povećanja osnovnog kapitala pristupanjem novog člana društva, nego i u slučaju povećanja osnovnog kapitala ulogom postojećih članova. Time bi se omogućilo da postojeći članovi takođe izraze ličnu volju za preuzimanje obaveze uplate odnosno unošenja uloga uloga u postupku povećanja osnovnog kapitala novim ulozima, bez mogućnosti da im se nametne obaveza uplate odnosno unošenja novog uloga. Već je navedeno da odluka skupštine o povećanju osnovnog kapitala, čak i kada je doneta jednoglasno u suštini predstavlja samo izražavanje volje društva da se izvrši povećanje osnovnog kapitala. Izjava o upisu usmerena je ka sticanju članstva (novog člana) ili proširenju članskih prava postojećih članova (ukoliko se nakon povećanja povećava procentualna vrednost udela postojećeg člana uvećava).

---

[49] Videti više o tome u okviru izlaganja o pravnom karakteru odluke.

[50] Prilikom donošenja odluke o povećanju osnovnog kapitala skupština odlučuje većinom od dve trećine od ukupnog broja glasova svih članova društva s ograničenom odgovornošću (vid. ZPD, čl. 211, st. 2.) Osnivačkim aktom može se predvideti i druga većina za donošenje ove odluke, ali ne manja od obične većine od ukupnog broja glasova članova društva koji imaju pravo glasa po tom pitanju (Vid ZPD, čl. 211, st. 4.).

[51] Vid. ZPD, 146, st. 3.

Upisni ugovor između upisnika i društva nastaje na osnovu upisne izjave upisnika i korespondirajuće izjave volje društva.[52] U uporednom pravu se korespondirajućom voljom društva smatra prijava za registraciju povećanja osnovnog kapitala čije priloge, pored odluke o povećanju osnovnog kapitala čine lista upisnika i izjave o upisu svakog pojedinog člana. Ovakav pristup se zasniva na tome da se osnovni kapital smatra povećanim registracijom povećanja osnovnog kapitala. Pravnu posledicu predstavlja nastanak članskog prava. Upisnik postaje član društva sa svim pravima i obavezama.[53]

U primeru „Ugovora o pristupanju člana i povećanju osnovnog kapitala novim ulogom" koji se navodi na *web* stranici APR, pogrešno se, međutim, određuju lica koja treba da pristupe zaključenju ovog ugovora. Umesto da se kao ugovorne strane odrede privredno društvo, u kojem treba da dođe do povećanja osnovnog kapitala, i upisnik – novi član koji pristupa društvu, kao ugovorne strane određuju se postojeći član/članovi, kao prenosioci udela, i lice koje pristupa društvu, kao sticalac udela. Ovakvo određenje ugovornih strana je neispravno. Naime, sticanje udela u postupku povećanja osnovnog kapitala društva je origineran vid sticanja. Udeo novog člana nastaje u trenutku registracije povećanja osnovnog kapitala i novi član ga stiče originernim, a ne derivativnim putem tj. prenosom – sticanjem udela od postojećeg člana društva. Istina, procenat udela „starih" članova smanjuje se, ali ne kao posledica prenosa određenog procenta (dela) njihovog udela, već kao posledica sprovedenog postupka povećanja osnovnog kapitala uz učešće novog člana koji je na taj način pristupio društvu.

Nije, međutim, ovakvo određivanje ugovornih strana samo teorijski neispravno. Takvo rešenje može da izazove i praktične probleme. Naime, usled ovakvog određenja ugovornih strana, može se desiti da tzv. manjinski članovi, koji su inače bili protiv odluke o povećanju osnovnog kapitala, odbiju da zaključe ugovor o pristupanju člana i povećanju osnovnog kapitala novim ulogom sa članom koji pristupa društvu. Time se otvara mogućnost da oni, uprkos činjenici što je volja društva za povećanjem osnovnog kapitala u odluci već izražena, praktično spreče njeno sprovođenje. Saglasnost svih članova društva za pristupanje novog člana svojstveno je društvima lica[54], a suprotno prirodi društava kapitala, u koje spada i društvo s ograničenom odgovornošću. Registrator ovakvim određenjem ugovornih strana kod upisnog ugovora („Ugovor o pristupanju člana i povećanju osnovnog kapitala novim ulogom") u pravnim sistem uvodi vrlo opasnog „pravnog mutanta" koji teži da društvo s ograničenom odgovornošću u ovom segmentu izjednači sa ortačkim društvom.

---

[52] Daniel Hunecke, *Der Zeichnungsvrtrag*, Tübingen 2011, 114.

[53] Zoran Arsić, „Upis akcija i upisni ugovor", *Pravo i privreda, časopis za privrednopravnu teoriju i praksu,* br. 4-6/2016, 45.

[54] Vid. ZPD, čl. 99, st. 1.

Nije ovde, međutim, jedina odgovornost na registratoru. Registrator je uspešno prepoznao da je barem u slučaju pristupanja novog člana neophodno da lice koje pristupa izrazi saglasnost za preuzimanjem obaveze uplate odnosno unošenja uloga i sticanjem udela – članstva u društvu. Najveća odgovornost je na zakonopiscu koji je ovu materiju propustio da uredi. Na osnovu uvida u trenutno pripremljen nacrt izmena i dopuna Zakona o privrednim društvima[55], dolazi se do zaključka da regulativa o povećanju osnovnog kapitala društva s ograničenom odgovornošću u vezi sa suštinskim pitanjima i dalje ostaje nedorečena.

[55] http://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/180917-nacrt_zakona_o_izmenama_i_dopunama_zakona_o_privrednim_drustvima.html (web stranica posećena: 11.12.2017).

Vladimir Ž. Marjanski, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
V.Marjanski@pf.uns.ac.rs

The Resolution on Increase of the Share Capital through New Contributions in Limited Liability Company

Abstract: *The resolution on increase of the share capital is expressed by the will of the company for the execution of the increase in the share capital. By a general meeting decision, the formation and expression of the will of the bodies (the general meeting) is carried out, which the Company considers to be its own. The General meeting is a body of a company and its decision legally represents the will of the company to conduct an increase in the share capital. In that sense, the decision on increasing the share capital is only an initial (preparatory act). It is therefore only a unilateral statement of the will of a company that is directed at existing members or third parties to participate in the procedure for increasing the share capital to take over the share. In the part of the Serbian Law on companies that relates to limited liability companies, the law contains only a few provisions that directly relate to the increase in the share capital of a limited liability company. Regarding other rules related to the increase in the share capital of a limited liability company, a corresponding application of the provisions on the increase in the share capital of a joint stock company has been established. Consequently, the content of the decision was adapted primarily to this procedure in joint stock companies. This is not the best legal technique for arranging this important procedure, because in practice it requires a proper selection of provisions that can be applied to increase the core capital of a limited liability company.*

Keywords: *resolution of the general meeting, share capital, increase of share capital through new contributions, subscription of shares.*

Datum prijema rada: 15.12.2017.

Originalni naučni rad 343.352(37)
doi:10.5937/zrpfns51-16035

Dr Nataša Lj. Deretić, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
N.Deretic@pf.uns.ac.rs

SUPTILNA I NEODOLJIVA PRIMAMLJIVOST KORUPCIJE U POLITIČKIM KRUGOVIMA RIMA[1]

Radix Omnium Malorum Avaritia –
„koren svih zala je lakomost."
(Paulus, D. 1,6,10.)

Sažetak: *Korupcija se kroz istoriju pojavljuje u različitim oblicima i sadržajima, ali joj je etimološko značenje isto: „corrumpo"(uništiti, razoriti) i „corruptio" (pokvarenost, izopačenost). „Politička korupcija" kao nemoral povlašćenog sloja ljudi, kao korišćenje političke moći u svrhu bogaćenja i sticanja raznih privilegija, nije strana ni rimskom društvu. Antički Rim zna za političku korupciju mnogo pre nego što je nastao gore navedeni akrostih (IV vek n.e.). Da je tokom čitave rimske istorije, podmićivanje bilo vrlo raširena pojava (mada formalno osuđivano), nalazimo slikovitu potvrdu u Brehtovom Juliju Cezaru: „Odela namesnika bila su napravljena od samih džepova; političari, upravitelji, poslovni ljudi, profiteri svake vrste, ko više, ko manje, svi su na svom putu naišli na neodoljivu primamljivost korupcije". Gaj Salustije Krisp, rimski istoričar (86 – 34. godine pre n.e) razočaran moralom i lakomošću rimske aristokratije iz druge polovine republike, u svojoj knjizi Istorije to opisuje sledećim rečima: „Moćnici su počeli pretvarati slobodu u raskalašnost. Svako je grabio šta može, otimao, krao. Državu je vodila samovolja malobrojnih ljudi. U rukama su držali riznicu, provincije, dužnosti, slavu i trijumfe. Ostali građani su živeli pod pritiskom siromaštva, opterećeni službom i legijama. Vođe su delile plen među malobrojnima, dok su ljudi bili terani sa zemljišta, ako bi ga, na nesreću, poželeo neki moćni sused." Kolike su bile razmere korupcije, posebno u poslednjem, postklasičnom*

[1] Rad je rezultat istraživanja na projektu „*Pravna tradicija i novi pravni izazovi*" čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu

periodu razvoja rimske imperije, govore carevi koji ukazuju u svojim zakonima na „teror koji sprovode moćnici čija je pokvarenost i izopačenost dovodila u opasnost i sam javni red i poredak." Ono što je i danas teško objasniti je pitanje kako je rimska država (odnosno njene strukture), uspela da odoli vekovima, divovskim razmerama korupcije.

***Ključne reči**: korupcija, lakomost, pokvarenost, privilegije, zloupotrebe političkih moćnika…*

UVOD

Period od trinaest vekova, koliko je trajala Rimska država, je dug period u kome su se dešavale društveno-ekonomske i političke promene koje su uticale na sve pore rimskog društva. Posebno je ekonomska kriza pogodovala i krizi morala, kako u porodici tako u društvu uopšte. Moral starih Rimljana s početka rimske istorije nije ni nalik na moral Rimljana s kraja rimske istorije. Sa teritorijalnom ekspanzijom rimske države, otvaraju se nova tržišta sa bogatim sirovinama i jeftinom radnom snagom. Socijalna diferencijacija ljudi na bogate i one koji to nisu, poprima drastične razmere. Finansijska moć i društveni ugled dugo će ostati privilegija patricija i njihovih naslednika (nobila) koji svoju moć baziraju na ogromnim zemljišnim posedima, na vođenju ratova i prisvajanju velikog ratnog plena i učešću u političkom životu Rima.

Kada je privatni interes preovladao nad javnim interesom, otpočelo je skrnavljenje osnovnih temeljnih vrednosti rimskog društva – čast i poštenje; kako u porodici tako i pri obavljanju državničkih poslova. Ne mogu se porediti moćni i ugledni ljudi koji su vodili rimsku državu s početka rimske istorije, sa moćnicima s kraja rimske istorije, „čija je pokvarenost i izopačenost dovodila u opasnost i sam javni red i poredak".[2] Političari s početka republike su doista bili „Rimljani starog kova, konzervativnih pogleda i strogih moralnih načela".[3] Moral iz vremena kada su „ljudi od pluga" postajali konzuli, najbolje odslikava primer iz izvora gde se spominje izvesni Atilije koga su izaslanici zatekli kako svojom rukom seje na svom imanju.[4] Izvori svedoče o stamenim i čestitim vojskovođama iz perioda rane Republike. Takav je bio Katon (234-149. pre n.e.) koji je, okončavši službu kao namesnik jedne provincije u Španiji, prodao svoga konja da bi državi uštedeo transportne troškove. Ili vojskovođa Cincinat koga su, kada ga je Senat ponovo pozvao da bude zapovednik rimske vojske, zatekli kako ore svoju zemlju. Njihove supruge bile su žene kao Kornelija, majka braće Graha, koja je kada je

[2] *C. 4. 20. 5: C. 11.57. 2.*

[3] Dragomir Stojčević, Ante Romac, *Dicta et regulae iuris*, Beograd 1984, 560.

[4] Vid. Jelena Danilović, Obrad Stanojević, *Teksovi iz rimskog prava*, Beograd 1987, 19.

trgovac pokušao da joj proda drago kamenje, pokazala na svoje sinove i rekla: „ovo su moji dragulji". Takva čestitost i moralni život uglednih ljudi će postati od pravila, izuzetak, kako je odmicao period republike. Rimsko društvo će sve više postajati korumpirano društvo, zasnovano na „dobrim namerama i ne jako časnim delima."[5] Vreme pada starog načina života i starog političkog poretka u direktnoj je vezi sa korupcijom koja je zahvatila sve pore društva (izborni proces za najviše magistrature i sudski postupak), čime su dovedene u pitanje temeljne vrednosti rimskog društva.[6]

Kada govorimo o „političkoj korupciji" u Rimu, polazimo od ponašanja ljudi koji su bili na vodećim pozicijama u rimskoj državi; od njihovog morala. Rimska istorija je puna primera političara s malo obzira i dostojanstva, varljivih birokrata, nepouzdanih i potkupljivih javnih službenika kao nosioca najviših državničkih funkcija. Oni zarad svog ličnog bogaćenja, posežu za enormnim sticanjem materijalnih stvari, za sticanjem raznih privilegija, zvanja, napredovanja u službi. Rimljani formalno osuđuju podmićivanje, ali ga i te kako praktikuju kao vid bogaćenja bez pravnog osnova.[7] Krilatica da se „u Rimu sve može kupiti" na kraju je i dovela, između ostalog, i do raspada rimske imperije.

1. FORMIRANJE DRUŠTVENIH SLOJEVA U ARHAIČNOM PERIODU RIMSKE DRŽAVE

Kada je Rim osnovan na sedam brežuljaka, tada je društvo bilo „na višem stepenu varvarstva i blizu praga civilizacije".[8] U vremenu najstarijeg Rima, a to je vreme prvobitnog gensovskog društvenog uređenja, svi članovi gensa su ravnopravni; nema socijalne diferencijacije; nema podele na imućne i one koji to nisu. Na čelu gensa je starešina gensa koji je „prvi među jednakima". Postoji opšta, zajednička proizvodnja i opšta raspodela onog što je proizvedeno zajedničkim radom svih članova gensa. Vremenom, manje grupe pripadnika gensa se izdvajaju iz gensa i počinju samostalno da privređuju. To je vreme konsorcijuma, gde se pojedinim grupama gentila dodeljuje zemljište i druga sredstva za proizvodnju na privremeno upravljanje. Prvi kompleksi zemlje deljeni na korišćenje bile su tzv. okućnice (heredium) u veličini od dva jugera.[9]

---

[5] Karlo Alberto Brioski, *Kratka istorija korupcije* (prevod Suzana Rukavina), Beograd 2007, 38.

[6] Reinhard Cimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilan Traditions*, Oxford – Kape Town 1995, 651.

[7] Korišćenje političke moći u svrhu bogaćenja bez pravnog osnova, poznaju i ostali narodi starog veka. Vid. N. Deretić, „Koreni političke korupcije u starom veku", *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2016, 1295-1315.

[8] Luis Morgan, *Drevno društvo*, Beograd, 1981, 257.

[9] Varon, De re rustika, 1,10; Plinije, Naturalis historia, 18, 2.

U tim prvim danima formiraju se dve kategorije društvenog sloja: patriciji i plebejci. U redovima patricija je vremenom „došlo do formiranja posebnog i moćnog sloja – gentilne aristokratije, koja ima svoje ekonomske i političke interese: ona faktički upravlja gentilskom zajednicom".[10] Pomenuta „gentilna aristokratija" već ima više izvora prihoda: pravo na veći deo ratnog plena, od poklona stranih trgovaca za dozvolu trgovanja u gensu, od drugih prigodnih poklona, itd.[11] Do kraja rimske istorije, u principu, javne funkcije su bile dostupne onima koji poseduju najveći deo zemljišta i najveći deo novoosvojenih teritorija, što ih je svrstavalo u imućne slojeve društva.

Plebejci se nisu mirili sa sudbinom da ostanu samo siromašna radna snaga, obični vojnici bez prava na podelu ratnog plena i samo uboge zanatlije. Skoro dva veka (ceo peti i četvrti vek pre n.e.) vodili su političku, ekonomsku i pravnu borbu da bi se izjednačili sa patricijima. Mnogobrojnim zakonima koji su doneti na insistiranje i nakon ucena plebejaca, oni postaju pravno izjednačeni sa patricijima. Više ne gube sporove, jer im sada pravo postaje poznato kroz zakone. Novina je bila što su mogli da biraju svog plebejskog tribuna koji je trebao da se stara o njihovim interesima. Servije Tulije je svojom reformom ozvaničio plutokratski karakter rimske države, time što je stanovništvo podelio prema bogatstvu u pet imovinskih razreda. Svaki od tih razreda je morao da da određeni broj četa (centurija) sa određenom opremom (koju su sami finansirali). Većina plebejaca je u to vreme spadala u manje imućni sloj ljudi i bili su van okvira ovih pet razreda. Kao takvi, malo ili nimalo ne učestvuju u vlasti. Oni međutim, sada imaju mogućnost da bogaćenjem uđu u viši razred. U novoosnovanoj centurijatskoj skupštini koja je potisnula kurijatsku skupštinu, dominiraju bogati i oni imaji većinu glasova kod donošenja bilo koje odluke.

Ni plebejce neće mimoići klasno raslojavanje. Ono će uslediti posle punskih ratova (264-146. pre n.e.), kada dolazi do teritorijalne ekspanzije rimske države jer su Rimljani osvojili Sredozemlje, uništivši Kartaginu. Otvorena su nova tržišta sa bogatim sirovinama i jeftinom radnom snagom. Zbog činjenice da su patriciji s nipodoštavanjem gledali na fizički rad, na zanatske, trgovačke poslove, prekomorsku trgovinu, bankarske poslove, zakup javnih radova – tim poslovima su se okrenuli pojedini plebejci. Raznim novčanim transakcijama i bankarskim špekulacijama, sposobni plebejci su uspeli da se kroz nekoliko generacija obogate i time sasvim odvoje od gradskog plebsa koji je i dalje ostao na dnu društvene lestvice. Od siromašnih plebejaca nastao je poseban društveni sloj sposobnih i snalažljivih plebejaca – ekvestri. Tako stečeno bogatstvo ih je povezalo sa najmoćnijim patricijskim porodicama, s kojima su oformili novi oligarhijski sloj koji će uticati na sudbinu rimske države skoro do pred kraj republike. Od patricij-

[10] Vid. Dragomir Stojčević, *Rimsko pravo*, Beograd 1977, 16.
[11] Vid. D. Stojčević, 15.

ske aristokratije (nobila) razlikovali su se po tome što su bili okrenuti novčanim transakcijama i špekulacijama, koje je bacalo senku na njihovo tako stečeno bogatstvo, dok su nobili, kao nosioci nasleđenih ogromnih zemljišnih poseda, svoju moć zasnivali na tradiciji. Na dnu društvene lestvice slobodnog rimskog stanovništva, ostali su oni plebejci koji su i dalje bili siromašni, pa su zajedno sa ekonomski propalim patricijima, činili gradski plebs, sirotinju koja je prodavala svoje glasove i živela od „hleba i igara".[12]

Patrijarhalni moral tadašnjeg društva nalagao je da se veći deo ljudskog ponašanja uređuje na osnovu običaja i religije. O nečijem ponašanju koje je suprotno moralu tadašnjeg društva, sankcije izriče gens, kralj, porodica, preko pater familijasa i porodičnog saveta, sveštena lica kao i čitava zajednica. Tadašnji patrijarhalni ljudi su držali do „obraza i časti".[13] Obrađujući svoju zemlju, nisu posezali za tuđim imanjem. Tako, između ostalog, nije se sa odobravanjem gledalo, smatralo se nemoralnim, da „neko postane bogatiji na štetu i nepravdu drugoga". [14]

2. PROMENE U STRUKTURI VLASTI U PERIODU REPUBLIKE

Vreme republike je vreme od pet vekova u kome su se desile najdublje promene u teritoriji, društvenoj strukturi, državnom uređenju, privredi i moralu tadašnjeg društva.[15] Posle velikog teritorijalnog širenja i unutrašnjih sukoba, napuštena je stara struktura vlasti nasleđena iz vremena kada je Rim bio polis. Veliku zaslugu za ova osvajanja imaju ne toliko vojskovođe, koliko političari; to su građani-političari, koji su morali amaterski da se bave i vojnim veštinama.[16] Političari i vojskovođe toga doba su se odlikovali konzervativnim pogledom na svet i strogim moralnim načelima. Kada je uz ranije dobijena dva jugera zemlje, gentilna aristokratija počela svoj zemljišni fond da uvećava sa kompleksima obradive zemlje u Italiji i u provincijama, na ime ratnog plena – zaživele su latifundije (ogromni zemljišni posedi). Te latifundije su bile uzrok mnogih socijalnih sukoba u Rimu; jedan od poznatijih je svakako, pokret braće Graha koji su platili glavom svoje angažovanje da se ravnopravnije uredi podela javnog zemljišta (*ager publicus*-a) kao i da se urede zemljišni odnosi prilikom osnivanja kolonija.[17] Takođe i

[12] Vid. Žika Bujuklić, *Forum Romanum,* Beograd 2006, 436-439.

[13] Obrad Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd 2007, 38.

[14] *D. 50, 17, 206.* Ta pojava je kasnije u klasičnom pravu dobila i posebno ime „pravno neosnovano bogaćenje" (*contiones sine causa*) koja će u Justinijanovom pravu biti razvrstana u nekoliko vrsta.

[15] O. Stanojević, 39.

[16] *Ibid.,* 41.

[17] Iako je taj zemljišni fond bio u vlasti države (*saltusi*), veći deo je deljen u zakup uticajnim porodicama, ili bi ga oni jednostavno prigrabili, okupirali. U drugom veku stare ere braća Grah

plebejski tribuni Licinije Kalvo Stolon zajedno sa Lucijem Sekstijem uvode znatna ograničenja na gomilanje zemlje u rukama samo jednog posednika i vrlo strogu regulativu dužničkih položaja.

Sa donošenjem *Lex agraria* iz 111. godine pre n.e. svaki od bogatih latifundista, bilo da je do tada bio zakupac ili prost uzurpator državnog zemljišta, dobijao je status vlasnika zemljišta. Od tog momenta privatna svojina nad zemljištem postaje dominantni oblik svojine. Vlasnici latifundija sada mogu samostalno da raspolažu svojom zemljom; angažovanjem tuđe radne snage (robova ili lica data u mancipijum) – unovčavaju eventualni višak proizvoda ostvaren na tim ogromnim zemljišnim posedima i tako ostvaruju dobit. Dobit se ostvarivao i ratnim osvajanjima jer su u procesu raspodele osvojene zemlje (koja je u načelu pripadala celom rimskom narodu) uspeli da prigrabe najveći deo za sebe.[18] Latifundije kao veliki zemljišni posedi, s obzirom na to da proizvode velike količine proizvoda, postaju osnovni pokretači proizvodnih snaga. One su u periodu republike posebno bile ekonomska osnova političke moći patricijske aristokratije. Nakon drugog punskog rata (218-201 pre n.e.) vlasnici latifundija sve više uvećavaju svoje zemljišne posede: realizacijom založnog prava po osnovu ugovora o zakupu; kupovinom susednih malih imanja, ali i na osnovu zelenaških ugovora koje su zaključivali sa vlasnicima sitnih zemljišnih poseda; sitni zemljoposednici su zalagali svoja imanja kao garanciju da će vratiti pozajmicu, a onda nemogavši da istu vrate, gubili su svoje posede, a time i svoju egzistenciju (postajali su gradska sirotinja).

U periodu republike, funkciju sastavljanja zvaničnog spiska rimskih građana u kome je bilo registrovano njihovo imovno stanje, preuzima cenzor sa zadatkom da popiše građane i utvrdi njihovo imovno stanje kako bi bili raspoređeni u posebne imovinske razrede i tribuse. Cenzus je obavljan svake pete godine pod nadzorom cenzora, gde je na Marsovom polju, u blizini Rima, svaki *pater familias* morao pod zakletvom izneti podatke o svojim ličnim, porodičnim i imovinskim prilikama.[19] Inače, da bi cenzor upisao građanina u razred najbogatijih građana, morao je da raspolaže sa 120.000 sestercija. Kako taj iznos nije bio baš mali, često su se ljudi pozajmljivali da bi sakupili taj iznos; nisu bili nepoznati slučajevi falsifikovanja spiskova građana (*corrumpere tabulas*) kao i što se potkupljivao neko zlatom (*corrumpere aliquem pecunia*), kako bi se ostvario neki benefit.

Ovom vremenu poseban pečat daju sukobi između dve formirane političke stranke „optimata“ i „populara“ koje su se žestoko borile za vlast. Borba za vlast se otvoreno vodi između pristalica starog republikanskog uređenja (senatske oligarhije) i pristalica princepsa kao diktatora. Zanimljiva je uloga ekvestara, tog

(Tiberije i Gaj) uspeli su da politizuju gradsku sirotinju i bezemljaše i da se izbore za maksimum zemljišnog poseda od 500 jugera (i još po 250) za odraslog sina. Višak preko dozvoljenog maksimuma razdeljen je bezemljašima.

[18] Ž. Bujuklić, 437.

[19] Ante Romac, *Rečnik rimskog prava*, Zagreb 1975, 96-97.

preko noći obogaćenog sloja plebejaca Oni će u građanskim ratovima biti glavna podrška trijumvirima i kasnije u novom poretku, principatu. Iz redova ekvestara regrutovani su „publikani", poslovni ljudi koji su se bogatili na vrlo sumnjiv način: uzimali u zakup državne parcele, a često su se bavili i zelenašenjem, zbog čega su uživali loš glas. Zakon *Lex Censoria* je omogućio publikanima da se javljaju kao zakupci poreza, pri čemu su imali na raspolaganju posebnu tužbu (*legis actio per pignoris capionem*), na osnovu koje su mogli da dužniku poreza, oduzmu stvari, sve dok on ne plati predviđeni porez. S obzirom da se ovde radi o zapleni dužnikovih stvari bez presude, može se slobodno reći da je u ovom slučaju bila na delu „pravom regulisana samopomoć".

U vreme republike, sa jačanjem republikanskog aparata, jačao je i uticaj ljudi koji su birani za pojedine više ili niže magistrature.[20] Posebno je zanimljiva pozicija upravnika provincija, koje je postavlaljao senat. Oni su svoj mandate, uz retke izuzetke, shvatali kao priliku da se obogate – korupcijom, iznuđivanjem ili saradnjom sa poslovnim ljudima koji su mogli da ponude trgovačke privilegije.[21] Što bolje mesto na lestvici vlasti, obezbeđivalo se udvaranjem glasačkom telu i podelom hrane i novca plebsu, ali i zelenašenjem. Bilo je slučajeva da visoki magistrati plate glavom zbog svoje lakomosti i beskrupuloznosti o čemu svedoči ubistvo izvesnog pretora Aselija, koji je ubijen od strane zelenaša.[22] Korumpirani upravnici provincija zgrću ogromno bogatstvo pljačkom osvojenih provincija putem poreza, ali i iz rudnika zlata i srebra Pored poreza na zemlju, naplaćivan je i porez od 1% na prodaju putem javne prodaje (aukcije); taj porez će biti kasnije proširen na sve vidove prodaje.[23] Zakon iz toga doba, *lex Cincia* iz 204. godine je regulisao pitanje poklanjanja njihovim ograničavanjem na neki (danas nepoznat) gornji iznos, osim kada su bila u korist bračnog druga i nekih drugih srodnika.[24]

Kada su se ratni plen i bogatstva sa veleposeda počela slivati u Rim, mnoge vrline patrijarhalnog društva su dovedene u pitanje. Umesto starog patrijarhalnog

---

[20] Posle punskih ratova uveden je redosled vršenja magistratura i minimum godina starosti za neke od njih (*cursus honorum*)**.** Taj zvanični redosled počasnih magistratskih funkcija („put slave"), uveden u vreme rimske republike plebiscitom iz 342. pre n.e., kasnije je dopunjen zakonom iz 180. pre n.e. (*lex Villia annalis*). Prema ovom redosledu za konzula se mogao kandidovati samo onaj ko je pre toga već obavljao dužnost pretora, a toj funkciji je trebalo da prethodi kvestura. Između obavljanja pojedinih magistratura moralo je proteći najmanje dve godine, a nije bilo dopušteno ni ponavljanje iste magistrature ukoliko nije proteklo deset godina. Kada su u pitanju godine starosti, redosledom je bilo predviđeno da je za kvestora mogalo biti izabrano lice sa najmanje 27 godina starosti (i da je prethodno odslužio 10 godina vojne službe), za edile 37 godina, a za pretorsko zvanje 40 godina, za konzula najmanje 43 godine života. Navedeno prema: Ž.Bujuklić, 222.

[21] Miroslav Milošević, *Rimsko pravo*, Beograd 2005, 21.

[22] Andrew Lintott, *Violence in Republikan Rome*, Oxford University Press 1968, 132.

[23] O. Stanojević, 69.

[24] A. Romac, 308. Zanimljivo je da je odredbe ovog zakona o poklanjanju među bračnim drugovima, inače dozvoljenim i privilegovanim, običaj derogirao, jer su se u klasično doba takva poklanjanja smatrala ništavim.

načina života, gde su čast i ugled odlike vrlog Rimljanina, na scenu stupaju neke druge vrednosti: pohlepa, bahatost, beskrupuloznost.[25] Čuvenim vojskovođama – političarima (Scipion, Marije, Cezar) nisu strana neka ponašanja koja bacaju senku na njihov moralni lik. Konzul Gaj Marije uvodi plaćeničku vojsku, tako da sa scene silazi narodna vojska. Od svih slobodnih građana po posebnoj proceduri biraju se vojnici koji se svrstavaju u legije.[26] Novac je svakako bio važan faktor kod opredeljenja da se stupi u legije. Marija je pobedio predstavnik nobila („optimata") – Kornelije Sula (82-79 god. pre n.e.). Ostao je upamćen i po tome što je napravio presedan time što je osvojio političku vlast oružjem. To osvajanje vlasti putem oružja postalo je pravilo tokom građanskog rata. Sula zavodu diktaturu; to je vreme proskripcija – prave se spiskovi političkih neprijatelja koji su stavljani izvan zakona, tako da svako može da ih ubije i da čak dobije nagradu za to. Njihov „osnovni greh" je bio što su bili imućni i trebalo je dokopati se njihovog bogatstva po svaku cenu. Imovina proskribovanih plenila se u korist države, odnosno ljudi na vlasti. Sula je čak doneo zakon kojim je tu pojavu ozvaničio. Na osnovu *Lex Cornelia de proscriptione* iz 82. god. pre n. e. i sve buduće proskripcije u vreme trijumvira biće legalizovane.

U izvorima je ostao zapisan slučaj pokušaja otimanja imovine Rosciju, sinu uglednog oca koga su Sulini ljudi ubili iz zasede. Sulin štićenik, oslobođenik Hrisogon, stavlja ime Roscija na spisak proskribovanih, a njegovo imanje je izloženo prodaji na kojoj ga Hrisogen (po nagovoru Sulinih ljudi) kupuje za 2000 sestercija; iako je imanje vredelo šest miliona. Plašeći se da će nekada imanje biti vraćeno, ako ne Rosciju, onda njegovim naslednicima, u svojoj lakomosti i perfidnosti Sulini ljudi optužuju sina da je ubio oca.[27] Oceubistvo je inače bilo sankcionisano smrtnom kaznom. Pokrenut je sudski postupak u kome se Ciceron prihvatio odbrane optuženog.[28] Zaplašeni Sulinim potezima (između ostalog, naredio je da se ubije 90 senatora i 2600 vitezova),[29] i sudije i tužioci više brinu o svojoj bezbednosti, nego o pravdi i pravičnosti.[30]

---

[25] O tome kako društveno-ekonomske i političke promene doprinose ekonomskoj krizi i krizi morala u svim društvima starog veka, vid. N. Deretić „Različiti oblici korupcije u pravnoj istoriji", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2012, 399-408.

[26] Krajem perioda republike u legije će se uključivati i građani kako sa Apeninskog poluostrva, tako i iz provincija, da bi krajem principata u legije bili uključivani i pripadnici pojedinih varvarskih plemena.

[27] Oceubistvo (*parricidium*) je inače smatrano jednim od najtežih krivičnih dela gde je oceubicu čekala smrtna kazna puna simbolike: ubica je šiban do krvi, zašivan u kožnu vreću sa zmajom, psom, petlom i majmunom i bacan u more. Vid. O. Stanojević, 56.

[28] Vid. J. Danilović, O. Stanojević, 17.

[29] Antun Malenica, Nataša Deretić, *Rimsko pravo*, Novi Sad 2013, 26

[30] Da je to tako proizilazi iz Ciceronove besede koji se u jednom trenutku obraća tužiocu rečima: „...neki od vas su guske koje jedino gaču a ne mogu ujedati; drugi su psi koji mogu i lajati i ujedati... Ali ako vi budete radili tako da optužujete nekog za oceubistvo, a da ne možete reći ni zašto, ni kako, ili ako budete lajali bez postojanja sumnje, noge vam niko neće prebiti, ali ako

U vreme vladavine Kornelija Sule česte su bile izborne krađe, od strane pretendenata na vlast, kao i iznuđivanje poklona (repetundae), falsifikovanje novca i potpisa, utaje poreza, lažna svedočenja, krađe javne imovine, korišćenje lažnih mera i tegova na tržištu. Da bi se stalo na put takvom ponašanju koje je pogodovalo sve većem bogaćenju, Sula krajem republike donosi *Lex Cornelia de falsis* iz 81. godine pre n.e. Navedena ponašanja se tretiraju kao krivična dela (*crimen falsi*) koja su se kažnjavala progonstvom, a u težim slučajevima i smrtnom kaznom.[31] Iznuđivanje poklona – mita (*repetunda*) od strane vršioca vlasti je bilo toliko rasprostranjeno da je moralo biti i zakonom zabranjeno. Donet je *Lex Cornelia repetundarum* čije su odredbe propisivale da se nazad mogle tražiti sve stvari ili novac koji je funkcioneru dat pod prinudom ili kao mito.[32] Dovitljivi guverneri provincija koji su se zloupotrebom službenog položaja enormno obogatili, da ne bi potpali pod udar pomenutog zakona, praktikovali su da se sklone u bezbedne gradove po provincijama i tamo dočekaju mirnu starost.

Nakon prvog spora za iznuđivanje koji je vođen protiv upravnika Španskih provincija 171. godine pre n.e. usledili su još neki, pa je iz tog razloga formiran stalni sud za iznuđivanje. Pred tim sudom je vođen postupak protiv magistrata ili komandanta vojske ako bi prilikom obavljanja službe primio poklon; ako bi pljačkali stanovništvo provincije, namećući im razne dažbine koje su morali njima da plate; protiv senatora koji bi pri obavljanju raznih službenih radnji (na primer, ako bi se pojavio u svojstvu tužioca ili člana porote) primio poklon od lica bez rimskog građanstva; ni sinovi tih lica nisu smeli da prime poklone dok im je otac bio u službi.[33]

Gaj Salustije Krisp, rimski istoričar (86 – 34. godine pre n.e) razočaran moralom i lakomošću rimske aristokratije iz druge polovine republike, u svojoj knjizi „Istorije“ (*Historiae*) to opisuje sledećim rečima: „Moćnici su počeli pretvarati slobodu u raskalašnost. Svako je grabio šta može, otimao, krao. Državu je vodila samovolja malobrojnih ljudi. U rukama su držali riznicu, provincije, dužnosti, slavu i trijumfe. Ostali građani su živeli pod pritiskom siromaštva, opterećeni službom i legijama. Vođe su delile plen među malobrojnima, dok su ljudi bili terani sa zemljišta, ako bi ga, na nesreću, poželeo neki moćni sused.“[34]

Ciceron (Marko Tulije) rođen 106. pre n.e. svojim besedničkim sposobnostima, koje ga uz Demostena, svrstavaju u najveće oratore antičkog sveta, doprineo je da do današnjih dana ostanu upamćene njegove reči: „*O tempore*, *o mores*“ (O

ja dobro poznajem sudije, udariće vam na čelo usijanim gvožđem slovo „C“ (*calumnia*), i kao kalumnijator (klevetnik) ...više nećete moći nikog da optužujete, osim svoju sudbinu...“. Vid. J. Danilović, O. Stanojević, 20.

[31] A. Romac, 195.

[32] Theodor Mommsen, *Römisches Strafrechts,* Leipzig 1899, 705.

[33] Magdolna Sič, *Osnovi rimskog prava*, Novi Sad 2010, 110-111.

[34] K. A. Brioski, 38

kakva vremena, o kakav moral) koje je izrekao zgrožen moralom svog doba. Postao je poznat ne samo kao najveći rimski govornik u sudskim procesima, već i kao političar, književnik i filozof. Kao konzul, otkrio je i ugušio Katilininu zaveru protiv države 63. god. pre n.e. (jer je do kraja ostao veran idealu republike), izgovorivši onu čuvenu rečenicu: „*Quousque tandem patientiam nostrum abutere*" – dokle ćeš Katilina, zloupotrebljavati naše poverenje? Rimski istoričar iz prvog veka pre n.e., Salustije, učestvujući u političkim borbama kao pristalica demokratske stranke i Cezara, istražujući Katilininu zaveru protiv države primećuje: „Vođe stranaka na vlasti sve su oskrnavile i razorile; ništa nisu cenile, ništa im nije bilo sveto. Sve dok se nisu strovalili u bezdan, koji su sami svojim rukama pripremili".[35] Takvo ponašanje ljudi na vlasti iritiralo je i Cicerona, svedoka burnih vremena građanskih ratova, savremenika Cezara. Nije bez razloga nazvan „ocem otadžbine" jer je između ostalog, postigao slavu i svojim govorima kojima je razobličio upravnika provincije Vera i njegove zloupotrebe dok je bio guverner Sicilije od 73. do 71. god. pre n. e. i mnoge druge korumpurane upravnike provincija. Gaj Vero propretor Sicilije, sa svojim sledbenikom Apronijem pretnjama krivičnim gonjenjem i šibanjem, iznudili su od seljaka većinu njihovog godišnjeg roda kukuruza; stavlja mu se na dušu i da je pokrao i rimsku blagajnu iz koje je uzeo 40 miliona sestercija..[36] Ciceronova namera je bila da Vera prikaže kao prototipa čoveka koji je pohlepan na vlast, ali i da njegovo ponašanje ne odskače od pravila ponašanja ljudi na vlasti u celom Rimskom carstvu. Vera je branio čuveni rimski govornik Hortenzije Kvint, koji ipak nije uspeo da oslobodi okrivljenog, jer po jednoj verziji, mito koji je ponuđen porotnicima nije bio dovoljno veliki.[37] S pravom se postavlja pitanje kolika su bogatstva zgrtali korumpirani upravnici provincija, poput Vera, koji su preovladavali,[38] ali nisu nikada procesuirani, između ostalog i zbog toga što su koristili Verov metod. U izvorima se može naći podatak da se „propretor Vero, sklonio u luku Masiliju (današnji Marsej) gde je mirno živeo narednih 26 godina, uživajući u bogatstvu do kojeg je prinudom došao, za tri godine svog mandata na Siciliji; život mu je nasilno okončan 43. godine pre n.e.".[39]

Ciceron nije štedeo ni ostale političare toga doba. Tako se nije libio da se suprotstavi Cezaru o čemu svedoči njegov biograf Plutarh.[40] U političkim borba-

---

[35] *Ibid.*

[36] *Cicero, In Verem Oratio,* 2, 2, 30, 71.

[37] K. A. Brioski, 40.

[38] O. Stanojević, 68.

[39] Vid: Vladimir Vuletić, „Pretor ne štiti kukavice: o dvostrukom karakteru prinude u rimskom i savremenom domaćem pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* br. 2/2015, 730.

[40] Kada je Cezar sa vojskom došao u Rim... započeo je proces protiv njegovog protivnika Ligarija, Optuženog je branio Ciceron, na šta Cezar nije imao primedbi, jer optuženi unapred bio osuđen kao zlotvor i protivnik. Ciceron se nije dao zbuniti jer nije birao reči da otkrije pozadinu

ma pred kraj rimske republike često se kolebao i bio nedosledan, što ga je koštalo života, Prvi trijumviri (Pompej, Cezar i Kras) na čelu sa Cezarom, oprostili su Ciceronu što je bio njihov politički protivnik, ali je zato njegovo ime bilo među prvima na spisku proskribovanih od strane Antonija, Oktavijana i Lepida (drugi trijumvirat). Nedaleko od Rima, centurion koga je ranije besplatno branio na sudu, odsekao mu je glavu i ruku kojom je pisao govore i položio ih pred noge trijumvira na rimskom forumu (43. godine pre n.e.). Na Ciceronovo zalaganje za uređenu, moralnu i nadasve humanu državu,[41] pada senka jer je prema nekim izvorima, dok je bio upravnik Kalikije, zaradio 2.200.000 sestercija, i to prema sopstvenom kazivanju, na pošten način.[42] Tim „poštenim" načinom je verovatno želeo da kupi Krasovu kuću koja mu je, kao se u izvorima navodi, zapela za oko, a vredela je oko tri miliona sestercija. Njegova rečitost i poznanstva su imala svoju cenu, tako da se svestan toga, nije libio da zatraži ogroman zajam od Publija Sile, optuženog za ubistvo, obećavši mu da će ga osloboditi od kazne.[43] Ciceronu se pripisuje da nije video ništa ružno u klijentskom sistemu, u praksi preporuka kandidata za neku državnu funkciju, u ciljanom darivanju i milosrdnoj zaštiti siromašnih ljudi koji su u nevolji; On u vezi sa time kaže da „te koristi koje se daju činom, ne darivanjem, dodeljuju se državi kao celini tako i pojedinim građanima".[44]

Ekonomska kriza praćena političkom krizom je sve više uzimala maha, kako je odmicao period republike. Posle smrti Sule, vodeći političari toga doba su smatrali da će se „trijumviratima" rešiti ekonomska kriza; osniva se Prvi trijumvirat koga su činili Pompej, Cezar i Kras. Taj prvi trijumvirat je izbacio na površinu mnoge zloupotrebe koje su činili oni koji su trebali da sačuvaju rimsku republiku. Takođe, namera tih novih političara bila je da se obeštete svi oni (ili njihovi naslednici) koji su u mutnim Sulinim vremenima ostali bez svoje imovine. Oni koji su se u tim vremenima obogatili morali su da vrate sve ono što su neopravdano stekli. To je bila još jedna u nizu dobrih namera, koja je ostala mrtvo slovo na papiru. Časnim delima nije mogla da se pohvali ni nova vladajuća garnitura. Tako, prema pisanju Plutarha, Marko Lucije Kras nije ostao upamćen samo kao vojskovođa koji je pobedio Spartaka, već i kao sinonim za političkog moćnika iz redova tadašnje patricijske aristokratije. Prema opisu Plutarha, kao trijumvir i prokonzul Sirije, Kras bio najbogatiji Rimljanin posle Sule, jer je raspolagao

optužnice, što je Cezara toliko razbesnelo, da je morao da oslobodi Ligarija. Vid: Plutarh, *Slavni likovi antike*, Ciceron, 39.

[41] Ciceron je između ostalog i tvorac pravila koje je nadživelo vekove, da kod krivičnih dela treba tražiti krivca među onima koji su imali korist od zločina (*Cui bono* – Kome korist?).

[42] O. Stanojević, 68-69. Pomenuti autor taj iznos Ciceronovog „pošteno zarađenog novca" upoređuje sa podacima da je za senatora tada trebalo imati imovinski census od million sestercija, a za viteza (ekvestra) 400. 000 sestercija.

[43] Vid. K. A. Brioski, 39.

[44] *Ibid.*

zemljišnim fondom vrednim preko 200 miliona sestercija.[45] Samo ime tog trijumvira i prokonzula je sinonim za ogromno bogatstvo sumnjivog porekla, jer je dobit izvukao „iz vatre i rata", učinivši javne nesreće svojim najvećim izvorom prihoda.[46]

Kada je poginuo Kras, Pompej je otvoreno počeo da radi protiv Cezara. Pompeju nije bilo strano i da novcem lobira da bi bio izabran na neku visoku državničku funkciju, jer je to i inače bila redovna pojava: ljudi koji su želeli da dobiju kakav viši položaj u državi, iznosili su svoje stolove na trg i bez ikakvog stida birače potkupljivali. Narod je za pare išao na biralište i tu se za svog dobrotvora nije borio glasovima nego strelama i mačevima, pa je krvlju i mrtvim glavama često bila govornica poprskana.[47] Takve okolnosti u Rimu nisu bile po volji Cezara, i želeo je da sruši Pompeja. Iz njihovog međusobnog sukoba kao pobednik izlazi Cezar (Gaius Iulius Caesar, rođen 101. godine pre n.e.) Istakao se kao genijalni vojskovođa u mnogobrojnim ratovanjima, posebno u pokoravanju Galije. Imao je ogromno bogatstvo od svog imanja, „ali u trošenju novca Cezar nije znao za granice; davao je i trošio kako na uspinjanje na sve veće položaje tako i na javne gozbe, na pozorišne predstave, na svečane litije, što ga je činilo omiljenim u narodu".[48] Koliko mu je bilo stalo da bude izabran za vrhovnog sveštenika, vidi se iz jedne epizode gde Cezarov suparnik za navedenu funkciju, izvesni Katul, nudi preko posrednika Cezaru, velike pare da se povuče sa nadmetanja. Cezar mu je odgovorio da će još više para uzeti u zajam kako bi odneo pobedu".[49] Cezar je vremenom izabran i za konzula i vrhovnog vojskovođu koga je vojska obožavala jer je bio veoma darežljiv prema vojnicima. „Smatrao je da bogatstvo što ga je u svojim ratovima stekao nije namenjeno za njegovu ličnu raskoš ni za kojekakva raspusna uživanja, već da ga daje svojim zaslužnim vojnicima".[50] Cezar je imao nameru da raskine sa republikanskim tradicijama i da ustanovi monarhiju što se nije dopalo njegovim neprijateljima. Senatori Brut i Kasije kuju zaveru protiv Cezara i on pada kao žrtva 44. god. pre n.e.

Ni posle Cezarove smrti Republika nije stvorena jer je većina bila za diktaturu. Stvara se novo savezništvo, drugi trijumvirat: Antonije, Oktavijan, Lepid, koji uspeva da pobedi republikansku opoziciju koju je činila aristokratija. I ovaj savez se raspada i kao pobednik izlazi Oktavijan, kasnije nazvan Avgust („Uzvišeni"), posinak Cezarov.

[45] Za razmere Krasovog bogatstva može da posluži poređenje: Lucije Domicije Enobard je jednom prilikom podelio vojnicima 50.000 jugera zemlje (što je bila vrednost 50 miliona sestercija jer je jedan juger vredeo 1000 sestercija). Inače, da bi cenzor upisao građanina u razred najbogatijih građana morao je da raspolaže sa 120.000 sestercija.

[46] K. A. Brioski, 37

[47] Plutarh, *Savremeni likovi antike*, Novi Sad 1978, 233.

[48] Plutarh, 206

[49] *Ibid.,* 208.

[50] *Ibid*., 219.

3. POLITIČKA KRIZA I PRINCIPAT

Uvođenjem principata od grada države (polisa) stvoreno je carstvo; povećan je broj državnih organa, uvedene su nove magistrature. S principatom otpočinje „pax romana“ (rimski mir), u trajanju od dva veka; to je period u znaku privrednog i kulturnog napretka U vreme kada Rimljani postaju gospodari sveta, dešavaju se značajne promene u ukupnim društvenim odnosima. Ovaj period predstavlja vreme propasti rimske republike i nastanak prikrivene monarhije; rađaju se novi pogledi na svet koji je iznedrio jednu novu, do tada nepoznatu svetsku religiju – hrišćanstvo.

Postavši Cezarov naslednik, Oktavijan Avgust upravlja državom preko pedeset godina. Prema svedočenju istoričara Svetonija (*Suetionius Gaius Tranquillus*) bio je veoma tolerantan prema prijateljima, dok se s neprijateljima svirepo obračunavao.[51] U vezi sa proskripcijama koje se praktikuju i u vrema Avgusta, Svetonije navodi kako se Avgust najpre protivio sastavljanju spiskova proskribovanih, ali kada su već bili sastavljeni, postupao je bezobzirnije no druga dvojica trijumvira, nastojeći da niko ne bude pošteđen, pa ni njegov bivši tutor Toranije.[52]

Proces gomilanja velikog bogatstva i velikog broja robova u rukama pojedinaca, započet krajem republike, okončan je u principatu. Porodice se sve više bogate, stara religija gubi uticaj, a nova nije još zagospodarila. Slabi porodična čvrstina i strogost porodičnog morala. Prihvataju se novi običaji koji će vremenom potpuno zameniti stare običaje; nove navike sve više vode u razvat i nemoral. Tokom principata ograničenja u pogledu izbora magistrata iz perioda republike izgubila su na važnosti, jer je car po svom nahođenju postavljao činovnike i državne funkcionere.

Istoričar Tacit, senator i strog pobornik republikanskog morala, bio je protivnik despotizma i neprijatelj korumpirane carske vlasti. O tome govore njegove reči: „U Rim se slivaju svi gresi i svi poroci, da bi se tamo slavili“.[53] On žali za „retkim srećnim vremenima, kada se moglo misliti što se htelo i reći to što se misli“.[54] Tacit nema reči hvale za Avgusta za koga kaže da, „kada je pridobio vojnike poklonima, narod niskim cenama žita, a sve redom izgledima na slatke plodove mira, započeo je malo po malo, da na sebe prenosi prerogative senata, magistrata i zakona. Tome se niko nije usprotivio: najhrabriji među nobilima su izginuli u bitkama ili su pali kao žrtve proskripcija, ostali ukoliko su bili spremniji da služe, utoliko su se više bogatili, peli na visoke položaje. Ni provincije se nisu protivile tom poretku: borbe među velikašima i pohlepa magistrata uzdrma-

[51] T. Svetonije, *O životu careva, Avgust,*66.
[52] *Ibid.,* 27.
[53] K. A. Brioski, 41.
[54] Tacit, *Historiae*, 1.1.

li su poverenje u vlast senata i naroda, a zakoni, čiji je autoritet poljuljan nasiljem, vlastoljubljem i novcem, nisu mogli da pruže zaštitu."[55]

U okviru vladajuće klase izdvajaju se dva staleža. Prvi je senatorski stalež, koga čine raniji nobili osveženi pridošlicama iz drugih slojeva; zato im se i obraćalo rečima: „očevi i vi dopisani". Za njih je propisan imovinski cenzus od milion sestercija. Drugi stalež su činili potomci ekvestara (vitezova), sa imovinskim cenzusom od 400.000 sestercija. „Oni su i u novom poretku važan faktor u političkom i privrednom životu zbog čega im carevi daju mnoge privilegije i time ih u političkim borbama za presto privlače na svoju stranu. Oni se masovno uključuju u državne službe i tu poziciju koriste za dalje bogaćenje. Njima se pridružuje jedan broj oslobođenika, čiji je prototip već pominjani Hrisogon (Sulin miljenik i štićenik), koji je često nepoštenim načinima uspeo da se obogati. Oba ova staleža u okviru vladajuće klase temelje svoje bogatstvo na veleposedu koji obrađuju robovi, uz nešto zelenašenja i drugih novčanih transakcija".[56] Veleposednici uvećavaju svoje veleposede **u** prvim vekovima nove ere na Apeninskom poluostrvu, u Severnoj Africi, Siriji i Britaniji. Plinije Stariji, rimski pisac polovine I veka n.e. i komandant rimske flote, piše da je Severnu Afriku posedovalo šest veleposednika. Imperatori su među najvećim veleposednicima i oni često ne biraju sredstva da se domognu tuđe imovine.

U periodu principata državne finansije su u znaku dvovlašća: postoji državna blagajna kojom rukovodi senat (*aerarium*) ali i blagajna koja pripada vladaru (*fiscus*) i on iz nje plaća činovnike i vojsku. Avgust svoju kasu puni prihodima od rudnika u kojima su radili robovi i osuđenici; prihodima od kazni, kao i od konfiskacije imovine političkih protivnika. Stvarno uporište Oktavijanove vlasti, kao i njegovih naslednika tokom celog ovog perioda, više nije volja naroda, već vojska kojom oni komanduju. Počev od Oktavijana Avgusta kohorte pretorijanaca regularno su smeštene u Rimu, a imperatora čuva lična garda varvara. O tome svedoči i Tacit koji nas upoznaje sa činjenicom da je Avgust iz želje za vlašću privukao stare vojnike, dajući im dobre plate, a da je još kao mladić sakupio svoju vojsku, potkupivši regularne legije pod komandom konzula.[57] Zapovednici vojske nisu podlegali nikakvoj kazni ako bi se bogatili ratnim plenom; on se smatrao legitimnim posedom vojskovođe koji je pobedio.[58]

Avgust je postepeno širio svoj činovnički aparat koji je za razliku od starog bio: plaćen, stalni, njemu podređen. Tako su paralelno postojala dva sistema vlasti, jedan koji je potiskivan i koji čine skupštine, senat i magistrature, i drugi, činovnički aparat, koga postavlja i plaća princeps i koji sve više raste. Senat je uspeo da izdejstvuje da on sudi pripadnicima senata za eventualna krivična dela

[55] Tacit, *Anali*, prevod Lj. Crepajac, Beograd 1970, 1.2.
[56] O. Stanojević, 72-73.
[57] Tacit, *Anali*, 1.2.
[58] K. A. Brioski, 43.

koja bi učinili zloupotrebivši vlast; senat je odlučivao suvereno, vođen jedino načelom političke celishodnosti odluke, a ne zakonskim pravilima.[59] Postepeno vladar preuzima sve funkcije: upravne, sudske (ekstraordinarni postupak) i zakonodavne.

Nakon Avgusta, na vlast dolaze vladari iz reda Julijevsko – Klaudijevske dinastije (Tiberije, Kaligula, Klaudije, Neron); mahniti, krvoločni i halapljivi vladari kojima ništa nije sveto. U njihovo vreme poročnost i carska vlast su se neizbežno podudarale. Kaligula[60] je u svojoj bahatosti potrošio veliko blago nasleđeno od Tiberija, a onda uveo poreze na sve; vojsku je koristio za uterivanje poreza, a kada je opljačkao oficire vlastite telesne straže, bio je ubijen od strane te iste pretorijanske garde.[61] Posle njega na presto dolazi Kaligulin stric Klaudije koji je za to postavljenje morao da isplati svakom od 4500 pripadnika pretorijanske garde po 15.000 sestercija; prvi put je tada kupljen carski presto,[62] jer Senat nije smeo da se suprotstavi pretorijanskoj gardi koju su u to vreme uglavnom činili varvarski najamnici. Neron,[63] koji je došao posle Klaudija, takođe je obećao svakom vojniku po 15.000 sestercija i proglašen je za cara.[64] Nastavljeno je sa praksom da se imućni ljudi proglašavaju za državne neprijatelje koji „vređaju carsko veličanstvo". Kažnjavani su smrću kako bi se dočepali njihovih imanja, koje su trošili na luksuz i skupe cirkuske igre.

U periodu principata, funkcije u provincijama nisu više omogućavale brz i lak način bogaćenja, pa su kandidati za neki visoki položaj na lestvici vlasti, pribegavali drugoj taktici: pridobijanju princepsove naklonosti. Princeps je i inače bio okružen samo lojalnim ljudima. Da je lojalnost ćudljivom vladaru često plaćana glavom, govori primer Seneke (Lucius Annaeus), jednog od najuglednijih rimskih pisaca i filozofa prvog veka n.e. Jedno vreme je bio učitelj i savetnik Nerona, ali se morao povući s dvora jer je bio optužen, za učestvovanje u zaveri; izvršio je samoubistvo, zajedno sa suprugom Pompejom Paulinom. Seneka je u

[59] Magdolna Sič, 117.

[60] Prema svedočenju Svetonija, rimskog istoričara s kraja I i prve polovine II veka n.e. u zbirci biografija prvih dvanaest rimskih careva (*De vita Cesaruim*), Kaligula, 41-slikovitim primerom pokazuje svu besprizornost i obest pomenutog cara. Kockajući se jednom prilikom, Kaligula je uporno gubio. Ne mireći se sa srećom koja mu nije bila naklonjena, kockaru koji je sedeo do njega daje svoju kocku i, napušta prostoriju gde se kockalo i naređuje da se zaustave dva najbogatija građanina konjičkog reda koja su prolazila ulicom i da im se konfiskuje imovina. Zatim se vratio za kockarski sto i počeo da se hvali svojim kockarskim umećem.

[61] Filip Džajgentes, *Moć i pohlepa*, Beograd 2003, 80.

[62] *Ibid.,* 80. „*primus Caesarum fidem militis etiam praemio pigneratus*".

[63] Neron je bio još jedan od rimski careva (54- 68. god. pre n.e.), upamćen po zverstvima. Kako su u vreme građanskih ratova, odmetnuti robovi i drugi razbojnici pljačkali ljude, po kazivanju Tacita – Neron je u želji da se zabavi, zajedno sa drugovima, preobučen, presretao ljude i iznuđivao novac. Jedne noći ga je žrtva razbojništva prepoznala i zato je osuđena na smrt. Kada je protiv njega izbila pobuna u Rimu, izvršio je samoubistvo (68. god. pre n.e.)

[64] F. Džajgentes, 81.

filozofskom pogledu bio zastupnik stoičkog shvatanja po kome je smisao ljudskog života mudrost i vrlina. Zauzimao se za humane odnose među ljudima, pa je branio i robove, gledajući u njima ljudska bića vredna pažnje. Takvo filozofsko gledanje na život nije mu smetalo da bliskost sa vladarom dobro unovči i stekne bogatstvo koje se u izvorima procenjivalo na 300 miliona.[65]

Vespazijan (iz Flavijevske dinastije koja je vladala od 69. do 96. god. n.e.) u svom političkom angažovanju isticao je već odomaćenu latinsku izreku „da novac ne smrdi" (*pecunia non olet*) i reči pesnika Ovidija: „Živimo u zlatnom dobu i većina časti se prodaju za zlato". [66]

Nisu samo ljudi na visokoj društvenoj lestvici bili akteri političke korupcije i rasipanja javnog novca u Rimu. Jedanako su to činili i obični smrtnici koji su se uzdigli do najviših zvanja kao što je Plinije Mlađi koji je bio namesnik Bitinije oko 100. godine n.e. Polako se peo na društvenoj lestvici, od zemljoposednika, senatora, ekonomskog stručnjaka do najvišeg carskog funkcionera u doba Domicijana, Nerve i Trajana. Nerva ga je poslao za upravnika u Bitiniji čiju je prestonicu Nikomediju prethodna korumpirana vlast bila potpuno uništila; spočitavano im je da su potrošili preko tri miliona sestercija na izgradnju vodovoda, a da isti nije urađen i žitelji tog grada su i dalje bili bez tekuće vode.[67]

U vremenu klasičnog prava koje se poklapa sa principatom, započeta je teorija pravno neosnovanog bogaćenja (*condictiones sine causa*), i ista je bita dovršena u Justinijanovoj kodifikaciji. [68] Raspravljajući o navedenom institutu, klasični rimski pravnici zastupali su stanovište da, „po prirodnoj pravdi ne treba trpeti da neko postane bogatiji na štetu i nepravdu drugoga".[69] Da spreče slučajeve pravno neosnovanog bogaćenja, rimski pravnici su stoga zahtevali da se vrati ono što je nekom isplaćeno bez pravnog osnova. Ako to nije moglo milom, onda je to moglo da se uradi silom, putem posebnih pravnih sredstava – kondikcija.[70]

4. DOMINAT – PERIOD SLABLJENJA I DEKADENCIJE

U postklasičnom periodu razvoja rimskog društva produbljuje se privredna i politička kriza, započeta još u principatu. Sada su inicijatori borbe za vlast senatori i komandanti raznih delova rimske vojske. Zbog toga se i dešavalo da dolasku pojedinih imperatora kumuje vojska, najčešće pretorijanska garda jer, vre-

[65] O. Stanojević, 73.

[66] K. A. Brioski, 42.

[67] *Ibid.,* 43.

[68] Ivo Puhan, *Rimsko pravo*, Beograd 1977, 347.

[69] *D. 50, 17, 206*: *Iure nature aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locipletiorem.*

[70] *D. 12, 5, 6; D. 12, 6, 22, 1.*

menom, pripadnici pretorijanaca su postali vrlo uticajan sloj u društvu. Vojnici za imperatore, po pravilu biraju one kandidate koji su im obećali najviše poklona i održavali su ih na vlasti dok su ispunjavali preuzete obaveze. U vreme vojne anarhije smene na prestolu su bile česte. Od 30 careva koje je postavila i smenila vojska, samo njih par je umrlo prirodnom smrću.

Jedan od vladara koga je postavila na presto vojska i s kojim otpočinje dominat je Dioklecijan (284-305) On je bio zapovednik pretorijanaca (carske garde) kod imperatora Numerijana. Postavši imperator on je započeo reforme u državi koje su imale tri osnovna cilja: da vladara uzdignu na stepen božanstva, da reformišu državnu upravu i da uvećaju vojsku.[71] On je ostvario sve te ciljeve: postao je zakonodavac, šef izvršne vlasti, vrhovni sudija, vrhovni komandant vojske. Jednom rečju on je bio „Bog i gospodar" (*dominus et deus*). Svi građani su zvanično vladarevi „podanici" (*subiecti*) i čak „robovi" (*servi*)".[72] Od nekadašnjeg senatorskog staleža regrutovan je najviši stalež, koga su činili i dalje bogati latifundristi. Ti bogati latifundristi postaju „država u državi" jer imaju svoju privatnu vojsku kojom su se branili od varvara i razbojnika, ali i od uticaja centralne vlasti. Oni čak dobijaju i poseban naziv – *clarisimi* („presvetli").

Državna uprava je postala glomazna i znatno skuplja jer je udvostručen broj guvernera i državnih službenika. Biti činovnik je predstavljalo privilegiju; car je imao slobodu regrutovanja činovnika od njemu lojalnih građana. Državni rashodi su bili veliki jer su „svi tereti finansiranja (javnih službi, izdržavanje imperatorovog dvora, ishrana vojske, plate službenika) prebačeni na rimsko stanovništvo, kome su nametnuti novi porezi. To iz razloga što se carska blagajna sve manje punila poreskim prihodima i prihodima sa državnih imanja, pa su imperatori taj problem rešavali inflacijom što je obezvređivalo novac. Sve otvorenije malverzacije oko smanjivanja količine zlata i kvarenja legura u poznatim novčanim apoenima, obezvredile su potpuno novac, a time i robno-novčanu privredu; naturalna privreda je polako ali sigurno ponovo stupala na istorijsku pozornicu.[73] Dioklecijan donosi *Edikt o cenama*, u kome, pozivajući se na skupoću i gramzivost trgovaca, pokušava da zaustavi inflaciju tako što su utvrđene maksimalne cene za svu robu koja je bila u prometu, kao i visina svih plata i honorara.[74] I pored drakonskih kazni za kršenje odredbi ovog edikta, nije bilo nekog velikog uspeha na planu smirivanja tržišta.

Faktička podela stanovništva u postklasičnom periodu na grupu vladajućih i na grupu potlačenih bila je zvanično regulisana u konstitucijama careva.[75] Najviši predstavnici birokratije i senatori (čija je moć počivala na velikom zemljišnom

[71] Duško Lopandić, *Purpur imperije*, Beograd 2007, 49
[72] M. Milošević, 39.
[73] I. Puhan,,96.
[74] D. Lopandić, 30.
[75] C. 11 i 12.

bogatstvu i nasleđenoj aristokratiji) određeni su kao vladajući (*honestiores*). S druge strane su pripadnici provincijske aristokratije, niži državni činovnici i svi slobodni i neslobodni privrednici rimske države, koji su dobili i posebno ime – *humiliores*. „Najznačajniju društvenu grupu među honestiores sačinjavala je imperijska birokratija koju su činili imperator, članovi njihove porodice, lični službenici imperatora, centralni državni službenici i najistaknutiji službenici velikih teritorijalnih administrativnih jedinica.[76] Najviša birokratija je predstavljala zatvoreni društveni sloj u koji su isključivo po volji imperatora mogli biti primljeni pripadnici bogatih slojeva senatora, odnosno imperijske zemljišne aristokratije. Društveni ugled visokih birokrata bio je zasnovan na učestvovanju u vlasti, na visokim platama i na ličnom uticaju pojedinaca na imperatora. Uticaj na imperatora, bio je često izvor velikih prihoda. Poslovična je bila potkupljivost službenika toga doba, pa se odomaćila krilatica: „U rimu se sve kupuje".[77] Stvari su se pogoršale od IV veka kada su stupili na scenu najpohlepniji u iznudama – činovnici zaduženi za nadzor, kojima je bilo gotovo nemoguće odgovoriti, jer su kupili svoje položaje novcem zarađenim nepošteno na drugim državnim dužnostima.[78]

Unutar sloja humiliores razlikovalo se nekoliko slojeva: *officiales* ili pripadnici nižih redova državnih službenika i pripadnici provincijske aristokratije (*decuriones*) koji su u odnosu na *honestiores* i sami bili potlačeni. Ovi prvi su bili lica koja su u državnoj hijerarhiji zauzimala najniža mesta. Njihova samovolja, podmitljivost i nestručnost u neposrednom kontaktu sa građanima svuda je širila strah.[79] Da bi povećali svoje nedovoljne plate, oficijali su prvo zahtevali veće priloge i mito od onih koji su sarađivali sa njihovim službama; to je bilo moguće, jer pri stupanju u službu svaki novi činovnik je morao dati izvesnu sumu novca svom pretpostavljenom.[80]

Pisac Prokopije koji svedoči o caru Justinijanu napisao je dve knjige o njegovom životu; jedna je objavljena za života Justinijana, a druga nakon smrti Justinijana. Ova druga knjiga, koja nosi naziv *Tajna istorija* obiluje zajedljivim napadima na Justinijana i njegovu ženu Teodoru, nekada poznatu kurtizanu Konstantinopolja, koju je Justinijan obožavao i za kratko vreme je učinio veoma bogatom. Edvard Gibon veruje da je ova druga Prokopijeva knjiga realnija u oceni Justinijana koji je bio „neverni prijatelj, a podmukao neprijatelj; bio je bezobziran u prisvajanju tuđe imovine. Izdavao je razne dozvole (monopole) za obavljanje

---

[76] Unutar birokratije bio je utvrđen strogi hijerarhijski red, izražen u titulama koje su nosili pripadnici pojedinih slojeva najviših birokrta: *nobilissimi* – bili su pripadnici imperatorove porodice; *illustres* su bili najviši lični službenici imperatora i imperije kao i srednjih teritorijalnih jedinica; *clarissimi*, upravnici provincija, prefekti snabdevanja, prefekti noćnih straža, načelnici pojedinih kancelarija, visoki stručni, a naročito finansijski službenici".

[77] I. Puhan, 99.

[78] K. A. Brioski, 45.

[79] I. Puhan, 100.

[80] *CJ. XII. 19, 7.* par.*1.*

raznih trgovačkih i zanatskih poslova i iste naplaćivao. Povlastice je prodavao javno, čak i sudijama. Na trgu se javno, pod zaštitom carskih činovnika trgovalo odlukama suda i zakonskim propisima. Iz svega toga proizilazi da je je Justinijan sam kriv za propuste svojih činovnika i korupciju svojih podanika."[81]

U ovom periodu „starosti rimske civilizacije" gde vlada opšta kriza (ekonomska, politička, moralna i svaka druga) sve su češći nečasni postupci carevih podanika koji su bili usmereni na njihovo enormno bogaćenje. Koliko je to uzelo maha, svedoče sami carevi koji u svojim zakonima govore o „teroru koji sprovode moćnici čija je pokvarenost i izopačenost dovodila u opasnost i sam javni red i poredak ."[82] Da bi se predupredilo da nečasna dela carevih podanika doista dovedu u pitanje sam opstanak carstva, propisuju se nova krivična dela ili se već postojeća krivična dela proširuju na nove slučajeve. Jedno od tri grupe krivičnih dela koje se posebno inkriminiše je grupa krivičnih dela pod nazivom „privredni delikti, uključujući i korupciju". Sve se to čini s ciljem da se zaštite osnovne vrednosti carstva u cilju sopstvenog opstanka. Posebno mesto u grupi krivičnih dela koja su spadala u „privredne delikte" zauzimaju slučajevi davanja i primanja mita u sudskom postupku. Ovo delo se provlači kroz čitavu rimsku istoriju ali je u ovom periodu dostiglo vrhunac. Kako se sudski postupak odvijao pred princepsovim delegiranim sudijama (prefekt pretorija i prefekt grada), diskreciona ovlašćenja činovnika su velika. Zbog činjenice da su sudije bile predstavnici vlasti a da su pri tome bili i skloni korupciji, oni su morali da donesu presudu na osnovu „formalne ocene dokaza", a ne na osnovu „slobodnog sudijskog uverenja". Tako je jedan od valjanih dokaza bio i „pokušaj okrivljenog da podmiti istražne organe i tužioca".[83]

Teorija pravno neosnovanog bogaćenja (*condictiones sine causa*), započeta u principatu tj. u klasičnom pravu, dovršena je sada u Justinijanovoj kodifikaciji, gde su slučajevi pravno neosnovanog bogaćenja podeljeni u nekoliko vrsta.[84] Jedan od tih slučajeva su bili davanje i primanje mita u sudskom postupku: kada neko plati sudiji da bi ovaj loše presudio. S obzirom da se ovde radilo o nemoralnosti obe strane, i davaoca i primaoca, nije se mogao tražiti povraćaj isplaćenoga.[85]

Usled sve veće privredne krize koja je zahvatala Carstvo, bogatstvo se sticalo i dalje falsifikovanjem testamenta, ali i falsifikovanjem privatnih i javnih isprava, posebno falsifikovanjem novca. Novac je kvaren i falsifikovan tako što mu je vrednost smanjivana, struganjem i bušenjem zlatnika, kao i kovanjem lažnog novca. Takve pojave su tretirane kao krivičnna dela za koja je izricana smrtna

[81] Edward Gibbon, *The Decline and Fall of the Roman Empire,* Njujork: Encyclopedia Britanica INC., 1952, vol.40, 651-658.

[82] *C. 4. 20. 5: C. 11.57. 2.*

[83] M. Sič, 120.

[84] I. Puhan, 347.

[85] *D. 12, 5, 4.*

kazna. Kao privredni delikt od koga se moglo nezakonito obogatiti bila je i utaja poreza, kao i krađa i utaja carskih zaliha namirnica namenjenih platama vojnika i činovnika. Država, odnosno imperator i dalje ima monopol na eksploataciju plemenitih metala, proizvodnju soli, purpura i zlatnog nakita.

Jedan od načina da se neko mitom obogati bio je svakako poziv na glasanje. Kandidat za magistraturu bi obično krenuo u aktivnu kampanju: posećivao bi svoje birače, u društvu velikog broja simpatizera i „parazita", kao i neke uticajne ličnosti, koje bi mogle okrenuti najveći broj glasova u njegovu korist. Kako izborni troškovi nisu bili zanemarljivi, i najbogatiji su morali da se zadužuju, što je opet bio problem ukoliko neko ne bi bio izabran.

Davanje i primanje poklona radi obavljanja nekog posla, nesmetano je nastavljeno i i u vreme Konstantina Velikog (306-337.) koji je oko 315. godine doneo jednu konstituciju u kojoj decidno kaže da: „ poklone daje u skladu sa njihovim zaslugama i uslugama".[86]

ZAKLJUČAK

Uvek kada je rimska država bila u ekonomskoj krizi koja je praćena političkom nestabilnošću (a bilo ih je mnogo u toku trinaestovekovnog trajanja) dolazila je do izražaja ekonomska i politička komponenta korupcije. Pokazaće se da je korupcija najgrublji vid iskorišćavanja podređenih slojeva društva koji su brutalno ugnjetavani od strane vladajuće grupacije ljudi; kako u Rimu tako i u provincijama. U Rimu je vlast bila autokratska, a rimski prokuratori, upravnici provincija, činovnici, bili su korumpirane autokrate koje su smatrale da je sasvim u redu da se bogate izrabljujući pokoreni narod kojim su upravljali.[87] S druge strane, ti bogati ljudi na vlasti, nalazili su načina da ne budu procesuirani; sklanjali su se u neka manje pristupačna mesta gde su mirno živeli ostatak života, sa bogatstvom koje su nezakonito stekli.

Kada govorimo o „političkoj korupciji" u Rimu, uvek polazimo od morala ljudi koji su vodili rimsku državu. Tokom čitave rimske istorije spletkarenjem, iznuđivanjem, ulagivanjem, korumpiranošću, ostvarivali su se ciljevi različite vrste: lično bogaćenje, enormno sticanjem materijalnih stvari, sticanje raznih privilegija, zvanja, napredovanja u službi. Rimska istorija je puna primera političara s malo obzira i dostojanstva, varljivih birokrata, nepouzdanih i potkupljivih javnih službenika kao nosioca najviših državničkih funkcija. Rimljani formalno osuđuju podmićivanje, ali ga i te kako praktikuju kao vid bogaćenja bez pravnog osnova. Krilatica koju su stvorili korumpirani, halapljivi, bahati moćnici, da se

[86] *C.Th. 10,1,11.*
[87] F. Džajgentes, 77

„u Rimu sve može kupiti“ na kraju je i dovela do toga da carske evropske provincije preotmu varvarska germanska plemena.

Velika je dilema danas, kako je rimska država (odnosno njene strukture) vekovima uspevala da odoli divovskim razmerama korupcije. Većina ljudi na vlasti su bili neumereni u svemu, bez moralnih obzira, jedini cilj im je bio da što pre i što duže ostanu na vlasti, jer je to jedina garancija njihovog opstanka u životu. Bilo je careva koji nisu odobravali korupciju, ali nije bilo snage da joj se stane na put. Država i njene provincije su pljačkane kako zarad ličnog bogaćenja, tako i da bi se obezbedila sredstva za održavanje razgranatog činovničkog aparata i da bi se održavala vojska, jer bez nje, ne bi se sačuvalo carstvo.

Nataša Lj. Deretić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
N.Deretic@pf.uns.ac.rs

Subtle and Irresistible Appeal of Corruption within Political Circles of Rome[88]

"Radix Omnium Malorum Avaritia"[89]
("The root of all evil is greed.")

Abstract: *Throughout history, corruption has taken various forms and contents but the term of the same etymology has always been used to denote it: "corrumpo, rupi, ruptum" meaning to destroy, devastate, or pull down and "corruption" (wickedness, perversity). Political corruption as immorality of the privileged layers of people, the use of political power for the purpose of acquiring wealth and securing various privileges, was not unknown in the Roman society. The ancient Rome was familiar with political corruption long before the quoted acrostic appeared (4th century AD). A vivid illustration of bribery as common (although formally decried) practice throughout the entire Roman history occurs in Brecht's Julius Caesar: The governors' clothes had numerous pockets; politicians, governors, businessmen, profiteers of all kinds, more or less, all encountered the irresistible attraction of corruption in their lives. Gaius Sallustius Crispus, Roman historian (86 – 34 B.C.) disappointed with the morals and greed of Roman aristocracy from the second half of the republic, in his book entitled Histories (Historiae) described the situation as follows: "The powerful figures have started converting freedom into debauchery. Everyone grabbed whatever they could, stole and usurped. The state was governed by arbitrariness of the few chosen ones. The treasury, provinces, duties, glory and triumphs were all in their hands, while the other citizens were oppressed by poverty, burdened by service and legions. The leaders shared the spoils among a small number of people while the population was driven off their land if they it so happened that a powerful neighbour wanted it." The extents of corruption, especially in the final, postclassical period of the development of the Roman Empire, are referred to by the emperors, who point out in their statutes to "terror of the powerful whose corruption and*

[88] The paper has resulted from research on the project of the University of Novi Sad Law School entitled Legal Tradition and New Legal Challenges.

[89] *Paulus, D. 1,6,10.*

perversity presents danger for public order and the government itself." [90] *What fascinates a modern man is a question how the Roman state (or rather its structures), managed to resist this corruption of gigantic proportions for centuries.*

Keywords: *greed, corruption, privileges, abuse, politician figures of power.*

Datum prijema rada: 15.12.2017.

[90] *C. 4. 20. 5: C. 11.57. 2.*

Originalni naučni rad 347.74:336.77(439)
doi:10.5937/zrpfns51-15743

Dr Atila I. Dudaš, docent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
A.Dudas@pf.uns.ac.rs

JEDNOSTRANA IZMENA UGOVORA O KREDITU U PRAVU MAĐARSKE*

Sažetak: *Pitanje dopuštenosti klauzula koje ovlašćuju banke na jednostranu izmenu ugovora o kreditu je i u mađarskom pravu imalo svoj razvojni put. Specifično je za mađarsko pravo, međutim, barem kada se ono uporedi sa pravom Srbije, da je u vreme izbijanja svetske ekonomske krize, tačnije nešto kasnije kada su sudski postupci povodom zahteva za poništaj takvih klauzula postali mnogobrojniji, imalo posebnu zakonsku regulativu posvećenu ovom pitanju, nekoliko odredaba Zakona o kreditnim ustanovama i finansijskim organizacijama iz 1996. godine (Hpt.). Hpt. od 1996. godine, u redakciji teksta važećoj od 1. januara 2004. godine, omogućavao je ugovaranje klauzule o pravu na jednostranu izmenu ugovora o kreditu, ali nije detaljnije uredio uslove pod kojima se takva klauzula može smatrati punovažnom, već prepustio stranama da ovu prazninu urede sporazumno. Ovakva sloboda ugovaranja je dovela do toga da su klauzule o pravu na jednostranu izmenu ugovora redovno bile formulisane tako da je banka imala široku slobodu u njenoj primeni. Uvidevši opasnost od zloupotreba, zakonodavac je izmenio regulativu o klauzuli o jednostranoj izmeni ugovora u starom Hpt.-u. Nova redakcija starog Hpt.-a, koja je bila na snazi od 1. januara 2010. godine, sadržala je znatno detaljniju regulativu i propisivala strože uslove punovažnosti klauzule o pravu na jednostranu izmenu ugovora o kreditu. Međutim, čak i uz detaljniju regulativu ovog pitanja u novijoj redakciji starog Hpt.-a, brojna pitanja ostala su otvorena, na koja je odgovor morala da dâ vrhovna sudska instanca, tj. Kurija. To je prvi put pokušano u presudi Kurije u postupku Partiscum 2011. godine, ali je celovito tumačenje uslova pod kojima je ugovaranje prava na jednostranu izmenu ugovora punovažno dato tek u zaključku sednice građanskopravnog odeljenja Kurije br. PK 2/2012. (XII.10). U zaključku je zauzet stav da je takva*

* Članak je nastao kao rezultat rada na naučnoistraživačkom projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu pod nazivom *Pravna tradicija i novi pravni izazovi*.

ugovorna klauzula punovažna, ukoliko je nedvosmisleno i jasno formulisana; ako su razlozi jednostrane izmene taksativno nabrojani; ako su određeni objektivno; ako su izvršili stvarni uticaj na elemente koji utiču na kamatu, naknadu ili troškove u vezi sa ugovorom; ako je obim izmene ugovora srazmeran nastalim promenama; ako je klauzula za potrošača bila transparentna, odnosno ako garantuje potrošaču pravo na izmenu ugovora, ukoliko promene okolnosti idu njemu u prilog. Zahteve jasne i nedvosmislene formulacije i transparentnosti je Kurija načelnim stavom br. 2/2014. PJE dodatno kvalifikovala uslovom da se pod njima ne podrazumeva jezička i gramatička ispravnost klauzule, već zahtev da ona bude formulisana tako da omogući potrošaču da razume i proceni njene moguće ekonomske posledice. Usvajanje načelnog stava bilo je potrebno zbog toga što je u međuvremenu Evropski sud pravde doneo odluku u slučaju Kašler (C-26/13), kojim je u navedenom smislu dopunio tumačenje čl. 4. st. 2 Direktive br. 93/13/EEZ o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima. Konačnu etapu u razvoju pravne regulative predstavlja usvajanje Zakona br. XXXVIII iz 2014. godine, kojim je sadržina zaključaka Kurije podignuta na nivo opšteg pravnog akta. Zakon je izazvao brojne kritike u pogledu njegove ustavnosti. Najveća zamerka se odnosila na ustanovljavanje zakonske pretpostavke nepravičnosti svih ugovornih klauzula i odredaba opštih uslova poslovanja banaka kojima se utvrđuje pravo banke na jednostranu izmenu ugovora. Sa pravom se ističe u literaturi da su na ovaj način posledice nepotpunog i neadekvatnog zakonskog uređivanja ovog pitanja naknadno prevaljene na finansijske organizacije, čak i onda ako su u vreme zaključenja ugovora, odnosno kada su opšti uslovi poslovanja bili na snazi, njihove odredbe uskladile sa sadržinom važećih propisa. Zakon je, međutim, izdržao kontrolu ustavnosti.

Danas se u Mađarskoj jednostrana izmena ugovora o kreditu na uštrb potrošača može ostvariti samo pod izuzetno strogim pravnim režimom. Prema izmenama Zakona o potrošačkom kreditu, usvojenog 2009. godine, iz 2014. godine, ugovori sa rokom otplate do tri godine ne mogu biti jednostrano izmenjeni na uštrb potrošača, dok u onima sa dužim rokom otplate kamatna stopa može da bude povećavana najviše u pet navrata i mora ostati nepromenjena najmanje tri godine, pri čemu raspon u kojem finansijske organizacije mogu povećavati kamatnu stopu kontroliše Narodna banka Mađarske: stepen povećanja kamatne stope ne sme da bude veći od indeksa promene kamatne stope koje zvanično objavljuje Narodna banka na svojoj internet stranici.

Ključne reči: *jednostrano povećanje kamatne stope u ugovorima o kreditu, varijabilna kamatna stopa, ugovor o kreditu, potrošački kredit.*

UVODNE NAPOMENE

Specifično je za mađarsko pravo, za razliku od srpskog[1], da u vreme izbijanja ekonomske krize, odnosno u vreme kada su postupci za poništaj ugovora o kreditu po raznim osnovima postali masovni[2], postojala posebna regulativa (posebna u odnosu na opšta pravila ugovornog prava sadržana u Građanskom zakoniku) koja je uređivala mogućnost ugovaranja prava banke, odnosno druge finansijske organizacije, da naknadno i jednostrano izmeni odredbu o visini kamatne stope. Ovo je bitna razlika, jer su u Mađarskoj sve vreme postojala posebna pravila na osnovu kojih se dopuštenost takvih ugovornih klauzula mogla (i morala) prosuđivati, dok su takva pravila u Srbiji uvedena tek Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga. Ta pravila su se nalazila u Zakonu o kreditnim ustanovama i finansijskim organizacijama.

Vododelnicu u razvoju shvatanja o dopuštenosti klauzula o pravu banke na jednostranu izmenu ugovorne kamate, predstavlja načelni zaključak Kurije (Vrhovnog suda) broj. 2/2012. (XII. 10.) iz 2012. godine, čija je sadržina uneta u jedan poseban zakon iz 2014. godine.[3] Iz ovog razloga, celishodno je posebno analizirati pitanje dopuštenosti klauzula o jednostranoj izmeni kamatne stope u periodu pre i posle usvajanja navedenog zaključka Kurije, odnosno posebnog zakona iz 2014. godine.

DOPUŠTENOST UGOVORNIH KLAUZULA O PRAVU BANKE NA JEDNOSTRANO POVEĆANJE KAMATNE STOPE U PERIODU DO USVAJANJA NAČELNOG ZAKLJUČKA KURIJE BR. 2/2012. (XII. 10.)

Mogućnost ugovaranja ovlašćenja banaka i drugih finansijskih organizacija da naknadno i jednostrano menjaju uslove ugovora o kreditu u periodu koji je prethodio usvajanju načelnog zaključka Kurije br. *br. 2/2012. (XII. 10.)*, bila je

[1] Vid. detaljnije Atila Dudaš, „Dopuštenost jednostranog povećanja kamate u ugovorima o kreditu u pravu Srbije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2016, str. 549-568.

[2] O uticaju svetske ekonomske krize na privredu Evropske unije, zemalja Srednje-Istočne Evrope kao i Republike Srbije vid. detaljnije Đorđe Popov, „Svetska ekonomska kriza i restrukturiranje dugova", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2009, 7-20.; Đorđe Popov, „Evropska unija i Svetska ekonomska kriza", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2010, 7-23.; Đorđe Popov, „Svetska ekonomska kriza i Srbija", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2010, 7-27. O evoluciji pojedinih instituta ugovornog prava koja je rezultat ekonomske krize, vid. Tibor Nochta, „Ist die Wirtschaftskrise ein Vertragsrisiko?", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2011, 227-240.

[3] Vid. Zakon br. XXXVIII iz 2014. godine o uređivanju pojedinih pitanja u vezi sa načelnim zaključkom Kurije o ugovorima o potrošačkom kreditu zaključenih sa finansijskim organizacijama [2014. évi XXXVIII. Törvény a Kúriának a pénzügyi intézmények fogyasztói kölcsönszerződéseire vonatkozó jogegységi határozatával kapcsolatos egyes kérdések rendezéséről]. Tekst zakona u važećoj redakciji dostupan je na: http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid= a1400038.tv (pristup stranici: 14. septembra 2017. godine). U daljem tekstu: Zakon iz 2014. godine.

uređena Zakonom o kreditnim ustanovama i finansijskim organizacijama iz 1996. godine (Stari *Hpt*.).[4] Stari *Hpt*.[5] je mnogo puta menjan do 2013. godine, kada je usvojen novi. Međutim, sa aspekta ovog istraživanja značaj imaju samo redakcija teksta zakona koja je počela da se primenjuje posle 1. januara 2004. godine, s jedne, i redakcija koja je bila na snazi posle 1. januara 2010. godine, s druge strane, jer je u njima pravno uređenje prava na jednostranu izmenu uslova ugovora o kreditu bitno drugačije.

Stari *Hpt*., u redakciji koja je bila na snazi od 2004. do 2010. godine, vrlo je šturo uređivao pitanje dopuštenosti jednostranih izmena ugovora o kreditu. Propisivao je da se kamate, naknade i drugi ugovoreni uslovi mogu jednostrano izmeniti na uštrb klijenta, ukoliko je takva mogućnost u korist finansijske organizacije u posebnoj klauzuli ugovora nedvosmisleno predviđena.[6] Osim toga, obavezivao je finansijske organizacije da izmene opštih uslova poslovanja, kojima se na uštrb klijenata menjaju kamate, naknade i drugi uslovi ugovora, objave javnim oglasom najkasnije 15 dana pre njihovog stupanja na snagu.[7]

Stari *Hpt*. u redakciji važećoj posle 1. januara 2010. godine je već mnogo detaljnije i strože uredio pravo finansijskih organizacija na jednostranu izmenu uslova ugovora. Propisivao je, između ostalog, da se u ugovoru o kreditu ili ugovoru o finansijskom lizingu, zaključenim sa klijentom koji ima status potrošača, na uštrb klijenta mogu jednostrano izmeniti samo odredbe o kamati, naknadama i troškovima kredita. Ostali uslovi ugovora, uključujući i nabrajanje okolnosti koji se smatraju razlozima na kojima je zasnovano pravo na izmenu ugovora, jednostrano se ne mogu izmeniti. Pravo na jednostranu izmenu ugovora poverilac može da vrši samo onda ako ugovor sadrži taksativno navođenje objektivnih okolnosti na kojima se takvo pravo zasniva, kao i ako su oni u pisanom obliku utvrđeni u tzv. načelima sastavljanja ponude.[8] Načelima sastavljanja ponude[9] moraju se urediti naročito sledeća pitanja: a) izmena kamate, raznih naknada ili

---

[4] Vidi Zakon br. CXII iz 1996. godine o kreditnim ustanovama i finansijskim organizacijama [1996. évi CXII. törvény a hitelintézetekről és a pénzügyi vállalkozásokról].

[5] Radi lakšeg identifikovanja propisa na mađarskom jeziku, u ovom radu će se za njihovo označavanje koristiti uobičajene skraćenice koje se koriste u mađarskom pravu, izvedene iz njihovog naziva na mađarskom jeziku. Iz ovog razloga će se Zakon o kreditnim ustanovama i finansijskim organizacijama označavati uobičajenom skraćenicom *Hpt*., i to latiničnim pismom. Imajući u vidu da je 2013. godine usvojen novi *Hpt.,* u daljem tekstu će se ovaj zakon pominjati kao stari *Hpt*.

[6] Vid. §210 st. 3 starog *Hpt*.-a, u redakciji teksta važećoj na dan 1. januara 2004. godine.

[7] Vid. §210 st. 4 starog *Hpt*.-a, u redakciji teksta važećoj na dan 1. januara 2004. godine.

[8] Vid. §210 st. 3 starog *Hpt*.-a, u redakciji teksta važećoj na dan 1. januara 2010. godine.

[9] Načela sastavljanja ponude je interni akt banke (ili druge finansijske organizacije), koji je obavezan sastojak kodeksa profesionalnog ponašanja. U njemu se detaljnije uređuju načela poslovanja banka i, između ostalog, utvrđuju razlozi na kojima se može zasnivati pravo banke da u vezi sa ugovorima o kreditu, zaključenim sa klijentima koji se smatraju potrošačima, jednostrano izmeni odredbe o kamati, naknadama i troškovima.

troškova može se izvršiti samo na osnovu razloga koji su taksativno navedeni u ugovoru i koji su imali stvarni uticaj na iznos kamate, naknade ili troškova; b) ukoliko je promena u nekoj okolnosti dovela do smanjenja vrednosti činilaca koji utiču na kamatu, naknade ili druge troškove, i takvim promenama treba dati pravno dejstvo u korist klijenta; c) razloge koji su uzročno-posledično uticali na povećanje kamate, naknada ili troškova treba uzeti u obzir zajedno, srazmerno stvarnom uticaju svakog razloga; d) naknade i troškovi se mogu promeniti najviše prema stopi rasta potrošačkih cena utvrđenoj za prethodnu godinu od strane Centralnog zavoda za statistiku.[10] Jednostrana izmena ugovora na uštrb klijenata mora se objaviti javnim oglasom najkasnije 60 dana pre stupanja na snagu izmena ugovora. O izmeni ugovora i o novom planu otplate kredita klijenti moraju biti obavešteni putem pošte ili na drugom trajnom nosaču podataka utvrđenim ugovorom. Ova pravila se ne odnose na izmenu ugovorne kamate koja je rezultat promene referentne kamatne stope, ukoliko se kamata određuje s obzirom na kretanje referentne kamatne stope, niti na stambene kredite uz državne subvencije.[11] Obaveštenje o izmeni ugovora mora biti otposlato klijentu najkasnije šezdeset dana pre stupanja na snagu izmena ugovora.[12]

Osim očigledne razlike u obimu i minucioznosti uređivanja prava banaka na jednostranu izmenu ugovora o kreditu između dve redakcije starog *Hpt*.-a, evidentno je da su u periodu od 2004. do 2010. godine banke imale gotovo neograničenu primenu pravne moći da ugovore o kreditu jednostrano menjaju, dok se od 1. januara 2010. godine ova pravna moć mogla primeniti samo pod neuporedivo strožim i detaljnije utvrđenim zakonskim uslovima.[13]

Pitanje jednostrane izmene uslova kreditiranja dobija poseban značaj i naročite socijalne implikacije u vezi sa stambenim kreditima. Svesna toga, Vlada je tokom 2010. godine Uredbom br. 245/2010. (XII. 15.) propisala pod kojim uslovima je naknadna i jednostrana izmena ugovora o stambenom kreditu dopuštena.[14] Ova regulativa je još detaljnija od starog *Hpt*.-a u redakciji teksta posle 1. januara 2010. godine, te još više sužava domen u kojem banka može da vrši pravo na izmenu ugovora. Uredba propisuje da finansijska organizacija ugovor o kreditu ili zajmu, odnosno ugovor o finansijskom lizingu, zaključen sa potrošačem radi finansiranja kupovine stana, na uštrb klijenta može jednostrano da izmeni samo u pogledu visine kamatne stope, pod uslovom da je promena neke od taksativno

[10] Vid. §210 st. 4 starog *Hpt*.-a, u redakciji teksta važećoj na dan 1. januara 2010. godine.

[11] Vid. §210 st. 6 starog *Hpt*.-a, u redakciji teksta važećoj na dan 1. januara 2010. godine.

[12] Vid. §210 st. 7 starog *Hpt*.-a, u redakciji teksta važećoj na dan 1. januara 2010. godine.

[13] Vid. Gadó Gábor, "A fogyasztói kölcsönszerződések egyoldalú módosítása tisztességességének változó megítéléséről" [O promeni ocene pravičnosti jednostrane izmene ugovora o potrošačkom kreditu], *Gazdaság és Jog*, br. 7-8/2015, str. 14-27, na str. 15.

[14] Vid. Uredbu Vlade br. 275/2010. (XII. 15.) o uslovima jednostrane izmene ugovorne kamate [275/2010. (XII. 15.) Korm. Rendelet a szerződésekben előírt kamat egyoldalú módosításának feltételeiről], Magyar Közlöny [Službeni glasnik Mađarske] br. 190/2015.

navedenih okolnosti ostvarila stvarni uticaj na visinu kamatne stope. To su sledeće okolnosti: a) nepovoljne promene u troškovima izvora finansiranja poverioca ili u mogućnostima pristupa izvorima finansiranja; b) promena u okolnosti koje utiču na procenu rizika kreditiranja; c) promena propisa koji su u uskoj i neposrednoj vezi sa pravnim odnosima nastalim ugovorom o kreditu ili zajmu, odnosno finansijskim lizingom, zbog čega se povećavaju troškovi obavljanja delatnosti poverioca.[15] Prema Uredbi, nepovoljna promena okolnosti u troškovima izvora finansiranja, odnosno u dostupnosti izvora finansiranja postoji ako je nastupila makar jedna od sledećih činjenica: a) povećanje referentne kamatne stope Narodne banke; b) povećanje kamatnih stopa na međubankarskom tržištu kapitala; c) povećanje kamatne stope na oročene depozite kod poverioca; d) povećanje kamatne stope koja se pripisuje na javno emitovane hartije od vrednosti, radi refinansiranja poverioca; e) povećanje troškova refinansiranja kreditne ili lizing delatnosti poverioca, pod uslovom da se povećanje troškova može dokazati.[16] Bitno ograničenje prava na povećanje kamatne stope predstavlja odredba Uredbe koja propisuje da obim povećanja kamatne stope ne sme da premaši zbirni uticaj prethodno navedenih činilaca, imajući u vidu strukturu izvora finansiranja poverioca i promene u tim izvorima.[17] Uredba precizira, zatim, na osnovu kojih merila banka može jednostrano da promeni kamatnu stopu na uštrb klijenta pozivom na povećanje kreditnog rizika: a) ako je na osnovu pravilnika banke o proceni vrednosti sredstava i boniteta dužnika banke utvrđeno da tog klijenta, ili taj kredit treba kvalifikovati u kategoriju veće rizičnosti ulaganja, ukoliko je nova kvalifikacija rezultat promene u vrednosti iznosa kredita, odnosno vrednosti nepokretnosti koja služi obezbeđenju kredita, najmanje 10% vrednosti kredita, odnosno nepokretnosti, pod uslovom da je time uredna otplata kredita značajno dovedena u opasnost; b) ako je na osnovu pravilnika banke o proceni vrednosti sredstava i boniteta dužnika banke utvrđeno da tog klijenta, ili taj kredit ne treba kvalifikovati u kategoriju veće rizičnosti, ali u okviru iste kategorije rizičnosti ulaganja, smanjenje vrednosti sredstava čini potrebnim povećanje kamatne marže.[18] U vezi sa prvim slučajem, Uredba propisuje da izmena kamatne stope na uštrb klijenta nije dozvoljena, ukoliko se u kreditu odobrenim u devizama, ali koji je isplaćen i koji se otplaćuje u forintama, iznos kredita u forintama menja zbog promene kursa[19], dok u vezi sa drugim ugovorima o kreditu predviđa da banka nema pravo na jednostranu izmenu ugovora ako klijent nije u docnji sa otplatom dospelih rata kredita u trajanju dužem od trideset dana[20].

---

[15] Vid. §1 st. 1 Uredbe Vlade br. 275/2010. (XII. 15.).
[16] Vid. §1 st. 2 Uredbe Vlade br. 275/2010. (XII. 15.).
[17] Vid. §1 st. 3 Uredbe Vlade br. 275/2010. (XII. 15.).
[18] Vid. §1 st. 4 Uredbe Vlade br. 275/2010. (XII. 15.).
[19] Vid. §1 st. 5 Uredbe Vlade br. 275/2010. (XII. 15.).
[20] Vid. §1 st. 6 Uredbe Vlade br. 275/2010. (XII. 15.).

Banke su, dakle, počev od kraja 2010. godine, kada je Uredba br. 275/2010. (XII. 15.) stupila na snagu, u vezi sa ugovorima o stambenom kreditu mogle da odlučuju samo o tome da li će vršiti svoje pravo na jednostrani raskid ugovora ili će se tog prava odreći. Više nisu mogle slobodno da utvrđuju ugovorom ili opštim uslovima poslovanja krug okolnosti koje će se smatrati razlogom jednostrane izmene ugovora, jer su one taksativno navedene Uredbom.[21]

Dalja evolucija shvatanja u mađarskom pravu o dopuštenosti klauzula koje ovlašćuju finansijsku organizaciju da jednostrano menja uslove odobrenih kredita, može se podeliti u četiri etape. Prva etapa traje do usvajanja odluke Kurije u slučaju Partiscum u septembru 2011. godine, druga do usvajanja načelnog zaključka Kurije br. 2/2012. (XII. 10.), treća do usvajanja načelnog zaključka br. 2/2014 *PJE*, dok četvrta obuhvata period nakon usvajanja Zakona iz 2014. godine.[22]

STAV KURIJE USVOJEN U SLUČAJU PARTISCUM

Kurija se prvi put o uslovima pod kojima banke i finansijske organizacije mogu da vrše pravo na jednostranu izmenu ugovora o kreditu izjasnila povodom revizije tužene u slučaju *Partiscum*[23]. Kurija je delimično ukinula drugostepenu odluku Apelacionog suda u Segedinu, koji je proglasio ništavim odredbe opštih uslova poslovanja i ugovora o kreditu kojima je ustanovljeno pravo tužene, štedionice Partiscum, da jednostrano i naknadno menja uslove zaključenih ugovora o kreditu. Drugostepeni sud je zauzeo stav da strane mogu da ugovore u korist jedne ili obe strane pravo na jednostranu izmenu ugovora, ali samo pod uslovima koje je (tada važeći) Građanski zakonik iz 1959. godine predviđao za sudsku izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti prema §241.[24] Drugostepeni sud je istakao da opšti uslovi poslovanja i tipski ugovori o kreditu koje je u svom poslovanju primenjivala tužena strana formalno ispunjavaju uslove iz starog *Hpt.*-a, ali da i njih treba posmatrati kroz prizmu uslova koji se odnose na sudsku izmenu ugovora prema navedenom paragrafu Građanskog zakonika. Sud je naglasio da §241 Građanskog zakonika nalaže stranama da rizike koji proizilaze iz ugovora blagovremeno dobro odmere, jer ih ne mogu naknadno prevaliti na drugu stranu, što se posebno odnosi na privredne subjekte, koji imaju obavezu da u pravnom

[21] Vid. Gadó G., op. cit., 16.

[22] Vid. Gadó G., op. cit., 18.

[23] Vid. Delimičnu presudu Kurije u predmetu br. Gfv. IX. 30.221/2011/6. Od 27. septembra 2011. godine. Tekst presude je dostupan na internet adresi Kurije: http://www.lb.hu/hu/sajto/altalanos-szerzodesi-feltetelek-megtamadasi-feltetelek-irant-inditott-perben-legfelsobb (pristup stranici 14. septembra 2017. godine).

[24] „Sud može da izmeni ugovor, ako u trajnom pravnom odnosu između strana, nakon zaključenja ugovora nastupi neka okolnost usled koje ugovor povređuje bitan pravni interes jedne strane“.

prometu postupaju sa povećanom pažnjom. Budući da su opštim uslovima poslovanja tužene, odnosno u tipskim ugovorima, kao mogući razlozi na kojima se može zasnovati pravo tužene da jednostrano izmeni uslove ugovora o kreditu navedene okolnosti koje spadaju u redovnu delatnost tužene, za koje isključivo ona snosi poslovni rizik i na koje korisnik kredita nikako ne može uticati, njihovo prevaljivanje na korisnika kredita protivno je načelu savesnosti i poštenja. Stav o povredi načela savesnosti i poštenja drugostepeni sud zasnovao je i na tome da se ugovori o kreditu redovno zaključuju kao adhezioni, usled čega korisnik kredita nije u položaju da vodi pregovore u meritumu.

Kurija je, međutim, istakla da se ne može prihvatiti stav da se ugovor o kreditu, koji predviđa pravo davaoca kredita na jednostranu izmenu ugovora, može naknadno i jednostrano izmeniti samo prema uslovima sudske izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti. Imajući u vidu da su Građanski zakonik i stari *Hpt*. opšti pravni akti iste pravne snage (oba su zakoni), odredbe starog *Hpt*.-a smatraju se posebnim u odnosu na odredbe Građanskog zakonika, te se Građanski zakonik primenjuje samo supsidijarno, u pitanjima koja ne uređuje stari *Hpt*. Budući da stari *Hpt*. izričito i detaljno uređuje pitanje jednostrane izmene ugovora o kreditu, odredba Građanskog zakonika o sudskoj izmeni ugovora nije primenjiva.

Kurija je u svojoj odluci dala tumačenje uslova punovažnosti prava na jednostranu izmenu ugovora o kreditu određenih starim *Hpt*.-om.

U vezi sa pitanjem objektivne prirode okolnosti koje mogu da predstavljaju razlog na kojem se zasniva pravo na jednostranu izmenu ugovora, Kurija ističe da to moraju da budu okolnosti na koje strane, niti zajedno, niti svaka posebno, nije mogla da utiče. Navođenje ovih okolnosti u ugovoru ili opštim uslovima poslovanja mora biti taksativno, tj. nabrajanje razloga mora biti zatvoreno. Razlozi moraju biti navedeni precizno, nedvosmisleno i bez protivurečnosti.

U vezi sa uticajem ovih okolnosti na osnovanost vršenja prava na jednostranu izmenu ugovora, Kurija ističe da se samo promena onih okolnosti može smatrati validnim razlogom za jednostranu izmenu ugovora koji su uzeti u obzir prilikom zaključenja ugovora u utvrđivanju kamata, drugih naknada i troškova u vezi sa kreditom, s jedne, i čija promena je ostvarila stvarni, a ne samo hipotetički uticaj na ove elemente, s druge strane. Značaj promene okolnosti treba da premaši normalan, uobičajeni rizik za tu vrstu ugovora. Beznačajne promene okolnosti ne opravdaju jednostranu izmenu ugovora, a ako su i značajnije, obim u kojem se ugovor jednostrano menja treba da bude u srazmeri sa obimom i značajem promene okolnosti.

Naposletku, Kurija je istakla da je ustanovljavanje prava na jednostranu izmenu ugovora o kreditu, posebno onih koji se zaključuju na duži vremenski period, dopušteno i ekonomski opravdano, imajući u vidu da ni profesionalni zajmodavci, kakve su banke, ne mogu unapred tačno predvideti kako će se kretati činioci koji su uticali na formiranje uslova pod kojima se krediti odobravaju.

Međutim, zbog potrebe zaštite interesa slabije strane, tj. korisnika kredita, neophodno je da se pravo na jednostranu izmenu ugovora precizno uredi i da se iscrpno predvide svi razlozi na kojima se zasniva, ali se od finansijskih organizacija ne može očekivati da u vreme zaključenje ugovora unapred utvrde u kojoj meri će se elementi na osnovu kojih je ponuda formirana menjati u budućnosti. Stoga zahtev starog *Hpt*.-a da se u ugovoru ili opštim uslovima poslovanja urede mogući razlozi na kojima se zasniva pravo na jednostranu izmenu ugovora nikako ne znači da se mora utvrditi i očekivani obim promene kamate, naknada i drugih troškova. Ovakav zaključak potkrepljuje i dužnost banke prema starom *Hpt*.-u da obaveze primaoca kredita naknadno smanji, ako se okolnosti koje su predviđene kao razlozi na kojima je zasnovano pravo banke na jednostranu izmenu ugovora promene u korist primaoca kredita.

STAV KURIJE USVOJEN U ZAKLJUČKU SEDNICE GRAĐANSKOPRAVNOG ODELJENJA BR. PK 2/2012. (XII.10)

Zbog sve većeg broja sudskih postupaka u kojima su postavljeni zahtevi za utvrđivanje ništavosti ugovornih klauzula koje ovlašćuju finansijske organizacije na jednostranu izmenu ugovora o kreditu u pogledu kamata, naknada i troškova kredita, radi ujednačavanja sudske prakse, Kurija je smatrala potrebnim da se o ovom pitanju zauzme stav u obliku zaključka sednice građanskopravnog odeljenja.

U Zaključku br. PK 2/2012. (XII.10)[25], Kurija je potvrdila stav usvojen u predmetu *Partiscum*, ali ga je i donekle dopunila i precizirala.

Kurija je u Zaključku najpre potvrdila da finansijska organizacija ima pravo da na osnovu zakonskog ovlašćenja u opštim uslovima poslovanja ili odredbama ugovora, koje nisu bile predmet posebnih pregovora strana, ustanovi pravo da odredbu ugovora koja se odnosi na kamatu, naknade i troškove, naknadno i na uštrb druge strane jednostrano izmeni. Ovakva klauzula se po sebi, dakle, ne može smatrati protivnim načelu savesnosti i poštenja.[26] Kurija je konstatovala da je pravo na jednostranu izmenu ugovora o kreditu uređeno starim *Hpt*.-om i Uredbom Vlade br. 275/2010. (XII. 15.), te ako je ugovorna klauzula ili odredba u opštim uslovima poslovanja o pravu na jednostranu izmenu ugovora o kreditu protivna

[25] Vid. Zaključak građanskopravnog odeljenja Kurije br. 2/2012 (XII. 10.) PK o nepravičnosti ustanovljavanja prava na jednostranu izmenu ugovora o potrošačkom kreditu utvrđenog opštim uslovima poslovanja finansijske organizacije [(2/2012 (XII. 10.) PK vélemény a fogyasztói kölcsönszerződésben pénzügyi intézmény által alkalmazott általános szerződési feltételekben szereplő egyoldalú szerződésmódosítási jog tisztességtelenségéről] Tekst zaključka dostupan na internet adresi Kurije: http://www.lb.hu/hu/kollvel/22012-xii-10-pk-velemeny-fogyasztoi-kolcsonszerzodesben-penzugyi-intezmeny-altal-alkalmazott (pristup stranici 14. septembra 2017. godine).

[26] Vid. t. 1. Zaključka br. RK 2/2012 (XII. 10.).

propisu, ona je ništava po tom osnovu, i nema potrebe utvrđivati da li je protivna načelu savesnosti i poštenja. Međutim, ona može da bude proglašena ništavom i onda ako je formalno u skladu sa propisima, ali protivno načelu savesnosti i poštenja neosnovano i jednostrano poboljšava pravni položaj finansijske organizacije na uštrb interesima potrošača.[27] U ovom slučaju pravni osnov ništavosti nije povreda prinudnih propisa prema §200 st. 2 starog Građanskog zakonika, već povreda §209 st. 1.[28] Stoga, nije moguća sudska kontrola toga da li je takva odredba u skladu sa načelom savesnosti i poštenja, ukoliko kogentni propis iscrpno (taksativno) uređuje njenu sadržinu, ističe Kurija. Ukoliko međutim, propis imperativno propisuje samo uslove punovažnosti takve klauzule, čiju sadržinu utvrđuju strane, ili je relevantna odredba propisa dispozitivne prirode, od čije sadržine su strane odstupile, pitanje protivnosti takve odredbe opštih uslova poslovanja ili ugovora o kreditu načelu savesnosti i poštenja može da bude predmet sudskog odlučivanja.[29] Očigledno je da Uredba Vlade br. 275/2010. (XII. 15.) spada u prvu kategoriju propisa, dok stari *Hpt.* u drugu. U Zaključku se dalje navode slučajevi kada će se klauzula o pravu na jednostranu izmenu ugovora smatrati takvom koja na uštrb potrošača ustanovljava neosnovanu i jednostranu korist za finansijsku organizaciju, te koja je protivna načelu savesnosti i poštenja, pod uslovom da nije protivna kogentnom propisu, jer je onda ništava po tom osnovu. To su slučajevi kada je a) sadržina klauzule za potrošača nejasna ili nerazumljiva (povreda zahteva nedvosmislene i jasne formulacije); b) uslovi pod kojima finansijska organizacija može da vrši pravo na jednostranu izmenu ugovora nisu utvrđeni, ili su utvrđeni, ali krug mogućih razloga jednostrane izmene ugovora nije utvrđen taksativno, već samo egzemplikativno (povreda zahteva taksativnog nabrajanja); c) uslovi jednostrane izmene ugovora nisu objektivne prirode, tj. finansijska organizacija je u mogućnosti da izdejstvuje nastupanje uslova, odnosno da doprinese njihovom nastupanju, ili da utiče na obim promena u vezi sa tim uslovima (povreda zahteva objektivnosti); d) razlozi utvrđeni u klauzuli o pravu na jednostranu izmenu ugovora ne ostvaruju stvarni uticaj na obim kamate, naknada i troškova, ili njihov uticaj nije srazmeran promenama (zahtev stvarnog uticaja i srazmernosti); e) potrošač nije mogao da predvidi u vreme zaključenja ugovora pod kojim uslovima i u kojoj meri se dodatni finansijski tereti mogu prevaliti na njega (zahtev transparentnosti); f) u slučaju vršenja prava na jednostranu izmenu ugovora od strane finansijske organizacije nije obezbeđeno pravo potrošača na jednostrani raskid ugovora (zahtev ustanovljavanja prava na raskid ugovora u ko-

[27] Vid. t. 2. Zaključka br. RK 2/2012 (XII. 10.).

[28] „Nepoštenom će se smatrati odredba opštih uslova poslovanja, odnosno odredba u ugovoru zaključenog sa potrošačem u vezi sa kojim nisu vođeni posebni pregovori, kojom se prava i obaveze strana iz ugovora, protivno načelu savesnosti i poštenja, jednostrano i bez valjanog razloga utvrđuju na uštrb saugovarača strane koja je priredila tu odredbu."

[29] Vid. t. 3. Zaključka br. RK 2/2012 (XII. 10.).

rist potrošača); ili g) isključuje mogućnost da se u slučaju promene istih okolnosti, na kojima je zasnovano pravo finansijske organizacije na jednostranu izmenu ugovora, izmene uslovi kredita u korist potrošača, ukoliko promena okolnosti ide njemu u prilog.[30] U vezi sa ovim uslovima punovažnosti klauzule o pravu na jednostranu izmenu ugovora, Kurija naglašava da se oni moraju tumačiti jedinstveno i da promena okolnosti na kojima je pravo zasnovano, mora finansijskoj organizaciji prouzrokovati povredu interesa koja prelazi okvire redovnog poslovnog rizika. Neće se klauzula smatrati protivnom načelu savesnosti i poštenja samo zbog toga što ne sadrži napomenu da će se promena okolnosti smatrati relevantnom za jednostranu izmenu ugovora, ukoliko povreda interesa finansijske organizacije bude premašivala uobičajeni poslovni rizik. Tačnost procene finansijske organizacije da li promene okolnosti dovode do posledica koje premašuju uobičajen poslovni rizik, ceni se prema trenutku kada je finansijska organizacija stvarno vršila pravo na jednostranu izmenu ugovora.[31]

Naposletku, Kurija ističe da ništavost klauzule o pravu na jednostranu izmenu ugovora, bilo zbog povrede prinudnog propisa, bilo zbog povrede načela savesnosti i poštenja, ne povlači ništavost celog ugovora, već se primenjuje institut delimične ništavosti. Ukoliko je samo neki uslov ništav ili je utvrđivanje nekog razloga na kojem se zasniva pravo na jednostranu izmenu ugovora ništavo, nema nikakve prepreke da klauzula o pravu na jednostranu izmenu ugovora u preostalom delu bude punovažna. Međutim, sud ni u kom slučaju nije ovlašćen da ništavu klauzulu ili njen deo, koji je proglasio ništavim, zameni svojom odlukom, tj. da stvori klauzulu o pravu na jednostranu izmenu ugovora u korist finansijske organizacije za koju smatra da bi bila u skladu sa načelom savesnosti i poštenja.[32]

NAČELNI STAV KURIJE BR. 2/2014. PJE

Sledeću etapu u evoluciji stava o dopuštenosti ustanovljavanja prava na jednostranu izmenu ugovora o kreditu predstavlja načelni stav Kurije br. 2/2014. PJE, usvojen u postupku za ujednačavanje sudske prakse.[33] Usvajanje Načelnog stava bilo je potrebno zbog toga što je u međuvremenu Evropski sud pravde doneo odluku u postupku odlučivanja o prethodnom pitanju u predmetu Kašler, koji je inače potekao od mađarskog pravosuđa.[34]

[30] Vid. t. 6. Zaključka br. RK 2/2012 (XII. 10.).

[31] Vid. t. 7. Zaključka br. RK 2/2012 (XII. 10.).

[32] Vid. t. 8. Zaključka br. RK 2/2012 (XII. 10.).

[33] Vid. Načelni stav Kurije br. 2/2014. PJE [2/2014. PJE Határozat]. Tekst Načelnog stava dostupan je na internet adresi Kurije: http://kuria-birosag.hu/hu/joghat/22014-szamu-pje- hatarozat (pristup stranici 14. septembra 2017. godine).

[34] Vid. predmet br. C-26/13 (Kásler Árpád, Káslerné Rábai Hajnalka v OTP Jelzálogbank Zrt). Dostupan na internet stranici Evropskog suda pravde: http://curia.europa.eu/juris/documents.

Kurija je u svom stavu ponovila uslove punovažnosti ugovorne ili odredbe opštih uslova poslovanja o pravu finansijske organizacije na jednostranu izmenu ugovora o kreditu, utvrđene u Zaključku br. PK 2/2012. (XII.10), ali je u skladu sa odlukom Evropskog suda pravde u slučaju Kašler, precizirala još jedan dodatni uslov punovažnosti takve klauzule: ona se neće smatrati nepravičnom, ukoliko na jasan i razumljiv način obezbeđuje potrošaču informacije o tome kada i u kojoj meri će promena okolnosti, koja inače ispunjava uslove iz Zaključka br. PK 2/2012. (XII.10), uticati na obim njegovih obaveza iz ugovora o kreditu, s jedne strane, i omogućava potrošaču da se uveri da su prilikom vršenja prava na jednostranu izmenu ugovora ispunjeni zahtevi srazmernosti, stvarnog uticaja promene okolnosti na uslove ugovora i simetričnosti, s druge strane. To nikako ne znači da potrošač u toj meri mora biti obavešten da u trenutku zaključenja ugovora bude sposoban da u apsolutnom iznosu proceni gornju granicu svoje obaveze, već da ugovor treba da utvrdi moguće promene u ugovornim obavezama potrošača. To znači da iz ugovora mora da bude nedvosmisleno jasno iz kojih razloga, u kojoj meri i na koji način okolnosti taksativno određene u klauzuli o pravu na jednostranu izmenu ugovora mogu da utiču na visinu kamate, naknade ili troškova

jsf?num=C-26/13 (pristup stranici 14. septembra 2017. godine). Spor je nastao povodom ugovora o kreditu obezbeđenog hipotekom, koji je predvideo da će se isplata kredita izvršiti prema kupovnom kursu banke za švajcarski franak, dok će se obroci otplate kredita obračunavati prema prodajnom kursu. Korisnici kredita, bračni par Kašler, podneli su tužbu nadležnom sudu u Mađarskoj u kojoj su tražili da se utvrdi nepravičnost, a time i ništavost ugovorne klauzule koja predviđa primenu različitih kurseva za stranu valutu. Spor se zapravo ticao primene Direktive br. 93/13/EEZ o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima, transponovane u mađarsko nacionalno pravo, koja u čl. 4 st. (2) propisuje da se ne može ispitati pravičnost odredbe ugovora koja se odnosi na glavni predmet ugovora ili na ekvivalentnost glavnih uzajamnih potraživanja strana, sve dok je odredba jasna i razumljiva. Kurija je u funkciji instancionog suda postavila pitanje Evropskom sudu pravde da li se odredba ugovora koja utvrđuje primenu različitih kurseva strane valute na isplatu i otplatu kredita može smatrati glavnim predmetom ugovora, odnosno da li se tiče ekvivalencije glavnih uzajamnih potraživanja strana. Osim toga, postavljeno je i pitanje da li se klauzula može smatrati dovoljno jasnom i razumljivom, jer je u tom slučaju ispitivanje pravičnosti odredbe nepotrebno.

U ovom predmetu Evropski sud pravde zauzeo je nekoliko stavova, od kojih je za potrebe ovog rada najvažniji stav prema kojem se zahtev jasne i razumljive formulacije odredbe ugovora ne sme tumačiti samo sa logičkog i gramatičkog aspekta, već se mora utvrditi da li su u odredbi na transparentan način objašnjeni razlozi i mehanizam za preračunavanje strane valute u forinte. Klauzula ispunjava zahtev jasne i razumljive formulacije, ukoliko prosečan i obazriv potrošač, koji se u razumnoj meri informisao o ugovoru koji zaključuje, može da proceni ekonomske posledice primene različitih kurseva po kojima se obračunava isplata i otplata kredita (vid. t. 74 obrazloženja Odluke).

Značaj ove odluke Evropskog suda je, međutim, mnogo širi, tj. ne odnosi se samo na primenu različitih kurseva strane valute na utvrđivanje iznosa kredita i iznosa pojedinih obroka otplate kredita u domaćoj valuti. Sud je dao tumačenje uslova pod kojima bilo koja ugovorna odredba može da bude proglašena nepravičnom, čak i ako se tiče glavnog predmeta ugovora ili ekvivalencije glavnih uzajamnih potraživanja strana: ugovorna odredba nije jasno i razumljivo formulisana, ukoliko prosečan i obazriv potrošač ne može da shvati njene ekonomske posledice.

kredita, kako u smislu njihovog povećanja, tako i u smislu njihovog smanjenja, ukoliko se okolnosti promene u korist potrošača. Zahtevu transparentnosti ne odgovara ni neka matematička formula – ukoliko je ona uopšte moguća, bez dodatnog poučavanja potrošača o njenom značenju od strane finansijske organizacije, ističe Kurija. Transparentnost klauzule o jednostranoj izmeni ugovora znači i to da je potrošaču omogućeno da vrši kontrolu nad njenom pravilnom primenom i da postavi odgovarajući zahtev prema finansijskoj organizaciji, ukoliko smatra da je na njegovu štetu vršeno pravo na jednostranu izmenu ugovora, povredom načela o stvarnom uticaju promenjenih okolnosti na uslove kredita, srazmernosti i simetrije. Pravo na jednostranu izmenu ugovora ne sme da ima za posledicu da finansijska organizacija proizvoljno i jednostrano povećava obaveze potrošača, a time i svoje prihode – zaključuje Kurija.

DOPUŠTENOST KLAUZULE O JEDNOSTRANOJ IZMENI UGOVORA O KREDITU POSLE USVAJANJA NAČELNOG STAVA KURIJE BR. 2/2014. PJE

Usvajanje načelnog stava Kurije br. 2/2014 PJE je svakako od velikog značaja, jer je vrhovna sudska instanca konačno dala jasne i potpune kriterije dopuštenosti ugovaranja prava finansijske organizacije da jednostrano i naknadno izmeni ugovor o kreditu. Međutim, zbog pravne prirode načelnog stava Kurije, ono se odnosi samo na potrošače koji su već pokrenuli postupak radi poništaja takve ugovorne klauzule. To je i sama Kurija konstatovala, doduše u nešto drugačijem kontekstu, u načelnom stavu br. 6/2013, rečima da „institut sudske izmene ugovora nije podobno sredstvo da kod velikog broja ugovora iste vrste otkloni šire društvene posledice koje negativne ekonomske promene mogu da prouzrokuju“.[35]

Put ka intervenciji zakonodavca otvorila je odluka Ustavnog suda br. 8/2014 (III.20), usvojena na inicijativu Vlade iz 2013. godine. Vlada je od Ustavnog suda tražila, naime, da se izjasni da li iz formulacije jedne norme Ustava, koja predviđa da će se „Mađarska suprotstaviti zloupotrebi dominantnog položaja trgovaca i štiti prava potrošača“ proizilazi ovlašćenje zakonodavca da zakonskim merama sanira masovne posledice neke tipične odredbe ugovora o potrošačkom kreditu koja je od strane sudova u individualnim slučajevima proglašavana ništavom. Ustavni sud je zauzeo gotovo identičan stav kao Kurija i utvrdila da sudski raskid ili izmena ugovora, zbog dugog trajanja sudskih postupaka i visokih troškova koje povlače, nije podobno sredstvo za saniranje nepoštenih ugovornih odredaba koje masovno pogađaju potrošače. Ukoliko povlače šire društvene posledice, odnosno tiču se velikog broja ugovora, opravdano je da zakonodavac ustroji neko

[35] Vid. t. 7 Načelnog stava Kurije br. 6/2013 PJE.

rešenje radi promene u zasnovanim pravnim odnosima. Ustavni sud je naglasio da se takvim zakonskim aktom, u skladu sa principom clausula rebus sic stantibus, izuzetno – imajući u vidu interes strana i javni interes – može izmeniti sadržina i ugovora koji su nastali pre njegovog usvajanja.

U ovakvom pravnom ambijentu je nastao Zakon br. XXXVIII, koji je ustrojio pravila na osnovu kojih će se proceniti pravičnost klauzula u tipskim ugovorima o potrošačkom kreditu, i to sa retroaktivnim dejstvom. U vezi sa praksom ugovaranja prava na jednostranu izmenu kamate, naknada ili troškova kredita, Zakon je ustanovio oborivu pretpostavku nepravičnosti takvih ugovornih klauzula.[36] Finansijske organizacije su imale pravo da u roku od trideset dana od dana stupanja na snagu Zakona u parničnom postupku obaraju ovu pretpostavku.[37] Ukoliko su propustile da podnesu tužbu u ovom roku, odnosno ako sud odbije tužbeni zahtev ili obustavi postupak, nastupaju posledice ništavosti takvih ugovornih klauzula.[38] U postupku se primenjuju pravila koja su najbliža pravilima spora male vrednosti, te su brojne uobičajene procesne garantije isključene. Tako, na primer, potrošača u sporu zastupa država, odnosno u postupku se u svojstvu tuženog pojavljuje država[39]; u postupku nije moguće učešće umešača, preinačenje tužbenog zahteva, podnošenje protivtužbe, ispravka podneska, niti podnošenje pridružne žalbe, predloga za ponavljanje postupka, itd.[40] Nije samo rok za podnošenje tužbe, već su svi rokovi u ovom postupku izuzetno kratki: glavna rasprava mora biti zakazana u roku od osam dana od prijema tužbe[41], sud odluku mora doneti u roku od trideset dana od prijema tužbe[42]; rok za podnošenje žalbe i rok za podnošenje revizije je osam dana[43]; Kurija odluke po žalbi i zahtevu za reviziju mora doneti u roku od trideset dana[44]; itd. Zakon je naložio mirovanje svih parničnih postupaka pokrenutih u vezi sa ugovorima o potrošačkom kreditu indeksiranim u stranim valutama, kao i postupaka izvršenja po osnovu pravnosnažnih presuda.[45]

Odredbe Zakona, kojima se odstupa od uobičajenih procesnih garantija, sasvim osnovano su pobudile sumnju u njihovu ustavnost. Stoga je bilo za očekivati da će u nekim postupcima pokrenutim na osnovu Zakona, sudije zatražiti stav Ustavnog suda o ustavnosti odredaba Zakona. Inicijative za utvrđivanje neustavnosti odnosile su se uglavnom na odredbe o retroaktivnom dejstvu, procesne odredbe kojima se odstupa od opštih pravila parnične procedure, odnosno na

[36] Vid. §4 st. 1. Zakona.
[37] Vid. §8 st. 1. Zakona.
[38] Vid. §4 st. 2. Zakona.
[39] Vid. §6 st. 2. Zakona.
[40] Vid. §7 st. 7. Zakona.
[41] Vid. §10 st. 2. Zakona.
[42] Vid. §10 st. 6. Zakona.
[43] Vid. §13 st. 2. i §15 st. 1. Zakona.
[44] Vid. §13 st. 4. i §15 st. 4. Zakona.
[45] Vid. §16 st. 1. Zakona.

povredu pravne sigurnosti.[46] Ustavni sud je inicijative odbio i konstatovao da Zakon nije u suprotnosti sa Ustavom.[47] Najspornije je ovlašćenje zakonodavnog organa da pozivom na ugrožavanje javnog interesa, zakonom naknadno menja sadržinu privatnopravnih odnosa, što je zapravo bila namena Zakona. U vezi sa ovim pitanjem, Ustavni sud je u gore navedenoj odluci zauzeo stav da je izmena sadržine ugovora putem zakona u skladu sa Ustavom, ukoliko je ona ostvarena prema pravilima koja se odnose na sudsku izmenu sadržine ugovora prema pravilima o promenjenim okolnostima (*clausula rebus sic stantibus*). To znači da se zakonom može izmeniti sadržina ugovora, ukoliko ugovor sa neizmenjenom sadržinom usled promene okolnosti povređuje bitne interese jedne strane, promena okolnosti se razumno nije mogla predvideti, promene okolnosti prouzrokuju posledice od opšteg društvenog značaja i premašuju okvire prihvatanja rizika normalnih društvenih promena.[48]

Pod uticajem načelnih shvatanja Kurije tekle su dalje reforme zakonskog okvira dopuštenosti ugovornih klauzula o pravu finansijskih organizacija na jednostranu izmenu ugovora.

Novi *Hpt*.[49], usvojen 2013. godine, koji je i danas na snazi, sadrži znatno manje detaljnu regulativu o ovom pitanju. Razlog oskudnije regulative je u tome što su 2014. godine, jednim posebnim zakonom[50], sadržina starog *Hpt*.-a, u redakciji važećoj posle 1. januara 2010. godine, kao i rezultati evolucije pravnih stavova Kurije povodom ovog pitanja, uneti u Zakon o potrošačkom kreditu od 2009. godine (*Fhtv*.)[51].

Novi *Hpt*. samo propisuje da finansijska organizacija kamatu, naknadu ili druge ugovorene uslove može na uštrb klijenta naknadno izmeniti, samo ako je ugovor, u posebnoj tački, na to ovlašćuje, pod jasno određenim uslovima, odnosno

[46] Vidi detaljnije Fazekas Judit, "Gondolatok a devizaalapú hitelszerződések jogi hátteréről és a tisztességtelen általános szerződési feltételek érvényességi kontrolljáról" [Razmišljanja o pravnoj pozadini ugovora o kreditu indeksiranih u stranoj valuti i kontroli punovažnosti nepravičnih odredaba opštih uslova poslovanja], *Jog – állam – politika*, br. 4/2016, str. 73-96, na str. 93.

[47] Vid. Odluku Ustavnog suda br. 34/2014 (XI. 14.) objavljene u Biltenu Ustavnog suda br. 26/2014, str. 1556-1611.

[48] Vid. Odluku Ustavnog suda br. 8/2014 (III. 20.) objavljene u Biltenu Ustavnog suda br. 8/2014, str. 300-318.

[49] Vidi Zakon br. CCXXXVII iz 2013. godine o kreditnim ustanovama i finansijskim organizacijama [2013. évi CCXXXVII. törvény a hitelintézetekről és a pénzügyi vállalkozásokról]. U daljem tekstu će se ovaj zakon označavati kao novi *Hpt*.

[50] Vid. Zakon br. LXXVIII od 2014. godine o izmeni Zakona br. CLXII iz 2009. godine o potrošačkom kreditu i drugih relevantnih zakona [2014. évi LXXVIII. Törvény a fogyasztónak nyújtott hitelről szóló 2009. évi CLXII. törvény és egyes kapcsolódó törvények módosításáról]. Tekst Zakona dostupan je na: http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=A1400078.TV&txtreferer=A1100122.TV (pristup stranici: 14. septembra 2017. godine).

[51] Vid. Zakon br. CLXII od 2009. godine o potrošačkom kreditu [2009. évi CLXII. Törvény a fogyasztónak nyújtott hitelről], u daljem tekstu: *Fhtv*. Tekst Zakona dostupan je na: https://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=a0900162.tv (pristup stranici: 14. septembra 2017. godine).

u slučaju nastupanja okolnosti, koje su unapred jasno utvrđene. Izmene ugovora moraju najkasnije petnaest dana pre njihovog stupanja na snagu biti objavljene u vidu javnog oglasa, a slučaju pružanja usluga elektronskim putem, putem elektronske komunikacije koja je klijentima stalno i lako dostupna.[52] Naknadne jednostrane izmene ugovora ne mogu se odnositi na uvođenje nove naknade ili naplate novog troška. Takođe, naknadno se jednostrano na uštrb klijenta ne može izmeniti ni način obračuna kamate, naknade ili elemenata na osnovu kojih se troškovi kredita utvrđuju.[53] Finansijska organizacija je dužna da klijente obavesti javnim oglasom, koji mora biti tako formulisan da se jasno može utvrditi koji element kamate, naknade ili troška kredita u kom obimu se menja. Klijentu treba učiniti dostupnim razloge na kojima se izmena ugovorenih uslova zasniva.[54] Najzad, Zakon ističe da u korist klijenta finansijska organizacija uvek može jednostrano da izmeni ugovorene uslove kredita.[55]

U važećem mađarskom pravu se najvažnije odredbe o dopuštenosti ugovornih klauzula o pravu banke na jednostranu izmenu ugovora nalaze u Zakonu o potrošačkom kreditu od 2009. godine (*Fhtv.*), u redakciji teksta važećoj od 2014. godine. Izmene *Fhtv.*-a ustrojile su neuporedivo stroži pravni režim ugovaranja klauzule koja ovlašćuje finansijsku organizaciju da jednostrano izmeni ugovorene uslove kredita. Najpre, propisuje da se na uštrb potrošača (korisnika finansijskih usluga) ugovor o kreditu može jednostrano izmeniti isključivo u pogledu kamate, kamatne marže, troškova kredita i drugih naknada u vezi sa njim, pod uslovom da to zakon dozvoljava i ako su takvu mogućnost strane izričito predvidele u ugovoru. Ostali uslovi ugovora, uključujući i samu klauzulu, ne mogu se izmeniti na uštrb potrošača.[56] Ništava je klauzula o pravu na jednostranu izmenu ugovora koja nije u skladu sa odredbama Zakona.[57] Finansijska organizacija je dužna da izmeni ugovor i u slučaju kada su se okolnosti, koje predstavljaju razlog za izmenu ugovora, ostvarile u korist potrošača.[58] O izmeni ugovora potrošač mora da bude obavešten najkasnije 60 dana pre početka pravnog dejstva izmene ugovora, na način predviđen zakonom.[59] Zakon izričito propisuje da ugovor o kreditu sa rokom otplate do tri godine ne može da bude jednostrano izmenjen[60], dok u ugovorima sa rokom otplate preko tri godine, finansijska organizacija mora na period od najmanje tri godine da fiksira vrstu i visinu kamatne stope[61]. To znači da u

[52] Vid. §279 st. 13 novog *Hpt.*-a.
[53] Vid. §279 st. 14 novog *Hpt.*-a.
[54] Vid. §279 st. 15 novog *Hpt.*-a.
[55] Vid. §279 st. 16 novog *Hpt.*-a.
[56] Vid. §17/B st. 1 *Fhtv.*-a.
[57] Vid. §17/B st. 3 *Fhtv.*-a.
[58] Vid. §17/B st. 4 *Fhtv.*-a.
[59] Vid. §17/B st. 5 *Fhtv.*-a.
[60] Vid. §17/C st. 1 *Fhtv.*-a.
[61] Vid. §17/C st. 2 *Fhtv.*-a.

ovim ugovorima banka stiče pravo da menja kamatnu stopu po proteku najmanje tri godine, i to samo u visini, odnosno prema indeksu rasta kamatnih stopa koji objavljuje Narodna banka Mađarske[62]. Ukoliko finansijska organizacija želi da izmeni kamatnu stopu u meri koja ne odgovara indeksima objavljenih od strane Narodne banke, predloženi indeks promene kamatne stope mora da odobri Narodna banka[63]. Osim toga, finansijska organizacija tokom otplate kredita može da menja stopu ugovorne kamate najviše pet puta.[64]

Turbulencije izazvane masovnom pojavom jednostrane izmene ugovora o kreditu odrazile su se i na tekst novog Građanskog zakonika iz 2013. godine[65], koji je stupio na snagu 2014. godine, kako na planu opšteg ugovornog prava, tako i na planu opštih odredaba o pravnoj zaštiti potrošača. U kontekstu pravila opšteg ugovornog prava Zakonik propisuje da sadržinu ugovora strana može jednostrano da izmeni, samo ukoliko postoji ugovorna klauzula koja je na to ovlašćuje, ili ako je pravo na jednostranu izmenu ugovora utvrđeno propisom[66], dok u kontekstu opštih pravila ugovornog potrošačkog prava, Zakon ustanovljava oborivu pretpostavku o nepravičnosti svih ugovornih klauzula o pravu na jednostranu izmenu ugovora. Tako, Zakonik propisuje da se sve dok se suprotno ne dokaže, nepravičnim smatra odredba ugovora između trgovca i potrošača koja, između ostalog, ovlašćuje trgovca da ugovor jednostrano menja, bez opravdanog razloga utvrđenog ugovorom, naročito da vrednost novčane protivčinidbe poveća, ukoliko u takvoj situaciji potrošač nema pravo da raskine ili otkaže ugovor.[67] Ovim su svi potrošači dobili opštu zaštitu od ovakvih klauzula, bez obzira na to da li se pojavljuju kao potrošači roba i usluga, ili kao korisnici finansijskih usluga.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Pitanje dopuštenosti klauzula koje ovlašćuju banke, odnosno finansijske organizacije na jednostranu izmenu ugovora o kreditu je i u mađarskom pravu imao svoj razvojni put. Specifično je za mađarsko pravo, međutim, barem kada se ono uporedi sa pravom Srbije, da je u vreme izbijanja svetske ekonomske krize, tačnije nešto kasnije, kada su sudski postupci povodom zahteva za poništaj takvih klauzula postali mnogobrojniji, imalo posebnu zakonsku regulativu posvećenu ovom pitanju: Zakon o kreditnim ustanovama i finansijskim organizacijama iz

[62] Ibidem.

[63] Vid. §17/D st. 4 *Fhtv.*-a.

[64] Vid. §17/D st. 2 *Fhtv.*-a.

[65] Zakon br. V iz 2013. godine o Građanskom zakoniku (2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről)

[66] Vid. §6-191 st. (4) Građanskog zakonika.

[67] Vid. §6-104 st. (2) t. d. Građanskog zakonika.

1996. godine (stari *Hpt*.). On je izričito uređivao ovo pitanje, ali je regulativa nekoliko puta menjana. Stari *Hpt*., u redakciji teksta važećoj do 1. januara 2004. godine, omogućavao je ugovaranje klauzule o pravu na jednostranu izmenu ugovora o kreditu, ali nije detaljnije uredio uslove pod kojima se takva klauzula može smatrati punovažnom, već prepustio stranama da ovu prazninu urede sporazumno. Ovakva sloboda ugovaranja redovno favorizuje stranu koja ima jaču pregovaračku poziciju, u ovom slučaju finansijsku organizaciju, te su klauzule o pravu na jednostranu izmenu ugovora redovno bile formulisane tako da je finansijska organizacija imala široku slobodu u njenoj primeni. Uvidevši opasnost od zloupotreba, zakonodavac je izmenio regulativu o klauzuli o pravu na jednostranu izmenu ugovora u starom *Hpt*.-u. Nova redakcija starog *Hpt*.-a, koja je bila na snazi od 1. januara 2010. godine, već sadrži znatno detaljniju regulativu i propisuje strože uslove punovažnosti klauzule o pravu na jednostranu izmenu ugovora o kreditu. Međutim, čak i uz detaljniju regulativu ovog pitanja u novijoj redakciji starog *Hpt*.-a brojna pitanja su ostala otvorena na koja je odgovor morala da dâ vrhovna sudska instanca. To je prvi put pokušano u presudi Kurije u predmetu *Partiscum*, ali je celovito tumačenje uslova pod kojima je ugovaranje prava na jednostranu izmenu ugovora dato tek u zaključku sednice građanskopravnog odeljenja Kurije br. PK 2/2012. (XII.10). U zaključku je zauzet stav da je takva ugovorna klauzula punovažna, ukoliko je nedvosmisleno i jasno formulisana; ako su razlozi na kojima se jednostrana izmena može zasnovati taksativno nabrojani; ako su utvrđeni objektivno; ako su izvršili stvarni uticaj na elemente koji utiču na kamatu, naknadu i troškove u vezi sa ugovorom; ako je obim izmene ugovora srazmeran nastalim promenama; ako je klauzula za potrošača bila transparentna, odnosno ako garantuje pravo potrošača na izmenu ugovora, ukoliko promene okolnosti idu njemu u prilog. Zahteve jasne i nedvosmislene formulacije i transparentnosti je Kurija načelnim stavom br. 2/2014. PJE dodatno kvalifikovala uslovom da se pod njima ne podrazumeva samo jezička i gramatička ispravnost klauzule, već zahtev da ona bude formulisana tako da omogući potrošaču da razume i proceni njene moguće ekonomske posledice. Usvajanje načelnog stava bilo je potrebno zbog toga što je u međuvremenu Evropski sud pravde doneo odluku u slučaju Kašler (C-26/13), kojim je u navedenom smislu dopunio tumačenje čl. 4. st. 2 Direktive br. 93/13/EEZ o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima. Konačnu etapu u razvoju pravne regulative obeležava usvajanje Zakona br. XXXVIII iz 2014. godine, kojim je sadržina zaključaka Kurije podignuta na nivo opšteg pravnog akta. Zakon je izazvao brojne kritike u pogledu svoje ustavnosti. Najveća zamerka se odnosila na ustanovljavanje zakonske pretpostavke nepravičnosti svih ugovornih klauzula i odredaba opštih uslova poslovanja kojima se utvrđuje pravo finansijske organizacije na jednostranu izmenu ugovora. Sa pravom se ističe u literaturi da su na ovaj način posledice nepotpunog i neadekvatnog zakonskog uređivanja ovog pitanja naknadno prevaljene na finansijske organizacije,

čak i onda ako su u vreme zaključenja ugovora, odnosno kada su opšti uslovi poslovanja bili na snazi, njihove odredbe uskladili sa sadržinom važećih propisa.[68] Zakon je, međutim, izdržao kontrolu ustavnosti.

Danas se u Mađarskoj jednostrana izmena ugovora o kreditu na uštrb potrošača može ostvariti samo pod izuzetno strogim pravnim režimom. Prema izmenama Zakona o potrošačkom kreditu, usvojenog 2009. godine, iz 2014. godine, ugovori sa rokom otplate do tri godine ne mogu biti jednostrano izmenjeni na uštrb potrošača, dok u onima sa dužim rokom otplate kamatna stopa može da bude povećavana najviše u pet navrata i kamatna stopa mora ostati nepromenjena najmanje tri godine, pri čemu raspon u kojem finansijske organizacija mogu povećavati kamatnu stopu kontroliše Narodna banka Mađarske preko javno objavljenih indeksa promene kamatne stope.

[68] Vid. Gadó G., op. cit., 26.

Attila I. Dudás, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
A.Dudas@pf.uns.ac.rs

Unilateral Modification of Bank Loan Contracts under Hungarian Law

Abstract: *The issue of legality of stipulations enabling banks and other financial institutions to modify loan contracts unilaterally had its evolution in Hungarian law, too. What is peculiar to Hungarian law, if considered parallel to Serbian law, is that Hungary, at the eruption of the global financial crisis, or to be more precise, somewhat later, when the number proceedings for the annulment of loan contracts became significant, had specific legislation on this subject the matter, the 1996 Law on Credit Institutions and Financial Enterprises (Hpt.). The Law, in its text applicable until 1st January, 2004, considered valid stipulations enabling unilateral modification of loan contracts. However, it did not prescribe conditions under which such clause may be considered valid, but left freedom to parties to regulate it. The consequence of freedom of contract was that such stipulations have regularly been formulated, so that financial organizations had wide discretion in its application. Realizing the danger of abuse, the legislator changed the Law. The new text, effective from 1st January, 2010, contains considerably more detailed regulations and prescribes stringent conditions of validity of a clause on the right to amend the terms of the loan unilaterally. However, even with the more detailed regulations, a number of issues remained open that ultimately needed to be addressed by the supreme judicial instance, i.e. the Curia. It was first attempted in the judgment of the Curia in the so-called Partiscum case from 2011, but the most significant interpretation of the conditions under which stipulating the right to unilaterally amend the contract, was given in the decision no. PK 2/2012. (XII.10) of the civil law session of the Curia. The Curia stated that such stipulation shall be considered valid, if it is unambiguously and clearly formulated; if the reasons of unilateral modifications are enumerated; if they are determined objectively; if they have a real impact on the elements that influence the interest rate, fees and expenses in connection with the contract and that the scope of changes in the contract is proportional to the scope of changes of relevant circumstances; that the stipulation was transparent for consumers, and if the clause is applicable to the consumer as well, if the relevant circumstances change to his advantage. The requirements of clear and unambiguous formulation and transparency was further clarified in Curia's decision no. 2/2014. PJE. The*

Curia stated that for the fulfillment of this condition it is not satisfactory that the wording of the stipulation is correct linguistically and grammatically, but it requires that is should be formulated so as to enable the consumer to understand and assess its possible economic consequences. The adoption of this decision was necessary because the ECJ delivered its decision in the Kásler case (C-26/13) in the meantime, which complements the interpretation of Art. 4. sec. 2 of the Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts. The final stage in the evolution of the legal framework of the right to unilateral modifications of loan contracts in Hungarian law, was the enactment of the Law no. XXXVIII of 2014, which raised the content of the conclusions of the Curia to the level of general legal act. The law sparked much criticism regarding its constitutionality: concerns were raised in relation to the establishment of a legal presumption of unfairness of contractual clauses and provisions of general business conditions of banks that explicitly enabled them to change loan contracts unilaterally. It is stated correctly in the literature that by this means the consequences of incomplete and inadequate legal framework were subsequently shifted on financial institutions, even if at the time of conclusion of the contract, or when the general business conditions were in force, they were in line with the effective regulations. The Law has, however, sustained the control of constitutionality.

In Hungary today, unilateral modification of banking loan contracts is subject to a very strict legal regime. According to the amendments of the Consumer credit act from 2014 loans with repayment period shorter than three years cannot be unilaterally modified to the detriment of the consumer at all. Contracts with longer repayment period can be modified to the detriment of the consumer up to five times, while the interest rate must remain unaltered for at least three years after each modification. In addition, the range in which financial organizations could increase the interest rate is controlled by the Hungarian Central Bank by disclosing indices officially in the range of which the interest rate could be altered.

Keywords: *unilateral increase of interest rate in credit contracts, variable interest rate, credit contract, consumer credit.*

Datum prijema rada: 17.11.2017.

Pregledni članak 343.811:343.232
doi:10.5937/zrpfns51-15553

Dr Ivan D. Milić, asistent
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
I.Milic@pf.uns.ac.rs

BEKSTVO IZ ZATVORA – KRIVIČNO DELO ILI DISCIPLINSKI PRESTUP?

***Sažetak**: Trenutno u Republici Srbiji kazna zatvora može da se izdržava u kaznenom zavodu ili u prostorijama u kojima osuđeni stanuje. Ukoliko se kazna izdržava u kaznenom zavodu to znači da je osuđeno lice izdvojeno iz zajednice u kojoj je bilo, i da je smešteno u jednu veštačku sredinu, na određeno vreme. Logično je da osuđeno lice ima želju da što pre izađe iz te veštačke zajednice i da se vrati u prirodnu zajednicu, a za to postoje dva načina. Prvi je zakonit način, kao što je istekom kazne, dobijanjem uslovnog otpusta ili prekidom izvršenja kazne. Drugi način je nezakonit, a to je, pre svega, bekstvom iz kaznenog zavoda. Predmet pažnje autora jeste bekstvo iz kaznenog zavoda, koje može biti kvalifikovano kao krivično delo ili disciplinski prestup. Osim toga, autor ukazuje i na disciplinski prestup udaljenje iz zavoda, koji je po načinu izvršenja sličan bekstvu. U radu se ukazuje i na postupak u slučaju bekstva iz zavoda, kao i na posledice bekstva po osuđeno lice.*

***Ključne reči**: kazneni zavod, bekstvo, udaljenje, krivično delo, disciplinski prestup.*

UVOD

Od kada postoje zatvori postoje i osuđena lica koja su iz njih bežala. Nisu retki zatvori za koje su njihovi *osnivači* smatrali da je bekstvo iz njih nemoguće, da bi se nedugo nakon njihovog *otvaranja* uverili u suprotno. Bekstva iz zatvora nisu retkost. Neretko se dešava da iz pojedinih zatvora pobegne odjednom i na desetine osuđenika. Da li je bekstvo lakše ili teže zavisi najviše od toga kako je zatvor obezbeđen, pritom mislimo na samu *zgradu zatvora i na radnike službe obezbeđenja*. S druge strane, *važnu ulogu* u bekstvu ima i samo osuđeno lice. Ne može se očekivati od osuđenog lica koje je na primer zdravstveno nesposobno da pobegne iz zatvora.

Kada je reč o Republici Srbiji, da li će osuđenik pobeći iz kaznenog zavoda ili neće zavisi, pre svega, od zavoda u kojem izdržava kaznu. Iz pojedinih odeljenja tačno određenih kaznenih zavoda osuđenik može da *pobegne kada želi*, kao što je slučaj iz kaznenog zavoda *otvorenog tipa i otvorenog odeljenja*. Bez obzira na to što mogu da pobegne *kada žele*, osuđenici koji izdržavaju kaznu u zavodima otvorenog tipa, ipak, to retko čine, iz više razloga. Pre svega, osuđenička populacija u zavodima otvorenog tipa jeste takva da nija sklona bekstvu, jer u ovim zavodima kaznu zatvora izdržavaju učinioci *nehatnih krivičnih dela i primarni učinioci umišljajnih krivičnih dela koji su osuđeni na kratkotrajnu kaznu zatvora*.[1] Ukoliko bi osuđeno lice pobeglo iz ovog zavoda moglo bi mnogo toga da izgubi, kao što je premeštaj u kazneni zavod *strožeg tipa*[2], da krivično ili disciplinski odgovara, kao i druge konsekvence. Osim toga, i kada pobegne iz zavoda postavlja se pitanje gde može da se sakrije, da li ima novca za skrivanje i dr.

Sa druge strane, kada je reč o okružnim zatvorima, KPZ zatvorenog tipa i KPZ zatvorenog tipa sa posebnim obezbeđenjem, mogućnost za bekstvo je svedena na minimum.[3] Iako kažemo da je mogućnost svedena na minimum, bekstvo je *uvek moguće*, da li dok se osuđenik nalazi u zavodu, na radu, prilikom sprovođenja ili u drugim slučajevima. U ovim kaznenim zavodima, po pravilu, nalazi se osuđenička populacija koja je osuđena zbog umišljajnih krivičnih dela, i to na dugogodišnje kazne zatvora. Osim toga, reč je i o osuđenicima koji su višestruki povratnici, dok u pojedinim zavodima kaznu zatvora izdržavaju osuđenici na kaznu zatvora od četrdeset godina. Stoga, veliki broj osuđenika *nema šta da izgubi* i ako bude „uhvaćeno" nakon bekstva ili pokušaja bekstva iz ovih zavoda.[4]

---

[1] Osuđeni koji je učinio krivično delo iz nehata i lice koje je prvi put osuđeno na kaznu zatvora do tri godine, raspoređuje se u zavod *otvorenog tipa*. Čl. 51 st. 1 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, *Sl. glasnik RS*, br. 55/2014. (u daljem tekstu: Zakon o izvršenju krivičnih sankcija ili ZIKS). O pojedinim novinama ovog Zakona vid. Ivan Milić, O nekim novinama u oblasti izvršenja kazne zatvora, Naučni skup: *Pravni sistem i zaštita od diskriminacije*: druga sveska, Kosovska Mitrovica, 2015, 239-251.

[2] U teoriji se govori o postojanju tri kategorije zatvora. 1. Maksimalno obezbeđeni zatvori; 2. Srednje obezbeđeni zatvori; 3. Minimalno obezbeđeni zatvori. Freda Adler, Gerhard O. W. Mueller, Willliam S. Laufer, *Criminology*, New York, 1995, 485-487. O bezbednosti u kaznenim zavodima vid. Miroslav Mihoci, Sigurnost kaznionica i zatvora, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu,* (Zagreb), vol. 13, broj 2/2006, 879-905.

[3] Prema stepenu obezbeđenja zavodi mogu biti otvorenog, poluotvorenog, zatvorenog i zatvorenog tipa sa posebnim obezbeđenjem. *U zavodima otvorenog tipa ne postoje* fizičko-tehničke prepreke za bekstvo. *U zavodima poluotvorenog tipa* zaposleni u službi za obezbeđenje predstavlja osnovnu prepreku za bekstvo. *U zavodima zatvorenog tipa*, pored zaposlenih u službi za obezbeđenje, postoje i druge fizičko-tehničke prepreke za sprečavanje bekstva, a u *zavodima zatvorenog tipa sa posebnim obezbeđenjem* postoje fizičko-tehničke prepreke, kojima se postiže najviši stepen obezbeđenja. Čl. 14 ZIKS-a.

[4] Bekstvo osuđenika izaziva zabrinutost građana, ali ukazuje i na nemogućnost države da izoluje osuđenike. Više o tome vid. Burkina Olьga Aleksandrovna, Šumihin Vladimir Grigorьevič, Problemы kvalifikacii nasilьstvennogo pobega iz mest lišenія svobodы, iz-pod aresta ili iz-pod straži, *Probelы v rossiüskom zakonodamelьsmve. Юridičeskiü žurnal*, № 5/2012, 112.

1. KRIVIČNO DELO BEKSTVO IZ KAZNENOG ZAVODA

Krivičnim Zakonikom propisano je kao krivično delo ukoliko osuđeno lice pobegne iz kaznenog zavoda, a takođe čini krivično delo i ono lice koje *mu u tome pomogne*. Zakonikom se članom 339, koji nosi naziv „bekstvo i omogućavanje bekstva lica lišenog slobode" propisuje: (1) Lice lišeno slobode na osnovu zakona koje upotrebom sile protiv nekog lica ili pretnjom da će neposredno napasti na život ili telo pobegne, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina. (2) Kaznom iz stava 1. ovog člana kazniće se ko silom, pretnjom, obmanom ili na drugi način omogući bekstvo licu koje je na osnovu zakona lišeno slobode. (3) Ako delo iz st. 1. i 2. ovog člana učini grupa ili je omogućeno bekstvo grupe, učinilac će se kazniti zatvorom od jedne do osam godina.

Ovo krivično delo može da učini bilo koje lice koje je lišeno slobode, a ne samo osuđeno lice koje beži iz kaznenog zavoda, kao na primer lice koje je u pritvoru, lice koje je lišeno slobode od strane pripadnika policije i dr. Tačnije, to može biti bilo koje lice koje je lišeno slobode na osnovu zakona. Da bi postojalo ovo krivično delo potrebno je da lice koje beži upotrebi *silu*[5] *protiv nekog lica ili pretnju* da će neposredno napasti na život ili telo.[6] Dakle, ako se ne upotrebi sila ili pretnja neće postojati ni ovo krivično delo. Silu treba shvatiti kao i kod drugih krivičnih dela kod kojih se ona javlja kao sredstvo izvršenja, a kvalifikovana pretnja se odnosi na to da će se neposredno napasti na život ili telo nekog lica.[7]

Zakonodavavac je inkriminisao i *pomaganje* u ovom krivičnom delu. Da bi pomaganje postojalo potrebno je da to drugo lice silom, pretnjom, obmanom ili na drugi način omogući bekstvo licu koje je lišeno slobode. Reč je o tome da je radnja pomaganja, zapravo radnja izvršenja dela, tako da se ne može kazna ublažiti iako je reč o pomaganju. Pomagač u ovom delu može biti bilo koje lice. To može biti na primer lice koje je isto lišeno slobode, lice koje je zaposleno u zavodu, lice koje je došlo u posetu licu u zatvoru.[8] U ovom slučaju radnja može da se učini osim silom, pretnjom i *obmanom ili na drugi način*.

---

[5] Kada je optuženi koji se nalazio na izdržavanju kazne zatvora udario stražara i oborio ga, pa preskočio žičanu ogradu i udaljio se, time je upotrebom sile pobegao sa izdržavanja kazne i na taj način učinio krivično delo iz člana 210. KZS. (Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 1298/99 od 15. jula 1999. i presuda Prvog opštinskog suda u Beogradu K. 1233/97 od 27. maja 1999). Izvor: elektronska baza podataka *Propisi online*, na dan: 1.2.2017.

[6] U nekim državama i samo bekstvo bez upotrebe sile ili pretnje je kvalifikovano kao krivično delo, dok je upotreba sile ili pretnje kvalifikovani oblik krivičnog dela. Vid. Статья 313. Ugolovnый kodeks Rossiйskoй Federacii ot 13.06.1996 N 63-FZ (red. ot 21.07.2014), (s izm. i dop., vstup. v silu s 04.08.2014). O ovom krivičnom delu u Ruskoj Federaciji vid. A. I. Rarog, *Ugolovnoe pravo rossii časti obщaя i osobennaя*, Moskva, 2014, 462-463.

[7] Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2011, 730.

[8] Interesanto je da se u Krivičnom zakonu Republike Srpske, *Sl. glasnik RS*, br. 49/2003, 108/2004, 37/2006, 70/2006, 73/2010, 1/2012 i 67/2013., propisuju dva krivična dela, i to: 1. Protiv-

Postoje i kvalifikovan oblik ovog krivičnog dela, i to ukoliko je delo učinjeno od strane *grupe* ili je omogućeno bekstvo *grupe*. Prema rešenju Krivičnog zakonika grupa je najmanje *tri lica* povezanih radi trajnog ili povremenog vršenja krivičnih dela koja ne mora da ima definisane uloge svojih članova, kontinuitet članstva ili razvijenu strukturu.[9] Smataramo da ovaj oblik postoji iako je omogućeno bekstvo za najmanje tri osuđenika. Propisana kazna zatvora je od jedne do osam godina.

Krivično delo je svršeno kada je lice lišeno slobode pobeglo.[10] Faktičko je pitanje kada je bekstvo uspelo. Udaljenje sa mesta zatvaranja još ne znači da je ovo delo svršeno. Potrebno je da je učinilac dela duže vreme van nadzora nadležnog organa.[11]

2. DISCIPLINSKI PRESTUP BEKSTVO IZ KAZNENOG ZAVODA

Za vreme izdržavanja kazne zatvora osuđena lica imaju prava i obaveze. Zatvorska disciplina obično znači regulisanje ili pokušaj regulisanja svih detalja života zatvorenika pomoću propisa. Zatvoreniku nije dopušteno da išta radi osim pod upravom službenika zatvora.[12] Za vreme izdržavanja kazne zatvora osuđeno lice može i da učini *disciplinski prestup*. Disciplinski prestupi su propisani Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija, a jedan od težih disciplinskih prestupa jeste i b*ekstvo ili pokušaj bekstva iz zatvora*.[13] Svaki pokušaj bekstva ili bekstvo iz kaznenog zavoda je i disciplinski prestup, za koji se osuđeniku izriče *disciplinska mera*. Osim toga, svako podstrekavanje i pripremanje bekstva je teži disciplinski prestup, kao i izrada ili unošenje u zavod sredstva podobnog za bekstvo.[14]

Sada se postavlja pitanje kada postoji disciplinksi prestup *bekstvo ili pokušaj bekstva* iz zavoda, tj. da li je ovo bekstvo isto što i *bekstvo* koje se propisuje Krivičnim zakonikom kao krivično delo? Odgovor na ovo pitanje se ne nalazi u Za-

---

zakonito oslobođenje lica lišenog slobode (član 357): Službeno lice koje protivzakonito oslobodi lice lišeno slobode koje mu je povjereno na čuvanje, ili mu pomogne da pobjegne, ili mu omogućava nedozvoljenu vezu ili prepisku radi pripremanja bjekstva, kazniće se zatvorom od tri mjeseca do tri godine. 2. Omogućavanje bjekstva licu lišenom slobode (član 375): (1) Ko silom, prijetnjom, obmanom ili na drugi način omogući bjekstvo licu koje je na osnovu zakona lišeno slobode, kazniće se zatvorom od šest mjeseci do pet godina. (2) Ako djelo iz stava 1. ovog člana izvršeno u organizovanoj grupi ili je omogućeno bjekstvo više lica, učinilac će se kazniti zatvorom od jedne do osam godina.

[9] Čl. 112 st. 22 KZ.

[10] Objektivna strana krivičnog dela jeste samovoljno napuštanje kaznenog zavoda. Vid. V. I. Gladkih, V. S. Kurčeev, *Ugolovnoe pravo Rossii, Общая i Osobennaя časti*, Novosibirsk 2015, 553.

[11] Ljubiša Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2011, 989.

[12] Edwin H. Sutherland, *Principi kriminologije – Drugi deo*, 1947, 441. (nepoznato mesto izdavanja).

[13] Vid. čl. 157 st. 1 tač. 1 ZIKS-a.

[14] Vid. čl. 157 st. 1 tač. 2, 3 i 7 ZIKS-a.

konu o izvršenju krivičnih sankcija, niti u Krivičnom zakoniku, već u jednom *podzakonskom aktu*. Pravilnikom o merama za održavanje reda i bezbednosti u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija[15] propisuje se i šta se smatra pod bekstvom. Ovim Pravilnik se u članu 2 propisuje: *bekstvom se smatra svako savladavanje prepreka u cilju protivpravnog napuštanja prostora zavoda za izvršenje krivičnih sankcija (u daljem tekstu: zavod) ili drugog prostora u kome se osuđeni nalazi*. Za razliku od krivičnog dela, za postojanje bekstva kao disciplinskog prestupa *ne sme* da se upotrebi sila ili pretnja prema drugom licu. Da bi postojao disciplinski prestup potrebno je da osuđenik *savlada prepreku*, sa ciljem napuštanja prostora zavoda za izvršenje krivičnih sankcija. Ovakvo rešenje nije precizno. Ovde je zapravo reč o pokušaju bekstva, a ne o dovršenom bekstvu.

Ne možemo a da se ne zapitamo, koje su to sve prepreke koje osuđenik može da savlada u cilju bekstva iz zavoda. Te prepreke zavise od tipa zavoda u kojem se osuđenik nalazi, one mogu biti fizičko-tehničke, ali i radnici službe obezbeđenja predstavljaju prepreku za bekstvo.[16] Smatramo da će to biti samo savladavanje *fizičko-tehničkih prepreka*, ali ne *i savladavanje radnika službe obezbeđenja*. Kako osuđenik može da savlada radnika službe obezbeđenja, a da ne upotrebi sili ili pretnju prema njemu? S druge strane, čim osuđenik upotrebi silu ili pretnju onda čini *krivično delo* bekstvo iz zatvora, a ne disciplinski prestup.

3. DISCIPLINSKI PRESTUP NEOVLAŠĆENO NAPUŠTANJE KAZNENOG ZAVODA

U praksi se može dogoditi da osuđeno lice ne upotrebljava silu, pretnju, niti da savladava prepreke, a da pobegne iz zatvora. Takva mogućnost, svakako, zavisi od tipa i vrste zavoda u kojem osuđenik izdržava kaznu. Ako osuđeno lice izdržava kaznu u *kaznenom zavodu zatvorenog tipa i to u zatvorenom odeljenju*, onda ne postoje mogućnost za ovakvo napuštanje zavoda. Moramo još da napomenemo da osuđena lica za vreme izdržavanja kazne zatvora nisu stalno *zatvorena*, već se pod određenim uslovim nalaze i van zatvorskih zidina, kao što je slučaj za vreme dok su radno angažovana,[17] tako da je moguće da se osuđena lica iz strogih zavoda neovlašćeno udalje. S druge strane, ako je osuđeni izdržava

[15] Pravilnik o merama za održavanje reda i bezbednosti u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija, *Sl. glasnik RS*, br. 105/2014.

[16] U zavodima otvorenog tipa ne postoje fizičko-tehničke prepreke za bekstvo. U zavodima poluotvorenog tipa zaposleni u službi za obezbeđenje predstavlja osnovnu prepreku za bekstvo. U zavodima zatvorenog tipa, pored zaposlenih u službi za obezbeđenje, postoje i druge fizičko-tehničke prepreke za sprečavanje bekstva, a u zavodima zatvorenog tipa sa posebnim obezbeđenjem postoje fizičko-tehničke prepreke, kojima se postiže najviši stepen obezbeđenja. Čl. 14 st. 2, 3, i 4 ZIKS-a.

[17] Osuđeni može da se radno angažuje u zavodu ili van zavoda. Vid. čl. 101 st. 1 ZIKS-a.

kaznu zatvora u kaznenom zavodu *otvorenog tipa u otvorenom odeljenju,* onda postoji mogućnost da zavod napusti na ovakav način.

U slučaju da osuđeni napusti kazneni zavod bez upotrebe sile, pretnje, bez savladavanja prepreke, neće postojati krivično delo, niti disciplinski prestup bekstvo iz zavoda. Sada dolazimo da situacije da je osuđenik *pobegao* iz zavoda, ali da nije ostvareno biće krivičnog dela bekstva iz zatvora, niti biće istoimenog disciplinskog prestupa. Dolazimo do zaključka da u ovom slučaju osuđenik čini disciplinki prestup *neovlašćeno napuštanje zavoda*,[18] koji je, takođe, *teži disciplinski prstup.*

4. UPOTREBA VATRENOG ORUŽJA U SLUČAJU BEKSTVA IZ KAZNENOG ZAVODA

Pripadnici službe obezbeđanja u toku obavljanjlja svojih dužnosti u zatvorima mogu pod određenim uslovima da primene mere prinude.[19] Pripadnici službe obezbeđenja u pojedinim slučajevima mogu da upotrebe i *vatreno oružje*. Vatreno oružje dozvoljeno je upotrebiti samo ako se drugim merama ne može onemogućiti bekstvo osuđenog iz *zavoda zatvorenog ili zatvorenog tipa sa posebnim obezbeđenjem*.[20] Dakle, ako osuđenik *beži* iz zavoda otvorenog ili poluotvorenog tipa ne sme se upotrebiti vatreno oružje kako bi se bekstvo sprečilo. U tom slučaju, mogu se upotrebiti druge mere prinude.

Sada se postavlja pitanje da li se vatreno oružje može upotrebiti u slučaju kada postoji *krivično delo* bekstvo iz zatvora ili *disciplinski prestup* bekstvo iz zatvora? Iako se u Zakonu ništa ne precizira, smatramo da se vatreno oružje može upotrebiti bilo da se radi o krivičnom delu ili disciplinskom prestupu. Pravilnikom o merama za održavanje reda i bezbednosti u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija se precizira da: ovlašćeno lice, nakon prethodnog upozorenja i upozoravajućeg hica, upotrebiće vatreno oružje pucanjem ako se *osuđeni penje uz ogradni zid zavoda, odnosno ako su mu obe noge odvojene od tla ili se nalazi na ogradnom zid*u. Ako osuđeni, iz stava 1. ovog člana uđe u zabranjeni prostor neposredno ispred ogradnog zida zavoda, ovlašćeno lice će ga upozoriti da se udalji. Zabranjeni prostor iz stava 2. ovog člana mora biti jasno obeležen, uz vidljiv znak upozorenja da je u označenom prostoru zabranjen ulaz i kretanje.[21] Vidimo

[18] Čl. 157 st. 1 tač. 4 ZIKS-a.

[19] Mere prinude su: 1) upotreba fizičke snage; 2) vezivanje; 3) izdvajanje; 4) upotreba gumene palice; 5) upotreba šmrkova sa vodom; 6) upotreba hemijskih sredstava; 7) upotreba vatrenog oružja. Prilikom primene mere prinude koristi se ona mera koja najmanje ugrožava život i zdravlje lica prema kome se primenjuje, kojom se uspešno savlađuje otpor i koja je srazmerna opasnosti koja preti. Čl. 143 ZIKS-a.

[20] Čl. 145 st. 1 tač. 2 ZIKS-a.

[21] Čl. 29 Pravilnika o merama za održavanje reda i bezbednosti u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija.

da se vatreno oružje može upotrebiti ako se *osuđeni penje* (…), te je jasno da je nije potrebno da osuđeni upotrebljava silu ili pretnju prema drugom licu, u smislu da čini krivično delo.

5. POSTUPAK U SLUČAJU BEKSTVA IZ KAZNENOG ZAVODA

Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija propisuje se i poseban postupak u slučaju bekstva osuđenika iz zatvora.[22] Pripadnik službe za obezbeđenje bez odlaganja preduzima radnje da osuđenog onemogući u bekstvu. O svakom pokušaju bekstva i bekstvu osuđenog, pripadnik službe za obezbeđenje odmah obaveštava upravnika zavoda, koji je dužan da o tome obavesti direktora Uprave. U slučaju bekstva osuđenog, upravnik zavoda obaveštava policiju i sud koji ga je uputio na izvršenje kazne zatvora, naređuje izdavanje poternice i preduzima druge radnje koje su neophodne da se osuđeni u bekstvu liši slobode. Za vreme bekstva osuđenom *ne teče* izvršenje kazne zatvora.[23] Jasan je cilj ovog člana Zakona, koji je usmeran ka tome da se osuđenik što pre pronađe i vrati na izdržavanje kazne, a takođe je sasvim logično da se vreme koje je proveo u bekstvu ne uračunava u trajanje kazne.[24]

6. POSLEDICE PO OSUĐENO LICE KOJE JE POKUŠALO ILI JE POBEGLO IZ KAZNENOG ZAVODA

Ukoliko je osuđeno lice učinilo *krivično delo* bekstvo iz zatvora, tom licu će suditi nadležni sud i izreći sankciju. U slučaju da osuđeno lice odgovara zbog krivičnog dela postavlja se pitanje da li može da odgovara i disciplinski? Dakle, da li može da odgovara i za krivično i za disciplinski prestup. Smatramo da krivična odgovornost ne isključuju disciplinsku. S druge strane, ako je osuđeno lice učinilo *disciplinski prestup* bekstvo iz zatvora, u tom slučaju može mu se izreći disciplinska mera.[25]

---

[22] Vid. Milenko Radoman, *Penologija i kazneno izvršno pravo*, Beograd, 2013, 281-282.

[23] Čl. 147 ZIKS-a.

[24] Interesanto je ovde ukazati na još jedan član ZIKS-a. U slučajevima kada se osuđeni za krivična dela protiv života i tela, protiv polne slobode ili protiv braka i porodice, otpušta sa izdržavanja kazne zatvora, odnosno uslovno otpušta, *kao i u slučaju bekstva iz zatvora*, zavod će obavestiti žrtvu krivičnog dela. Obaveštenje iz stava 1. ovog člana zavod dostavlja žrtvi ako je ona to tražila, i ako procena rizika zavoda ukazuje na potrebu preventivne zaštite žrtve. Čl. 181.

[25] Disciplinske mere su: 1) ukor; 2) ograničenje ili zabrana primanja paketa do tri meseca; 3) oduzimanje dodeljenih proširenih prava i pogodnosti iz člana 129. st. 1. i 2. ovog zakona do tri meseca; 4) ograničenje ili zabrana raspolaganja novcem u zavodu do tri meseca; 5) upućivanje u samicu u slobodno vreme ili tokom celog dana i noći. Ukor se izriče kad zbog prirode učinjenog

Međutim, tu se ne završavaju sve posledice po osuđeno lice. Osuđeno lice zato što je pobeglo ili pokušalo bekstvo iz zatvora (bilo da je učinio krivično delo ili disciplinski prestup), biće premešteno u lošije odeljenje ili grupu u samom zavodu u kojem izdržava kaznu. Da bi se osuđeno lice iz tog lošijeg odeljenja ili lošije grupe vratilo u povoljnije odeljenje ili grupu, trebaće mnogo vremena da protekne. Osim toga, osuđenik se može premestiti u drugi zavoda, koji će po pravilu biti *stroži* u odnosu na zavod iz kojeg se premešta.

Ni ovde se na završavaju posledice po osuđeno lice. Radi se o tome da bekstvo iz zatvora ili pokušaj bekstva može/mora biti prepreka za dobijanje uslovnog otpusta. Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika[26] iz 2009. godine, propisuje se da se ne može uslovno otpustiti osuđeno lice koje je *pokušalo bekstvo ili je pobeglo iz zavoda*. Smatramo da bekstvo ili pokušaj bekstva može biti kvalifikovano kao krivično delo ili disciplinski prestup. Ovo zakonsko rešenje se kasnijim izmenama i dopumama Krivičnog zakonika izmenilo,[27] tako da se sada ne može uslovno otpustiti osuđeni koji je tokom izdržavanja kazne dva puta disciplinski kažnjavan i kome su oduzete dodeljene pogodnosti.[28]

Iako osuđeno lice za jedan pokušaj bekstva ili bekstvo iz zatvora može biti *jednom* disciplinski kažnjen, tako da u tom slučaju nije zabranjeno uslovno otpu-

---

disciplinskog prestupa osuđenog treba samo upozoriti. Disciplinske mere iz stava 2. tač. 2) do 4) ovog člana izriču se kao samostalne mere kad nema osnova ili nije opravdano izreći meru upućivanja u samicu, a ukorom se ne može postići svrha disciplinske mere. Mera upućivanja u samicu i ograničenje ili zabrana raspolaganja novcem u zavodu može se izreći samo za teže disciplinske prestupe. Oduzimanje dodeljenih proširenih prava i pogodnosti prava iz člana 129. st. 1. i 2. ovog zakona i upućivanje u samicu mogu se izreći kumulativno. Čl. 159 ZIKS-a. Detaljno o disciplinskim merama i kažnjavanju osuđenih lica vid. Ivan Milić, Darko Dimovski, Kažnjavanje osuđenih lica – disciplinske mere, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novim Sadu*, br. 1/2016, 219-231; Dragiša Drakić, Ivan Milić, Utvrđivanje istine u disciplinskom postupku koji se vodi protiv osuđenog za vreme izdržavanja kazne zatvora, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novim Sadu*, br. 2/2016, 475-491.

[26] Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009.

[27] Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, *Službeni glasnik RS*, br. 121/2012.

[28] Zakonikom o krivičnom postupku propisuje se: odmah po prijemu molbe za puštanje na uslovni otpust veće će ispitati da li su ispunjeni zakonski uslovi za podnošenje molbe i rešenjem će odbaciti molbu ako utvrdi: 1) da je podneta od strane neovlašćenog lica; 2) da osuđeni nije izdržao dve trećine izrečene kazne zatvora; 3) da je u toku izdržavanja kazne zatvora osuđeni pokušao bekstvo ili je pobegao iz zavoda. Ako ne donese rešenje iz stava 1. ovog člana, veće će zatražiti izveštaj od zavoda u kojem osuđeni izdržava kaznu zatvora o njegovom vladanju i drugim okolnostima koje pokazuju da li je postignuta svrha kažnjavanja, kao i izveštaj poverenika iz organa uprave nadležnog za izvršenje krivičnih sankcija. Vid. čl. 564 Zakonika o krivičnom postupku, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014. Vidimo da zakonodavac prilikom donošenja ovog Zakonika nije vodio računa o tome šta je propisano u Krivičnom zakonikom, jer se po ZKP-u proverava da li je osuđeni pokušao bekstvo ili pobegao iz zavoda, a ne da li je dva puta disciplinski kažnjavan i da li su mu oduzete posebne pogodnosti. Više o ovome vid. Ivan Milić, *Individualizacija kazne zatvora – kriminološki, krivičnopravni i penološki aspekt*, Novi Sad, 2017, 426-427. (doktorska disertacija).

štanje, svakako će to *bekstvo* uticati na sadržaj *izveštaja* od strane zatvorskih vlasti. Drugim rečima, verovatno će izveštaj o tom osuđeniku biti *negatvan,* što će uticati i na donošenje odluke suda o uslovnom otpuštanju.

UMESTO ZAKLJUČKA

Život u kaznom zavodu uređen je strogim pravilima ponašanja, koja su propisana zakonom, kao i velikim brojem podzakonskih akata. Ukoliko se osuđena lica ne ponašaju u skladu sa *zatvorskim pravilima* čini disciplinski prestup, s tim da mogu da učini i krivično delo. Svako osuđeno lice koje pobegne ili pokuša da pobegne iz kaznenog zavoda snosi određenje posledice. Te posledice se ogledaju u krivičnoj ili disciplinskoj odgovornosti. Nakon neuspešnog bekstva ili nakon povrata osuđenika u kazneni zavod, njegov život, u smislu prava i obaveza, se u zavodu menja. Sada osuđenik postaje neko ko se na vlada u skladu sa zatvorskim propisima, *i kojeg treba stalno držati pod ključem.*

Ivan D. Milić, Ph.D., Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
I.Milic@pf.uns.ac.rs

Prison Break – a Criminal Act or Disciplinary Offense?

Abstract: *Currently, in the Republic of Serbia, prison sentence can be served in the penitentiary institution or in the premises where the convicted person resides. If the sentence is served in the penitentiary institution, this means that the convicted person has been separated from the community in which he was and that he is placed in an artificial environment for a certain period of time. It is logical that a convicted person has the desire to move from that artificial community and return to a natural community, and for this there are two ways. The first is a lawful way, such as the expiration of a sentence, by conditional release or cessation of the sentence. The other way is illegal, which is, first of all, escaping from the penitentiary institution. The object of the author's attention is the break from the penitentiary institution, which can be qualified as a criminal act or a disciplinary offense. In addition, the author also points to the disciplinary offense of removal from the institution, which is similar to a prison break. The paper also points to the procedure in case of escape from the institution, as well as the consequences of escape to the convicted person.*

Keywords*: penitentiary institution, break, removal, criminal act, disciplinary offense.*

Datum prijema rada: 01.11.2017.

Originalni naučni rad 341.24:502/504
doi:10.5937/zrpfns51-16001

Dr Dragoljub C. Todić, naučni savetnik
Institut za međunarodnu politiku i privredu u Beogradu
dtodic@ymail.com

ČLANSTVO U MEĐUNARODNIM MULTILATERALNIM UGOVORIMA U OBLASTI ŽIVOTNE SREDINE I GLOBALNI BEZBEDNOSNI IZAZOVI[1]

Sažetak: *U radu se ukazuje na odnose između međunarodnih multilateralnih ugovora u oblasti životne sredine (MMUŽS) globalnog karaktera i savremenih bezbednosnih problema. Naglašava se značaj nekoliko ključnih bezbednosnih izazova (klimatske promene, upravljanje vodnim resursima, zaštita biodiverziteta i upravljanje otpadom i opasnim hemikalijama). Razmatra se pitanje odnosa prema globalnim problemima u oblasti životne sredine od strane članica Saveta bezbednosi UN (SBUN), Republike Srbije (RS) i njoj susednih država članica EU. Za osnovu analize je uzeto pitanje statusa ovih država u 15 MMUŽS čiji je depozitar Generalni sekretar UN. Konstatuje se da ne postoji ujednačno članstvo država članica SBUN u MMUŽS. U nekoliko MMUŽS izostaje članstvo nekih država članica SBUN. Istovremeno, članstvo u najvećem broju imaju države članice EU (kako stalne čanice SBUN, tako i RS susedne države). RS, u pogledu broja ugovora u kojima je strana ugovornica, zaostaje za susednim državama članicama EU.*

Ključne reči: *međunarodni ugovori u oblasti životne sredine, globalna bezbednost, Savet bezbednosti UN, Evropska unija, Republika Srbija.*

1. UVODNA RAZMATRANJA I METODOLOŠKI PRISTUP

U literaturi se ocene stanja životne sredine (ili u vezi sa životnom sredinom) često povezuju sa postojanjem tzv. ekološke krize uz različite interpretacije uzroka

[1] Rad je realizovan u okviru naučnog projekta: „Srbija u savremenim međunarodnim odnosima: Strateški pravci razvoja i učvršćivanja položaja Srbije u međunarodnim integrativnim procesima – spoljnopolitički, međunarodni ekonomski, pravni i bezbednosni aspekti" (br. 179029), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja, za period 2011–2017. godine.

i posledica i naglašavanje bezbednosnih rizika savremenog života.[2] Govori se, npr. o „dramatičnim, neočekivanim i nepovratnim pogoršanjima životne sredine" koja vode značajnom pogoršanju uslova života.[3] Problemi u oblasti životne sredine se povezuju sa različitim drugim bezbednosnim problemima i okolnostima, kao što su eksploatacija prekograničnih prirodnih resursa, sukobi između država, poremećaji u proizvodnji hrane, održivi razvoj, migracije, stanje ljudskih prava, itd.[4] U takvim okolnostima rastući značaj međunarodnih multilateralnih ugovora u oblasti životne srdine (MMUŽS) vezuje se, uglavnom, za posledice rastuće međuzavisnosti i potrebu izgradnje jačih instrumenata saradnje primenjivih od strane što većeg broja država.

U ovom radu se analizira status država u 15 MMUŽS otvorenih za univerzalno članstvo, kojima se regulišu neka od pitanja koja se smatraju globalnim problemima u oblasti životne sredine, a čiji je depozitar Generalni sekretar UN (Poglavlje XXVII).[5] To su: Okvirna konvencija UN o promeni klime, Kjoto protokol, Pariski sporazum, Bečka konvencija o zaštiti ozonskog omotača, Montrealski protokol o supstancama koje oštećuju ozonski omotač, Bazelska konvencija o prekograničnom kretanju opasnih otpada i njihovom odlaganju, Konvencija o biodiverzitetu, Kartagena protokol uz Konvenciju o biodiverzitetu, Nagoja protokol i Nakoja – Kuala Lumpur dopunski protokol o odgovornosti i naknadi štete, Konvencija UN o borbi protiv dezertifikacije u zemljama sa teškom sušom i/ili dezertifikacijom, posebno u Africi, Konvencija o pravu neplovidbenih korišćenja međunarodnih vodotokova, Roterdamska konvencija o postupku davanja saglasnosti na osnovu prethodnog obaveštenja za određene opasne hemikalije i pesticide u međunarodnoj trgovini, Stokholmska konvencija o dugotrajnim organskim zagađujućim supstancama i Minimata konvencija o živi.[6] Pitanje globalog značaja svakog od njih pojedinačno se ne razmatra na poseban način, već se polazi od

---

[2] Za najširi pregled stanja životne sredine videti: Geo 5, Global Environment Outlook, Environment for the future we want, UNEP, 2012. http://web.unep.org/geo/sites/unep.org.geo/files/documents/geo5_report_full_en_0.pdf (8.12.2017). OECD (2012), OECD Environmental Outlook to 2050, OECD Publishing. https://www.naturvardsverket.se/upload/miljoarbete-i-samhallet/internationellt-miljoarbete/multilateralt/oecd/outolook-2050-oecd.pdf (8.12.2017).

[3] Vid. npr. Scott M. Taylor, „Innis Lecture: Environmental crises: past, present, and future", *Canadian Journal of Economics/Revue canadienne d'économique*, 4/2009, 1244.

[4] Vid. Dušan Ž. Nikolić, Sloboda D. Midorović, „Svojinski odnosi i pravo na vodu u epohi masovnih migracija", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2016, 1083–1102. Kyla Tienhaara, „A tale of two crises: what the global financial crisis means for the global environmental crisis", *Environmental Policy and Governance*, 3/2010, 197–208.

[5] Vid. https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=27&subid=A&clang=_en (15.11.2017). Za nazive ovih MMUŽS na engleskom videti sledeće tačke ovog spiska: 2, 2a, 3, 7, 7a, 7d, 8, 8a, 8b, 8c, 10, 12, 14, 15, 17.

[6] Ovde se ne ulazi u posebnu raspravu o tome što se u jednom delu ovih ugovora radi o protokolima uz osnovni međunarodni ugovor, zbog toga što se radi o posebnim ugovorima i status u svakom od njih se iskazuje pojedinačno. Eventualna vezasnost članstva u jednom, prethodnim članstvom u drugom, za potreba ove analize se apstrahuje.

stava da njihov globalan značaj proističe iz činjenice da se radi o ugovorima koji su otvoreni za univerzalno članstvo, odnosno iz broja strana ugovornica.[7]

Kroz poređenje statusa država članica SBUN u MMUŽS pokušava se odgovoriti na pitanje kako se prema globalnim problemima u oblasti životne sredine odnose dražve članice ovog organa, budući da se njegov zadatak odnosi na očuvanje međunarodne bezbednosti.[8] Postojanje sličnosti i razlika između stalnih i ne stalnih članica SBUN može biti interesantno, posebno u kontekstu rasprava o odnosima između razvijenih i zemanja u razviju, odnosno ne razvijenih država. Naravno, u detaljnijoj analizi bi trebalo imatu u vidu ukupnu aktivnost UN u oblasti životne sredine, a ne samo SBUN.[9] Posebno se ukazuje na pitanje članstva Velike Britanije i Francuske, kao stalnih članica SVUN, koje su članice EU.[10] S druge strane, sagledava se status Republike Srbije (RS) u MMUŽS, upoređuje se odnos države kandidata za članstvo u EU prema globalnim problemima u oblasti životne sredine sa odnosom prema ovim problemima od strane država koje su već članice EU (susedne države). Značaj pitanja članstva u MMUŽS država članica EU može biti povezan i sa činjenicom da se EU smatra jednim od glavnih promotera rešavanja problema u oblasti životne sredine, odnosno liderom na globalnom nivou.[11]

2. GLOBALNI MEĐUNARODNI UGOVORI I BEZBEDNOSNI IZAZOVI

Sagledavanje odnosa između stanja u oblasti životne sredine i njihovih bezbednosnih implikacija nije bez teorijskih i praktičnih dilema.[12] Definisanje veza

[7] U radu se ne ulazi posebno u pitanje relevantnosti MUŽS regionalnog karaktera, iako se to pitanje ne bi moglo ignorisati. Ustvari, detaljnija analiza odnosa između MUŽS i bezbednosnih izazova morala bi uvažavati regionalne ugovore (tamo gde postoje), u svim oblastima koje su od značaja za određeno bezbednosno pitanje. Ipak, pitanje odnosa između globalnih, regionalnih i nacionalnih problema u oblasti životne sredine i bezbednosnih izazova zaslužuje posebnu i znatno detaljniju analizu.

[8] Za spisak država članica SVUN vid. http://www.un.org/en/sc/members/ (30.11.2017).

[9] Vid. Hans G. Brauch, „Conceptualising the environmental dimension of human security in the UN“, *International Social Science Journal,* s1/2008, 19–48.

[10] Pitanje izlaska Velike Britanije iz EU ovde se, za potrebe ove analize, ne uzimakao relevantno.

[11] Vid. Christa Uusi-Rauva, „The EU energy and climate package: a showcase for European environmental leadership?“. *Environmental Policy and Governance*, 2/2010, 73–88. Marco de Morpurgo, „The European Union as a Global Producer of Transnational Law of Risk Regulation: A Case Study on Chemical Regulation“, *European Law Journal*, 6/2013, 779–798.

[12] Hugh Dyer, „Environmental security and international relations: the case for enclosure“, *Review of International Studies,* 27/2001, 441–450. Ken Conca, Joe Thwaites, Goueun Lee, „Climate Change and the UN Security Council: Bully Pulpit or Bull in a China Shop?“, *Global Environmental Politics*, 2/2017, 1-20. Daniel Deudney, „Security“, In Andrew Dobson & Robyn Eckersley (Eds.), *Political Theory and the Ecological Challenge* (232-252). Cambridge: Cambridge University Press. 2006.

između ove dve oblasti podložno je različitim kriterijumima. Ovde se polazi od stava da, za potrebe ovog rada, veze između predmeta regulisanja MMUŽS, njihovih ciljeva i instrumenata koji se propisuju, sa bezbednosnim izazovima nije potrebno posebno dokazivati, iako bi u detaljnijoj analizi ovo pitanje moglo biti ispitivano. Ipak, ostaje i pitanje mogućnosti i dometa prava kao tehnike i sredstva za regulisanje pojedinih bezbednosnih pitanja.[13] Polazeći od spiska međunarodnih ugovora čiji je depozitar Generalni sekretar UN (poglavlje XXVII), moglo bi se govoriti o nekoliko globalnih problema koji su postali predmet regulisanja na globalnom nivou i za koje se, istovremeno, u literaturi raspravlja kao o bezbednosnim pitanjima. MMUŽS su grupisani u četiri grupe koje, istovremeno, odražavaju i globalne probleme u oblasti životne sredine. To su: klimatske promene i problemi u vezi sa zagađivanjem atmosfere, upravljanje vodnim resursima, zaštita biodiverziteta i upravljanje opasnim otpadom i opasnim hemikalijama. Pri tom bi trebalo imati u vidu da bi se ova podela, kao i neke druge slične, mogla na različite načine dovesti u pitanje i, u zavisnosti od potreba, na drugačiji način zasnovati, ili bar detaljnije razrađivati.

A) Ako je suditi po naslovima većine članaka koji su posvećeni klimatskim promenama, skoro da ne bi trebalo da bude dilema u pogledu veza između klimatskih promena i rizika globalne prirode.[14] Podaci kojima se ilustruje uticaj klimatskih promena na različite sektore privrede i društva pokazuju, bez obzira na izvesne rezerve, da se radi o globalnom procesu van čijeg uticaja ne ostaje ni jedna država u svetu, sa značajnim uticajima na uslove života velikkog broja stanovnika Planete.[15] U literaturi se razmatra i posebna uloga SBUN u oblasti savremene politike i prava klimatskih promena.[16] Ne bi trebalo da bude spora u pogledu toga da je u sistemu međunarodnih ugovora koji se neposredno odnose na klimatske promene okupljena, na različite načine i do različitog nivoa i karaktera obaveznosti, skoro cela međunarodna zajednica.[17] Okosnicu sistema čini Okvirna

---

[13] Za šire vid. Nicholas Tsagourias, Nigel D. White, *Collective Security,* Cambridge University Press, 2013, 281-296.

[14] Indur, M. Goklany, „Is climate change the number one threat to humanity?", *WIREs Clim Change*, 6/2012, 489–508.

[15] Dostupne su brojne publikacije u kojima se mogu pronaći različiti podaci u vezi sa uzrocima i posledicama klimatskih promena na globalnom, regionalnim i nacionalnim nivoima. Izgleda da izveštaji Međuvladinom panela o klimatskim promenama predstavljaju obaveznu inicijalnu osnovu za bilo kakvu analizu ozbiljnijeg karaktera. Za sašet prikaz novijih podataka ovog tela videti: IPCC, 2014: *Climate Change 2014: Synthesis Report*. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Core Writing Team, Rajendra K. Pachauri and Leo A. Meyer (eds.)]. IPCC, Geneva, Switzerland.

[16] Vid. Darrgh Conway, „The United Nations Security Council and Climate Change: Challenges and Opportunities", *Climate Law*, 1/2010, 375–407.

[17] Moguće je praviti različite klasifikacije i na osnovu različitih kriterijuma definisati međunarodne ugovore koji se odnose na klimatske promene ili su od značaja za klimatske promene. Ipak, ne bi trebalo da bude sporno da je centralni element sistema međunarodnih ugovora u obla-

konvencija UN o promeni klime i nekoliko drugih međunarodnih ugovora u ovoj oblasti, ali bi se širem smislu (imajući u vidu definiciju pojma „klimatske promene“) elementima ovog sistema mogli smatrati svi MMUŽS o kojima se ovde govori i većina drugih međunarodnih ugovora.

B) Podaci kojima se ilustruju različiti aspekti problema u vezi sa upravljanjem vodnim resursima najčešće i nedvosmileno jasno ilustruju, između ostalog, globalne dimenzije i ozbiljnost problema.[18] Istorija međunarodno-pravnog regulisanja odnosa između država povodom korišćenja vodnih resursa kao da potvrđuje svu snagu interesa pojedinačnih država ili grupacija država u vezi sa ovim.[19] Literatura obiluje člancima u kojima se za osnovni predmet razmatranja uzimaju teze koje se odnose na bezbednosne rizike zbog sukoba interesa u vezi sa korišćenjem slatkovodnih resursa, uključujući i oružane sukobe. Neki regioni su predmet posebnih analiza sa stanovišta projekcija razvoja situacije. Upravljanje vodnim resursima okeana i mora u međunarodnom pravu je steklo karakter univerzalne prepoznatljivosti.[20] Međutim, globalne dimenzije problema u vezi sa upravljanjem slatkovodnim resursima mogle bi biti sagledavane, eventualno, tek kroz članstvo velikog broja država u različitim regionalnim međunarodnim ugovorima kojima se regulišu pravila korišćenja vodnih resursa u različite svrhe. Konvencija o pravu neplovidbenih korišćenja međunarodnih vodotokova još uvek nije obezbedila nivo univerzalnosti kakav imaju neki drugi međunarodni ugovori, što zaslužuje

sti klimatskih promena Okvirna konvencija UN o promeni klime koja je u svom članstvu okupila 197 država. Vid. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7&chapter=27&Temp=mtdsg3&clang=_en (26.11.2017). Pariski sporazum o klimi u svom članstvu ima 170 strana ugovornica. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=_en (29.11.2017). Bečka konvencija o zaštiti ozonskog omotača u svom sistemu ima 197 strana ugovornica. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-2&chapter=27&clang=_en (2.12.2018). Za šire o režimu ustanovljenom u oblasti klimatskih promena (u užem smislu reči) i režimu zaštite ozonskog omotača vid. Rodoljub Etinski, „Uporedna analiza međunarodnih režima zaštite ozonskog omotača i promene klime“, *Pravni život*, 12/2012, 175–196.

[18] WWAP (United Nations World Water Assessment Programme). 2015. *The United Nations World Water Development Report 2015: Water for a Sustainable World. Paris*, UNESCO. Patricia Wouters, Sergei Vinogradov, Bjoern-Oliver Magsig, „Water Security, Hydrosolidarity, and International Law: A River Runs Through It“, *Yearbook of International Environmental Law*, 19, 1/2009, 97–134.

[19] Za opis nekih tendencija u međunarodnoj saradnji u oblasti upravljanja vodama videti: Stephen C. McCaffrey, „International Water Cooperation in the 21st Century: Recent Developments in the Law of International Watercourses“, *Review of European Comparative & International Environmental Law*, 1/2014, 4–14.

[20] Konvencija o pravu mora (1982) u svom članstvu trenutno okuplja 168 država, a Konvencija o međunarodnoj pomorskoj organizaciji 172 države. Videti: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp= mtdsg3&clang=_en (27.11.2017), https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-1&chapter=12&clang=_en (26.11.2017).

posebnu analizu.[21] Ugovori kojima se reguliše plovidba bi mogli biti predmet posebne rasprave.

V) Zaštita prirode je u savremenim uslovima postala istovremeno i složeno sistemsko pitanje i oblast sa najkonkretnije razrađenim merama. Globalni rizici proističu iz različitih činilaca koji doprinose degradaciji i gubicima biodiverziteta, odnosno iz globalnog značaja biološke raznosvrsnosti za opstanak života na Zemlji.[22] Globalan značaj biodiverziteta nedvosmisleno je potvrđen i kroz činjenicu da je značajan broj država u članstvu najznačajnijih međunarodnih ugovora u ovoj oblasti. Konvencija o biološkoj raznovrsnosti je jedan od primera, ali bi ovde trebalo imati u vidu i još neke ugovore kojima se regulišu druga srodna pitanja.[23]

Kada se raspravlja o globalnom značaju biodiverziteta trebalo bi imati u vidu i veze između biodiverziteta i dezertifikacije, iako dezertifikacija predstavlja poseban problem sa uzročno-posledičnim uticajima na druge globalne probleme u oblasti životne sredine. Osnovni MMUŽS koji se odnosi na dezertifikaciju (Konvencija Ujedinjenih nacija o borbi protiv dezertifikacije u zemljama sa teškom sušom i/ili dezertifikacijom, posebno u Africi) u svom članstvu okuplja 196 strana ugovornica.[24]

G) Posmatrano sa stanovišta činjenice da je savremeni tehničko-tehnološki razvoj imao za posledicu dramatično povećanje količina i vrsta otpada i narušavanje stanja u životnoj sredini usled proizvodnje i korišćenja različitih opasnih supstanci, ne bi trebalo biti problema u dokazivanju stava da upravljanje opasnim supstancama predstavlja istovremeno i globalni bezbednosni problem.[25] Izvori globalnih rizika proističu iz karaktera opasnih supstanci,[26] količina koje se proizvode i koriste i neodgovarajućeg načina upravljanja. Sva tri MMUŽS u ovoj

[21] Trenutno, ovaj ugovor okuplja 36 država članica. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&clang=_en (26.11.2017).

[22] Secretariat of the Convention on Biological Diversity (2014) *Global Biodiversity Outlook 4*. Montréal.

[23] Konvencija u svom članstvu okuplja 196 strana ugovornica. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-8&chapter=27&clang=_en (26.11.2017).

Na listi strana ugovornica Konvencije o međunarodnoj trgovini ugroženim vrstama divlje faune i flore se nalazi 183 države i međunarodne organizacije. https://www.cites.org/eng/disc/parties/chronolo.php?order=field_country_official_name&sort=asc (15.11.2017).

[24] https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-10&chapter=27&clang=_en (27.11.2017). Ovaj međunarodni ugovor nije predmetno fokusiran na oblast biodiverziteta, ali njegov značaj za oblast biodiverziteta ne može da se ignoriše. Za šire o stanju i rizicima ugrožavanja zemljišta videti: United Nations Convention to Combat Desertification. 2017. *The Global Land Outlook*, first edition. Bonn, Germany.

[25] Vid. *Global Waste Management Outlook, 2015*. UNEP, International Solid Waste Association General Secretariat, Vienna. http://www.zoinet.org/web/sites/default/files/publications/GWMO_report.pdf (10.10.2017).

[26] Za šire o globalnim aspektima upravljanja opasnim hemikalijama videti, npr: *Global Chemicals Outlook – Towards Sound Management of Chemicals*, United Nations Environment Programme, 2013.

oblasti imaju, prema broju strana ugovornica, globalni karakter. Bazelska konvencija okuplja u svom članstvu 186 strana ugovornica,[27] Roterdamska konvencija ima 159 strana ugovornica, a Stokholmska konvencija 181 stranu ugovornicu.[28]

3. STATUS U MMUŽS

3.1. Potpisivanje i stupanje na snagu MMUŽS

U bazi međunarodnih ugovora čiji je depozitar Generalni sekretar UN daju se odvojeni podaci o tome kada su države (i međunarodne organizacije) potpisale međunarodni ugovor, i kada su postale strane ugovornice (t.j. kada su ratifikovale, prihvatile, odobrile, pristupile ili postale članice po osnovu sukcesije). Otuda se ovde, najpre ukazuje na način kako ovih 15 MMUŽS regulišu pitanje njihovog potpisivanja i stupanja na snagu.

A) Posebne odredbe o potpisivanju, odnosno vremenskom periodu u kojem je postojala mogućnost potpisivanja, kao i mestu gde se moglo obaviti potpisivanje sadržane su (obično) završnim delovima MMUŽS. To su: čl. 20. Okvirne konvnencije UN o promeni klime; čl. 24. Kjoto protokola; čl. 20. Pariskog sporazuma o klimi; čl. 12. Bečke konvencije o zaštiti ozonskog omotača; čl. 15. Montrealskog protokola; čl. 34. Konvencije o pravu neplovidbenog korišćenja međunarodnih vodotoka; čl. 33. Konvencije o biološkoj raznovrsnosti; čl. 36. Karategena protokola; čl. 32. Protokola iz Nagoje; čl. 17. Nakoja – Kuala Lumpur dopunskog protokola o odgovornosti i naknadi štete; čl. 33. Konvencije Ujedinjenih nacija o borbi protiv dezertifikacije u zemljama sa teškom sušom i/ili dezertifikacijom, posebno u Africi; čl. 21. Bazelske konvencije o kontroli prekograničnog kretanja opasnih otpada i njihovom odlaganju; čl. 24. Roterdamske konvencije; čl. 24. Stokholmske konvencije; čl. 29. Minimata konvencije o živi.[29]

B) Takođe, svi analizirani međunarodni ugovori sadrže odredbe kojima se propisuje, eksplicitno ili implicitno, da oni podležu „ratifikaciji, prihvatanju, odobravanju ili pristupanju.“[30] (čl. 22. Okvirne konvnencije UN o promeni klime; čl. 24. st.

[27] https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-3&chapter=27&clang=_en (26.11.2017).

[28] https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-14&chapter=27&clang=_en;

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-15&chapter=27&clang=_en (26.11.2017). Minimata konvencija o živi okuplja u svom članstvu 84 strane ugovornice. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-17&chapter=27&clang=_en (26.11.2017).

[29] Ugovorima se propisuje period (godinu dana) u kojem države (i međunarodne organizacije) mogu potpisati ugovor, kao i mesto gde se to može učiniti.

[30] Instrumenti potvrđivanja, prihvatanja, odobravanja ili pristupanja deponuju se kod Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija.

Kjoto protokola; čl. 20. Pariskog sporazuma; Čl. 13. Bečke konvencije o zaštiti ozonskog omotača; čl. 16. Montrealskog protokola; čl. 34. Konvencije o pravu neplovidbenog korišćenja međunarodnih vodotoka; čl. 34. Konvencije o biološkoj raznovrsnosti; čl. 37. st. 1. Kartagena protokola; čl. 33. Protokola iz Nagoje; čl. 18. Nagoja – Kuala Lumpur dopunskog protokola o odgovornosti i naknadi štete; čl. 34. Konvencije Ujedinjenih nacija o borbi protiv dezertifikacije u zemljama sa teškom sušom i/ili dezertifikacijom, posebno u Africi; čl. 22. Bazelske konvencije o kontroli prekograničnog kretanja opasnih otpada i njihovom odlaganju; čl. 25. Roterdamske konvencije; čl. 25. Stokholmske konvencije; čl. 30. Minimata konvencije o živi).

V) Analiza pokazuje da se osnovna razlika između pojedinih MMUŽS u pogledu uslova za njihovo stupanje na snagu[31] ogleda u broju država koje treba da dostave svoje ratifikacione instrumente (ili instrumente o prihvatanju, odobravanju, pristupanju) kao uslovu za stupanje na snagu MUŽS.[32] Najmanji broj država koji se zahteva za stupanje na snagu je kod Bazelske konvencije o kontroli prekograničnog kretanja opasnih otpada i Bečke konvencije o zaštiti ozonskog omotača (20). Ostali ugovori propisuju da broj država treba da bude 30, 35, 40, 50, itd.

Specifična rešenja u pogledu uslova za stupanje na snagu sadrže Kjoto protokol, Pariski sporazum i Montrealski protokol o supstancama koje oštećuju ozonski omotač. U slučaju Pariskog sporazuma o klimi (čl. 21) i Kjoto protokola (čl. 25) propisuju se dva kumulativna uslova. Potrebno je da svoje instrumente o ratifikaciji, prihvatanju, odobravanju ili pristupanju deponuje najmanje 55 strana ugovornica Okvirne konvencije UN o promeni klime,[33] kao i da njihov udeo u ukupnim emisijama ugljendioksida (u 1990. godini za Kjoto protokol) bude najmanje 55%. U slučaju Montrealskog protokola odmah je propisan (čl. 16) datum kada stupa na snagu (1. januar 1989. godine), ali su propisani i uslovi koji moraju biti ispunjeni (bar dve trećine procenjene globalne potrošnje kontrolisanih supstanci i najmanje 11 instrumenata o ratifikaciji, prihvatanju, odobravanju ili pristupanju, kao i ispunjavanje uslova iz stava 1. čl. 17. Konvencije).[34] U suprotnom Protokol stupa na snagu devedesetog dana od datuma kada ovi uslovi budu ispunjeni.

---

[31] Inače, prema odredbama člana 24. Bečke konvencije o ugovornom pravu „ugovor stupa na snagu na način i na dan koji su utvrđeni njegovim odredbama ili sporazumno između država koje su učestvovale u pregovorima." (st. 1). Ukoliko ne postoje takve odredbe ili takav sporazum, ugovor stupa na snagu čim sve države koje su učestvovale u pregovorima budu dale pristanak da budu vezane ugovorom. Ako država izrazi pristanak da bude vezana ugovorom bilo kojega dana nakon stupanja ugovora na snagu, za tu državu ugovor stupa na snagu toga dana, osim ako ugovor određuje drukčije (st. 2. i 3).

[32] Broj dana koji treba da protekne od dana dostavljana ratifikacionih instrumenata je devedeset.

[33] Za šire o odnosima između ovih ugovora vid. Dragoljub Todić, „Pariski sporazum o klimi u sistemu međunarodnih ugovora od značaja za EU integracije Republike Srbije", *Evropsko zakonodavstvo*, br. 58/2016, 111-129.

[34] Traži se deponovanje dvadesetog instrumenta o ratifikaciji, prihvatanju, odobrenju ili pristupanju.

Osim toga, postoje izvesne razlike i u pogledu roka za stupanje na snagu MUŽS za države koje pristupaju ugovoru nakon što je on već stupio na snagu. Obično se, kada se traži protok određenog vremena, traži da to bude 90 dana od dana deponovanja instrumenata ratifikacije, prihvatanja, odobrenja ili pristupanja, ali je u slučaju Pariskog sporazuma o klimi taj rok 30 dana.

3.2. Članstvo u MMUŽS

A) Kada se govori o članstvu u MMUŽS pitanje članstva država stalnih članica SBUN može da ima specifičan značaj, zbog uloge ovog glavnog organa UN, kao u uloge država njegovih članica pojedinačno, posebno onih koje imaju status stalnog člana ovog organa. Ovo, pre svega, zbog osnovne uloge koju SBUN, kao glavni organ UN, ima u vezi sa održavanjem međunarodnog mira i bezbednosti.[35] Ako se pogleda spisak država članica 15 MMUŽS može se uočiti nekoliko stvari.[36] Najpre, članstvo u najvećem broju ugovora (od 15 analiziranih) ima Velika Britanija (14), zatim slede Francuska (13) i Kina (13).[37] Članstvo u najmanjem broju međunarodnih ugovora ima SAD (6). Izostalo je članstvo SAD u sledećim međunarodnim ugovorima: Bazelskoj konvenciji o kontroli prekogračnog kretanja opasnog otpada i njegovom odlaganju, Kjoto protokolu, Konvenciji o biodiverzitetu i sva tri protokola koji su ovde predmet analize, Konvenciji o pravu neplovidbenih korišćenja međunarodnih vodotokova, Roterdamskoj i Stokholmskoj konvenciji.[38] Ruska Federacija je članica 9 međunarodnih ugovora, a slično kao i kod SAD, izostaje članstvo u sledećim međunarodnim ugovorima: tri protokola uz Konvenciju o biodiverzitetu, Konvenciji o pravu neplovidbenih korišćenja međunarodnih vodotokova, Konvenciji UN o borbi protiv dezertifikacije u zemljama sa teškom sušom i/ili dezertifikacijom i Roterdamskoj konvenciji.

Što se tiče članstva u MMUŽS ne stalnih članica SBUN, treba konstatovati da je jedino Švedska članica svih 15 MMUŽS. Japan ima članstvo u 14 MMUŽS. Istovremeno, u grupi država koje imaju status strane ugovornice u najmanjem broju MMUŽS (ukupno 11) nalazi se Italija, zajedno sa Egiptom i Ukrajinom.[39] Broj MMUŽS u kojima su strane ugovornice ostale ne stalne članice SBUN je 12 ili 13 i u ovoj grupi su: Bolivija, Etiopija, Kazahstan, Senegal i Urugvaj.

---

[35] Alexandra Knight, „Global Environmental threats: Can the Security Council protect our Earth?“, *New York University Law Review*, 80/November 2005, 1564. i dalje.

[36] Ovde je uzet u obzir pregled trenutnog stanja članstva država u međunarodnim ugovorima prema podacima sa sajta: https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=27&subid=A&clang=_en (19.11.2017).

[37] Izostaje članstvo obe države (Kine i Francuske) u Nagoja Kuala-Lumpur dopunskom protokolu i Konvenciji o pravu neplovidbenih korišćenja međunarodnih vodotokova.

[38] Nedavno najavljeno povlačenje SAD iz Pariskog sporazuma o klimi ovde nije uzeto kao relevantna činjenica.

[39] Međutim, trebalo bi imati u vidu da je Italija, za razliku od preostale dve spomenute države, potpisnica svih preostalih ugovora.

B) Kao što je već naznačeno, imajući u vidu okolnosti koje se odnose na EU integracije, članstvo RS u MMUŽS ima smisla upoređivati sa članstvom država koje su već članice EU.[40] Susedne države bi i zbog sličnosti u pogledu geografskog položaja, upućenosti na zajedničke prirodne resurse (npr. vodni resursi, itd), mogle predstavljati podesan okvir uporedne analize. U tom smislu, u pogledu statusa RS i susednih država članica EU može se konstatovati sledeće: a) jedino je Mađarska članica svih 15 analiziranih međunarodnih ugovora; b) Bugarska je članica u 14 međunarodnih ugovora, dok su Hrvatska i Rumunija članice 13 međunarodnih ugovora; v) RS je članica 11 analiziranih međunarodnih ugovora, čemu bi trebalo dodati i 2 ugovora koji su potpisani, ali još uvek nisu potvrđeni (Nagoja protokol uz Konvenciju o biodiverzitetu i Minimata konvnecija o živi). Dakle, u odnosu na članstvo država regiona MMUŽS izostaje članstvo RS u dva protokola uz Konvenciju o biodiverzitetu, zatim u Konvenciji o pravu neplovidbenih korišćenja međunarodnih vodotokova i Minimata konvenciji o živi. U odnosu na članstvo dve države stalne članice SBUN koje imaju najmanji broj ugovora u kojima su članice (SAD i Ruska Federacija) postoji podudarnost između RS i ovih država u pogledu statusa u dva protokola uz Konvenciju o biodiverzitetu i u Konvenciji o pravu neplovidbenih korišćenja međunarodnih vodotokova.

ZAKLJUČAK

Imajući u vidu sistem MMUŽS, broj strana ugovornica MMUŽS koji su analizirani, kao i preovlađujuće procene bezbednosnih rizika od kojih se polazi u postojećoj literaturi, relativno jasno bi se moglo govoriti o postojanju nekoliko globalnih problema u oblasti životne sredine (klimatske promene, upravljanje vodnim resursima, zaštita biodiverziteta, upravljanje opasnim otpadom i hemikalijama) koji imaju bezbednosne implikacije. Međutim, uočnjivo je da postoje razlike u pogledu članstva država članica SBUN u analiziranim MMUŽS. Neke države članice SBUN nisu strane ugovornice nekih MMUŽS globalnog karaktera. Posebno je interesantno odsustvo članstva u jednom broju nekih MMUŽS od strane nekih stalnih članica SBUN (SAD i RF). Takođe, ne bi se smela ignorisati razlika između nekih stalnih članica SBUN i ne stalnih članica ovog organa, inače država u razvoju ili ne razvijenih država. Ova pitanja zaslužuju posebnu i znatno detaljniju analizu, uključujući i pitanje unutrašnjih činilaca koji determinišu njihov odnos prema problemima u oblasti životne sredine. U pogledu broja

[40] Ovde se ostavljaju po strani druga pitanja među kojima je i pitanje načina kako je RS regulisala procedura potvrđivanja međunarodnih ugovora. Za neke naznake o tome vid. Dragoljub Todić, „Međunarodni ugovori i (moguće) slabosti procesa potvrđivanja“, *Međunarodna politika* 4/2013, 5–19. Za šire o statusu RS u MMUŽS vid. Vid Vukasović, Dragoljub Todić, *Environmental Law in Serbia*, Kluwer Law International, 63-58.

međunarodnih ugovora u kojima je RS strana ugovornica moglo bi se reći da je ona strana ugovornica najznačajnijih MMUŽS, ali da zaostaje za susednim državama. Susedne države, inače članice EU, su članice većeg (u odnosu na RS) broja MMUŽS, što bi se moglo protumačiti u kontekstu liderskih ambicija EU u oblasti životne sredine. U prilog ovome može biti tumačena i činjenica da su dve stalne članice SBUN, koje su istovremeno i članice EU, strane ugovornice najvećeg broja MMUŽS. U celini posmatrano, izgleda da bi percepcije o postojanju globalnih problema u oblasti životne sredine mogle da se dakazuju samo u odnosu na neke kriterijume. Globalni značaj nekih problema u oblasti životne sredine, kao bezbednosnih izazova, ako se za kriterijum uzme odnos članica SBUN prema ovim pitanjima, mogao bi biti, do izvesne mere, osporen. Ovo posebno ako se ima u vidu snaga i uticaj koji imaju dve stalne članice SBUN (čije članstvo u nekim MMUŽS delimično izostaje), kao i njihov doprinos degradaciji stanja životne sredine, ukupnim emisijama zagađujućih materija, itd. Naravno, ovo zaslužuje da bude podvrgnuto detaljnijoj analizi uz razradu posebne metodologije i korišćenje dodatnih i preciznijih kriterijuma.

Dragoljub C. Todić, Ph. D., Professorial Fellow
Institute of International Politics and Economics Belgrade
dtodic@ymail.com

Membership in Multilateral Environmental Agreements and Global Security Challenges

Abstract: *The paper points to the relations between multilateral environmental agreements (MEAs) with global characteristics and contemporary security problems. Starting from the existing architecture of MEAs, the importance of several key global security challenges (climate change, water resource management, biodiversity protection, waste management and hazardous chemicals) has been ephasised. Status of the members of the UN Security Council, Republic of Serbia (RS) and RS' neighboroughing countries (EU members) in MEAs is overviewed. The basis of the analysis is 15 MEAs open for universal membership, whose depository is the UN Secretary General. It is noted that there is no uniform membership of the states UN Security Council' memebers in the MEAs. Some of the UN Security Council's members are not contracting party in several MEAs. At the same time, EU member states (those who are permanent meembers of the UN Security Council, as well as RS neighboring EU countries) are members of majority of the MEAs. RS, in terms of the number of MEAs where is a contracting party, lags behind the neighboring states EU members.*

Keywords: *international environmental agreements, global security, UN Security Council, EU, Republic of Serbia.*

Datum prijema rada: 13.12.2017.

Pregledni članak 351.941:342.7(497.11)
doi:10.5937/zrpfns51-15856

Mr Dragana S. Petković, viši savetnik, Zaštitnik građana
draganapetkovicbs@gmail.com

Vladimir D. Milošević, savetnik, Zaštitnik građana
vladeemilosevic@gmail.com

KONTROLA RADA ORGANA UPRAVE OD ZAŠTITNIKA GRAĐANA REPUBLIKE SRBIJE – PROBLEMSKI PRISTUP

Sažetak: *Položaj i uloga Zaštitnika građana u pravnom sistemu Republike Srbije definisani su Ustavom Republike Srbije iz 2006. godine i Zakonom o Zaštitniku građana. Zaštitniku građana je povereno u nadležnost da štiti prava građana i kontroliše rad organa uprave. Kako bi ovaj organ mogao uspešno da obavlja poverene zadatke, zakon normira poseban postupak kontrole rada organa uprave, različit od upravnog postupka, na koga se zakonske odredbe ne pozivaju čak ni u svrhu popunjavanja pravnih praznina. Normativno uređenje postupka kontrole koji sprovodi Zaštitnik građana zaslužuje detaljnu obradu, uz poseban osvrt na pravnu praksu s ciljem sagledavanja i predlaganja de lege ferenda izmena zakonskih odredbi. U svojoj kratkoj desetogodišnjoj istoriji, Zaštitnik građana se, sprovodeći postupak kontrole rada organa uprave, u svim njegovim fazama susretao sa brojnim problemima i dilemama za koje postojeće zakonske norme nisu predvidele gotova rešenja. U ovom radu su izloženi normativno uređenje postupka kontrole koji vodi Zaštitnik građana i iskustva stečena u praksi koja bi se mogla pokazati dragocenim prilikom narednog normativnog uređivanja ove materije.*

Ključne reči: *Zaštitnik građana, kontrola, organi uprave ljudska i manjinska prava i slobode.*

1. UVOD

Ustavom Republike i Srbije i Zakonom o Zaštitniku građana – ZZG[1] u pravni sistem Republike Srbije uveden je Zaštitnik građana kao poseban, nezavisan

[1] „Službeni glasnik RS“, br. 79/05 i 54/07.

državni organ, sa zadatkom da štiti prava građana i kontroliše rad organa državne uprave, organa nadležnog za pravnu zaštitu imovinskih prava i interesa Republike Srbije, kao i drugih organa i organizacija, preduzeća i ustanova kojima su poverena javna ovlašćenja.[2] U ovom radu autori će pokušati kroz analizu postojećih zakonskih rešenja, njihovu dosadašnju primenu u praksi od izbora prvog Zaštitnika građana 29. juna 2007. godine da približe čitaocu sliku o postupku kontrole Zaštitnika građana nad radom organa uprave u pravnom sistemu Republike Srbije.[3] Takođe, u ovom radu će se ukazati na nužne korekcije postojećih zakonskih rešenja. Cilj ovog rada je da potvrdi kako je, imajući u vidu da je postupku kontrole u zakonskom tekstu posvećeno samo devet članova, Zaštitnik građana uspeo kroz praksu da sprovede zakonodavčeve zamisli u delo i sopstvenim rešenjima popuni postojeće pravne praznine, kreirajući tako jedan postupak pomoću kojeg je uspešno vršio svoju zaštitnu i kontrolnu funkciju i na čijim osnovama se mogu da grade buduće izmene i dopune Zakona o Zaštitniku građana.

2. POSTUPAK KONTROLE

Izlaganje o postupku kontrole nad radom organa uprave podelićemo u četiri dela – inicijativu za pokretanje postupka, odlučivanje o pokretanju postupka, postupak u užem smislu – vođenje postupka i okončanje postupka. Pored toga, dotaći ćemo se i nekoliko važnih problema koji su direktno u vezi sa vođenjem postupka pred Zaštitnikom građana i koji zaslužuju posebnu obradu, a koji se tiču izvršenja njegovih preporuka, rokova za postupanje i jednostepenosti postupka pred Zaštitnikom građana.

2.1. Inicijativa za pokretanje postupka

Inicijativa za pokretanje postupka kontrole rada organa uprave pred Zaštitnikom građana može doći iz dva iz izvora. Jedan je „neposredno“ saznanje Zaštitnika građana da postoje razlozi za pokretanje postupka. Drugi, mnogo češći, jeste da je pritužbu podneo građanin u kojoj se izražava sumnja u pravilnost određenog postupanja organa uprave.

Do neposrednog saznanja da postoje razlozi za pokretanje postupka nadzora nad radom organa uprave, Zaštitnik građana može da dođe na više načina: 1) ako je Zaštitnik građana ili neko od njegovih zaposlenih bio lično prisutan u momentu kada je došlo do spornog postupanja, 2) ako je do takvih saznanja došao iz štampe i sredstava javnog informisanja, 3) iz pritužbe dostavljene Zaštitniku građana (govorimo o mogućnosti da, analizirajući pritužbu kojom se pritužilac

[2] Čl. 1 st. 1. ZZG.

[3] Više o tome videti: Dragan Milkov, „Zaštitnik građana Republike Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1-2/2008, str. 198.

požalio na određeno postupanje organa uprave, Zaštitnik građana u njenim navodima pronađe informacije koje ukazuju na neki drugi propust u radu istog ili drugog organa) i 4) kada tokom vođenja postupka kontrole sazna za mogućnost da su isti ili drugi organ načinili neki drugi propust u radu, povodom koga se ne vodi postupak pred Zaštitnikom građana.

Kao što je napomenuto, drugi način saznanja za postojanje potencijalnog propusta u radu organa uprave jeste iz podnete pritužbe. Zakon o Zaštitniku građana na pojam „građanin" gleda veoma široko, te se prema čl. 1. st 3. Zakona građanima smatraju 1) fizička lica koja su domaći državljani, 2) fizička lica koja su strani državljani, 3) domaća pravna lica i 4) strana pravna lica. Svako od ovih lica, pod uslovom da su o njihovim pravima i obavezama odlučivali organi uprave, ima pravo da neposredno ili preko punomoćnika podnese pritužbu Zaštitniku građana na postupanje ili nepostupanje organa uprave čijim radom je nezadovoljno.[4]

Pritužba je akt (najčešće pisani) kojim građanin obaveštava Zaštitnika građana da su aktom, radnjom ili nečinjenjem organa uprave povređena njegova prava. Podnosi se lično ili preko zastupnika koji uz pritužbu mora da dostavi ovlašćenje za zastupanje.

Zakon o Zaštitniku građana ne reguliše detaljnije pitanje podnošenja pritužbe preko punomoćnika (osim što propisuje da u slučaju povrede maloletnog deteta pritužbu u njegovo ime mogu podneti roditelj ili zakonski zastupnik, dok u slučaju povrede prava pravnog lica poverava pravo na podnošenje pritužbe licu ovlašćenom za njegovo zastupanje), niti upućuje na primenu normi sadržanih u drugim zakonima, što je moglo da dovede do nedoumica u radu u situacijama kada je pritužba podnošena preko drugog lica.[5] U praksi nije došlo do značajnijih problema kada su u pitanju pritužioci koji su fizička lica – omogućeno je podnošenje prituži u njihovo ime i u slučajevima zakonskog i u slučajevima voljnog zastupništva.[6] Priznavano je svojstvo punomoćnika i profesionalnim punomoćnicima – advokatima isto kao i licima koja nemaju formalno pravno obrazovanje. Ovla-

[4] Vid. čl. 25. st. 1. ZZG.

[5] Vid. čl. 25. st. 2. ZZG.

[6] To ne znači da nikakvih nedoumica nije bilo. Na primer, u praksi se pojavilo pitanje kome treba dostavljati podneske u daljem radu po pritužbi koju je u ime građanina fizičkog lica podneo punomoćnik posebno u slučaju kada je punomoćnik advokat. U tom pogledu su se pojavila tri shvatanja i time načina postupanja. Prema prvom, nadalje sva obaveštenja i odluke treba dostavljati isključivo punomoćniku pritužioca. Ovo stanovište zasniva se na shvatanju da je pritužilac podneo pritužbu preko punomoćnika upravo zato što je želeo da neko drugi umesto njega pokrene postupak pred Zaštitnikom građana i dalje prati njegovo odvijanje. Drugo shvatanje, prema kome nakon podnošenja pritužbe treba komunicirati samo sa pritužiocem, osim ako on ne izrazi drugačiju želju, počiva na stavu da Zaštitnik građana pokreće postupak kako bi zaštitio pritužiočeva prava i to čini besplatno, te nema potrebe za posrednikom između njega i pritužioca. Prema trećem, koje je najpraktičnije, odluke i obaveštenja treba dostavljati i stranci i njegovom punomoćniku, kako bi sva lica koja imaju bilo kakav interes bila upućena u njihovu sadržinu. Pravna praksa dostupna na zvaničnoj internet prezentaciji: *www.zastitnik.rs.*

šćenim zastupnicima pravnih lica u praksi su smatrani ne samo njihovi zakonski i statutarni zastupnici, već i lica kojima je u skladu sa pravnim propisima preneto ovlašćenje za njihovo zastupanje. Izvesni problemi u radu, koji su prouzrokovali različita postupanja, javili su se kod podnošenja pritužbi od lica lišenih poslovne sposobnosti u pogledu toga da li ona mogu pritužbu podneti lično ili samo preko zastupnika, odnosno staratelja. Analizom odredbe čl. 25. st. 2. ZZG i relevantnih odredbi Porodičnog zakona,[7] koristeći se pravilima ciljnog tumačenja i analogije, može se zaključiti da lice lišeno poslovne sposobnosti ima sposobnosti kao i dete pod roditeljskim staranjem, te da u njegovo ime pritužbu može da podnese njegov staratelj.[8] Postavlja se pitanje, u situaciji kada pritužbu podnese lice lišeno poslovne sposobnosti ili neko treće lice u njegove ime koje nije njegov staratelj, da li treba obavestiti staratelja tog lica i zahtevati njegovu saglasnost za vođenje postupka kontrole ili posredovanja ili se može postupati po sopstvenoj inicijativi.[9]

Pritužba se podnosi u pisanoj formi ili usmeno na zapisnik.[10] Zakon o Zaštitniku građana izričito određuje da ona mora da sadrži:[11]

1) **Naziv organa na čiji se rad odnosi**. Navođenje naziva organa je neophodno kako bi se razlučilo da li se pritužba uopšte odnosi na postupanje organa čiji rad je Zaštitnik građana nadležan da kontroliše.

2) **Opis povrede prava**. Potreban je detaljniji opis u čemu se ogleda povreda prava pritužioca, najpre, kako bi se utvrdilo koje ili koja su konkretno pritužiočeva prava povređena ili ugrožena, odnosno da li je uopšte u pitanju ljudsko ili manjinsko pravo ili sloboda koje može da se štiti u postupku pred Zaštitnikom građana.

3) **Činjenice i dokaze koji potkrepljuju pritužbu**. Zaštitnik građana je, svakako, i sam nadležan da tokom sprovođenja postupka utvrđuje činjenično stanje i prikuplja dokaznu građu s ciljem odlučivanja po podnetoj pritužbi. To, me-

---

[7] „Službeni glasnik RS“, br. 18 /05, 72/11- dr. zakon i 6/15.

[8] U praksi Zaštitnika građana se po ovom pitanju različito postupalo. Tako je u pojedinim slučajevima postupano po pritužbama lica lišenih poslovne sposobnosti iako pritužbu nije podneo staratelj tog lica (npr. lice lišeno poslovne sposobnosti je podnelo pritužbu ili neko treće lice u njegovo ime, što je najčešće bio srodnik). U drugim slučajevima, odlučivalo se da li ima osnova za postupanje Zaštitnika građana po sopstvenoj inicijativi. U trećim slučajevima, o pritužbi se obaveštavao staratelj ukoliko je bilo poznato ko vrši strarateljstvo. Dostupno na *www.zastitnik.rs.*

[9] Ipak smatramo da ova situacija neće izazivati dileme u primeni ukoliko dođe do izmena normi Porodičnog zakona kojim je regulisan institut lišenja poslovne sposobnosti i od kojih se očekuje da institut potpunog lišenja poslovne sposobnosti uklone iz našeg pravnog poretka u skladu sa Konvencijom o pravima osoba sa invaliditetom i („*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori“, br. 42/09)* i međunarodnim standardima.

[10] Čl. 26. st. 1. ZZG. Zaštitnik građana je omogućio građanima da podnose pritužbe i u elektronskom obliku, pri čemu se od elektronskih verzija pritužbi ne traži da ispunjavaju uslove za punovažnost predviđene propisima o elektronskim dokumentima. Kako bi olakšao podnošenje pritužbi građanima ovim putem, Zaštitnik građana je ne svom sajtu učinio dostupnim formulare za podnošenje pritužbi, koje je veoma jednostavno popuniti i poslati elektronskom poštom na adresu ovog organa.

[11] Čl. 27. ZZG.

đutim, ne znači da pritužilac u pritužbi ne bi trebalo da iznese sve činjenice i dokaze koji mu idu u prilog.

4) **Podatke o tome koja su pravna sredstva iskorišćena**. Ove informacije se traže od pritužilaca zbog toga što je čl. 25. st. 3. propisano da je pre podnošenja pritužbe podnosilac dužan da pokuša da zaštiti svoja prava u odgovarajućem pravnom postupku. Stavom 4. istog člana, Zaštitnik građana je obavezan da uputi podnosioca pritužbe na pokretanje odgovarajućeg pravnog postupka, ako je predviđen, a zabranjeno mu je da pokrene postupak kontrole rada organa državne uprave sve dok ne budu iscrpljena sva pravna sredstva koja su podnosiocu pritužbe na raspolaganju.

U dosadašnjem radu, Zaštitnik građana je široko tumačio ovu odredbu u smislu koja je to sve pravna sredstva trebalo da iskoristi pritužilac u određenom slučaju. Tako se, u situaciji kada je o pravima podnosioca pritužbe rešavano u opštem upravnom postupku, od podnosioca pritužbe zahtevalo da je podneo žalbu, pa i tužbu, (i da je okončan postupak po njegovoj žalbi!), ali ne i da je koristio vanredna pravna sredstva, ustavnu žalbu, sredstva pred međunarodnim telima, kako bi Zaštitnik građana mogao da postupa po podnetoj pritužbi. I obrnuto, u slučaju da podnosilac pritužbe nije podnosio žalbu na rad organa uprave ili jeste, ali žalbeni postupak nije okončan, Zaštitnik građana ga je upućivao da iskoristi ovo pravo**.**

Ovde se osnovano postavlja pitanje šta se podrazumeva pod pravnim sredstvima. Tumačeći pojam *pravna sredstva* dolazimo do saznanja da se ovde radi o svim delotvornim sredstvima koja se u jednom konkretnom slučaju mogu iskoristiti, kako sredstvima koja se koriste pred nacionalnim institucijama, tako i sredstvima koja se koriste pred međunarodnim institucijama. To su: žalba, prigovor, urgencija, tužba, vanredna pravna sredstva, obraćanje inspekcijskim organima, ustavna žalba, tužba Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu, pa i pojedinačne predstavke pred međunarodnim telima.[12]

5) **Podatke o podnosiocu pritužbe.** Očigledno, razlog zbog koga su Zaštitniku građana potrebni pritužiočevi podaci krije se u tome što Zakon propisuje da, osim u izuzetnim slučajevima, Zaštitnik građana neće postupati po anonimnim pritužbama.[13]

2.2. Odlučivanje o pokretanju postupka

Prilikom donošenja odluke o pokretanju postupka kontrole Zaštitnik građana ima, suštinski, tri opcije na raspolaganju: da zatraži dopunu pritužbe, da iz nekog od zakonom predviđenih razloga odluči da ne pokrene postupak kontrole rada organa uprave i da pokrene postupak kontrole nad radom organa uprave.

[12] Saša Janković, „Načelo oportuniteta u radu Zaštitnika građana“, *Časopis Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu*, 2012, str. 293.

[13] Vid: D. Milkov, „Specijalizovani ombudsmani“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2007, str. 110.

Pažljivom analizom odredbi člana 28. ZZG, može da se zaključi da se postupak kontrole rada organa uprave ne pokreće samim podnošenjem pritužbe, već odluku o tome donosi Zaštitnik građana.[14]

Postoje dve vrste razloga zbog kojih Zaštitnik građana može doneti odluku da ne pokrene postupak po podnetoj pritužbi (i posledično, dve vrste odluka kojima se negativno odgovara na inicijativu za pokretanje postupka). U prvom slučaju, postupak se ne pokreće zbog toga što pritužba sadrži neki zakonom predviđeni nedostatak zbog koga je nemoguće pokrenuti postupak kontrole nad radom organa uprave, to jest, zato što ne postoje uslovi za pokretanje postupka. Tada govorimo o odbacivanju pritužbe. U drugom slučaju, uprkos tome što pritužba sama po sebi nema nikakvih nedostataka, uvidom u njenu sadržinu se može utvrditi da nema razloga za pokretanje postupka. Dakle, postoje formalni uslovi za pokretanje postupka kontrole, ali ne postoji potreba za njegovim pokretanjem, jer je očigledno da je pritužba neosnovana. Tada govorimo o odbijanju pritužbe.

Pritužba se odbacuje u sledećim situacijama:

1) Kada predmet pritužbe ne spada u nadležnost Zaštitnika građana, jer se ne odnosi na rad organa državne uprave, državnog pravobranilaštva i organa i organizacija, preduzeća i ustanova kojima su poverena javna ovlašćenja.[15] U pitanju su pritužbe podnete protiv subjekata čiji rad je Zaštitniku građana zabranjeno da kontroliše i protiv subjekata koji nisu organi državne uprave niti nosioci poverenih javnih ovlašćenja (privredna društva i fizička lica).[16]

2) Ukoliko je podneta nakon isteka roka za podnošenje. Kao što smo već napomenuli, čl. 26. st. 2. ZZG predviđeno je da se pritužba može podneti najkasnije u roku od jedne godine od izvršene povrede prava građana, odnosno od poslednjeg postupanja, odnosno nepostupanja organa uprave u vezi sa učinjenom povredom prava građana. U slučaju da je pritužba podneta posle isteka navedenog roka, Zaštitnik građana odbacuje takvu pritužbu kao neblagovremenu.[17] Osim

---

[14] *Ibid.* str. 292.

[15] Više o tome videti: D. Milkov, „Javne agencije u Srbiji – slučajna greška ili loša namera" *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2014, str. 35.

[16] Poseban slučaj su pritužbe u kojima se ukazuje na propuste u radu organa lokalne samouprave. Zaštitnik građana je zauzeo stav i praksu u svom radu da kontroliše njihovo postupanje kada postoji mogućnost da je njihovim činjenjem ili nečinjenjem došlo do povrede odredbi Ustava RS, zakona i drugih republičkih propisa. Ukoliko se pritužba odnosila na povredu propisa jedinica lokalne samouprave, tada je Zaštitnik građana odbacivao pritužbu zbog nenadležnosti i prosleđivao je lokalnom ombudsmanu. Problem je što je, do 2017. godine, u veoma malom broju opština i gradova zaživela institucija lokalnog ombudsmana. Takođe, kada su u pitanju pritužbe iz domena nadležnosti Autonomne pokrajine Vojvodine, prosleđivao je takve pritužbe Zaštitniku građana-ombudsmanu AP Vojvodine. Vid. *www.zastitnik.rs*.

[17] I ovde je u radu dolazilo do nedoumica kada je u pitanju nečinjenje organa uprave da li da se pritužba uzme u rad iako je proteklo više od godinu dana od poslednjeg nepostupanja organa uprave. Po ovom pitanju su u dosadašnjem radu Zaštitnika građana postojale različita prakse, tako da se dešavalo da se postupa po pritužbama iako je proteklo više od godinu dana od poslednjeg

toga, u prelaznim i završnim odredbama izričito je propisano da Zaštitnik građana neće postupati po slučajevima nastalim pre stupanja na snagu ovog zakona.[18]

3) Kada je pritužba preuranjena. U pitanju je situacija kada pritužilac podnese pritužbu pre nego što iskoristi sva pravna sredstva koja su mu na raspolaganju.

4) Ukoliko je pritužba neuredna, odnosno ako joj nedostaju sledeći elementi za koje smo naveli da je neophodno da sadrži, a pritužilac ni u naknadno ostavljenom roku nije uredio pritužbu.

5) Kada je pritužba anonimna. Izuzetno, Zaštitnik građana će na osnovu anonimne pritužbe pokrenuti postupak kontrole rada organa uprave, ako na osnovu navoda iz pritužbe oceni da ima osnova za njegovo postupanje. Ovakvom formulacijom ostavljeno je široko diskreciono ovlašćenje Zaštitniku građana za pokretanje postupka kontrole po anonimnim pritužbama. Ono je veoma značajnu u situacijama kada se u pritužbama ukazuje na povrede prava koje se odnose na veći broj građana, a pritužilac se plaši da će biti izložen dodatnom šikaniranju od organa uprave. Ove pritužbe u nekim slučajevima predstavljaju značajan izvor podataka o radu organa uprave, a ponekad može biti osnova za njihovo prosleđivanje i drugim nadležnim organima.

Izuzetak iz čl. 25. st. 5. Zakona o Zaštitniku građana. Navedenom odredbom predviđen je poseban izuzetak od pravila da se ne pokreće postupak po pritužbi ako njen podnosilac nije iskoristio sva raspoloživa pravna sredstva. Prema ovoj odredbi, Zaštitnik građana, izuzetno, može pokrenuti postupak i pre nego što su iscrpljena sva pravna sredstva: 1) ako bi podnosiocu pritužbe bila naneta nenadoknadiva šteta, 2) ako se pritužba odnosi na povredu principa dobre uprave, 3) ako se odnosi na posebno nekorektan odnos organa uprave prema podnosiocu pritužbe, 4) ako se odnosi na neblagovremen rad ili 5) se odnosi na druga kršenja pravila etičkog ponašanja zaposlenih u organima uprave.

Dosadašnja praksa Zaštitnika građana pokazuje da je ovaj organ u nekim slučajevima, nakon što bi sagledao celokupnu situaciju u kojoj se našao pritužilac, reagovao pozivajući se na razloge efikasnosti i pravičnosti uprkos tome što je još uvek bio u toku upravni spor.[19] Ovo je značajan primer korišćenja ovlašćenja za pokretanje postupka u situaciji kada nisu iskorišćenja sva pravna sredstva. Imajući u vidu da u našem pravosuđu postupci pred Upravni sudom neretko traju neopravdano i neprimereno dugo i da se ne očekuje da će se to promeniti u skorije vreme imajući u vidu rezultate reforme pravosuđa, na ovaj način se doprinosi boljoj zaštiti prava pritužioca. O lošem radu i problemima u postupanju pravo-

nepostupanja organa, s obrazloženjem da je u pitanju stanje, odnosno povreda koja i dalje traje. U drugim slučajevima upućivali su se pritužioci da se ponovo obrate organu podneskom, tzv urgencijom. Vid. *www.zastitnik.rs.*

[18] Član 43. ZZG.

[19] Ovo ovlašćenje je najčešće korišćeno u slučaju pritužbi osetljivih grupa građana, npr. u postupcima tuđe nege i pomoći, kada se lice, osoba sa invaliditetom, nalazi u teškoj materijalnoj i životnoj situaciji. Vid. *www.zastitnik.rs.*

sudnih organa, o čemu je došao do saznanja na osnovu obraćanja građana, Zaštitnik građana je ukazivao u svojim redovnim godišnjim izveštajima.[20]

U primeni citirane odredbe javila se nedoumica na koji način postupati po pritužbi kada pritužilac nije podnosio ni žalbu niti tužbu, a rokovi za njihovo podnošenje protekli su prilikom obraćanja Zaštitniku građana. Autori ovog teksta smatraju da su citirane odredbe čl. 25. ZZG dovoljno jasne i da ne ostavljaju mesta različitom tumačenju. Naime, odredba stav 3. ovog člana kaže da je „pritužilac dužan da pokuša da zaštiti svoja prava u odgovarajućem postupku", a odredba stav 5. „da može pokrenuti postupak i pre nego što su iscrpljena sva pravna sredstva". Prema tome, pritužiocu je nametnuta zakonska obaveza da koristi pravna sredstva koja su mu na raspolaganju u konkretnoj spornoj situaciji za zaštitu svojih prava. Zakon ne ostavlja mogućnost da se ceni da li postoji pritužiočeva krivica za propuštanje, odnosno da li je do njega došlo zato što je bio nezainteresovan za korišćenje pravnih sredstava ili nije bio u mogućnosti da ih koristi. Očigledno je da zakonodavac očekuje od građana da budu aktivni i angažovani u zaštiti svojih prava, jer obraćanje Zaštitniku građana nije predviđeno kao zamena za postojeća pravna sredstva u postupcima ostvarivanja i zaštite njihovih prava.

U praksi Zaštitnika građana, navedeno diskreciono ovlašćenje za pokretanje postupka kontrole u izuzetnim situacijama ustalilo se kao pravilo. Retke su bile situacije gde su stranke iskoristile sva pravna sredstva za zaštitu svojih prava.[21]

Shodno tome, nužno je možda izvršiti korekciju ove pravne norme kako bi se ubuduće izbegla njena različita tumačenja i kritike stručne javnosti zbog široke primene ovog izuzetka u praksi, budući da je pravilo da izuzetke u pravu treba restriktivno tumačiti. Prema mišljenju pojedinih teoretičara, korekcija odredbe čl. 2. st. 5. ZZG treba da se ogleda u brisanju reči „Izuzetno".[22]

Takođe, treba uvek imati u vidu da predmetna odredba koristi određene pravne standarde kojima Zaštitnik građana treba da se rukovodi u svom radu kada procenjuje da li su ispunjeni uslovi za njenu primenu (npr. principi dobre uprave, nenadoknadiva šteta, posebno nekorektno postupanje i dr.). Tumačenje ovih pravnih standarda će se ceniti u zavisnosti od okolnosti svakog konkretnog slučaja (tako, odugovlačenje postupka je očigledno kod predugog trajanja postupka kada je stranka staro lice ili lice čije je zdravstveno stanje ugroženo, a veoma nedoličnim ponašanjem prema stranci smatra se obraćanje uvredljivim rečnikom ili neprimerenim tonom, izbacivanje stranke iz kancelarije, nedozvoljavanje ulaska u zgradu organa uprave i dr.). Inače, Zaštitnik građana je izradio Predlog Kodeksa dobre uprave koji je poslao Narodnoj skupštini na usvajanje, ali koji još uvek nije usvojen.[23]

---

[20] Redovni godišnji izveštaja za 2015. godinu, str. 33-37. http://www.ombudsman.rs/attachments/article/1431/Godisnji%20izvestaj%20Zastitnika%20gradjana%20za%202015%202.pdf.

[21] Dostupno na zvaničnoj internet prezentaciji ZG www.zastitnik.rs.

[22] S. Janković, str. 298.

[23] Dostupno na: http://www.ombudsman.rs/index.php/140-twinning/twinning/913-e-e.

Odbijanje pritužbe. Zaštitnik građana odbija pritužbu onda kada su formalno ispunjeni svi uslovi za pokretanje postupka kontrole rada organa uprave, odnosno nije prisutan nijedan razlog zbog koga bi pritužbu bilo potrebno odbaciti, ali je već iz navoda sadržanih u pritužbi, s jedne strane, i propisa koji se primenjuju na konkretan slučaj, s druge, očigledno da organ uprave nije postupao nepravilno ili nezakonito, niti je njegovim postupanjem prouzrokovana povreda prava pritužioca. Tada se pritužilac o ovim činjenicama obaveštava aktom Zaštitnika građana.[24] Za ovakvo postupanje Zaštitnika građana nema osnova u važećem zakonu, ali se za takvim rešenjem ukazala potreba već u prvim godinama rada. Povodom toga, postavilo se pitanje da li Zaštitnik građana u opisanoj situaciji ipak treba striktno da se drži zakonskih odredbi, pokrene postupak kontrole i pruži organu uprave priliku da se izjasni na navode iz pritužbe i time dodatno potvrdi tačnost početnog stava. Smatramo da ovakvo odbijanje pritužbe od strane Zaštitnika građana treba normirati novim izmenama i dopunama ZZG, a da do tada bi ovaj vid postupanja trebalo krajnje restriktivno primenjivati.

Zakonom o Zaštitniku građana nije predviđeno šta bi trebalo da se uradi kada u toku postupka nastupi smrt stanke ili dođe do uklanjanja pravnog lica iz pravnog prometa. U dosadašnjoj praksi, po ugledu na postupke koji su regulisani drugim procesnim zakonima, Zaštitnik građana je tada obustavljao postupke kontrole rada organa uprave. O završetku postupka zbog smrti stranke obaveštavan je organ uprave nad čijim radom je pokrenut postupak kontrole. Naravno, Zaštitnik građana nije završavao postupak ukoliko su na njegovom nastavljanju insistirali članovi porodice preminulog ili je bila u pitanju povreda koja se odnosila na veći broj subjekata.[25]

Pored toga, sadašnjim zakonom nije predviđeno ni na koji način Zaštitnik građana treba da postupa kada primi pritužbu koja je uvredljive i neprimerene sadržine ili predstavlja zloupotrebu prava na pritužbu.[26]

2.3. Problemi vođenja postupka kontrole rada organa uprave

U slučaju da Zaštitnik građana nađe da ne postoji nijedan od Zakonom predviđenih razloga za odbacivanje pritužbe i da pritužba nije očigledno neosnovana,[27] Zaštitnik građana će pokrenuti postupak kontrole rada organa uprave.

---

[24] Dostupno na: *www.zastitnik.rs*.

[25] Npr. pritužba nekoliko zaposlenih u jednom privrednom subjektu na postupanje nadležnih organa uprave ili pritužba na rad lokalnih inspekcijskih organa kada je u pitanju uređenje kanala i vodotoka. Dostupno na: http://www.ombudsman.rs/index.php/2012-02-07-14-03-33.

[26] Ovaj vid obraćanja uredile su pojedine zemlje poput Slovenije čijim je Zakon o varuhu človekovih pravic, *Uradni list RS, št. 71/1993, 15/1994 – popr., 56/2002 – ZJU, 109/2012, 54/2017* propisano da Zaštitnik građana može da odluči da o inicijativi za pokretanje postupka ne raspravlja kada je, između ostalog, i uvredljive sadržine i predstavlja zloupotrebu prava na žalbu.

[27] I ako, što je u praksi retka pojava, stranka ne odustane od pritužbe pre nego što Zaštitnik građana odluči hoće li je odbaciti, odbiti ili na osnovu nje pokrenuti postupak.

Zakon o Zaštitniku građana ima samo nekoliko odredbi koje regulišu način vođenja postupka kontrole nad radom organa uprave, čime je dodatno naglašena neformalnost samog postupka i ostavljena veća sloboda Zaštitniku građana u postupanju i mogućnost prilagođavanja specifičnim okolnostima koje se mogu pojaviti tokom konkretnog postupka nadzora. Odredbama čl. 29. ZZG propisano je da o pokretanju i završetku postupka Zaštitnik građana obaveštava podnosioca pritužbe, kao i organ uprave protiv kojeg je podneta pritužba. Obaveštenje koje se šalje organu protiv koga je podneta pritužba istovremeno je i akt kojim se pokreće postupak kontrole nad njegovim radom. Njime Zaštitnik građana predočava organu da je dobio pritužbu koja se odnosi na njegov rad, ko je podnosilac pritužbe, šta je predmet pritužbe, obaveštava o činjenicama i dokazima na koje se podnosilac poziva u pritužbi i poziva ga da se o svemu navedenom izjasni. Osim upućivanja pisanog zahteva za izjašnjenje na navode iz pritužbe, Zaštitnik građana može da odluči da sprovede kontrolu nad radom organa tako što će obaviti usmeni razgovor sa odgovornim ili ovlašćenim licima za taj slučaj prilikom posete organu ili uputiti poziv da predstavnici organa dođu u njegove prostorije radi obavljanja neposrednog razgovora.[28] Ovde se postavlja pitanje da li Zaštitnik građana mora da odredi i ostavi određeni rok (npr. kao kod upućivanja pisanog akta sa zahtevom za dostavljanjem informacija u smislu čl. 29. st. 2. ZZG) za sprovođenje postupka kontrole kroz posetu organu (*neposredni nadzor*) od momenta obaveštenja o pritužbi ili može da sprovede i nenajavljenu posetu (*nenajavljeni nadzor*).[29] Imajući u vidu nedorečenosti pomenutih zakonskih rešenja, potrebno je kroz buduće izmene i dopune zakona precizirati sprovođenje tzv. neposrednog nadzora i nenajavljenog nadzora.

Zaštitnik građana može, prema aktuelnom zakonskom rešenju, u naročito opravdanim slučajevima da organu uprave ne otkrije identitet podnosioca pritužbe, ali ovo ovlašćenje se veoma retko koristilo u praksi. U radu Zaštitnika građana se javila dilema u praksi da li u svom aktu o pokretanju postupka treba da obrazloži organu uprave koji su razlozi uticali da koristi ovlašćenje iz čl. 25. st. 5. ZZG (izuzetno postupanje).[30]

Prema čl. 29. st. 2. ZZG, organ uprave je obavezan da odgovori na sve zahteve Zaštitnika građana, kao i da mu dostavi sve tražene informacije i spise u roku koji on odredi, a koji ne može biti kraći od 15, niti duži od 60 dana. Koliko je zakonodavac insistirao na važnosti obaveze saradnje organa uprave sa Zaštit-

---

[28] Zaštitnik građana je u svom radu sprovodio i tzv. neposredne nadzore u slučajevima kada je procenio da će se postupak kontrole efiksanije sprovesti kroz ovakav vid nadzora. Često su to bile situacije koje su se ticale lica lišenih slobode kada je bilo neophodno neposredno izaći na teren i ostvariti uvid na licu mesta u pogledu uslova smeštaja, obavljanja razgovora sa zaposlenima i potrebne dokumenatcije.

[29] Zaštitnik građana je u svojim aktim o najavi nadzora koristio termin neposrednog nadzora i nenajavljenog nadzora.

[30] Više o tome videti: S. Janković, str. 297–298.

nikom građana vidljivo je i iz činjenice da zakon sadrži još jedan član koji je reguliše, osim navedene odredbe. Naime, u glavi III ZZG, koja reguliše pitanja nadležnosti, našla se i odredba čl. 21. st. 1. ZZG kojom je posebno propisano da organi uprave imaju obavezu da sarađuju sa Zaštitnikom građana i da mu omoguće pristup prostorijama i stave na raspolaganje sve podatke kojima raspolažu, a koji su od značaja za postupak koji vodi odnosno za ostvarenje cilja njegovog preventivnog delovanja, bez obzira na stepen njihove tajnosti, osim kada je to u suprotnosti sa zakonom. Stavom 2. istog člana predviđeno je da Zaštitnik građana ima pravo da obavi razgovor sa svakim zaposlenim u organu uprave kada je to od značaja za postupak koji vodi. Osim toga, odredbom čl. 22. dodatno je istaknuto i da Zaštitnik građana ima pravo nesmetanog pristupa zavodima za izvršenje sankcija i drugim mestima na kojima se nalaze lica koja su lišena slobode, kao i pravo da sa tim licima razgovara nasamo. Autori smatraju da bi bilo veoma korisno i značajno za potpuno i tačno utvrđivanje činjeničnog stanja da se uvede nova odredba, po ugledu na slovenački Zakon o zaštitniku ljudskih prava, koja bi omogućila Zaštitniku građana da tokom vođenja postupka pozove pored javnih službenika, svedoke i veštake koji mogu pružiti relevantne podatke.[31]

Nažalost, u praksi se pokazalo da je dobijanje traženih izjašnjenja od kontrolisanih organa jedan od najvećih problema sa kojim se Zaštitnik građana suočava u postupku kontrole. Istina, situacije u kojima kontrolisani organi izričito odbijaju saradnju ili propuštaju da odgovore na akte Zaštitnika građana su retke, ali su zbog toga prisutne druge vrste postupanja ili nepostupanja kojima se indirektno otežava Zaštitniku građana da sprovodi kontrolu nad njima. To su, na primer: odugovlačenje sa dostavljanjem pisanog izjašnjenja, propuštanje da se u izjašnjenju odgovori na jedno ili više pitanja koja su postavljena od strane Zaštitnika građana, namerno pogrešno tumačenje pitanja iz akta Zaštitnika građana i dostavljanje izjašnjenja o nebitnim činjenicama, nedolazak predstavnika organa uprave na zakazani sastanak sa predstavnicima Zaštitnika građana i sl. Radi ostvarenja kontrolne funkcije, Zaštitniku građana su data i određena ovlašćenja kako bi sprečio organe uprave da se na bilo koji način ogluše o obavezu saradnje.[32] Međutim, ako pažljivo protumačimo odredbu koja reguliše ova ovlašćenja, primetićemo da je ona pogodna da se koristi prvenstveno u prilikama u kojima organi uprave grubo krše obavezu saradnje sa Zaštitnikom građana, ali ne i za broje sitne propuste kojima ometaju njegov rad. Takođe, ovo ovlašćenje se uglavnom koristilo kada je postupak nadzora već okončan upućivanjem preporuke i nije dovoljno od pomoći da spreči ometanja koja se pojavljuju dok isti teče.[33]

---

[31] Zakon o varuhu človekovih pravic, *Uradni list RS, št. 71/1993, 15/1994 – popr., 56/2002 – ZJU, 109/2012, 54/2017*

[32] Odredba čl. 20. st. 1. ZZG.

[33] Analizom rada i prakse Zaštitnika građana evidentno je da je ovu odredbu veoma retko koristio. Često je u svojim preporukama utvrđivao da je došlo do nesaradnje organa uprave i pre-

Stoga smatramo da bi bilo korisno *de lege ferenda* precizirati i jasnije definisati pomenutu odredbu ZZG, tako što bi se predvidela mogućnost da Zaštitnik građana, nezavisno od ishoda postupka kontrole koji vodi, inicira disciplinski postupak protiv zaposlenih i razrešenje funkcionera u organu uprave za koje sumnja da svojim postupanjem ometaju njegov rad.[34] Ovde treba napomenuti i to da sve pomenute odredbe koje se odnose na obavezu saradnje organa uprave sa Zaštitnikom građana nisu praćene određenom sankcijom (npr. prekršajnom odgovornog lica u organu uprave), osim pomenutih ovlašćenja za iniciranje i pokretanje odgovarajućih postupaka.[35]

U svakom slučaju, nakon što dobije traženo izjašnjenje na navode iz pritužbe od organa uprave, Zaštitnik građana se nalazi u prilici da na osnovu njegove sadržine odluči o potrebi za daljim vođenjem postupka. Naime, moguće je da organi uprave u svom odgovoru priznaju svoj propust i dostave dokaze da je otklonjena povreda pritužiočevih prava ili da je u toku preduzimanje mera s ciljem njenog otklanjanja. Tada je Zaštitnik građana, kako je i predviđeno članom 30. ZZG, u obavezi da o tome obavesti podnosioca pritužbe i ostavi mu rok od 15 dana da se izjasni da li je takvim postupkom zadovoljan. Ukoliko podnosilac pritužbe odgo-

---

poručivao da se ubuduće ovakva postupanja ne ponavljaju. Takođe je organizovao i neposredan nadzor u organu uprave. Ovo ovlašćenje je koristio u slučaju kada je, nakon sprovedenog postupka kontrole rada Komunalne policije koje je vodio povodom postupanja tog organa prema novinarskoj ekipi sajta „Istinomer“ 25. septembra 2015. godine i novinarskoj ekipi „Mreža za istraživanje kriminala i korupcije“ (KRIK) 21. oktobra 2015. godine, uputio javnu preporuku br. 6-21-2667/15 del. br. 3264 od 3. 2. 2016. za razrešenje načelnika Komunalne policije Grada Beograda Nikole Ristića. Javna preporuka je upućena zbog utvrđene odgovornosti za povrede prava građana koje su prouzrokovale štetu većih razmera i zbog ponovljenog odbijanja saradnje sa Zaštitnikom građana u postupcima kontrole. Dostupno na: http://www.ombudsman.rs/index.php/2012-02-07-14-03-33/4586-2016-02-04-09-05-51. U drugom slučaju, podneo je javne preporuku br. 625-1728/14 del. br. 34934 od 21. 9. 2015. nadležnim organima da ministra odbrane Bratislava Gašića i direktora Vojnobezbednosne agencije Petra Cvetkovića razreše dužnosti, zbog njihove odgovornosti za nezakonit i nepravilan rad svojih organa i nesaradnju sa Zaštitnikom građana u vezi sa incidentima tokom Parade ponosa 2014. godine. Dostupno na: http://www.ombudsman.rs/index.php/2012-02-07-14-03-33/4320-2015-09-21-16-22-42.

[34] I Zaštitnik građana je u svom Redovnom godišnjem izveštaju za 2013. godinu ukazivao na potrebu izmene ove odredbe čl. 20. ZZG: „Treba da se suzi diskrecioni prostor koji je važećim zakonom ostavljen Zaštitniku građana da ceni, da li iz ponovljenog ponašanja funcionera ili zaposlenog proizlazi namera da odbijaju saradnju sa Zaštitnikom građana“, str. 32. Dostupno na http://www.ombudsman.rs/attachments/3237_Godisnji%20izvestaj%20Zasttnika%20gradjana%20za%202013%20%20godinu.pdf.

[35] Zaštitnik građana je u svojim redovnim godišnjim izveštajima ukazivao na potrebu izmene i dopune ZZG u vidu uvođenja sankcije za izvršavanja zakonskih obaveza, zbog toga što pojedini organi uprave neizvršavaju zakonsku obavezu saradnje i postupak kontrole opstruišu na različite načine, u vidu uvođenja prekršajne sankcije za odbijanje obaveze saradnje (Redovan godišnji izveštaj za 2014. godinu str. 37. Dostupno na: http://www.ombudsman.rs/attachments/3733_Godisnji%20izvestaj%20Zastitnika%20gradjana%20za%202014.pdf, http://www.ombudsman.rs/attachments/3237_Godisnji%20izvestaj%20Zasttnika%20gradjana%20za%202013%20%20godinu.pdf.

vori da je zadovoljan načinom na koji je otklonjen nedostatak ili uopšte ne odgovori u ostavljenom roku, Zaštitnik građana će obustaviti postupak. Ono što zakon propušta da reguliše jeste šta raditi kada podnosilac pritužbe odgovori da je nezadovoljan načinom na koji je otklonjen nedostatak.

Ma koliko to čudno izgledalo, Zaštitnik građana je najčešće i nakon dobijanja ovakvog izjašnjenja od pritužioca donosio akt kojim je obustavljao postupak i obaveštavao o tome organ uprave i pritužioca. Razlog za ovakvo postupanje krije se u tome što Zaštitnik građana nikad ne šalje pritužiocu navedeni zahtev da se izjasni pre nego što i sam bude siguran da je organ uprave ispravio svoju grešku ili je barem na dobrom putu da je ispravi. Stoga se najčešće pokaže da su razlozi koje pritužilac navodi u prilog tezi da propust nije otklonjen bez osnova ili se tiču polja delovanja organa uprave na koje Zaštitnik građana ne može da utiče. Tako bi, na primer, bilo kada bi udruženje lovaca podnelo pritužbu Zaštitniku građana tvrdeći da nadležno ministarstvo nije donelo odluku u zakonskom roku o njihovom zahtevu za podelu jednog lovačkog područja na dva dela, a ministarstvo prizna propust u radu i svojim rešenjem odbije njihov zahtev. Zaštitnik građana ne bi uvažio eventualni prigovor pritužilaca na način na koji je otklonjen propust, jer se propust ogledao u *ćutanju administracije*, što je ispravljeno, dok je stvar diskrecione ocene organa da li će uvažiti zahtev za razdvajanje lovišta – stranke na to nemaju pravo.

Naravno, sasvim je moguće da se pokaže da su primedbe pritužilaca osnovane i tada će, nakon što mu bude dostavljen njihov akt nezadovoljstva, Zaštitnik građana nastaviti postupak kontrole nad radom organa uprave. Shodno izloženom, smatramo da je nužno izmeniti odredbe čl. 30. ZZG tako što bi se zakonski uredila situacija kada je pritužilac nezadovoljan načinom na koji je organ uprave otklonio propust u svom radu. Ili da se isključi obaveza Zaštitnika građana da traži izjašnjenje od pritužioca da li je zadovoljan načinom na koji je propust u radu organa otklonjen, odnosno da se ta procena prepusti Zaštitniku građana. Shodno tome, izmene ove odredbe su nužne kako bi se postupanje Zaštitnika građana u ovakvim situacijama dovelo u zakonske okvire.

Inače, koliko su obustave postupka značajne za rad Zaštitnika građana možemo da primetimo u poslednjim godišnjim izveštajima ovog organa, u kojima su akti o obustavi postupka označeni kao *preporuke*. Naime, Zaštitnik građana razlikuje tri vrste preporuka – one proizašle iz kontrolnog postupka, preporuke proizašle iz skraćenog postupka (obustave) i preporuke proizašle iz preventivne funkcije Nacionalnog mehanizma za prevenciju torture. Verovatno je ovaj organ, kako bi učinio očiglednijim rezultate svog rada, ovim putem podigao značaj obustave postupka na rang preporuke.[36]

[36] Prema statistici Zaštitnika građana prikazanoj u redovnim godišnjim izveštajima, stanje u pogledu upućenih preporuka i obustavljenih postupaka je sledeće: tokom 2013. je upućeno 230

U slučaju da organ uprave u svom izjašnjenju na pritužbu negira postojanje propusta u svom radu, u potpunosti ili delimično, dalje postupanje Zaštitnika građana zavisi od toga da li na osnovu podataka iz pritužbe i izjašnjenja organa uprave i priloženih dokaza ima dovoljno osnova da donese svoj konačni sud u konkretnom slučaju. Kada je tako, Zaštitnik građana odmah prelazi na fazu odlučivanja o pritužbi. U suprotnom, nastaviće istražni postupak s ciljem prikupljanja svih činjenica i dokaza potrebnih za ocenu osnovanosti pritužbe. To se najčešće postiže tako što se kontrolisanom organu pošalje pisani zahtev za dodatnim obaveštenjima, u kome se taksativno navedu pitanja u vezi sa njegovim postupanjem u konkretnom slučaju na koja je Zaštitniku građana potreban izričit odgovor. Tek ukoliko traženi odgovori izostanu ili ponovo budu nepotpuni, Zaštitnik građana se odlučuje za organizovanje sastanka sa predstavnicima kontrolisanog organa, i to: 1) pozivanjem njegovih predstavnika da određenog dana dođu sa svom potrebnom dokumentacijom u prostorije Zaštitnika građana radi razgovora o navodima iz pritužbe ili 2) najavom nadzora kontrolisanom organu da će predstavnici Zaštitnika građana doći u njegove prostorije kako bi pregledali relevantnu dokumentaciju i obavili razgovor sa službenicima koji poseduju informacije o pritužbenim navodima. Takođe, postoji i mogućnost da se podaci koji su Zaštitniku građana potrebni za odlučivanje nalaze kod pritužioca, u kom slučaju će se od njega tražiti njihovo dostavljanje.

2.4. Problemi koji se pojavljuju kod okončanja postupka

Kao što je već navedeno, Zaštitnik građana prelazi na fazu odlučivanja o osnovanosti pritužbe ukoliko zaključi da građa prikupljena tokom istražnog postupka pruža dovoljno osnova da se zauzme valjan i argumentovan stav o postupanju organa u konkretnom slučaju, i to kada prethodno nije došlo do obustave postupka. U tom smislu, on može da, na osnovu utvrđenih činjenica i okolnosti, zauzme stav da je pritužba neosnovana ili da utvrdi da su u konkretnom slučaju postojali nedostaci u radu organa uprave.[37]

2.4.1. Kada Zaštitnik građana utvrdi da nije bilo nedostataka u radu kontrolisanog organa uprave, o tome obaveštava u pisanoj formi pritužioca i taj organ. Pritužiocu se upućuje pisani akt u formi obaveštenja sa detaljnim obrazloženjem o sprovedenom postupku, relevantnim pravnim propisima i zauzetom stavu radi njegovog što potpunijeg i jasnijeg informisanja o samom slučaju. U jednom kraćem periodu, kod Zaštitnika građana je bila uvedena praksa tzv. telefonskog re-

preporuka i obustavljeno 560 postupka; 2014. je upućeno 212 preporuka i obustavljeno 587 postupka; u 2015. upućeno je 716 preporuka i 558 postupaka je obustavljeno; u 2016. godini je upućeno 514 preporuka i 508 postupaka obustavljeno. Dostupno na: http://www.ombudsman.rs/index.php/izvestaji/godisnji-izvestaji.

[37] Vid. čl. 31. st. 1. ZZG.

šavanja pritužbi koje su se odnosile na *ćutanje uprave*. Postupanje po ovakvim pritužbama se odvijalo putem usmenog, telefonskog kontakta sa organom i pritužiocem, koji su na taj način obaveštavani i o pokretanju i o završetku postupka.[38] Ovi postupci su se najčešće završavali obustavom, jer su organi otklanjali ukazane propuste u svom radu dostavljanjem zahtevanih odgovora ili akata pritužiocima. Ukoliko bi se desilo da organ ne otkloni propust u radu ili stranka bude opravdano nezadovoljna načinom na koji je nedostatak otklonjen, postupak bi se nastavljao kroz redovnu pisanu proceduru.[39]

2.4.2. Ukoliko bi utvrdio da je bilo nedostataka u radu organa uprave, Zaštitnik građana je upućivao **preporuku organu o tome kako bi trebalo da se uočeni nedostatak otkloni.** U upućenoj preporuci kontrolisani organ se „podseća" na svoju zakonom propisanu obavezu da, najkasnije u roku od 60 dana od dana dobijanja preporuke, obavesti Zaštitnika građana o tome da li je postupio po preporuci i otklonio nedostatak, odnosno da ga obavesti o razlozima zbog kojih nije postupio po preporuci. Zaštitnik građana ima pravo i da, u izuzetnim situacijama, kada postoji opasnost da će zbog neotklanjanja nedostatka prava pritužioca biti trajno i u značajnom obimu oštećena, u svojoj preporuci organu uprave utvrdi i kraći rok za otklanjanje nedostatka, koji ne može biti kraći od 15 dana.[40]

2.4.3. Dešava se da Zaštitnik građana nakon sprovedenog postupka kontrole utvrdi da postoje nedostaci u radu organa uprave koji su, međutim, posledica nesavršenosti pravnih propisa.[41] Osim toga, moguće je utvrditi da nije bilo propusta u radu organa uprave, ali da je bilo nedostataka u pravnom propisu (opštem aktu) koji su dovodili do povrede prava građana. U tom slučaju se postupak završavao upućivanjem zakonodavne inicijative o tome kako bi te nedostatke trebalo otkloniti ili upućivanjem predloga za ocenu ustavnosti i zakonitosti opšteg pravnog akta.[42] U

[38] Ova odluka bila je doneta kako bi se ubrzali postupci pred Zaštitnikom građana, zbog velikog priliva pritužbi a nedovoljnih kadrovskih kapaciteta.

[39] Vid. preporuke koje su upućene opštini Ljig br. 128-1842/13 del. br. 48246 od 30. 12. 2015. g. i opštini Prokuplje br. 56-840/14 del. br. 43610 od 27. 11. 2015. g, dostupno na: http://www.ombudsman.rs/index.php/2012-02-07-14-03-33/4518-2016-01-04-13-21-06 i http://www.ombudsman.rs/index.php/2012-02-07-14-03-33/4453-2015-12-03-09-29-20.

[40] Čl. 31. st. 2–4. ZZG. Kao primer vid. preporuku br. 13-34-2730/16 del. br. 52409 od 30. 12. 2016. g, dostupnu na: http://www.ombudsman.rs/index.php/2012-02-07-14-03-33/5148-p-nc-v-c-fili-l-rf-pi-ni-i-p-s-upil-p-pris-igl-z-h-vu-ni-i-g-pr-sl-dil-n-dl-zn-rg-nu-n-dluciv-nj.

[41] Vid. Mišljenje i preporuku Zaštitnika građana br. 14-1052/09 del. br. 8597 od 27. 5. 2010. upućenih Ministarstvu prosvete o potrebi izmene podzakonske regulative s ciljem ostvarivanja prava na obrazovanje i sprovođenje inkluzivnog obrazovanja: http://www.ombudsman.rs/index.php/2011-12-11-11-34-45/1633-2010-06-01-08-13-05 i Mišljenje sa preporukama br. 14-2755/12 del. br. 31802 od 6. 12. 2012. o ostvarivanja prava dece sa smetnjama u razvoju u obrazovanju: http://www.ombudsman.rs/index.php/2011-12-11-11-34-45/2623-m.

[42] Vid. čl. 18. i 19. ZZG. Kao primer vid. Predlog Ustavnom sudu za ocenu ustavnosti odredbi čl. 20. Zakona o načinu određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru br. 93-29/15 del. br. 35826 od 30. 9. 2015. g: http://www.ombudsman.rs/index.php/zakonske-i-druge-inicijative/4347-2015-09-30-11-11-12.

ovakvim slučajevima, forma i adresat upućenog akta Zaštitnika građana razlikovali su se u zavisnosti od vrste uočenih nedostataka u propisima i organa koji bi po njegovoj proceni mogli pravovremeno da reaguju kako bi uočeni nedostatak što efikasnije bio otklonjen.[43]

3. POSTUPANJE ORGANA UPRAVE PO PREPORUCI U PRAKSI

Posle upućivanja preporuke organu uprave, dalje postupanje Zaštitnika građana zavisilo je od postupanja organa i drugih okolnosti u određenom slučaju. Ukoliko bi organ uprave postupio po preporuci i dostavio obaveštenje o tome, Zaštitnik građana je o tome obaveštavao pritužioca i organ u formi akta o završetku postupka.[44]

Kada je u pitanju izvršavanje preporuka Zaštitnika građana, donošenjem novog Zakona o opštem upravnom postupku uvedena je značajna novina u naš pravni sistem putem novog vanrednog pravnog sredstva – to je poništavanje, ukidanje ili menjanje pravnosnažnog rešenja na preporuku Zaštitnika građana.[45] U skladu sa pravilom kojim je predviđeno, organ uprave može na preporuku Zaštitnika građana, radi usklađivanja sa zakonom, novim rešenjem da poništi, ukine ili izmeni svoje pravnosnažno rešenje, ako stranka o čijim je pravima ili obavezama odlučeno, kao i protivna stranka, na to pristanu i ako se time ne vređa interes trećeg lica. Ukoliko organ ne smatra da treba da postupi po preporuci Zaštitnika građana, odmah ga o tome obaveštava. Poništavanje, ukidanje ili menjanje rešenja na preporuku Zaštitnika građana nije ograničeno rokom. Ratio legis uvođenja ovog pravnog sredstva je nužnost usaglašavanja propisa i otklanjanja nedostataka u ranije važećem Zakonu o opštem upravnom postupku[46] na koje je ukazala dosadašnja pravna praksa i pravna doktrina, kako bi se organu uprave koji želi da postupi po preporuci pružila još jedna prilika da na jedan jednostavniji način nego do sada ispravi načinjeni propust u zakonom uređenoj proceduri. Smatramo

[43] Dostupno na: http://www.ombudsman.rs/index.php/zakonske-i-druge-inicijative.

[44] Prema statističkim podacima Zaštitnika građana o izvršenju preporuka stanje je sledeće: u 2009. godini upućeno je 44 preporuke od kojih je postupljeno po 24 u roku, 2 po isteku roka (3 su bile u roku); u 2010. godini je upućeno 140 preporuka od kojih je 69 izvršeno (36 su bile u roku), što iznosi 49% izvršenih preporuka; u 2011. godini upućeno je 217 a izvršeno 116 preporuka (47 u roku) odnosno 53%; u 2012. godini upućeno je 323 preporuke od kojih je 197 izvršeno, a 77 neizvršeno (49 u roku za izvršenje), što je 72% izvršenih preporuka; tokom 2013. izvršeno je 135 od 230 upućenih (198 dospelih), što je 68,18% prihvaćenih dospelih preporuka; 2014. g izvršeno je 114 od 212 (182 dospele) upućenih preporuka, (62,64% prihvaćenih dospelih preporuka); u 2015. je upućeno 624 a prihvaćeno 238 preporuka, dok je 63,13% dospelih preporuka preporuka; u 2016. je upućeno 514 a prihvaćeno 314, dok je 74,58% dospelih preporuka prihvaćeno. Dostupno na: http://www.ombudsman.rs/index.php/izvestaji/godisnji-izvestaji.

[45] Čl. 185. Zakona o opštem upravnom postupku „Službeni glasnik RS“, broj 18/06.

[46] „Sl. list SRJ“, br. 33/97 i 31/01 i „Sl. glasnik RS“, broj 30/10.

da će ovo vanredno pravno sredstvo, kada su u pitanju pravnosnažne odluke organa uprave, doprineti još boljoj i potpunijoj zaštiti prava građana.

Ukoliko organ uprave ne bi postupio po preporuci u ostavljenom roku, dalje postupanje Zaštitnika građana bilo je značajno ograničeno činjenicom da za nepostupanje organa uprave po preporuci Zaštitnika građana nisu predviđene sankcije. I sam naziv akta, *preporuka*, govori da je ona formalno-pravno posmatrano neobavezujući pravni akt i da se stoga ne može sprovesti postupak prinudnog izvršenja kao što je to slučaj sa aktima nekih drugih organa.[47] Takođe nije predviđena ni prekršajna odgovornost funkcionera u organima uprave zbog nepostupanja po preporuci.[48]

Kod nepostupanja organa uprave po preporuci razlikovale su se dve vrste situacija. U pojedinim slučajevima organ uprave je u ostavljenom roku ili protekom ostavljenog roka obaveštavao Zaštitnika građana da nije postupio po preporuci navodeći razloge i obrazloženje za to. U drugim situacijama organ uprave nije dostavljao obaveštenje o postupanju ili razlozima za nepostupanje po preporuci, iako je to bilo potrebno shodno zakonskoj obavezi propisanoj čl. 31. st. 3. Zakona o Zaštitniku građana. Ovakvom postupanju organa je pogodovalo to što pomenuta zakonska odredba nije praćena odgovarajućom sankcijom za njeno kršenje, odnosno nepostupanje organa u skladu sa dispozicijom norme.[49] Zaštitnik građana je u praksi reagovao na ovakvo kršenje zakonskih obaveza od strane organa uprave upućivanjem tzv. akta urgencije za postupanje po preporuci kontrolisanom organu i/ili organu koji vrši nadzor nad radom tog organa, kako bi još jednom pružio priliku kontrolisanom organu da ispuni svoju zakonsku obavezu i dostavi obaveštenje povodom upućene preporuke.[50] Ukoliko ni posle upućene urgencije organ uprave ne bi dostavio obaveštenje o postupanju po preporuci, Zaštitnik građana je mogao samo da zaključi da po preporuci nije postupljeno, sem ukoliko nije na osnovu drugih saznanja utvrdio da ju je organ ipak izvršio.[51]

Zaštitnik građana ima mogućnost da, u skladu sa odredbom čl. 31. st. 5. ZZG, o nepostupanju organa uprave po preporuci obavesti javnost, Skupštinu i Vladu, a može i da preporuči utvrđivanje odgovornosti funkcionera koji rukovodi organom uprave. U svom dosadašnjem radu, Zaštitnik građana je uvek o nepostupanju

---

[47] Vid. Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2013. g, str. 37. Dostupno na: http://www.ombudsman.rs/attachments/3237_Godisnji%20izvestaj%20Zasttnika%20gradjana%20za%202013%20%20godinu.pdf.

[48] Videti više o tome: Dragan Milkov, *Upravno pravo III*, Novi Sad, 2012, str. 14–15.

[49] Vid. Radomir D. Lukić, *Uvod u pravo,* Beograd, 1995, str. 179. Prema stavu ovog autora: „...da će pravna norma biti kada joj se doda sankcija i da bi sama dispozicija mogla sačinjavati bilo moralnu, bilo običajenu, ili neku drugu društvenu normu, ali nikako pravnu normu“.

[50] Vid. preporuke koje su upućene opštinama Ljig i Prokuplje: dostupno na: http://www.ombudsman.rs/index.php/2012-02-07-14-03-33/4518-2016-01-04-13-21-06 i http://www.ombudsman.rs/index.php/2012-02-07-14-03-33/4453-2015-12-03-09-29-20.

[51] Obaveštenja od pritužioca ili saznanja iz sredstava informisanja.

organa uprave po upućenim preporukama informisao Narodnu skupština u redovnom godišnjem izveštaju,[52] kao i javnost postavljanjem redovnog godišnjeg izveštaja na zvaničnoj internet prezentaciji, objavljivanjem u Službenog glasniku Republike Srbije, a i njegovim dostavljanjem sredstvima javnog informisanja.[53] U jednom slučaju, Zaštitnik građana je posle nepostupanja po preporuci, a usled brojnih utvrđenih propusta koji uključuju i nesaradnju organa uprave sa Zaštitnikom građana, uputio javnu preporuku za utvrđivanje odgovornosti odgovornog lica koje rukovodi organom uprave zbog nepostupanja po preporuci.[54] Analizirajući rad i praksu Zaštitnika građana dostupnu na zvaničnoj internet prezentaciji, možemo da zaključimo da ovlašćenje da preporuči utvrđivanje odgovornosti funkcionera organa koji nije postupio po preporuci Zaštitnik građana u dosadašnjoj praksi gotovo da i nije koristio, osim u pomenutom slučaju. Smatramo da bi *de lege ferenda* trebalo razmotriti izmenu citirane odredbe čl. 31. st. 5. ZZG, kako bi se precizirala i jasnije definisala u delu gde govori o mogućnosti preporučivanja razrešenja funkcionera zbog nepostupanja po preporuci, da bi se izbegle moguće zloupotrebe prilikom primene ovog diskrecionog ovlašćenja u praksi.

Novina koja je uvedena Zakonom o državnim službenicima 2014. godine u naš pravni sistem, odnosno službeničko pravo jeste da se državni službenik može razrešiti s položaja i u slučaju da organ ili telo nadležno za njegovo postavljenje prihvati javnu preporuku Zaštitnika građana za njegovo razrešenje.[55]

4. ROKOVI ZA POSTUPANJE ZAŠTITNIKA GRAĐANA

Zakonskim odredbama koji regulišu položaj Zaštitnika građana nisu predviđeni zakonski rokovi za preduzimanje pojedinih radnji Zaštitnika građana niti je vremenski određena maksimalna dužina trajanja postupka po pritužbi. Zaštitnik građana je mogao da svojim internim aktima utvrdi dužinu trajanja postupka po pritužbi ili rokove za preduzimanje pojedinih aktivnosti, uzimajući u obzir broj pristiglih pritužbi i raspoložive kadrovske i druge kapacitete, ali do toga nije do-

---

[52] Izveštaj se svake godine za prethodnu godinu dostavlja Narodnoj skupštini najkasnije do 15. marta tekuće godine.

[53] Vid. čl. 31. st. 5 i čl. 33. st. 2. Redovni godišnji izveštaj za 2016. godinu, dostupno na: http://www.ombudsman.rs/index.php/izvestaji/godisnji-izvestaji.

[54] Vid. Preporuka Zaštitnika građana br. 625-1728/14 del. br. 34934 od 21. 9. 2015. g. Na str. 4. ove javne preporuke se navodi se da je zakon prekršen na štetu prava građana, između ostalog, i zbog postupanja ova dva organa suprotno odredbama ZZG čl. 31. st. 3. jer su u svojim obaveštenjima po preporukama porekli da su nedostaci koje je Zaštitinik građana utvrdio uopšte nastali, što nije zakonom propisana mogućnost. Dostupno na: http://www.ombudsman.rs/index.php/2012-02-07-14-03-33/4320-2015-09-21-16-22-42.

[55] Čl. 78. st. 2. Zakona o državnim službenicima „Službeni glasnik RS", br. 79/05, 81/05 – ispr., 83/05 – ispr., 64/07, 67/07 – ispr., 116/08, 104/09 i 99/14.

šlo.[56] Analizom godišnjih izveštaja i prakse Zaštitnika građana može se uočiti da se trajanje postupaka razlikovalo od slučaja do slučaja usled više faktora.[57]

5. NEZADOVOLJSTVO PRITUŽIOCA ODLUKOM ILI STAVOM ZAŠTITNIKA GRAĐANA

U skladu sa prirodom i svrhom postojanja institucije ombudsmana postupak pred tim organom je jednostepen, te u tom smislu ni Zakonom o Zaštitniku građana nije predviđena mogućnost ulaganja pravnih sredstava protiv njegovih odluka. Ovo je svakako opravdano imajući u vidu i neobavezujući karakter njegovih odluka, kao i okolnost da je u pitanju nezavisan organ. Zaštitnik građana za svoj rad odgovora Narodnoj skupštini koja ga i bira i kojoj on dostavlja redovne godišnje izveštaje. Međutim, Narodna skupština ne može da se meša u rad i tok postupka pred Zaštitnikom građana, pa samim tim ne može da utiče ni na ishod okončanog postupka. Postavlja se pitanje kako postupiti ukoliko se građanin ponovo obrati ovom organu zbog toga što je nezadovoljan donetom odlukom po pritužbi. U svom dosadašnjem radu Zaštitnik građana je pokušao da ustanovi dvostepenost postupanja unutra samog organa. Tako je podnesak kojim se pritužilac žalio na njegovu odluku, tzv. akt nezadovoljstva pritužioca prosleđivan drugom resoru, odnosno drugom nadležnom zameniku Zaštitnika građana radi ponovne provere navoda pritužioca iznetih u pritužbi i aktu nezadovoljstva, kako bi definitivno bilo utvrđeno činjenično stanje po pritužbi i zauzet konačan stav. Ovakva praksa nije zasnovana na striktnom internom aktu sa detaljnim i jasnim definisanjem uslova i merila pod kojima se podnesak pritužioca podnet nakon završetka postupka po pritužbi mogao tretirati kao „akt nezadovoljstva“, ko je o tome odlučivao, kojem se resoru prosleđivao na ponovno odlučivanje s obzirom na prirodu i vrstu povrede prava, koje vrste odluka su se mogle doneti i koje su sve moguće posledice preispitivanja prethodne odluke.[58]

6. ZAKLJUČAK

Na osnovu izložene analize rešenja iz Zakona o Zaštitniku građana i kroz uvid u praksu stvorenu tokom rada Zaštitnika građana, može se generalno zaključiti da postupak kontrole rada organa uprave poveren ovom organu poseduje po-

[56] Dostupno na: http://www.ombudsman.rs/index.php/o-nama/normativni-okvir-za-rad.

[57] Ovde treba napomenuti da je Zaštitnik građana u svojim izjavama u javnosti, kao i redovnim godišnjim izveštajima godinama ukazivao na nedostatak kadrovskih i drugih uslova za rad ove institucije, posebno u prvih nekoliko godina rad. Vid. godišnje izveštaje ZG: Dostupno na: http://www.ombudsman.rs/index.php/izvestaji/godisnji-izvestaji.

[58] Ovakav interni akt nije pronađen na zvaničnoj internet prezentaciji Zaštitnika građana *www.zastitnik.rs*.

tencijal da značajno doprinese efikasnijoj zaštiti prava građana u odnosu na period pre početka primene ovog zakona.

Činjenica da zakonodavac prilikom donošenja ovog zakona nije upao u zamku nepotrebno detaljnog normiranja pravila postupka kontrole pomogla je da se u praksi razviju neformalne i fleksibilne procedure koje su najbolje odgovarale potrebama datog problema u radu organa uprave na koji bi građanin ukazivao u pritužbi ili za koji bi Zaštitnik građana saznao na drugi način. S druge strane, činjenica da postupak nije detaljnije normativno uređen doprinela je tome da Zaštitnik građana bude prinuđen da se kroz praksu nosi sa različitim situacijama koje bi poželjno bilo ubuduće normativno regulisati kroz izmene zakonske regulative**.** Kao najznačajnije navodimo:

1) Za fazu ispitivanja akta kojim je podneta pritužba i odlučivanja o pokretanju postupka potrebno je detaljnije normirati slučaj podnošenja pritužbe preko punomoćnika i dodatno razraditi elemente koje pritužba mora da sadrži. Osim toga, smatramo da je budućim zakonskim izmenama neophodno predvideti posebnu regulativu za slučaj podnošenja pritužbi od strane lica lišenih poslovne sposobnosti, naročito zbog postojanja mogućnosti da pritužba bude podneta usled nezadovoljstva postupanjem staratelja tog lica ili organa starateljstva koji neposredno vrši poslove staratelja.

2) S obzirom na to da je odredba o korišćenju pravnih sredstava pre obraćanja Zaštitniku građana često izazivala nedoumice u praksi, bilo bi korisno pojasniti koja pravna sredstva podnosilac pritužbe treba da iskoristi pre obraćanja Zaštitniku građana. Smatramo da je praksa Zaštitnika građana po ovom pitanju dobar putokaz ka pronalaženju odgovarajućih zakonskih rešenja. Savetujemo i da se precizira korišćenje izuzetka iz čl. 25. st. 5. ZZG kao pravila kada je u pitanju postojanje razloga za pokretanje postupka, budući da je praksa pokazala da je ovakvo rešenje opravdano.

3) Takođe, pritužiocu treba pružiti mogućnost da podnese pritužbu Zaštitniku građana i kada je propustio rokove za korišćenje pravnih sredstava**,** ukoliko ima opravdane razloge zbog kojih nije koristio pravna sredstva.

4) Predlažemo i da se izričito predvidi mogućnost da se pritužba može odbiti kao neosnovana i nakon ispitivanja navoda sadržanih u njoj bez pokretanja postupka kontrole. Vredelo bi normirati i postupanje za slučaj smrti stranke ili uklanjanja pravnog lica iz pravnog prometa i slučaj kada Zaštitnik primi pritužbu koja je uvredljive i neprimerene sadržine ili predstavlja zloupotrebu prava na pritužbu.

5) Smatramo da bi bilo veoma korisno i da se izmene odredbe čl. 30. ZZG koje regulišu obustavu postupka tako da se jasno definiše kakvo će dalje postupanje Zaštitnika građana biti ukoliko se pritužilac izjasni da je nezadovoljan načinom na koji je organ uprave otklonio nedostatak u svom radu ili će zakonodavac ubuduće isključiti ovu mogućnost za pritužioca i ostaviti Zaštitniku građana da

sam proceni kada je došlo do otklanjanja propusta u radu organa uprave načinjenog na štetu prava pritužioca.

6) Kod sprovođenja kontrolnog postupka, potrebno je zakonom urediti sprovođenje tzv. neposrednog i nenajavljenog nadzora. Isto tako smatramo da je neophodno prilikom budućih izmena uvesti novo pravilo koje bi izričito ovlastilo Zaštitnika građana da tokom vođenja postupka pozove svedoke i veštake koji mogu pružiti relevantne podatke, kao i njihovu obavezu da se odazovu pod pretnjom prekršajne sankcije. Ovde još jednom želimo da ukažemo na nužnost propisivanja prekršajne sankcije za odgovorna lica u organima uprave zbog kršenja zakonske obaveze saradnje sa Zaštitnikom građana.

7) Posebnim izazovom moglo bi se pokazati pronalaženje modela za vršenje dodatnog pritiska na organe uprave s ciljem izvršenja upućenih preporuka koji bi se mogao pokazati uspešnim, a koji bi izbegao kršenja pravila prema kome se preporuke Zaštitnika građana ne mogu prinudno izvršiti.

8) Postavlja se pitanje nužnosti propisivanje rokova za postupanje Zaštitnika građana i načina postupanja sa aktima nezadovoljstva pritužilaca.

U pogledu izloženih nedostataka u Zakonu o Zaštitniku građana, preporuke su da zakonodavac *de lege ferenda* otkloni sve nedoslednosti na koje smo ukazali u ovom radu koji se tiču nesavršenosti pojedinih odredbi i nedoslednosti u korišćenju termina kao i normiranja pojedinih situacija u skladu sa stvorenom praksom ovog organa i mišljenja pravne teorije.

Za vođenje postupaka kontrole od značaja bi bilo i donošenje Kodeksa dobre uprave, nezavisno od toga da li bi njegova konačna verzija odgovarala onoj koju je predložio Zaštitnik građana ili bi se radilo na novoj, budući da bi načela sadržana u tom dokumentu bila od pomoći kod razlikovanja poželjnih od nepoželjnih postupanja nosilaca javnih ovlašćenja.

Valjan uređen pravni okvir postupka kontrole pred Zaštitnikom građana je neophodan kako bi se izbegli svi problemi u primeni i neujednačeno postupanje u praksi. U svakom slučaju, saglasni smo da prilikom budućih izmena i dopuna Zakona o Zaštitniku građana ne bi trebalo formalizovati postupak kontrole, već da se predvidi da bude krajnje neformalan i prepusti Zaštitniku građana da ga bliže uredi svojim internim pravilima.

Dragana S. Petković, LL.M., Senior Adviser, The Protector of Citizens
draganapetkovicbs@gmail.com

Vladimir D. Milošević, Adviser, The Protector of Citizens
vladeemilosevic@gmail.com

The Control of the Work of Administrative Bodies by the Protector of the Citizens of the Republic of Serbia – Problem Approach

Abstract: *The position and role of the Protector of the Citizens in the legal system of the Republic of Serbia are defined by the Constitution of the Republic of Serbia from 2006 and the Law on the Protector of the Citizens. The Protector of the Citizens has been entrusted with the jurisdiction of protecting the rights of citizens and controlling the work of the administrative bodies. In order for this body to successfully perform entrusted tasks, the law specifies a special procedure for controlling the work of administrative bodies different from the administrative procedure, to which legal regulation are not refer to, even for the purpose of filling in legal gaps. The normative arrangement of the control procedure carried out by the Protector of Citizens deserves detailed processing, with a special review of the legal practice with the aim of reviewing and proposing de lege ferenda amendment of legal regulations. In his short ten-year history, the Protector of Citizens, in conducting the process of controlling the work of the administrative bodies, met in all of his phases with numerous problems and dilemmas for which the existing legal norms did not anticipated ready solutions. In this work is presented the normative regulation of the control procedure carried out by the Protector of Citizens and experiences gained in practice could prove valuable during the next normative editing of this matter.*

Keywords: *The Protector of the Citizens, control, administrative bodies and human and minority rights and freedoms.*

Datum prijema rada: 29.11.2017.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Originalni naučni rad 342.7:343.1]:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns51-14052

Anita I. Nagy, Ph.D., Associate Professor
University of Miskolc
Faculty of Law
jognani@uni-miskolc.hu

László L. Dornfeld, Ph.D. Student
University of Miskolc
Faculty of Law
dlaci120@gmail.com

DEVELOPMENTS OF CERTAIN EU FAIR TRIAL MEASURES AS PART OF THE STOCKHOLM PROGRAMME

Abstract: *The principal of mutual recognition in criminal cases is present in EU criminal law since the Framework Decision on the European Evidence Warrant was accepted in 2008. Although the instrument failed to achieve its purpose, the goal of harmonizing cross-border criminal investigations still remains. For the European Investigation Order to succeed a minimum rules in guarantees of fair trials are needed. The European Union recognized this need and the Stockholm Programme was launched in 2009 aiming to realize that. Directives regarding certain suspect rights were accepted since then, including a directive on the right to information and the presumption of innocence. The minimum rules regarding these suspect rights can have a serious impact on national criminal justice systems and their implementation will result in a more harmonised criminal law. These documents were drafted in accordance with the ECHR and the relevant case law of the ECtHR which promises a more enhanced integration of the two major European systems of legislation.*

Keywords: *fair trial measures, Stockholm Programme, the right to information, the presumption of innocence.*

Criminal law became the most rapidly developing area of EU cooperation since the Lisbon Treaty, which abolished the highly ineffective third pillar, came

into effect in December 2009.[1] As the result of complex institutional changes, mainly the introduction of co-decision procedure, the ratification of the Treaty brought more significant changes to the area of criminal cooperation than to any other areas.[2] Several policy and legislative changes were needed to properly address the new situation of the post-Lisbon Treaty era.

On a political level the Council of the European Union drafted a Roadmap set out to strengthen the rights of suspects and accused persons throughout the EU in November 2009.[3] In December the European Council accepted the Stockholm Programme, which was the third multiannual programme on the European Union's Area of Freedom, Security and Justice (AFSJ) and incorporated the Roadmap as a part of the new programme. It was meant to highlight the priorities for the EU institutions on AFSJ cooperation between 2009 and 2014.[4] In April 2010 an Action Plan to implement the changes was released by the Commission in the form of a communication.[5] Amongst many things, one of the scopes of the designated period was to create a "Europe of rights" by providing better protection of fundamental rights of suspected and accused people. In June 2014, the Stockholm Programme was joined by a set of strategic guidelines.[6]

Although the significance of EU criminal law in the post-Lisbon system improved greatly, legislation in the area must be made very cautiously. All member states view criminal law as "the last bastion of their sovereignty" which results in a very slow-paced harmonization process. One of the solutions for this problem is to find the similarities in the national legislations and create minimum rules based on that.

The Stockholm Programme decided that EU should accept minimum rules in the area of suspect's rights. As part of this process five Directives were accepted regarding different measures. These were the Translation and Interpretation Directive (measure A), the Right to Information Directive (measure B), the Access to a Lawyer Directive (measure C1), the Presumption of Innocence Directive

---

[1] Damian Chalmers – Gareth Davies – Giorgio Motti: *EU Criminal Law.* New York: Cambridge University Press, 2014. p. 583.

[2] Steve Peers: *EU Justice and Home Affairs Law.* In: The Evolution of EU Law (ed. Paul Craig – Gráinne de Búrca). New York: Oxford University Press, 2011. p. 269.

[3] Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal Proceedings, RESOLUTION OF THE COUNCIL, of 30 November 2009, (2009/C 295/01)

[4] Sergio Carrera – Elspeth Guild: *Does the Stockholm Programme matter? The Struggles over Ownership of AFSJ Multiannual Programming.* In: CEPS Papers in Liberty and Security in Europe. CEPS, 2012, ISBN 978-94-6138-253-5 https://www.ceps.eu/system/files/No%2051%20Carrera%20and%20Guild%20on%20Stockholm%20Programme.pdf [30.04.2017]

[5] European Commission, Communication, Delivering an area of freedom, security and justice for Europe's citizens: Action Plan implementing the Stockholm Programme, COM(2010) 171 final, Brussels, 20.4.2010.

[6] Conclusions – 26/27 June 2014, http://eujusticia.net/images/uploads/pdf/future-justice-2014-06-27-council-strategic-guidelines.pdf [30.04.2017.]

(measure C2) and lastly the Directive on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings.

In this paper we would like to focus on two of these EU legal instruments: the Right to Information Directive and the Presumption of Influence Directive. Our main goal is to determine how these affect the protection of the rights of suspects and their relationship with existing European fundamental rights protection measures (mainly the European Charter and the ECHR).

1. THE RIGHT TO INFORMATION IN DIRECTIVE (EU) 2012/13/EU

The Directive (EU) 2012/13/EU on right to information in criminal proceedings was the second legal instrument accepted as part of the Stockholm Progamme's agenda of better protection of suspected and accused people's procedural rights on 22 May 2012. It was to be transposed into domestic law by 2 June 2014.

This measure governs the suspect's right to be informed about his procedural rights, about the charges against him and to have access to the case file and materials in the case. The issue of the right to information has received less attention in case law and practitioner training than the previous Directive's scope of right to access to a lawyer, and the Right to Information Directive clarifies these important protections.

The Directive builds heavily on rights protected by Articles 6, 47 and 48 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the Charter), Articles 5 and 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the ECHR). During the adoption of the Directive EU institutions relied heavily on the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR), and therefor there is an opinion that its main function is to articulate those standards as codified norms.[7]

1.1. Main contents of the Directive

The right to information is considered to be a crucial aspect of the overall right to defend oneself. While authorities in some member states provide clear information to suspects about their rights whilst in police custody, others provide little or nothing at all.[8]

---

[7] Libby McVeigh – Alex Tinsley: *Roadmap Practitioner Tools: Right to Information Directive*. p. 6.
https://www.fairtrials.org/wp-content/uploads/Right-to-Info-Toolkit-FINAL1.pdf [30. 04. 2017.]

[8] Jacqueline S. Hodgson: *Safeguarding Suspects' Rights in Europe A Comparative Perspective*. New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal, Vol. 14, No. 4 (Fall 2011), p. 649.

Many other problems were identified by professionals regarding right to information in the past few years. Notifications of procedural rights are often written in a very technical language with excessive use of legal terminology which can prove too difficult to be understood by many accused persons. The notification regarding right to silence is often worded in a manner to make it sound unattractive and is some cases draws attention to negative consequences of invoking them. In many cases the suspects are first questioned as a witness and therefore not informed of their rights. Lastly these can result in a waiver of rights without the suspect's proper understanding of the decision's consequences and can seriously harm the fairness of trial.[9]

It must also be noted that before the Directive was drafted, many aspects of the right to information was not established by national laws. For instance the right to remain silent was not statutory in France and Belgium, while the right to have access to the file was not provided for on behalf of the suspect in legislation in Estonia, France, Germany and Spain.[10]

Article 1: Subject

This Article lays down minimum rules concerning the right to information of suspects and accused persons in relation to their rights in criminal proceedings and to the accusation against them. These rules also apply to persons who are subject to a European Arrest Warrant.

Article 2: Scope

The rules specified in the Directive must be applied in criminal proceedings from the time when a person is made aware of the competent authorities that he is suspected or accused of having committed a criminal offence until the conclusion of the proceeding. The Article defines the conclusion as the determination of guilt and also sentencing and the resolution of any appeal. As stated in Recital 16 states, the Directive should be applied to every suspected and accused person irrespective of their legal status, citizenship or nationality.

In member states where minor offences are sanctioned administratively, such as in case of large scale traffic offenses, and only the appeal takes place before a court, the Article provides that the Directive should only be applied to the proceedings before the court.

The ECtHR found it a violation of Chapter 6 of ECHR to hear a person as a witness when objectively they are suspected to be involved in committing the crime because in this case an incriminating statement can be produced without the person being informed about their rights (*Brusco v. France*, App. no. 1466/07

[9] *Ibid*. p. 14.

[10] Laurens van Puyenbroeck and Gert Vermeulen: *Toward Minimum Procedural Guarantees for the Defence in Criminal Proceedings in the EU*. The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 60, No. 4 (October 2011) p. 1032.

(Judgment of 14 October 2010). Although the Directive fails to address this situation and Recitals 19 and 28 make it clear that it is intended to be applied "at the latest before their first official interview by the police or another competent authority" as other authors state, the Directive is to be interpreted in line with the ECHR.[11] This is also enforced by the non-regression clause stated in Article 10.

Article 3: Right to information about rights

Article 6 (1) and (3)c of the ECHR protects the suspected people's right to silence and legal assistance and in many cases the ECtHR ruled in its judgments that proper information should be provided for these persons regarding their procedural rights. In Aleksandr Zaichenko v. Russia (Judgment of 18 February 2010) the ECtHR ruled that "charge" may be described as official notification of an individual by the competent authority that they have allegedly committed a criminal offence. The case law of the Court also gives protection in cases when the person is not formally accused but is first questioned as a witness by the authorities despite their suspicions.[12]

If the suspects can't invoke their rights due to lack of information by competent national authorities, the criminal proceeding against them can't be seen as fair. In one case, the Court addressed that a waiver of right can be accepted if it is made voluntarily but it is also required to be a "knowing and intelligent relinquishment of a right" (*Saman v. Turkey*, App. no. 35292/05 (Judgment of 5 April 2011), para. 32.).

However if the waiver is a result of lacking information of the suspect, it can't be seen as effective. The factors that have to be taken in account when deciding that such conduct is a breach of fairness or not, can vary greatly. Some of the criteria in the current ECtHR case law is objective, while others are subjective.[13] It is important that the caution be given in a language that the suspect understands (*Saman v. Turkey*, para. 35). The circumstances of the caution must also be taken in account when deciding the effectiveness of a relinquishment. In a case the Court ruled that "it was unlikely that a mere caution in the words provided for in the domestic law would be enough to enable him to sufficiently comprehend the nature of his rights" (*Panovits v. Cyprus*, para. 74.).

---

[11] Libby McVeigh – Alex Tinsley p.

[12] Alexandros Tsagkalidis: Directive 2012/13/EU on the Right to Information in Criminal Proceedings. Online: http://www.era-comm.eu/procedural_safeguards/kiosk/pdf/2017/Article_Right_to_Information.pdf [30.09.2017.]

[13] The weight of subjective factors must be determined for each case individually. The young age of the suspect, his lack of literacy or drug dependency can affect whether the caution fulfils the requirements for waiver of right or not. See for example *Panovits v. Cyprus*, App. no. 4268/04 (Judgement of 11 December 2008) para. 67; *Kaciu and Kotorri v. Albania*, Apps. nos. 33192/07 and 33194/07 (Judgment of 25 June 2013), para. 120; and *Pishchalnikov v. Russia*, App. no. 7025/04 (Judgment of 24 September 2009), para. 80.

Article 3(1) of the Directive provides that suspected and accused people are to be provided promptly orally or written information about certain procedural rights specified by the Article. These are:

(a) the right of access to a lawyer;

(b) any entitlement to free legal advice and the conditions for obtaining such advice;

(c) the right to be informed of the accusation, in accordance with Article 6;

(d) the right to interpretation and translation;

(e) the right to remain silent.

The next paragraph determines that the aforementioned information should be given in simple and accessible language and that the authorities should take into account any particular needs of vulnerable suspects or accused persons. The latter instruction can be seen as a general provision on subjective criteria which, as we could see, already is present in the case law of ECtHR.

Article 4-5: Letter of Rights on arrest

As the Commission stated in its press release in relation to the Directive, 8 million criminal proceedings takes place in the EU annually. The chance that suspects will be ill-informed about their defence rights is varying across the Member States and in many cases the suspects are only informed about their rights orally, in a technical and incomprehensible language, or not at all.[14]

Due to these tendencies, the Directive provides that suspects and accused that are arrested or detained shall be provided with a Letter of Rights, a written information sheet about their rights already determined in Article 3. This solution is not a new one, as its use was already suggested to Member States by the European Commission's Green Paper in 2003.[15]

The Letter of Rights should also contain information about other rights' application under the national law such as:

(a) the right of access to the materials of the case;

(b) the right to have consular authorities and one person informed;

(c) the right of access to urgent medical assistance;

(d) the maximum number of hours or days suspects or accused persons may be deprived of liberty before being brought before a judicial authority.

---

[14] Fair trial rights: EU governments endorse law ensuring suspects' right to information in criminal proceedings. Brussels, 3 December 2010. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1652_en.htm?locale=en [30.04.2017.]

[15] European Commission, Green Paper on Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceedings throughout the European Union, COM(2003)75 final, Brussels, 19 February 2003, section 8.1.

The paper should also contain some basic information about challenging the lawfulness of the arrest, obtaining a review of the detention and making a request for provisional release.

The factors determined by previous ECtHR case law about the proper form and conditions of information should also apply for this information paper. One such aspect specified by the Article that the Letter of Rights shall be drafted in simple and accessible language. It is also provided in the Article that Member States authorities must ensure that the suspect receives the Letter of Rights written in a language that they understand.

Article 5 provides that if the suspect is arrested because of a European Arrest Warrant against him, the Letter of Rights should contain information on their rights according to the law implementing Framework Decision 2002/584/JHA in the executing member state.

The Commission stated that it hopes, the Letter of Rights will help to avoid miscarriages of justice and reduce the number of appeals, while hoping that the efficiency of judicial systems will improve.[16]

Article 6: Right to information about the accusation

The requirement for notification of the accusation has a strong connection with the notification of rights as being accused is one of the cases after which the provisions of the Directive must be applied. This is also that phase of the criminal proceedings when persons can decide their defence and whether they want to invoke certain rights, such as the right to remain silent, or they wish to waiver them.

Articles 5(2), 6(3)a and b of the ECHR already addresses this topic. The former provides that arrested persons shall be informed about the reasons for arrest and the criminal charges against them. The latter is about minimum rights for every accused person, which is being informed about the nature and cause of the accusation against him and having adequate time and the facilities for the preparation of defence.

The ECtHR already has many decisions on the conformity of information about the accusation. Over the years the Court has adopted a principle regarding Article 6(3)a which is aimed at guaranteeing a right of information for the defendants at all stages of the criminal process. This specifies that the accused should be informed about both the factual and legal basis for the procedure as particulars of an offense play a crucial rule (*Pélissier and Sassi v. France*, App. no. 25444/94 (Judgment of 25 March 1999), para. 51-52.). This also includes the legal classification of the facts.[17] It was also clearly stated that is not enough for the relevant

[16] *Ibid*.

[17] McVeigh – Tinsley, p. 26.

authorities to provide information when requested to do so (*Mattoccia v. Italy*, App. Judgment of no. 23969/94 (5 July 2000), para. 65.).

Even if the written order properly addresses the relevant legal provisions, it can violate the ECHR without containing any factual circumstances (*Fox and others v. United Kingdom*, App. no. 12244/86 (Judgment of 30 August 1990), para. 40.). Subjective factors must also be taken in account, as in one case it was ruled to be a violation of the Article to question a deaf, mute and illiterate suspect using an official sign language interpreter as he was not familiar with that form of sign language (*Z.H. v. Hungary*, App. no 28973/11 (Judgment of 8 November 2012), para. 42-43.).

The Directive's provisions heavily resemble the factors laid down by the case law of the ECtHR. According to Article 6 suspected and accused persons shall be provided promptly with information about the criminal act they are suspected or accused of having committed. Paragraph 1 of the Article states that the information shall be detailed enough which is given a more detailed explanation is Recital 27. It states that the person shall be given all necessary information to prepare their defence. According to Recital 28 the information given should contain the time and place of the criminal act. Obligation under Paragraph (2) is similar to that of the Article 5 (2) of the ECHR. One big difference however is that the latter requires that the suspected and arrested person be provided information "promptly" which is omitted from the Directive.[18]

As provided by Paragraph (3) not only factual information but also the nature and legal classification of the criminal offence, as well as the nature of participation by the accused person. Paragraph 4 also reflects existing ECtHR case law (*Juha Nuutinen v. Finland*, App. no. 45830/99 (Judgment of 24 April 2007), para. 30-32.) in provisioning that authorities have to provide information about reclassifications of the offence so that the suspected or accused person can plan his defence accordingly.

Article 7: Right of access to the materials of the case

At the time of the first questioning of the suspect it is not uncommon that neither the suspected nor his lawyer has no access to case files which could affect his decision about certain rights. In some member states access to the files can be restricted by law or by exceptional power of prosecutors which can violate the equality of arms principle.[19]

Articles 6(3)(a), (b) and (c) of the ECHR has connections with this issue although not explicitly but the ECtHR was vocal about in a number of judgments.

---

[18] Ed Cape: *Transposing the EU Directive on the Right to Information: A Firecracker or a Damp Squib?* Criminal Law Review. No. 1 (2015), p. 53.

[19] McVeigh – Tinsley, p. 32.

There is an ongoing debate about the Court's opinion about the counsel's ability to obtain case files before the first questioning of his defendant. There are some vague expressions in these judgements which can be interpreted to support this claim but this is an opinion not shared by other courts.[20]

The ECtHR also addressed that in accordance with the provisions of Article 6(3)(b) access to case files have to be provided for the accused person in a timely manner before trial (*Beraru v. Romania*, App. no. 40107/04 (Judgement of 18 March 2014), para. 69-70). If the inspection of these files is restricted to the lawyer of the defendant it is not considered as a violation of the Article (*Kremzow v. Austria*, App. no. 12350/86 (Judgment of 21 September 1993), para. 52). It was also determined by the Court that the time frame for the counsel to review the files should be determined according to the number of pages it consists of (*Öcalan v. Turkey*, App. no. 46221/99 (Judgment of 12 May 2005), para. 142).

Article 7 of the Directive also addresses many of these concerns. Paragraph 1 provides that in case of arresting a person, the documents which are essential to challenge the decision are made available for him. The next Paragraph is about the availability of material evidence in possession of the competent authority. As stated in Paragraph 3 access to the aforementioned materials have to be granted in a due time to allow the effective exercise of the rights of the defence. Paragraph 4 of the Article determines when a request to access certain files can be refused by authorities. A request can be refused if:

- it would lead to a serious threat t life or fundamental rights of another person
- if such refusal is strictly necessary to safeguard an important public interest (could prejudice an ongoing investigation or could harm the national security)

A decision to refuse a request must be made by a judicial authority or be subject to judicial review. This Paragraph is also in line with existing ECtHR case law as it also accepted a public interest immunity principle similar to that of the Directive's.[21]

Lastly it is provided n Paragraph 5 that access to files must be free of charge. Although technically free, defendants can only hold copies of the documents and in case of large files, the cost of photocopying can be significant. In our opinion one effective solution to reducing cost is to allow electronic copies to be given to the defendant. Paragraph 70/B. (11) of the Criminal Procedure Code of Hungary (Act XIX of 1998) allows for accused person or their legal counselor to request an electronic copy of case files. It also provides that if the files are available in electronic formation the copies must be presented on electronic data carriers. The only downside of electronic formation is that the Code does not accept it as authentic.

[20] For more detailed information see McVeigh – Tinsley, p. 33–34.

[21] Laurens van Puyenbroeck and Gert Vermeulen: p. 1024.

2. THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND OF THE RIGHT TO BE PRESENT AT TRIAL IN CRIMINAL PROCEEDINGS IN DIRECTIVE (EU) 2016/343

On 9 March 2016, the European Parliament and the Council adopted Directive (EU) 2016/343 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings.

The Directive is the fourth legislative measure that has been passed since the adoption of the Council's Roadmap on procedural rights for suspects and accused persons in 2009.

The presumption of innocence and the right to a fair trial are enshrined in Articles 47 and 48 of the Charter, Article 6 of the ECHR, Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights (the ICCPR) and Article 11 of the Universal Declaration of Human Rights.

After the Directives regarding the three previous measures, this new Directive tries to enhance the right to a fair trial through the adoption of common minimum rules on certain points of the presumption of innocence and the right to be present at trial. This should result an increased trust between the Member States (MS) in the field of criminal justice and thereby it facilitate mutual recognition.

The first three measures on the basis of the Roadmap were adopted within a rather short time frame: Directive 2010/64/EU on the right to interpretation and translation (measure A) was adopted on 20 October 2010; Directive 2012/13/EU on the right to information (measure B) was adopted on 22 May 2012; and Directive 2013/48/EU on the right of access to a lawyer (measure C1) was adopted on 22 October 2013.

The European Commission has been examining the presumption of innocence for a long time. A Green paper on the presumption of innocence[22] from 2006 already indicated that the Commission was willing to include the presumption of innocence in a legislative instrument, if there was a need to do so. Although the presumption of innocence was not one of the measures covered by the 2009 Roadmap, Point 2 of this Roadmap made clear that proposals on other topics could be launched. Therefore in November 2013, the Commission presented a package of three further measures to complete the rollout of the Roadmap, as integrated in the Stockholm programme: a proposal for a Directive on provisional legal aid (measure C2), a proposal for a Directive on procedural safeguards for children (measure E),and a proposal for a Directive on the presumption of innocence (the "example" of the Stockholm programme). Article 6(3) of the Treaty on European

[22] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at trial in criminal proceedings Brussels, 27.11.2013 COM(2013) 821 final 2013/0407 (COD)

Union (TEU) provides that fundamental rights, as guaranteed by ECHR and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, constitute general principles of EU law.

2.1. Description of the main contents of the Directive

The approach of the new Directive is rather broad as it addresses not only the presumption of innocence and the connected rights such as the right to remain silent, but it equally addresses the right to be present at one's trial. The new rules apply to all people suspected or accused in criminal proceedings.

Article 1: Subject

Article 1 confirms that the Directive is intended to lay down minimum rules on "certain aspects of the right to the presumption of innocence in criminal proceeding" and the right to be present at the trial in criminal proceedings. The Directive is not intended, therefore, to be an exhaustive study of the principle and the ECHR will still be the main guide to those aspects which are not included in the text.

Article 2: Scope

The Directive applies to suspects or accused persons in criminal proceedings from the very start of the criminal proceedings, even before the time when the suspects are made aware by the competent authorities of the fact that they are suspected or accused of having committed a criminal offence. It applies until the conclusion of such proceedings, until the final judgement is delivered.

The right to be presumed innocent encompasses different needs and degrees of protection regarding natural persons and legal persons, as recognized in the case law of the Court of Justice on the right not to incriminate one-self. This Directive takes into account these differences and therefore only applies to natural persons.

Article 3: Presumption of innocence

Article 3 basically repeats Article 6(2) ECHR and Article 48(1) of the EU-Charter: suspects and accused persons should be presumed innocent until proven guilty according to law.

Article 3 is a simple restatement of the principle. It sets out that "Member States shall ensure that suspects and accused persons are presumed innocent until proven guilty according to law". There is no attempt to articulate the nature of the provision further or set out the core aspects of the presumption for the purposes of the Directive.

Article 4: Public references to guilt

The ECtHR established as one of the basic aspects of the principle of presumption of innocence the fact that a court or public official may not publicly present the suspects or accused persons as if they were guilty of an offence if they have not been tried and convicted of it by a final judgment (*Minelli v. Switzerland*, App. no. 8660/79 (Judgment of 17 December 1980)). According to the case law of the ECtHR[t]his principle should furthermore apply to all public authorities (*Allenet de Ribemont v. France*, App. no. 15175/89 (Judgment of 10 February 1995)).

Article 4(3) explained a general exception: the obligation not to refer to suspects or accused persons as being guilty should not prevent public authorities from publicly disseminating information on the criminal proceedings, if this is strictly necessary for reasons relating to the criminal investigation. This could be the case, for example, when video material is released and the public is asked to help in identifying the alleged perpetrator of the criminal offence.[23]

Article 5: Presentation of suspects and accused persons

According this article, "Member States shall take appropriate measures to ensure that suspects and accused persons are not presented as being guilty, in court or in public, through the use of measures of physical restraint."

It means that the competent authorities should also abstain from presenting suspects or accused persons in court or in public while wearing prison clothes, so they are required to avoid giving the impression that those persons are guilty.

Article 6: Burden of proof

Article 6 deals with the burden of proof. It requires Member States to "ensure that the burden of proof in establishing the guilt of suspects and accused persons is on the prosecution". This is an important issue. The burden of proof refers to the fact that it is the prosecution who must prove the case against the accused. The initial draft of Article 6 initially contained an article permitting the burden of proof to be shifted to the defence. The European Parliament's Civil Liberties Committee successfully proposed an amendment deleting this provision on the shift of the burden of proof . This Article reflects the ECtHR principle[24] which is considered as a correct balance between the protection of public interests (the needs of prosecution) and the right of the defence.

---

[23] Steven Cras and Anze Erbeznik: *The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial,* Eucrim 1/2016, p. 29.

[24] See, *inter alia*, ECtHR cases *Salabiaku v. France*, App. no. 10519/83 (Judgment of 7 October 1988), *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain, Telfner v. Austria*, App. no. 33501/96 (Judgment of 20 March 2001)

Article 7: Right to remain silent and right not to incriminate oneself

Article 7 provides that the suspect has the right to remain silent "in relation to the offence that they are suspected or accused of having committed". This should surely have been extended to the right to silence in relation to the commission of any offence.

The right to remain silent and the right not to incriminate oneself are not specifically mentioned in the ECHR, but the ECtHR has derived these rights from the right to a fair procedure under Article 6 of ECHR (*Funke v. France*, para. 44).

The Commission defined the right to remain silent and the right not to incriminate oneself as absolute rights, which means that they can be exercised without any conditions or qualifications and that there are no negative consequences attached to the exercise of these rights.[25]

Suspects or accused persons should be promptly informed of their right to remain silent according to Directive 2012/13/EU. Such information should also refer to the content of the right to remain silent and of the consequences of renouncing to it and of invoking it.

Article 7(3) notes that "the exercise of the right to remain silent and of the right not to incriminate oneself shall not be used against a suspect or accused person and shall not be considered as evidence that the person concerned has committed the offence which he or she is suspected or accused of having committed". This has to be welcomed and appears to go further than the ECtHR which has found that an accused's decision to remain silent throughout criminal proceedings may carry consequences, such as 'adverse inferences' being draw from the silence.

Artice 8 and 9: Relating to the right to be present at the trial and the right to a new trial

The provisions regarding trials in absentia, which the Commission had proposed in paragraphs 2 and 3 of Article 8, were more problematic. Here, the Commission had almost copy-pasted provisions from Framework Decision 2009/299/JHA on trials in absentia.

The ECtHR has confirmed that this is implicit in the right to a fair trial by way of a public hearing (*Jacobsson v. Sweden,* App. no. 16970/90 (Judgment of 19 February 1998)) and that it is difficult to see how anyone can exercise their defence rights without being present at their own trial.[26]

The Directive has brought clarity on an important point. In fact, in the Framework Decision it was not clear whether in respect of suspects or accused persons whose location is unknown a trial in absentia could be held and whether the resulting

[25] Steven Cras and Anze Erbeznik: p. 31.

[26] Debbie Sayers: The new Directive on the presumption of innocence: protecting the 'golden thread' http://eulawanalysis.blogspot.de/2015/11/the-new-directive-on-presumption-of.html [30.04.2017.]

decision, including a custodial sentence, could be enforced immediately, in particular if the person concerned has been apprehended.

However important conditions have to be applied. Firstly, Member States may only use the possibility to hold a trial in absentia if they have undertaken "*reasonable efforts*" to locate the suspects or accused persons. Secondly, the Member States must inform those persons, in particular upon being apprehended, of the decision taken in absentia as well as of the possibility to challenge this decision and the right to a new trial or other legal remedy.[27]

Article 9 establishes a remedy (established by the ECtHR) in cases where the right to be present at trial has not been observed. In this case it is an obligation to provide for a re-trial (*Colozza v. Italy*, App. no. 9024/80 (Judgment of 12 February 1985)).

3. CONCLUSION

The Stockholm Programme was right when determining that fair trial and the right to defence does not only mean the right to access lawyer but has many other dimensions to it, covered by the measures of the programme. To create an efficient system of suspect's rights, it is important to have a balance and appropriate timing to them. Presumption of innocence is a crucial principle to allow a fair trial but it needs other measures to be realized in practice. Without the access to interpretation and translation, the right to information can be meaningless. Even if the suspected or accused person is informed about their rights, they probably can't decide a proper defence strategy without a help from a legal counsel.

As we could see, both Directives build heavily on existing ECHR regulations and ECtHR case law regarding that. The system created by the Convention and the Court has serious limitations in their mechanism as it is not generally observed in all cases. EU level action can force the Member States to adopt the same level of protection for every proceeding.[28] The realisation of EU legislation on this basis is certainly a move towards enhancing integration between the two major European systems of human rights protection. Continuing this process could create a more complete and effective European human rights protection system, which is realised especially in terms of guarantees and of judicial protection.[29]

---

[27] Steven Cras and Anze Erbeznik: p. 33.

[28] T.N.B.M Spronken and D.L.F. de Vochtf: *EU Policy to Guarantee Procedural Rights in Criminal Proceedings: "Step by Step"*. 37 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation (2011-2012), p. 483.

[29] Stefania Negri: *Realising a European Area of Justice through Harmonised Protection of Procedural Rights and Enhanced Integration between the EU and the ECHR Legal Systems*. 2014, Conf. Int'l Dr. p. 103.

Dr Anita I. Nađ, vanredni profesor
Univerzitet u Miškolcu
Pravni fakultet
jognani@uni-miskolc.hu

Laslo L. Dornfeld, student doktorskih studija
Univerzitet u Miškolcu
Pravni fakultet
dlaci120@gmail.com

Razvoj određenih mera vezanih za pravično suđenje u Evropskoj uniji kao deo Stokholmskog programa

Sažetak: *Principi zajedničke saradnje u krivičnim postupcima prisutni su u krivičnom pravu Evropske unije od okvirne odluke Evropskog dokaznog naloga prihvaćene 2008. godine. Iako instrument nije uspeo postići svoju svrhu, i dalje ostaje cilj harmonizacija prekograničnih krivičnih istraga. Da bi Evropski istražni organ uspeo da postigne minimalna pravila u garancijama pravičnih suđenja su potrebna su pravila. Evropska unija je prepoznala ovu potrebu i Stokholmski program je pokrenut 2009. godine, sa ciljem da to shvati. Od tada su usvojene direktive koje se tiču određenih prava osumnjičenih, uključujući direktivu o pravu na informacije i pretpostavku nevinosti. Minimalna pravila koja se tiču ovih pretpostavljenih prava mogu imati ozbiljan uticaj na nacionalne sisteme krivičnog pravosuđa i njihova primena rezultiraće usklađenim krivičnim pravom. Ovi dokumenti su izrađeni u skladu sa ECHR-om i relevantnom sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava koja obećava veću integraciju dva glavna evropska sistema zakonodavstva.*

Ključne reči: *mere pravičnog suđenja, Stokholmski program, pravo na informisanje, pretpostavka nevinosti.*

Datum prijema rada: 17.05.2017.

Pregledni članak 343.221
doi:10.5937/zrpfns51-15493

Mr Dragana Č. Vasiljević
Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srpske
milijevic983@gmail.com

PRAVNA PRIRODA „ORGANIZACIJSKE VLASTI NAD DJELOM“ (*ORGANISATIONSHERRSHAFT*)

Sažetak: *izvršenje krivičnih djela u slučaju organizacijske vlasti nad djelom (organizovanog aparata moći) danas predstavlja jedno koliko značajno toliko i sporno krivičnopravno pitanje. Ne postoji jedinstven stav kada je u pitanju značaj pojedinih konstitutivnih elemenata ovog instituta, a sporna je i njegova pravna priroda, tj. da li se radi o posrednom izvršilaštvu, saizvršilaštvu ili podstrekavanju. Najispravnijim se smatraju shvatanja koja ga određuju kao oblik posrednog izvršilaštva. Autor u članku analizira postojeća teoretska shvatanja koja tematiziraju ovu problematiku i osvrće se na mjesto i značaj ovog instituta u savremenom krivičnom pravu.*

Ključne reči: *posredno izvršilaštvo, vlast nad djelom, saizvršilaštvo, podstrekavanje, krivično pravo.*

1. UVODNE NAPOMENE

Pluralitet lica u ostvarenju krivičnog djela predstavlja jedno od najzamršenijih pitanja krivičnog prava i oduvijek je bilo predmetom doktrinarnih rasprava. Ova, dinamična oblast, u svom razvoju nužno je iznjedrila i nove, ponekad i atipične, krivičnopravne konstrukcije sa ciljem da se što preciznije odredi mjesto i uloga pojedinca u ostvarenju krivičnog djela. Prije početka izučavanja jedne od njih napomenućemo samo da se učešće više lica u ostvarenju krivičnog djela javlja u vidu izvršilačkog i saučesničkog učešća, prilikom čega se izvršilačko učešće nadalje klasifikuje na pojedinačno izvršilaštvo, saizvršilaštvo i, za „Organizacijsku vlast nad djelom“ najznačajnije: posredno izvršilaštvo.[1]

[1] Najviše shvatanja o izvršenju krivičnog djela pronalazi se u njemačkoj krivičnopravnoj teoriji, a kao najdominantnije se ističe Roksinovo *(Roxin)* promišljanje o izvršilaštvu utemeljeno na „Vlasti nad djelom“ *(njem. Tatherschaftslehre).* Kako se izvršilaštvo može ispoljiti u obliku ne-

Promišljanje o organizacijskoj vlasti nad djelom nastalo je 1963. godine u fundamentalnom Roksinovom *(Roxin)* djelu „Izvršenje i kontrola nad radnjom izvršenja" *(Täterschaft und Tatherrschaft)*[2], dok je ovaj koncept detaljnije razrađivan od strane Šredera (*Friedrich-Christian Schroeder)* 1965. godine u njegovoj tezi „Izvršilac iza izvršioca" *(der Täter hinter dem Täter)*[3]. Najjednostavnije rečeno, u pitanju je vlast nad voljom koja počiva na temeljima organizovanog aparata moći.[4] Iako je nastalo prije više od šezdeset godina, krivičnopravna dogmatika posebnu pažnju ovoj problematici posvećuje i danas; moglo bi se reći za nijansu više. Strukturalno se razlikuje od drugih pojavnih oblika (posrednog) izvršilaštva, a krivičnopravna dogmatika je i dalje sukobljena oko njegove pravne prirode: da li je u pitanju uopšte izvršilačko učešće (posredno izvršilaštvo i saizvršilaštvo) ili je riječ o saučesništvu – podstrekavanju.[5]

2. OSNOVNA OBILJEŽJA „ORGANIZACIJSKE VLASTI NAD DJELOM"

Krivičnopravni institut posrednog izvršilaštva svojstven je konstelacijama gdje na strani neposrednog izvršioca uvijek postoje okolnosti koje isključuju da

posrednog i posrednog izvršilaštva, odnosno saizvršilaštva, tako i ova teorija prema Roksinu može da se javi kao „vlast nad radnjom izvršenja" *(Einhandlungsherrschaft)* u slučaju neposrednog izvršilaštva, kao „funkcionalno izvršilaštvo" *(funktionale Tatherrschaft)* u slučaju saizvršilaštva, i kao „vlast nad snagom volje" *(Willensherrschaft)* u slučaju posrednog izvršilaštva. Posredno izvršilaštvo se, opet, javlja u nekoliko konstelacija. Riječ je posrednom izvršilaštvu u slučaju kada sredstvo ne ispunjava biće krivičnog djela, u slučaju kada sredstvo postupa u skladu sa zakonom, posrednom izvršilaštvu na osnovu prisile, zatim u slučaju kada sredstvo postupa u zabludi, u slučaju nesposobnosti ili smanjene sposobnosti sredstva za krivicu, i posrednom izvršilaštvu u slučaju tzv. organizacijske vlasti *(Organisationsherrschaft*), vid. Poglavlje C u Roksinovom udžbeniku: Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil (Band II Besondere Erscheiunungsformen der Straftat),* Verlag C. H. Beck, München 2003, 19 – 55. O izvršilaštvu takođe vid. /Heine/ Adolf Schönke, Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar,* Verlag C.H. Beck, München 2010, 483 – 484.

[2] Polazna osnova za razvoj ovoga instituta je bilo Roksinovo pristupno predavanje održano 5. februara 1963. godine u Gotingenu *(Göttingen)*, Claus Roxin, „Organizationsherrschaft und Tatentschlossenheit", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 7/2006, 293. Roksin je nastojao da razvije teoriju čija primjena bi omogućila da nacistički lideri kao što je bio Adolf Ajhman *(Adolf Eichmann)* budu odgovorni kao izvršioci za zločine počinjene u okviru njihovih režima.

[3] Vid. C. Roxin, 19 – 55.

[4] *Willensherrschaft kraft organizatorischer Machtapparate,* vid. Igor Bojanić, *Počiniteljstvo kao vlast nad djelom*, Kaznenopravno kriminalistička biblioteka „Vladimir Bayer", Zagreb 2003, 75.

[5] Vršenje krivičnih djela putem organizovanog aparata moći značajno je sa aspekta individualne krivične odgovornosti. Ovaj oblik izvršilaštva predstavlja jedan od načina određivanja krivične odgovornosti u, kako to ističe Fogel *(Vogel),* „sistemskom" kontekstu. Analizirajući dvanaest modela određivanja krivične odgovornosti u „sistemskom" modelu organizovani aparat moći označen kao „normativni" model predstavlja opozit „naturalističkom" modelu, vid. Joachim Vogel, „How to Determine Individual Criminal Responsability in Sistemic Contexts: Twelve Models", *Defense Sociale Revista* 02/16, 154 – 155.

on, iako preduzima radnju izvršenja krivičnog djela, bude ujedno i njegov izvršilac. Za razliku od ovoga, kod krivičnopravne figure izvršilaštva kroz organizovani aparat moći riječ je o unikatnoj pravnoj konstrukciji izgrađenoj po principu neposredno izvršilaštvo + posredno izvršilaštvo, mada su u krivičnom pravu zastupljena i drugačija shvatanja.[6] Neposredno izvršilaštvo u principu pripada pojedincu koji izvršava naloge ili naređenja, dok se kao posredni izvršilac javlja tzv. „organizator" ili naredbodavac koji svojstveno teoriji „Vlasti nad djelom", gospodari njegovim izvršenjem[7]. Kod ove konstelacije naredbodavac je „izvršilac iza izvršioca" i ima ispod sebe organizovani aparat moći kojim se koristi za izvršenje krivičnog djela. Prisutan je specifičan način djelovanja aparata moći; jamči se ostvarenje naredbi, bez obzira na to ko će konkretnu naredbu izvršiti;[8] organizatoru na raspolaganju stoji tzv. „poslušna mašinerija".[9] Da bi se za ovakve slučajeve moglo ustvrditi da predstavljaju posredno izvršilaštvo ovaplođeno u vidu organizovanog aparata moći, potrebno je da budu ostvareni određeni uslovi. Sistematizaciju elemenata je napravio prije svega Roksin prema kome ta organizacija mora, kao prvo, imati čvrstu hijerarhijsku strukturu, zatim članovi organizacije moraju biti lako zamjenljivi, i na kraju organizacija mora makar djelimično da djeluje izvan pravnog poretka.[10]

Čvrsta hijerarhijska struktura. Ovaj element podrazumijeva mogućnost izdavanja naređenja licima koja se nalaze na nižoj razini ljestvice u organizovanom aparatu moći. Odnos nadređenosti – podređenosti proizilazi iz načela hijerarhije, odnosno bezpogovornog i efikasnog izvršavanja naredbe. Ovakvog shvatanja je

---

[6] Pojedini njemački autori zalažu se za tzv. autonomni princip odgovornosti: posredno izvršilaštvo nije moguće u slučaju da je osoba koja preduzima radnju izvršenja krivičnog djela krivično odgovorna, o ovome vid. Thomas Weigend, "Perpetration through an Organization – The Unexpected Career of a German Legal Concept", *Journal of International Criminal Justice* 9/2011, 96, upor. Kai Ambos, „The Fujimori Judgment – a President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus", *Journal of International Criminal Justice* 9/2011, 147.

[7] U pitanju je gospodarenje ili kontrola nad „tokom događaja", vid. Neha Jain, „The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law", *Chicago Journal of International Law* 1/12, 171. Ambos *(Ambos)* s pravom ističe da je za razliku od klasičnih slučajeva posrednog izvršilaštva kod kojih posredni izvršilac ima direktnu kontrolu nad posrednikom, u slučajevima makrokriminaliteta osoba iz pozadine kontrolu ostvaruje kroz mehanizam organizovanog aparata, vid. Kai Ambos, „Täterrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate – Eine kritische Bestandsaufnahme und Weiterführende Ansätze*", Goltdammer's Archiv* 1998, 234.

[8] I. Bojanić, 76.

[9] Vid. Vlado Kambovski, *Učestvo na poveke lica vo kaznenoto delo*, Skopje 2001, 136.

[10] Samo ukoliko su ispunjeni ovi uslovi, rukovodioci organizacije mogu biti sigurni da će njihova naređenja biti izvršena u svim okolnostima, vid. T. Weigend, 97. Vrhovni sud Perua je u slučaju Fudžimori *(Fujimori)* naveo pet uslova za postojanje posrednog izvršilaštva putem organizovanog aparata moći, vid. K. Ambos, 149 – 150. Treba istaći da se njemački savezni sud u presuđenom slučaju „organizacijske vlasti nad djelom" iz 1994. godine koristio kombinacijom Roksinovih kriterijuma sa Šrederovim *(Schroeder)* kriterijumom spremnosti za izvršenje krivičnog djela, vid. N. Jain, 172.

i Botke *(Bottke),* prema kome je ukupno kriminogeno ponašanje organizovanog aparata moći zasnovano na tome da viši na hijerarhijskoj ljestvici izdaju nižima uputstva za izvršenje krivičnog djela, dok u ponašanju kolektiva preovladava komanda i poštovanje.[11] (Stroga) hijerarhija omogućava specifičan način djelovanja aparata označen kao „automatski",[12] koji omogućava izvršavanje naredbi bez obzira na to ko će neposredno preduzeti radnju izvršenja. Ona omogućava dominaciju nad djelom koja se javlja na strani osobe koja se nalazi na vrhu hijerarhijske ljestvice i koja se djelimično zbog ovog uslova ne plaši da će naredba ostati neizvršena,[13] ali isto tako omogućava postojanje posrednog izvršilaštva i od osobe koja je postupala opet po tuđoj incijativi. Kod posljednje navedenog je važno samo da ona upravlja makar dijelom organizovanog aparata moći (na primjer jedna osoba upravlja oružanim snagama, druga policijom, treća obavještajnim službama i slično). Međutim, diskutabilno je da li je ovaj krivičnopravni institut primjenljiv i na osobe koji se nalaze npr. na srednjem nivou u ljestvici komandovanja.[14] Činjenica je da oni kontrolišu dio organizovanog aparata i delegiraju naređenja na konstelaciju iz koje treba da proiziđu izvršioci krivičnih djela i, s tim u vezi, ne bi bilo opravdano odreći im status posrednog izvršioca.

Zamjenljivost (fungibilitet). Za pomenutu strogu hijerarhijsku strukturu nadovezuje se element „zamjenljivosti" lica koja funkcionišu u okviru organizovanog aparata moći. Naime, u slučajevima odbijanja izvršenja naredbe, odustanka ili nemogućnosti da se ona izvrši od strane jednog lica, na njegovo mjesto dolazi neko drugi ko je spreman da postupi po izdatom naređenju. Zbog toga se kaže da je krug lica koja predstavljaju potencijalne, a neposredne izvršioce krivičnih djela, ustvari mnoštvo „točkova u stroju aparata moći"[15], gdje je svaki i u svakom trenutku zamjenjiv ukoliko je to neophodno u svrhu uspješnog ostvarenja krivičnog djela[16]. Krivično djelo u svakom slučaju biva izvršeno i osoba iz poza-

---

[11] Vid. K. Ambos (1998), 228. Suprotno ovome, Osiel *(Osiel)* je skeptičan prema Roksinovoj privrženosti struktuiranom i hijerarhijski organizovanom aparatu koji se koristi za izvršenje krivičnih djela i smatra da su neformalne strukture moći efikasnije sredstvo za izvršenje krivičnih djela, vid. N. Jain, 194.

[12] U pitanju je „... *besprijekorno funkcionisanje aparata moći kao hijerarhijski čvrsto strukturalne organizacije",* vid. I. Bojanić, 76.

[13] Ovako Roksin, vid. T. Weigend, 97.

[14] U teoriji su prisutna mišljenja prema kojima postoje tri nivoa izvršilaca kod ovoga krivičnopravnog isntituta: prvi i ujedno najviši nivo gdje se nalazi izvršilac koji generalno planira izvršenje krivičnih djela *(Führungstäter),* srednji nivo gdje se nalaze (sa)izvršioci koji kontrolišu dio organizovanog aparata moći *(Organisationstäter)* i treći, najniži nivo na kome su nalaze neposredni izvršioci krivičnih djela *(Ausführungstäter),* vid. K. Ambos, 149.

[15] Vid. V. Kambovski, 136.

[16] U pitanju je tzv. negativna zamjenjivost. Pored navedenog, u praksi je prisutna i tzv. pozitivna zamjenjivost koja postoji kada osobe iz pozadine iz mnoštva potencijalnih izvršilaca biraju najkvalifikovanije da bi se na taj način isključila mogućnost da krivično djelo ostane neizvršeno, vid. K. Ambos (1998), 228.

dine ne mora niti da zna za neposrednog izvršioca. Kada je u pitanju zamjenjivost kao jedan od elemenata izvršenja krivičnih djela od organizovanog aparata moći, pitanje je da li se ovaj element može posmatrati kao odlučujući. Roksin i Šmidhojzer *(Schmidhäuser)* potenciraju ovaj kriterijum[17] za razliku od Hercberga *(Herzberg)* koji, prihvata element „zamjenjivosti", ali ujedno zaključuje da i *„spremnost za akciju"* odbacuje tipičnu neizvjesnost od uspjeha.[18] Kritika kriterijuma zamjenjivosti dolazi do izražaja i kod Osiela *(Osiel)* prema kome je ona upitna u tzv. „malim organizacijama" jer se članovi ne mogu tako lako zamijeniti[19]. Šreder *(Schroeder)* takođe nije mišljenja da zamjenjivost predstavlja odlučujući element za zasnivanje ovog krivičnopravnog instituta ističući da „*...zamjenjivost omogućava u svakom trenutku nabavku „sredstava" za izvršenje krivičnog djela, ali ne i njegov odlučujući razlog".*[20] U smislu navedenog, izdvaja se i njegov argument da je zamjenjivost u smislu odlučujućeg elementa za izvršenje krivičnog djela kroz organizovani aparat moći upitna u slučajevima posljednjih članova u lancu izvršenja, gdje najčešće izostaje drugo lice koje će zamijeniti pretpostavljenog izvršioca krivičnog djela i samo izvršiti krivično djelo. Pored zamjenjivosti, opravdano treba izdvojiti i druge objektivne elemente koji se mogu javljati i biti relevantni za izvršenje krivičnog djela kao npr. „*bezuslovna spremnost"* za preduzimanje radnje izvršenja (prema Šrederu predstavlja najznačajniju karakteristiku organizovanog aparata moći),[21] ili eventualno ravnodušnost koja se može pojaviti na strani neposrednog izvršioca krivičnog djela.[22]

Djelovanje izvan pravnog poretka. Za postojanje ove krivičnopravne figure zahtjeva se i djelovanje izvan granica pravnog poretka. Naime, organizovani aparat moći koji stoji na raspolaganju osobi iz pozadine uvijek odstupa od pravila pravnog poretka. On je najčešće organizovan u skladu sa pravilima pravnog poretka, mada krivičnopravna doktrina pominje i organizovani aparat moći u slučaju kriminalnih oraganizacija ukoliko su ispunjeni ostali uslovi (stroga hijerarhijska struktura i zamjenjivost članova)[23]. Kada se govori o organizovanom aparatu moći utemeljenom na pravilima pravnog poretka mora biti riječi o njegovom potpunom odstupanju od pomenutih pravila. Ovo zbog toga što naređenja

[17] Za Roksina je ovaj element najznačajniji, vid. K. Ambos (1998), 228.

[18] Vid. K. Ambos (1998), 228; Friedrich-Christian Schroeder, „Tatbereitschaft gegen Fungibilität*", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11/2009, 569.

[19] N. Jain, 194.

[20] Vid. F. C. Schroeder, 570.

[21] Vid. F. C. Schroeder, 569; K. Ambos (1998), 229.

[22] Ovako Osiel, vid. N. Jain, 194.

[23] S tim u vezi, kod Ambosa se razlikuje tzv. „*normalno stanje pravnog poretka*" koje je obavezno da se suprotstavlja kriminalitetu i tzv. „*izopačenom*" pravnom poretku baziranom na tajnom planu vlade koji je usmjeren ka ostvarenju krivičnih djela... Isto tako, ova krivičnopravna figura postoji i kod aparata koji se nalaze u simbiozi sa državom kao što je slučaj sa Sicilijanskom mafijom ili Kolumbijskim kartelima droge, koje prema autoru nisu odvojene od zakona ali ne predstavljaju državu, već „para državu", vid. K. Ambos (1998), 243.

izdata zbog vezanosti pravnim poretkom predstavljaju naređivanje kažnjivog ponašanja koje ne predstavlja krivično djelo (tj. ne može se okvalifikovati kao posredno izvršilaštvo) zbog višeg ranga vrijednosti zakona čije odredbe isključuju protivpravnost krivičnog djela.[24] U drugom slučaju, samo organizovanje ovakvih organizacija predviđeno je kao krivično djelo, a organizatori odgovaraju po prirodi stvari i za sva krivična djela koja se izvrše od članova organizacije. Kambovski navodi primjer organizovanja zločinačkog udruženja kao samostalnog krivičnog djela gdje organizator odgovara i za krivična djela izvršena od strane kriminalnog udruženja ukoliko je organizovao i rukovodi udruženjem, ukoliko je prisutan hijerarhijski odnos koji ishoduje bezuslovnom poslušnošću u vezi sa izdatim naredbama i ukoliko su krivična djela neposrednih izvršilaca obuhvaćena generalnim umišljajem.[25] S tim u vezi mi i ne možemo u *stricto sensu* govoriti o odstupanju od pravnog poretka u dijelu koji se odnosi samo na izvršenje konkretnih krivičnih djela; ovdje su sve djelatnosti (od organizovanja pa do izvršenja konkretnog krivičnog djela) suprotne pravilima pravnog poretka.

3. ODNOS „ORGANIZACIJSKE VLASTI NAD DJELOM" I SAIZVRŠILAŠTVA

U krivičnopravnoj literaturi nisu strana shvatanja prema kojima situacije koje sadržinski odgovaraju organizovanom aparatu moći predstavljaju u stvari saizvršilačko učešće. S tim u vezi, saizvršilaštvo zastupaju Ješek/Vajgend *(Jescheck/Weigend),* Bauman/Veber *(Bauman/Weber),* Oto *(Otto),* i Jakobs *(Jakobs).*[26] Ješek/Vajgend argumentuju to činjenicom da se zajedništvo odluke o izvršenju djela uspostavlja kroz svijest vođstva i izvršitelja da određeno djelo ili više njih treba da budu izvršeni u skladu sa datim uputstvima *(svijest treba da „bude u skladu sa uputstvima linije")*[27], dok Bauman/Veber za postojanje saizvršilačkog učešća ne zahtijevaju postojanje ličnih kontakata i zajedničkog planiranja; dovoljno je postojanje i „*tiho uspostavljene"* saglasnosti.[28]

Organizovani aparat moći kao način izvršenja krivičnih djela ne može se poistovijetiti sa saizvršilaštvom. U traženju distinkcija treba poći od elemenata saizvršilaštva. Saizvršilaštvo *(njem. Mittäterschaft)*, objedinjujući dostupna teo-

---

[24] Vid. I. Bojanić, 76; N. Jain, 177.

[25] Vid. V. Kambovski, 138. O ovim elementima vid. još i Milo Bošković, „Kriminalne grupe i organizacije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1-2/2008, 300–302. O organizovanju zločinačkih udruženja upor. Dragiša Drakić, „Organizovanje zločinačkih udruženja kao oblik saučesništva u svetlu borbe protiv organizovanog kriminaliteta", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2005, 225–239.

[26] C. Roxin, 52.

[27] C. Roxin (2006), 294 – 295.

[28] C. Roxin, 52.

rijska[29] i normativna shvatanja, postoji kada dva ili više lica uz svijest o zajedničkom djelovanju preduzimaju (umišljajno ili nehatno) radnju izvršenja krivičnog djela ili na drugi (bitan) način umišljajno ostvaruju krivično djelo. Jasno se uviđaju osnovni elementi ovog instituta; riječ je o subjektivnom elementu koji se javlja u vidu svijesti o zajedničkom izvršenju krivičnog djela i o objektivnom elementu koji se manifestuje u zajedničkom ostvarenju radnje izvršenja ili zajednički na neki drugi (bitan) način doprinošenju ostvarenja krivičnog djela. Na subjektivnom planu, kod (sa)izvršioca krivičnog djela zahtijeva se postojanje upravljačke volje. Traži se volja o izvršenju krivičnog djela, volja da se dominira u procesu njegovog izvršenja; pojedinac, da bi bio saizvršilac, treba da bude koautor odluke o djelu i o zajedničkom izvršenju.[30] Objektivna komponenta (prema preovlađujućoj teoriji „Vlasti nad djelom") je prilog učesnika koji je takav da ga stavlja u poziciju da on na bitan, odlučujući, prvorazredan način participira u izvršenju krivičnog djela. Kod saizvršilaštva riječ je o djelatnostima kojima se bitno *(erheblich)* doprinosi izvršenju krivičnog djela, i koje čine da je lice nosilac materijalne vlasti nad djelom. Ova radnja je povezana sa djelatnostima koje preduzimaju drugi učesnici u izvršenju krivičnog djela na način da ih bitno dopunjuje,[31] zasnivajući zajedničku (funkcionalnu) vlast nad djelom. Ono što se preduzima, iako nije radnja izvršenja, u funkcionalnom smislu mora biti od velikog značaja i vrijednosti za realizaciju krivičnog djela.[32] Riječ je o djelatnostima bez kojih krivično djelo praktično ne bi moglo biti ostvareno, tj. djelatnostima putem kojih se ostvaruje prava dominacija u djelu. Ovaj „ključni položaj" saizvršioca i njegove radnje postojaće u slučajevima kada je ta djelatnost, koju treba preduzeti, takvog značaja da bi bez njene realizacije bilo onemogućeno izvršenje krivičnog djela. Sada već nije teško utvrditi pomenutu distinkciju između organizacijske vlasti kao načina izvršenja krivičnog djela i saizvršilaštva.

Razloge za negiranje saizvršilaštva treba potražiti prevashodno na subjektivnom planu. Saizvršilaštvo podrazumijeva zajedničku odluku za izvršenje kri-

---

[29] Saizvršilaštvo je različito definisano i u teoriji krivičnog prava. Na primjer, ono se generalizuje kao samostalan oblik izvršilaštva koji postoji „*ukoliko više lica zajednički izvrše krivično djelo*", vid. C. Roxin, 77; */Heine/* A. Schönke; H. Schröder, 514. Doduše, mogu se pronaći i nešto drugačija određenja; npr. po Velcelu *(Welzel)* saizvršilaštvo je „*na više ljudi podijeljeno izvršenje međusobno povezanih svrsishodnih parcijalnih radnji prema jednoj zajedničkoj odluci o radnji*", za Mauraha *(Maurach)* „*saizvršilac je onaj koji bez ličnog izvršenja nadzire proces izvršenja, upravlja i vlada postupcima...*", vid. Nedeljko Jovančević, *Podstrekavanje – oblik saučesništva i samostalno krivično delo,* Beograd 2008, 87. Po Fogleru *(Vogler)* saizvršilaštvo je „*svjesno i voljno sarađivanje u izvršenju krivičnog djela*", vid. Theo Vogler, „Versuch und Räcktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat*", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft"* 2/1986, 337.

[30] Ovako Velcel, vid. Franjo Bačić, „O saizvršilaštvu*", Naša zakonitost* 1/1982*,* 17.

[31] Nataša Delić, „Neke dileme u vezi zakonskog pojma saizvršilaštva", *Revija za kriminologiju i krivično pravo*; 3/2009, 267.

[32] N. Delić, 267.

vičnog djela a zajednička odluka podrazumijeva prethodni zajednički dogovor dva ili više lica i na osnovu toga preduzimanje radnje izvršenja krivičnog djela ili drugih djelatnosti kojima se ostvruje bitan doprinos njegovom izvršenju. To znači da svaki (sa)izvršilac mora biti svjestan da djeluje sa ostalima u izvršenju krivičnog djela i mora to htjeti.[33] Odluka i zajedničko izvršenje djela povezuje saučesnike i njihove volje i doprinose u jednu cjelinu. Svaki učesnik je zajedno sa drugim (sa)nosilac[34] odluke o djelu i o tome da zajednički izvrše djelo. Ovdje je veoma bitna zajednička „subjektivna veza", koja se odnosi na svijest o zavisnosti[35], popunjavanje svojim doprinosom tuđih djelatnosti, ali i dopunjavanje tuđim doprinosom sopstvene djelatnosti[36] u izvršenju konkretnog krivičnog djela. Kod izvršenja krivičnog djela putem organizovanog aparata moći zajedničke odluke o izvršenju krivičnog djela nema, zajednička saglasnost volja ne postoji. To da neposredni izvršilac krivičnog djela jednostavno ispunjava naloge osobe iz pozadine ne može se posmatrati u svjetlu činjenice da između njih postoji zajednička odluka da izvrše krivično djelo, niti da postoji zajednička subjektivna veza koja opravdava saizvršilaštvo[37]. Ovdje izostaje dogovor, podjela aktivnosti; nema tu niti prećutnog dogovora (konkludentne radnje) za izvršenje krivičnog djela, pa da se prizna saizvršilaštvo. Izvršilac krivičnog djela ne može plan koji postoji na strani naredbodavca učiniti svojim.[38] Uzimajući u obzir naprijed navedeno, naredba ne predstavlja zajedničku odluku, sa njom se neposredni izvršilac krivičnog djela u koncu samo saglašava i to bilo zbog već predočene činjenice da može biti zamijenjen, bilo zbog postojanja bezuslovne spremnosti za izvršenje krivičnog djela. Zajednička odluka se javlja kao fikcija između ostalog i iz razloga što se naredbodavac i izvršilac ne poznaju, a vjerovatno se nikada neće niti upoznati. Isto tako, međusobna svijest o zavisnosti izvršilaca kod organizovanog aparata moći nije ispoljena jer ne postoji konkretizacija izvršioca kada je u pitanju odnos nadređeni – podređeni: ko će to konkretno preduzeti radnju izvršenja krivičnog djela pa da pomenuta svijest postoji? Sa druge strane, nije teško uočiti paradoks prisutan kod obrnute ralacije podređeni – nadređeni: kako dopuniti svoj doprinos doprinosom tuđih djelatnosti, da li to znači da podređeni inicira djelatnosti kojima se ostvaruje krivično djelo od strane nadređenog?

---

[33] Haro Otto, *Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre,* Deutschland 2004, 21.

[34] Ovako Velcel, suprotno Maurah, vid. N. Jovančević, 139,142.

[35] Stefan Grabow, Stefan Pohl, „Die Sukzessive Mittäterschaft und Behilfe", *JURA – Juristische Ausbildung* 9/2005, 659. Ovakvog shvatanja je Ingelfinger *(Ingelfinger)* prema kome plan o djelu stvara zavisnost pojedinca od njegovih saučesnika u zločinu, koja je motivisana izvršenjem sopstvenog udjela u tome činu.

[36] Prema Gepertu u smislu „svi za jednog, jedan za sve", Klaus Geppert, „Die Mittäterschaft (25 Abs 2 StGB)", *JURA – Juristische Ausbildung* 1/2011, 32; upor. H. Otto, 372.

[37] Prema Roksinu: *„Svijest o postojanju zajedničke direktive ne predstavlja zajedničku odluku"* vid. C. Roxin, 52.

[38] Suprotno Oto, vid. C. Roxin, 52.

I na koncu, treba pomenuti još jedan argument koji ne ide u prilog saizvršilaštva: kod njega je zajednička odluka koja podrazumijeva ravnopravnost volja horizontalno zasnovana. Ova konstatacija se protivi prirodi organizovanog aparata moći koji počiva na strogoj hijerarhijskoj uređenosti. Izdavanje naređenja (naloga) u ovakvim uslovima ne predstavlja ništa drugo do vertikalno uređene odnose koji ne „trpe" konsenzualnost, odnosno ravnopravnost volja. Na objektivnom planu treba samo istaći da nedostaje već pomenuto zajedničko izvršenje krivičnog djela, naročito ukoliko se saizvršilaštvo ograniči samo na stadijum izvršenja.

4. ODNOS „ORGANIZACIJSKE VLASTI NAD DJELOM" I PODSTREKAVANJA

Izvršenje krivičnog djela putem organizovanog aparata moći treba razgraničiti i od podstrekavanja. Za pojedine autore ovo rješenje je bliže usvajanju od onog koje potencira saizvršilaštvo.[39] Podstrekavanje predstavlja psihički uticaj na glavnog izvršioca krivičnog djela sa ciljem da se navede da donese odluku da se krivično djelo izvrši, ili sa ciljem da se ta odluka „učvrsti". Teza o podstrekavanju ima utemeljenje u činjenici da izvršilac naredbe ne može biti istovremeno i sredstvo u rukama naredbodavca.[40] U pitanju je potpuno poštovanje principa autonomne odgovornosti što znači da neposredni, krivično odgovorni izvršilac nije ničije sredstvo. Povodom navedenog, Renzikovski *(Renzikowski)* ističe da pojam organizacijske vlasti nad djelom nije spojiv sa pomenutim načelom autonomije, te konstatuje da je zamjenjivost hipotetička kategorija na kojoj se ne može zasnovati vladanje nad sredstvom. Nadalje, Hercberg je eksplcitan u tome da su njemački zapovjednici (Hitler, Hajmler) izdavanjem naređenja počinili ubistva, ali ne kao izvršioci, već kao podstrekači.[41]

U prilog činjenici da izvršenje krivičnih djela od strane organizovanog aparata moći ne treba tretirati kao podstrekavanje treba navesti i to da samo podstrekavanje ne bi moglo u potpunosti da izrazi pravu odgovornost nalogodavca koja je u prvom planu, a ne akcesorne prirode. Ovdje nalogodavac učestvuje u svome djelu, a ne u djelu drugoga. Drugim riječima, iako se podstrekač označava kao „intelektualni tvorac" krivičnog djela, on je učesnik u krivičnom djelu drugoga, odnosno krivično djelo ne želi kao svoje. Njegovi postupci su usmjereni ka stvaranju ili učvršćivanju odluke kod podstreknutog da izvrši konkretno krivično djelo. Jasno je da prilikom vršenja krivičnih djela od organizovanog aprata moći nalogodavac ne učestvuje u radnji izvršenja ali on na drugi način ostvaruje „vlast nad djelom", putem već pomenutog organizovanog aprata moći. U prilog tome da

[39] Vid. C. Roxin, 54.
[40] Vid. I. Bojanić, 78.
[41] Vid. C. Roxin, 54.

je on tzv. „centralna figura" govori i jedan od naziva čitavog koncepta: „Izvršilac iza pisaćeg stola" (*Schreibstäter*), odnosno šaljiva Roksinova opaska da niko ne poznaje „Podstrekača iza pisaćeg stola".[42] I na koncu, možda bi ovde mogao stajati još jedan argument u prilog izvršilačkog a ne saučesničkog (podstrekačkog) angažmana nalogodavca, a on bi bio prihvatljiv u zavisnosti od složenosti organizovanog aparata moći: činjenica da nalogodavac u takvim slučajevima čak niti okvirno ne poznaje potencijalnog izvršioca niti konstelaciju iz koje on dolazi[43].

5. KONCEPT „ORGANIZACIJSKE VLASTI NAD DJELOM" I NJEGOVA PRIMJENA U SAVREMENOM KRIVIČNOM PRAVU

Koncept organizovanog aparata moći, pored njemačkog pravosuđa i latinoameričkih zemalja koje su pod direktnim uticajem njemačke krivičnopravne doktrine prepoznat je i u međunarodnom krivičnom pravu[44]. Valja podsjetiti da je on i kreiran upravo zbog procesuiranja najtežih krivičnih djela kojima se povređuju čovječnost i druge vrijednosti zaštićene međunarodnim pravom. Tako je još povodom slučaja Ajhman konstatovano da poseban oblik odgovornosti počiva na činjenici da organizacija ima svoje dijelove gdje svaki od njih mora raditi zajedno sa ciljem da se postigne određeni rezultat, dok čitava organizacija djeluje pod direkcijom čovjeka iz pozadine, kojeg ispravno treba označiti kao „kriminalni um"[45].

Kada je riječ o savremenom međunarodnom krivičnom pravu, treba istaći da su pod uticajem teorije vlasti nad djelom kreirana i rješenja koja se primjenjuju u praksi međunarodnih krivičnih sudova. Tačnije, Rimski statut u čl. 25. predviđa oblike učešća u ostvarenju krivičnog djela, između ostalog i posredno izvršilaštvo („*Skladno ovome Statutu svako je krivično odgovoran i podložan kažnjavanju za krivično djelo iz nadležnosti Suda ako: (a) takvo krivično djelo počini sam, u saučesništvu sa drugom osobom ili putem druge osobe, bez obzira da li je ta druga osoba sama krivično odgovorna...*")[46]. Bez pretenzije za detaljnijom

[42] Claus Roxin, „Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11/2009, 566.

[43] Slično Roksin, vid. C. Roxin, 47.

[44] O ovome i krivičnopravnim institutima u međunarodnom krivičnom pravu vid. članak Kai Ambos, „Remarks of the General Part of International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice* 4/2006, 660 – 673.

[45] S pravom Olin *(Ohlin),* vid. Jens David Ohlin, „The Combatant's Stance: Autonomous Weapons on the Baterfield", *International Law Studies,* 1/2016, 8.

[46] Vid. Statut Međunarodnog krivičnog suda u Rimu (Rome Statute of the International Criminal Court), stupio na snagu 01.07.2002. godine, preuzeto dana 26.04.2017. godine sa sajta https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf. Statut međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju prihvata monistički model izvršilaštva („*Osoba koja je planirala, podstrekavala, naredila, počinila ili na drugi način pomogla i podržala planiranje, pripremu ili izvršenje nekog od krivičnih djela navedenih u...*"), vid. Statut

elaboracijom reći ćemo samo da je pretresno vijeće Međunarodnog krivičnog suda plediralo za, i prihvatilo Roksinovu teoriju u slučajevima Lubanga *(Lubanga)* i Katanga *(Katanga)* u interpretaciji čl. 25 (3)(a) Statuta. Od značaja je stav izrečen u pogledu prvonavedenog u kome je potvrđeno da se kontrola nad direktnim izvršiocem može takođe ostvariti putem organizacije i da su takvi slučajevi za međunarodno krivično pravo relevantniji.[47] Pored ovoga, potenciranje organizovanog aparata moći kao posebnog oblika odgovornosti u praksi Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju uočava se u izdvojenom mišljenju sudije Šomburga *(Schomburg)* u slučaju Gučambitsi *(Gucambitsi).* Međutim, pokušaj uvođenja posrednog izvršilaštva nije naišao na adekvatan odaziv; sa jedne strane zbog toga što je u praksi zastupljen koncept Udruženog zločinačkog poduhvata, dok je sa druge strane izostalo detaljnije ispitivanje i objašnjenje posrednog izvršilaštva.[48]

Na kraju, značajno je istaći i da je presuda bivšem peruanskom predsjedniku Fudžimori *(Fujimori)* utemeljena na posrednom izvršilaštvu putem organizovanog aparata moći[49]. Sud je u ovom slučaju vođen Roksinovim konceptom[50] potvrdio pet elemenata koji utemeljuju krivičnu odgovornost na osnovu organizovanog aprata moći i to: postojanje hijerarhijski ustrojene organizacije (osnovni uslov), krivično odgovoran komandant kao indirektini izvršilac, odijeljenost organizacije od prava (djelovanje van pravnog poretka), zamjenjivost i postojanje neposrednog izvršioca krivičnog djela (posebni uslovi).[51] Treba istaći da se primjenjeni koncept organizovanog aprata moći u ovom slučaju pokazao korisnim za procesuiranje visoko rangiranih izvršilaca krivičnih djela.

6. ZAKLJUČAK

Koncept „Organizacijske vlasti nad djelom“ iako nastao prije više od pola vijeka i danas je predmet brojnih rasprava. Jasno je da krivičnopravna teorija nije jedinstvena u pogledu zasnivajućih elemenata ovoga instituta (stroga hijerarhija, zamjenjivost, djelovanje van pravnog poretka). Prije svega, vidljivo je da je ovaj koncept primjenjiv kako u državnim tako i u vandržavnim strukturama. Isto tako,

Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia), stupio na snagu 25.05.1993. godine, preuzeto dana 26.04.2017. godine sa sajta http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_bcs.pdf. O opštim oblicima odgovornosti u Rimskom statutu vid. Branislav Ristivojević, „O opštim oblicima krivice u Rimskom statutu”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2008, 627–645.

[47] Vid. Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsability in International Law,* Oxford University Press 2012, 87.

[48] Vid. N. Jain, 180 – 181.

[49] U periodu njegove vladavine vršeni su zločini protiv čovječnosti i druga krivična djela za što je na kraju i osuđen na kaznu zatvora od 25 godina. O ovome detaljnije vid. K. Ambos, 137 – 158.

[50] Autor govori o četiri uslova, o ovome vid. C. Roxin (2009), 565.

[51] K. Ambos, (fus – nota 11).

treba se saglasiti i sa činjenicom da je primjenjiv i na srednjem nivou rukovođenja. Nadalje, ispravnim se čine stavovovi da zamjenjivost sama za sebe može samo jednim dijelom da odgovori zahtjevima za postojanje ovog krivičnopravnog instituta; „instant“ zamjenjivost nije uvijek moguće ostvariti, to može biti čitav proces, dok u nekim slučajevima fungibilnost nije niti moguća. S tim u vezi, ona se samo u kombinaciji drugim elementima, prevashodno spremnošću za izvršenje krivičnog djela, može označiti kao jedan od zasnivajućih elemenata posrednog izvršilaštva u smislu koncepta organizovanog aparata moći.

Nesporno je da lice koje vrši krivično djelo iz pozadine koristeći svoj položaj u sistemu (državne) vlasti, zamjenjivost lica koja se nalaze na nižim položajima u hijerarhijskoj ljestvici i njihovu spremnost na izvršenje krivičnog djela, treba da bude krivično odgovorno. Nameće se pitanje kako kvalifikovati njegovu djelatnost, a samim tim odrediti „pravu mjeru“ odgovornosti. Najzastupljenija su shvatanja da je u pitanju posredno izvršilaštvo, iako u svom atipičnom obliku, jer se, za razliku od klasičnih slučajeva posrednog izvršilaštva, radi i o krivično odgovornom neposrednom izvršiocu. Tezu prema kojoj se radi o saizvršilačkom učešću bi trebalo odbaciti zbog nedostatka subjektivnog elementa, tj. zajedničke odluke da se izvrši krivično djelo, koja podrazumijeva ravnopravnost volja i horizontalnu povezanost. Niti jedan pomenuti element ne može se primijetiti u slučaju „Organizacijske vlasti nad djelom“. Nadalje, promišljanja koja potenciraju saučesništvo – podstrekavanje, ne odražavaju na pravi način učešće osobe iz pozadine; on učestvuje u svome krivičnom djelu, a ne u tuđem. S tim u vezi prihvatljiva je konstatacija da podstrekavanje ne bi moglo u potpunosti da izrazi pravu odgovornost nalogodavca koja je u prvom planu, a ne akcesorne prirode.

Što se tiče međunarodnog krivičnog prava prihvatanje koncepta „Organizacijske vlasti nad djelom“ je selektivno. Međunarodni krivični sud je ovaj koncept prihvatio; prije svega kroz odredbe Statuta koje poznaju krivičnopravnu figuru posrednog izvršilaštva, a zatim i kroz svoju praksu. Sa druge strane ne primjećuje se da Međunarodni krivični sud za bivšu Jugoslaviju poznaje koncept „Organizacijske vlasti nad djelom“ ili ga koristi. On je potisnut od strane široko zastupljenog koncepta „Udruženog zločinačkog poduhvata“ i pominje se samo u slučajevima izdvojenih mišljenja, a kao jedan od glavnih argumenata izostanka primjene ove krivičnopravne figure izdvaja se neusaglašenost i njena kritika u Njemačkoj, zemlji iz koje potiče.

Na kraju, treba istaći da, iako izaziva brojne polemike, koncept „Organizacijske vlasti nad djelom“ možda na najbolji način obezbjeđuje procesuiranje izvršilaca u pravilu najtežih krivičnih djela u slučajevima kada se oni ne javljaju kao neposredni preduzimači radnje izvršenja. Pravnoj prirodi njihovog učešća ne odgovara odgovornost za podstrekavanje zato što ne učestvuju u djelu drugoga. Oni djelo žele kao svoje, ali ne preduzimaju radnju izvršenja krivičnog djela, već preduzimaju drugu djelatnost koja na odlučujući način doprinosi njegovom izvr-

šenju. Međutim, drugi izvršioci (na nižem nivou hijerarhijske ljestvice) ne djeluju horizontalno sa njima, prije svega u smislu zajedničke odluke i plana da se izvrši krivično djelo, pa se ne može govoriti niti o saizvršilaštvu. Ipak ostaje činjenica da su naredbodavci i izvršioci naređenja podjednako značajni, odnosno ključni za sistemsko ostvarenje krivičnog djela. Stoga se kao jedino ispravno rješenje izdvaja doduše atipično posredno izvršilaštvo kod koga, iako je riječ o krivično odgovornom neposrednom izvršiocu, osobu iz pozadine i njegova djela valja kvalifikovati kao posrednog izvršioca.

Dragana Č. Vasiljević, LL.M.
The Republic of Srpska Ministry of the Interior
milijevic983@gmail.com

Legal Nature „Organizational Power over the Act" (Organisationsherrshaft)

***Abstract**: The commission of criminal offenses in the case of organizational power over the offense (organized apparatus of power) today represents one how important the issue is so dogmatic of criminal law. In criminal law there is no unified position when it comes to the importance of the individual constituent elements of this Istituti, a controversial and its legal nature, ie. whether it is the indirect perpetration, incitement or complicity. The most correct ideas define it as a form of indirect perpetration. The author analyzes the existing theoretical concepts that deal with this issue and refers to the place and importance of this institution in modern criminal law.*

***Keywords**: indirect perpetration, control over the offense, complicity, incitement, criminal law.*

Datum prijema rada: 27.10.2017.

Pregledni članak 339.923:061.1EEU(497.11)
doi:10.5937/zrpfns51-14472

Daniel Haitas, Teaching Fellow and Ph.D. Student
University of Debrecen
Faculty of Law
Géza Marton Doctoral School of Legal Studies
danielhaitas@gmail.com

AN OVERVIEW OF THE EURASIAN ECONOMIC UNION AND ITS RELATIONSHIP WITH SERBIA[1]

Abstract: *In addition to the European Union, other regional integration projects have arisen in different parts of the world. One prominent example of this is the Eurasian Economic Union (EAEU), which seeks to reintegrate the former Soviet space. It includes among its members Armenia, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, and Russia. To a certain extent the EAEU draws inspiration from the European Union, seeing it as model it can emulate and from which it can learn, where appropriate. The EAEU is open to new members and also seeks partners, including in Europe. An example of this is Serbia, which has expressed interest in signing a free trade agreement with EAEU. From a purely legal point of view, this may be possible, as it is not prohibited by Serbia's SAA. However, such a development may also have its problematic aspects, which includes Serbia's obligations if it becomes a fully-fledged member of the European Union and the nature of the Common Commercial Policy (CCP).*

Keywords: *Regional Integration, Eurasian Economic Union, European Union, Serbia, Free Trade Agreement.*

1. INTRODUCTION

The phenomenon of regionalization can be said to be one of defining and vital characteristics of international relations in the modern era.[2]The European Union has been perhaps the greatest example of a supranational regional integra-

[1] The paper was created within the framework of programmes aiming the increasing of quality of lawyer education (IX – 14/6/2/2017. contract number) (Ministry of Justice, Hungary).

[2] Zhenis Kembayev, "Regional Integration in Eurasia: The Legal and Political Framework", *Review of Central and East European Law*, 41/2016, 158.

tion process in modern times. It has seen a vast area of continental Europe come together and create common institutions, laws, structures, borders, courts, and so on. The model of the EU has served as an inspiration for other such projects around the world, such as the Eurasian Economic Union (EAEU), which came into being in 2015. It has been explicitly stated and repeated that the EAEU seeks, to a certain extent, to emulate the EU in the post-Soviet space, claiming to learn from the successes and mistakes of the latter. The EAEU can then be seen as a parallel structure literally being created and formed on the borders of the European Union, which purports to mirror it in certain aspects. Here there shall be a survey of the background to the formation of the Eurasian Economic Union, as well as an overview of its institutional and legal structure. In addition, Serbia's relations to the EAEU shall also be examined. Due to various historical, cultural and geopolitical factors, Serbia, despite its push towards European Union integration, has strong connections to the states to the East of the EU, particularly Russia. These connections manifest themselves in various ways, one of which is the attempt to pursue a multi-vector foreign policy, which includes seeking to establish a meaningful and tangible relationship with the EAEU. The article shall attempt to examine the basic contours and aims of this relationship, and the realistic possibilities for its deepening and expansion in the context of Serbia's EU candidate status and membership aspirations.

2. BACKGROUND TO THE FORMATION OF THE EURASIAN ECONOMIC UNION

With the collapse of the Soviet Union, a single, deeply integrated economic, political and institutional legal space was separated into 16 different states.[3] Prior to the creation of the Eurasian Economic Union there had been various attempts at forming international organizations in order to reintegrate this post-Soviet space, the first being the Commonwealth of Independent States.[4] The CIS, though helping to maintain certain links between former Soviet territories, through such mechanisms as the mobility of labour and visa-free travel, was unable to put forward a clear project for an integrated political and economic community.[5] It is generally acknowledged that the modern thrust towards Eurasian[6] integration

[3] Canan Atligan, *et. al.,* "The Eurasian Union: An Integration Project Under the Microscope", *Konrad Adenauer Stiftung International Reports*, 2/2014, 8, http://www.kas.de/wf/doc/kas_36785-544-2-30.pdf?140207134233, 10 June 2017.

[4] *Ibid.*

[5] Richard Sakwa, "Eurasian Integration: A Project for the 21st Century", *The Eurasian Project and Europe: Regional Discontinuities and Geopolitics* (eds. David Lane and Vsevolod Samokhalov), Hampshire, 2015.

[6] The terms "Eurasia" itself is open to different interpretations and definitions, based on different geopolitical preconceptions. Speaking in terms of purely physical geography, it may be

began with a speech made in 1994 by Kazakh President Nursultan Nazarbayev at the Lomonosov Moscow State University.[7]Following this, in 1995 the Russian Federation, Belarus and Kazakhstan signed an Agreement on the Customs Union, the aim of which was to remove trading barriers and encourage the economic integration of these states.[8] Later came the Eurasian Economic Community, formed in 2000 by Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Russia, Tajikistan and Uzbekistan, the aim of which was promote the creation of a single economic space and customs union among these signatory states.[9]Next, The Eurasian Customs Union was formed in 2010, its original members being Belarus, Kazakhstan and Russia, with it at the time being seeing as the foundation stone for a future "Eurasian Union."[10] After, the Single Economic Space or Eurasian Economic space came into being in 2012.[11]

It is undeniable that Russia has provided the main impetus and force behind attempts to reintegrate the post-Soviet space.[12] Russian President Vladimir Putin himself has described the collapse of the Soviet Union as "the biggest geopolitical catastrophe of the century".[13]In 2011, President Putin published an article in *Izvestia* where he set out his vision for a Eurasian Union. Drawing explicitly from the example of the European Union, he stated that "It took Europe 40 years to move from the European Coal and Steel Community to the full European Union. The establishment of the Customs Union and the Common Economic Space is proceeding at a much faster pace because we could draw on the experience of the EU and other regional associations. We see their strengths and weaknesses. And

defined as the landmass between the Atlantic and the Pacific oceans. In terms of geopolitics, it usually refers to the lands of the former Soviet Union, excluding the three Baltic states. See Kadri Liik, Introduction: Russia's pivot to (Eur)asia, Russia's Pivot to Eurasia, European Council on Foreign Relations, 2014, 6, http://www.ecfr.eu/page/-/ECFR103_RUSSIA_COLLECTION_290514_AW.pdf, 10 June 2017.

[7] Eurasian Economic Commission, Eurasian Economic Integration: Facts and Figures, 2015, 6, http://www.eurasiancommission.org/en/Documents/broshura26_ENGL_2014.pdf, 11 June 2017.

[8] *Ibid*.

[9] Georgios L. Vousinas, "Eurasian Economic Community: Towards Integration. Economic Challenges and Geostrategic Aspects", *Modern Economy*, 5/2014, 951, http://dx.doi.org/10.4236/me.2014.59088, 12 June 2017.

[10] Iana Dreyer and Nicu Popescu, The Eurasian Customs Union: The economics and the politics, European Union Institute for Security Studies: Brief Issue, March 2014, 1, http://www.iss.europa.eu/uploads/media/Brief_11_Eurasian_Union.pdf, 12 June 2017.

[11] Rilka Dragneva and Kataryna Wolczuk, The Eurasian Economic Union: Deals, Rules and the Exercise of Power, Chatham House, May 2017, 4, https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/publications/research/2017-05-02-eurasian-economic-union-dragneva-wolczuk.pdf, 13 June 2017.

[12] Zhenis Kemayev, "The Court of the Eurasian Economic Union: An Adequate Body for Facilitating Eurasian Integration?", *Review of Central and Eastern European Law*, 41/2016, 343.

[13] Claire Bigg, Was Soviet Collapse Last Century's Worst Geopolitical Catastrophe?, April 29 2005, RadioFreeEurope Radio Liberty, http://www.rferl.org/a/1058688.html 20 June 2017.

this is our obvious advantage since it means we are in a position to avoid mistakes and unnecessary bureaucratic superstructures."[14] Furthermore, drawing again from the example of the EU, he stated that, "In fact, we are adapting the experience of the Schengen Agreement that benefits Europeans as well as everyone who comes to work, study, or holiday in the EU."[15] Furthermore, in Putin's stated vision of Eurasian Union, the creation of such a union is seen as a stepping stone for a greater integration project with the European Union, "…take the two largest associations on our continent – the European Union and the Eurasian Union currently under construction. In building cooperation on the principles of free trade rules and compatible regulation systems they are in a position to disseminate these principles, including through third parties and regional institutions, all the way from the Atlantic to the Pacific Oceans. They will thus create an area that will be economically harmonised, but that still will remain diverse when it comes to specific mechanisms and management solutions."[16]

On May 29 2014 the Treaty on the Eurasian Economic Union was signed in Kazakhstan, and on January 1 2015 it came into force.[17]Upon the signing of the Treaty, President Putin declared that "Today we are creating a powerful, attractive center of economic development, a big regional market that unites more than 170 million people."[18] The member states of the EAEU now include the Republic of Armenia, the Republic of Belarus, the Republic of Kazakhstan, the Kyrgyz Republic, and the Russian Federation.[19]

3. STRUCTURE AND INSTITUTIONS OF THE EURASIAN ECONOMIC UNION

The Preamble of the Treaty on the Eurasian Economic Union sets out the guiding principles of the organization and its*raison d'être*, and it is justified to quote it at length.[20] It states that, "guided by the principle of the sovereign equality of states, the need for unconditional respect for the rule of constitutional rights

[14] Vladimir Putin, "A new integration project for Eurasia: The future in the making", *Izvestia*, October 4 2011, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/d-ru/dv/dru_2013_0320_06_/dru_2013_0320_06_en.pdf, 20 June 2017.

[15] *Ibid*.

[16] *Ibid*.

[17] R. Dragneva and K. Wolczuk, 4.

[18] Neil Macfarquhar, "Russia and 2 Neighbors Form Economic Union That Has a Ukraine-Size Hole", *The New York Times*, May 29 2014, https://www.nytimes.com/2014/05/30/world/europe/putin-signs-economic-alliance-with-presidents-of-kazakhstan-and-belarus.html?_r=1, 25 June 2017.

[19] Eurasian Economic Union, General Information, http://www.eaeunion.org/?lang=en#about.

[20] Treaty on the Eurasian Economic Union (Courtesy Translation), http://www.un.org/en/ga/sixth/70/docs/treaty_on_eeu.pdf, 20 June 2017.

and freedoms of man and national, seeking to strengthen the solidarity and cooperation between their peoples while respecting their history, culture and traditions, convinced that further development of Eurasian economic integration shall serve the national interests of the Parties, driven by the urge to strengthen the economies of the Member States of the Eurasian Economic Union and to ensure their balanced development, convergence, steady growth in business activity, balanced trade and fair competition, ensuring economic progress through joint actions aimed at solving common problems faced by the Member States of the Eurasian Economic Union with regard to sustainable economic development, comprehensive modernisation and improving competitiveness of national economies within the framework of the global economy, confirming their commitment to further strengthen mutually beneficial and equal economic cooperation with other countries, international integration associations, and other international organisations, taking into account the regulations, rules and principles of the World Trade Organisation, confirming their commitment to the objectives and principles of the United Nations Charter and other universally recognised principles and regulations of international law,…"

Furthermore, Part 1, Section 1, Article 1.1-2 of the Treaty states that "The Parties hereby establish the Eurasian Economic Union … ensuring free movement of goods, services, capital and labour within its borders, as well as coordinated, agreed or common policy in the economic sectors determined under this Treaty and international treaties within the Union" and that "The Union shall be an international organisation of regional economic integration and shall have international legal personality".

With regards to the Customs Union formed by the EAEU member states, Section VI sets out its "Principles of Functioning". Article 25 states that "1. Within the Customs Union of the Member States: 1) an internal market for goods shall be in place; 2) the Common Customs Tariff of the Eurasian Economic Union and other common measures regulating foreign trade with third parties shall be applied; 3) a common trade regime shall be applied to relations with third parties; 4) Common customs regulations shall be applied; 5) free movement of goods between the territories of the Member States shall be ensured without the use of customs declarations and state control (transport, sanitary, veterinary-sanitary, phytosanitary quarantine), except as provided for by this Treaty."

Section III, Article 8 of the Treaty sets out Bodies of the Union, which include the Supreme Eurasian Economic Council, the Eurasian Intergovernmental Council, the Eurasian Economic Commission and the Court of the Eurasian Economic Union.

Article 10.1-2 of the Treaty state that "The Supreme Council shall be the supreme Body of the Union" and that "The Supreme Council shall consist of the heads of the Member States." According to Article 11.1, "Meetings of the Supreme Council shall be held at least once a year." Article 12.1 states that "The Supreme Council shall consider the main issues of the Union's activities, define the strategy,

directions and prospects of the integration development and make decisions aimed at implementing the objectives of the Union." According to Article 13.2, Decisions and dispositions of the Supreme Council shall be adopted by consensus." This principle is said to be an acknowledgement of the sensibilities of certain member states, who wish to safeguard their national sovereignty.[21] This concern even extends to the choice of the name "Eurasian Economic Union", which reflects the conception of the organization according to certain member states. Kazakhstan's first deputy prime minister and chief negotiator BakytzhanSagintayev stated that "We are not creating a political organization; we are forming a purely economic union … It is a pragmatic means to get benefits. We don't meddle into what Russia is doing politically, and they cannot tell us what foreign policy to pursue."[22]

Article 14 states that "The Intergovernmental Council shall be a Body of the Union consisting of the heads of governments of the Member States." According to Article 15.1, "Meetings of the Intergovernmental Council shall be held as necessary, but at least twice year." Its responsibilities include, among others, ensuring implementation and control of the Treaty, as well as "international treaties within the Union and decisions of the Supreme Council"[23]. Additionally, the Intergovernmental Council can "consider, on the proposal of the Council of the Commission, any issues for which no consensus was reached during decision-making in the Council of the Commission."[24]

Articles 18.1-2 state that "The Commission shall be a permanent governing Body of the Union. The Commission shall consist of a Council and a Board" and that "The Commission shall issue decisions, dispositions and recommendations." Annex I to the Treaty states that "The basic objectives of the Commission shall be to enable the functioning and development of the Union, as well as to develop proposals in the sphere of economic integration within the Union."[25] According to the Treaty, the residence of the Commission is to be in Moscow.[26]

According to the Treaty, in the case of conflict between the various above mentioned institutions, the Supreme Economic Council decisions prevail over those of the Intergovernmental Council and Economic Commission, while the Intergovernmental Council's decisions prevail over those of the Economic Commission.[27]

With regards to the Court of the Union, Article 19.1 declares that "The Court of the Union shall be a permanent judicial Body of the Union". According Chap-

[21] Madalina Vicari, "The Eurasian Economic Union- approaching the economic integration in the post-Soviet space by EU-emulated elements", *Papers in Political Economy*, 55/2016, https://interventionseconomiques.revues.org/2823, 26 June

[22] N. Macfarquhar.

[23] Art. 16.1.

[24] Art. 16.2.

[25] Chap. 1.1.

[26] Art. 18.4.

[27] Art. 6.4.

ter 1.2 of the Annex 2 to the Treaty on the Eurasian Economic Union, "The objective of the Court's activities shall be to ensure, in accordance with the provisions of this Statute, uniform application by the Member States and Bodies of the Union of the Treaty, international treaties within the Union, international treaties of the Union with a third party and decisions of the Bodies of the Union." Chapter 2.7-8 of the Annex 2 state the Court shall be composed of two judges from each of the respective Member States, each serving a term of 9 years. According to Chapter 2.10, "Judges shall be appointed by the Supreme Eurasian Economic Council on the proposal of the Member States." It began its operation on January 1 2015[28] and, in accordance with Article 19.3 of the Treaty, is located in Minsk, Belarus.

According to Article 110.1 of the Treaty, the "Russian language shall be the working language of the Bodies of the Union" and Article 110.2 states that "International treaties within the Union and decisions of the Commission that are binding on the Member States shall be adopted in Russian."

4. SERBIA AND THE EURASIAN ECONOMIC UNION

The EAEU, like the European Union, being a multi-national international organization, is both open to new members and seeks to broaden its relations and contacts with various states throughout the world. One prominent example of this in Europe is Serbia. Despite being having the status of a candidate country for European Union membership, Serbia is firmly pursuing what may be termed as a multi-vector foreign policy, one which seeks to maintain a diverse array of friendly relations with countries that are not Member States of the EU or part of the broader Euro-Atlantic structures. A statement made by President Aleksandar Vucic at the Astana Expo 2017 clearly expresses this approach: "I think that Serbia is building a new image and a new face toward the world, not only the West, but also her in the East. I believe that our country, which has just over seven million people, which is territorially very small … managed to occupy a very high position due to our policy of preserving independence and sovereignty and independent decision-making in foreign policy action and address."[29]

One major component of this policy is Serbia's relationship with Russia, and, by extension, its desire to foster and deepen ties with the Eurasian Economic Union. This interest in cooperation with the bloc has even been publicly acknowledged by President Putin himself, who stated that work is being done in order to progress in this direction.[30] The most concrete manifestation of this is the stated

[28] Eurasian Economic Union, Court of the Eurasian Economic Union, http://courteurasian.org/en/.

[29] B92, Serbia "building new image toward West and East", June 9 2017, http://www.b92.net/eng/news/politics.php?yyyy=2017&mm=06&dd=09&nav_id=101509, 29 June 2017.

[30] B92, Serbia among countries interested in Eurasian Union – Putin, May 15 2017, http://www.b92.net/eng/news/world.php?yyyy=2017&mm=05&dd=15&nav_id=101271, 1 July 2017.

goal of a free trade agreement between Serbia and the EAEU.[31] The arguments for such an agreement include that it would further strengthen and solidify Serbia's presence in the Russian, Kazakh and Belarussian markets, while also opening markets such as Kyrgyzstan and Armenia.[32]Serbian Foreign Minister Ivica Dacic said "We have free trade zone agreements with certain EAEU members but they differ in between. Now it is planned to develop and sign an integrated agreement between Serbia and the Eurasian Economic Union, that is, to perform certain unification of all these agreements."[33]According to Rasim Ljajic, Minister of Trade, Tourism and Telecommunications, Serbia has a particular interest in expanding liberalization with EAEU economies in the area of different types of cotton, cheese, tobacco, sugar, poultry, wine and Fiat automobiles.[34]It has also been argued that through a closer relationship with the EAEU Serbia could gain great access to Asian economies, and that there could even be opportunities as a result of co-operation with the Eurasian Development Bank.[35]

The Stabilization and Association agreement signed between the European Union and Serbia states that "This Agreement shall not preclude the maintenance or establishment of customs unions, free trade areas or arrangements for frontier trade except in so far as they alter the trade arrangements provided for in this Agreement."[36] In June 2016 Maja Kocijancic, European Union spokesperson for foreign and security policy, made the statement that "We have taken note that the EEU is starting negotiation with Serbia. It is clear to us that presently Serbia has three separate free-trade agreements, with Russia, Kazakhstan and Belarus, and that it hopes that it will be able to get better access to EEU markets, through the unification of the trade regime. This decision is not in contradiction with the SAA, but the EU expects Serbia not to take any steps that would lead to the violation of EU rules."[37] Later, in October Johannes Hahn, Commissioner for European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, stated on behalf of the European Commission that "During the screening part of the accession negotiations in spring

[31] Yaroslav Lissovolik, Serbia's FTA with the Eurasian Union: A Window of Opportunity, Valdai Discussion Club, 2 March 2017, http://valdaiclub.com/a/highlights/serbia-fta-with-the-eurasian-union/, 1 July 2017.

[32] *Ibid*.

[33] TASS Russian News Agency, Serbia plans to sign free trade zone agreement with Eurasian Economic Union, November 3 2016, http://tass.com/economy/910479, 1 July 2017.

[34] Karanovic & Nikolic, Serbia To Sign An Agreement With The Eurasian Economic Union, 26 August 2016, https://www.karanovic-nikolic.com/knnews/Pages/2016/08/26/Serbia-to-sign-an-Agreement-with-the-Eurasian-Economic-Union.aspx, 2 July 2017.

[35] TASS.

[36] Stabilisation and Association Agreement between the European Communities and their Member States of the One Part, and the Republic of Serbia, of the Other Part, OJ, 2010, L 28/2, Art. 39.1.

[37] ANSAmed, EU: Serbia's agreement with EEU not in violation of of SAA, 6 June 2016, http://www.ansamed.info/ansamed/en/news/nations/serbia/2016/06/06/eu-serbias-agreement-with-eeu-not-in-violation-of-saa_e3318d9c-a1cf-4ecb-b09e-c018f3763148.html, 2 July 2017.

2014, Serbia committed to denounce all of its free trade agreements on the day of the accession to the EU. Until then, Serbia can exercise its own trade policy."[38]

The issue here relates to the principle of the exclusive competence of the European Union in relation to the Common Commercial Policy (CCP), meaning that in this area that there has been a complete transference by the Member States to the EU of this particular competence.[39] This principle of exclusive competence was first explicitly articulated as far back as *Opinion 1/75* by the European Court of Justice, where it held to the idea of the impossibility of "concurrent powers by the Member States and the Community in this area."[40] Thus Serbia, though presently free to negotiate a free trade agreement with the EAEU, would have no choice legally but to denounce such an agreement due to European Union law. However, in the meantime, it has a freedom to negotiate such an agreement, if it so wishes.

The leadership of Serbia has not seen any contradiction between its course of the country's European Union integration, and former President Tomislav Nikolic has stated that "We remain consistent in implementing European integration as our foreign policy priorities, but we give full support to other integration processes, too, such as the Eurasian Union."[41] It has even been proposed that Serbia could act as "a bridge between the EU and the Eurasian Economic Union", allowing the country "to become a window for Russia into the West and for the EU to intensify and strengthen its ties in the East".[42] However, the extent to which this is possible is open for debate. It may be said with some confidence that there are other factors beyond purely legal considerations when it comes to any possible future agreement between Serbia and the EAEU. Despite affirmations by various European Union officials, due to tensions between the EU and Russia over such issues as Ukraine and the sanctions imposed against the latter, it is not clear as to how positively the former will respond to a signing of a free trade agreement between Serbia and the EAEU.[43] If countries like Serbia wish to establish truly substantial, stable and long-term relations with the Eurasian Economic Union

---

[38] European Parliament, Parliamentary questions: Answer given by Mr Hahn on behalf of the Commission, 12 October 2016, http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2016-005020&language=PT, 4 July 2017.

[39] Paul Craig and and Grainne De Burca, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, Fifth Edition, 2011, 311.

[40] Opinion 1/75, (Understanding on a Local Cost Standard) [1975] ECR 1355, 1364. Based on this Opinion and subsequent ECJ case-law, the Lisbon Treaty of 2009 incorporated into the EU Treaty structure the principle of exclusive EU competence in the field of CCP. (See Art. 3(1) TFEU).

[41] B92, Serbia consistent in EU bid, backs Eurasian Union, too, August 24 2016, http://www.b92.net/eng/news/politics.php?yyyy=2016&mm=08&dd=24&nav_id=99005, 4 July 2017.

[42] Y. Lissovolik.

[43] Anna Nadibaidze, Will Serbia be able to balance between Russia and the West, Russia Direct, February 17 2017, http://www.russia-direct.org/analysis/will-serbia-be-able-balance-between-russia-and-west, 4 July 2017.

while also being fully fledged members of the European Union, this can only be in the context of broader agreement and consensus between the EU and EAEU and the overcoming and solving of unresolved issues between both organizations.

As mentioned above, the Eurasian integration project has been seen as part of a greater aim of creating a common great space with the European Union, stretching "From Lisbon to Vladivostok."[44] It must be said that this seems very unlikely at this present moment in time due to the state of relations between Russia and the West.[45]However, in spite of tensions in recent years, this is an ideal for which support is still expressed at the highest levels. In 2016 President Putin stated that "Along with our Chinese colleagues, we are planning to start official talks on the formation of comprehensive trade and economic partnership in Eurasia with the participation of the European Union states and China." He went on to add that "I expect that this will become one of the first steps toward the formation of a major Eurasian partnership, […] the "greater Eurasia".[46]Important voices from within the European Union have also continued to express support for such a project. German Chancellor Angela Merkel in 2016 said that "I hope that Russia would increasingly develop ties with the European economic area, finally resulting in a common economic area from Lisbon to Vladivostok."[47]European Commission President Jean-Claude Juncker had also said "I have always found the idea of an integrated trade area linking Lisbon to Vladivostok to be an important and valuable objective."[48] However, at this time these thoughts and aspirations have no real likely path of implementation existing at the present moment due to the present complexity of relationships.

5. CONCLUSION

As seen by the statements of the Russian president, it has been explicitly acknowledged that the model of the European Union provides a major part of the inspiration for the Eurasian Economic Union model. Thus, it may in fact be argued

---

[44] Victoria Ivanchenko, Debunking myths about the Eurasian Economic Union, Russia Direct, August 19 2016, http://www.russia-direct.org/opinion/debunking-myths-about-eurasian-economic-union, 4 July 2017.

[45] *Ibid.*

[46] Danilo Elia, The Greater Eurasia, Putin's idea of Europe after Brexit, Eastwest, June 29 2016, http://eastwest.eu/en/opinions/riding-the-russian-rollercoaster/the-greater-eurasia-putin-s-idea-of-europe-after-brexit, 6 July 2017.

[47] Sputnik News, From Lisbon to Vladivostok: Merkel Seeks Free Trade Zone Between Russia, EU, 5 June 2016, https://sputniknews.com/politics/201606051040810928-merkel-eu-russia-cooperation/, 6 July 2017.

[48] The Baltic Course, Lithuanian MFA: Juncker's words on EU-Russia ties his personal opinion, not EU's, 20 November 2015, http://www.baltic-course.com/eng/baltic_states/?doc=113180, 6 July 2017.

that the creation and promotion of this integration project in the Eurasian space is in fact, to a certain extent, an example of the European Union institutional and economic model spreading beyond its own borders, acting as a prototype for integration projects in other parts of the world. As has been argued above, it is debatable as to what extent Serbia can establish truly comprehensive and meaningful relations with the Eurasian Economic Union in the long term beyond symbolism or broad statements in light of the country's European Union accession aspirations. Though the SAA does not technically preclude or prohibit legal agreements such as a free trade zone with third parties like the EAEU, in reality this would be much more difficult to implement, and even if it were achievable, the rules with regards to EU Member States trade agreements and the Common Commercial Policy would preclude a separate agreement between Serbia and the EAEU once the former attains full Member State status of the European Union. As a result, it can be said that in the long term, for countries who are or will be EU Member States and who wish to establish closer relations with the EAEU on a legal basis, the only long term possibility and solution would be the EU as a whole coming to a comprehensive understanding and agreement with the EAEU. In the present environment this does not seem very likely, but as seen above, there are those from within both the EU and EAEU who maintain a desire for a broader and expanded integrative space that would go beyond the borders of their own organizations.

Danijel Haitas, predavač i student doktorskih studija
Univerzitet u Debrecinu
Pravni fakultet
Škola doktorskih pravnih studija „Géza Marton“
danielhaitas@gmail.com

Pregled Evroazijske ekonomske unije i njenog odnosa sa Srbijom

Sažetak: *Pored Evropske unije, u različitim delovima sveta pojavili su se drugi regionalni integracioni projekti. Jedan značajan primerak ovoga jeste Evroazijska ekonomska unija (EEU), koja teži da reintegriše bivši sovjetski prostor. Ovu uniju čine sledeći članovi: Jermenija, Belorusija, Kazahstan, Kirgistan i Rusija. Do određene mere EEU nalazi inspiraciju u Evropskoj uniji, posmatrajući je kao model koji u određenoj meri može da oponaša i iz kojeg može da uči. EEU je otvorena za nove članove, a traži i partnere, pored ostalog i u Evropi. Jedan primer ovoga jeste i Srbija, koja je pokazala interesovanje za potpisivanje sporazuma o slobodnoj trgovini sa EEU. Pravno posmatrano, to je moguće, jer nije zabranjeno Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju koji je Srbija potpisala. Međutim, takav pravac razvoja može da ima i svoje problematične aspekte, uključujući i obaveze Srbije da postane punopravni član Evropske unije i prirodu Zajedničke trgovinske politike EU.*

Ključne reči: *regionalna integracija, Evroazijska ekonomska unija, Evropska unija, Srbija, Sporazum o slobodnoj trgovini.*

Datum prijema rada: 11.09.2017.

ODELJAK ZA STUDENTE

Pregledni članak 347.728.3
doi:10.5937/zrpfns51-15007

Nikola B. Krstić, student doktorskih studija
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
advnikolakrstic@gmail.com

MEHANIZAM OBEZBEĐENJA OBVEZNICA S OSVRTOM NA STANJE U REPUBLICI SRBIJI

Sažetak: *Kako bi se poboljšali izgledi za uspeh emisije obveznica, te da bi se ostvarila niža kamatna stopa pri emisiji, pribegava se ustanovljavanju obezbeđenja. Obezbeđenje može biti personalno ili realno. Kao vidovi personalnog obezbeđenja se javljaju jemstvo, bankarska i državna garancija, kao i osiguranje potraživanja, a kao realno obezbeđenje hipoteka i zaloga. Rad se bavi praktičnim problemima specifičnim za ustanovljavanje svakog od prethodno pomenutih vidova obezbeđenja emisije obveznica, preduslovima koji se moraju ispuniti da bi se pojedini vidovi obezbeđenja ustanovili, te pitanjem da li je u našem pravnom sistemu moguće ustanoviti obezbeđenje obveznica.*

Ključne reči: *Obveznice, personalno obezbeđenje, realno obezbeđenje, hartija od vrednosti, tržište kapitala.*

1. UVOD

Emisija obveznica omogućava emitentu da prikupi slobodan kapital na tržištu uz niže kamatne stope u odnosu na klasično kreditno zaduživanje i to pod uslovima koji odgovaraju emitentu. Takođe, izbegava se rizik izloženosti prema pojedinačnim kreditorima, te se vrši njihova disperzija, a emitent ima i mogućnost da prevremeno izvrši otkup obveznica. Da bi emisija uspela bitan je kvalitet obveznica, pa tako investicioni fondovi, kao jedan od značajnih ulagača, u skladu sa svojom investicionom politikom, novac po pravilu ulažu u obveznice vrhunskog rejtinga. Značaj obezbeđenja obveznica je porastao i nakon ekonomske krize budući da investitori novac ulažu obazrivije. Obezbeđenjem emisije, obveznice mogu dobiti bolji rejting od onog koji poseduje njihov emitent, te se povećavaju izgledi za uspeh emisije, kvalitet i sigurnost naplate obveznice, uz niže kamatne stope. Kako u našem zakonodavstvu ne postoje posebni propisi koji bi regulisali

ovu oblast, dolazi do niza problema i ograničenja s obzirom da se primenjuju propisi koji nisu prilagođeni specifičnostima obveznica. Problemi se pre svega javljaju kod realnih sredstava obezbeđenja, zbog čega kod primene pojedinih sredstava postoje znatna ograničenja, a neka nije ni moguće primeniti. Budući da od razvoja tržišta kapitala u mnogome zavisi ekonomski razvoj države, zakonodavstvo u ovoj oblasti je neophodno prilagoditi potrebama prakse i razvoja tržišta.

2. UOPŠTE O OBVEZNICAMA I ZNAČAJU NJIHOVOG OBEZBEĐENJA

Obveznica (*bond, Anliehe*) je dužnička hartija od vrednosti (u daljem tekstu: HOV) kojom se izdavalac obavezuje da isplati imaocu označenu novčanu glavnicu zajedno sa kamatom, odjednom ili u delovima (na rate).[1] Po svojoj pravnoj prirodi obveznica je jednostrana izjava volje, takođe je dugoročna i serijska HOV, u koju je inkorporisan obligaciono pravni zahtev za isplatu glavnice i kamate. Ona može glasiti na ime (što je uvek slučaj kada se radi o dematerijalizovanim HOV), po naredbi, ili na donosioca.[2] U našem pravu je trenutno jedino moguće izdati obveznice na ime u dematerijalizovanom obliku.

Emitenti obveznice mogu biti subjekti javnog prava poput države, pokrajine, grada ili opštine, ali i subjekti privatnog prava, poput banaka i drugih privrednih društava, ali i javna preduzeća.

Obveznice su strogo formalne HOV, budući da se moraju ispuniti uslovi forme i sadržine propisani zakonom. Prema našim pozitivnim propisima one moraju sadržati oznaku vrste finansijskog instrumenta, identifikacione podatke o izdavaocu, ukupan broj izdatih obveznica, ukupan nominali iznos izdatih hartija, datum upisa obveznica u Centralni registar HOV, nominalni iznos na koji glasi svaka hartija, podatke o načinu i rokovima obračuna kamate, podatke o dospeću, podatke o otkupnoj vrednosti, ako izdavalac ima pravo prevremenog otkupa.[3]

[1] Nebojša Jovanović, *Berzansko pravo*, Beograd 2009, 448.

[2] Obveznice na donosioca su izuzetno retke, nekada su ih u velikim serijama izdavale SAD, međutim od 1982. godine se zabranjuje njihovo izdavanje i ukidaju se poreske olakšice (*Tax Equity and Fiscal Responsibility Act of 1982*) vezane za porez na kapitalnu dobit u slučaju ovakve emisije. U Evropi emisija obveznica na donosioca je moguća na primer u Nemačkoj, gde su one našle relativno široku primenu kao način finansiranja sportskih klubova. Naime, niz klubova u Nemačkoj je izdao ovakve obveznice, između ostalih FK Keln (za više informacija videti:https://www.fc-koeln.de/de/fc-info/club/dokumente/anleihe-20162024/die-urkunden/, 21. jul 2017.) i FK Herta (za više informacija videti: http://www.hertha-anleihe.de/index.php?option=com_content&view=article&id=7&Itemid=8, 21. jul 2017.). Što se tiče izdavanja obveznica po naredbi, one se retko izdaju, budući da pravni sistemi najčešće predviđaju da se obveznice izdate na ime prenose putem indosamenta (te se u praksi u ovom slučaju gubi značaj podele na HOV na ime i po naredbi), a to je bio slučaj i kod nas u toku važenja Zakona o hartijama od vrednosti, *Službeni list SRJ,* br. 26/95, 28/96 – drugi zakon i 59/98.

[3] Vladimir Marjanski, Sandra Fišer Šobot, *Pravo hartija od vrednosti*, Novi Sad 2016, 102.

Naravno obveznica je negocijabilna HOV kojom se u našem pozitivnom pravu može trgovati na organizovanom tržištu, multilateralnoj trgovačkoj platformi i OTC tržištu.[4] Kod materijalizovanih obveznica na ime, prenos se odvija indosamentom, a ako se radi o obveznicama na donosioca prostom predajom (*traditio*).

Obveznice možemo podeliti na obezbeđene i neobezbeđene. Kod neobezbeđenih, visina kamatne stope koju će emitent platiti prilikom emisije zavisi od boniteta, tj. finansijskog stanja emitenta. Kod obezbeđenih obveznica njen kvalitet neće zavisiti samo od boniteta emitenta, već i od kvaliteta pruženih sredstava obezbeđenja. Stoga, obezbeđena obveznica može biti bolje rangirana od boniteta emitenta, te se mogu ostvariti značajne uštede na kamatnim stopama.

3. MOGUĆE VRSTE OBEZBEĐENJA

Sredstva obezbeđenja možemo podeliti na personalna i realna. Međutim, zbog nekih karakteristika obveznica, neće biti moguće primeniti sva sredstva obezbeđenja. Nije moguće primeniti ugovornu kaznu, budući da se ista ne može ugovoriti na novčana potraživanja,[5] kao ni odustanicu[6], kaparu[7] i kauciju jer je za njihovo ustanovljavanje potreban ugovor, a obveznica je jednostrana izjava volje.

Dakle, od personalnih sredstava obezbeđenja moguće je primeniti jemstvo, bankarsku i državnu garanciju kao i osiguranje potraživanja[8], a od realnih hipoteku i zalogu.

---

[4] Regulisano tržište je berza HOV, čiji je organizator uvek akcionarsko društvom sa dozvolom Komisije za HOV, a kod nas je ovo tržište organizovano kao listing (berzansko tržište) i *Open market (eng.)* tržište (vanberzansko tržište), a organizator je Beogradska berza. Multilateralna trgovačka platforma (na dalje u tekstu: MTP) je multilateralni elektronski sistem za trgovanje čiji osnivač može biti brokersko dilersko društvo ili berza, kojem je izdata dozvola od strane Komisije. Kod nas trenutno postoji samo jedno MTP tržište čiji je organizator Beogradska berza (MTP-Beleks) (vanberzansko tržište). Razlika između prethodno pomenuta dva tržišta, je u uslovima koje HOV treba da ispune u cilju uključivanja na trgovanje. *Over the counter (eng.)* tržište ili OTC, je slobodna prodaja HOV, ili neposrednom pogodbom (cesijom) između lica, ili putem distribucije HOV putem bankarskih šaltera.

[5] Čl. 270, st. 3, Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni glasnik SFRJ,* br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni glasnik SCG,* br. 1/2003 – Ustavna povelja.

[6] Čl. 82, ZOO.

[7] Čl. 79, ZOO.

[8] Pozitivno zakonodavstvo i teorija za ovaj tip osiguranja koristi nekoliko naziva, poput osiguranje jemstva (čl. 10, st. 1, tač. 15, Zakon o osiguranju – ZOS, *Službeni glasnik RS,* br. 55/2004, 70/2004 – ispr., 61/2005, 61/2005 – dr. zakon, 85/2005 – dr. zakon, 101/2007, 63/2009 – odluka US, 107/2009, 99/2011, 119/2012, 116/2013 i 139/2014 – dr. zakon), osiguranje potraživanja (čl. 899, st. 2, ZOO), kao i osiguranje kredita (videti: Mirko Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, Beograd 2012, 192). Na ovu vrstu osiguranja se ne primenjuju pravila iz ZOO, već opšti uslovi osiguranja, te se radi o nei-

U slučaju obveznice još jedna specifičnost je i vrednost same emisije koja se obezbeđuje. Stoga obezbeđenje mora imati i odgovarajući kvalitet, odnosno vrednost da bi ustanovljavanje bilo svrsishodno. Budući da je vrednost emisije obveznica izuzetno velika, te može iznositi od nekoliko miliona, pa čak do nekoliko desetina ili čak i stotina miliona eura, najčešće se koriste personalna sredstava obezbeđenja koja pružaju visoko likvidna privredna društva, banke ili osiguravajuća društva. Što se tiče realnih sredstava najčešće se primenjuje hipoteka na nepokretnosti, brodu ili vazduhoplovu,[9] ali i zaloga na HOV ili potraživanjima, dok se zaloga na pokretnim stvarima samo izuzetno koristi.

Prilikom ustanovljavanja obezbeđenja vodi se računa o tome da ukupna vrednost hipotekovanih ili založenih stvari i prava, ili bonitet lica koje daje personalno sredstvo obezbeđenja bude uvek veći od vrednosti izdatih obveznica, a najčešće se traži da ova vrednost bude veća najmanje za 40 do 50 posto od vrednosti emisije. Kao metod procene vrednosti pokrića, poverioci iz finansijskog sektora, ali i regulatorni organi najčešće uzimaju 40 % korigovane neto vrednosti opterećene imovine, ili 30% tržišne vrednosti.[10] Takođe, nemački Zakon o pokrivenim obveznicama[11] predviđa da se kao vrednost pokrića, računa samo 60 % vrednosti imovine koja služi kao osnova za pokriće emisije.[12]

4. PERSONALNA SREDSTVA OBEZBEĐENJA

Kao personalna sredstva obezbeđenja emisije obveznica se javljaju jemstvo, bankarska i državna garancija, kao i osiguranje potraživanja. Personalna sredstva obezbeđenja potraživanja su karakteristična po tome što daju ovlašćenje poveriocu da, u slučaju da dužnik nije izvršio svoju obavezu, zahteva od dužnika ili trećeg lica da ispuni dužnikovu prestaciju.[13]

---

menovanom ugovoru. Budući da je termin osiguranje potraživanja najrasprostranjeniji u literaturi on je korišćen u ovom radu.

[9] Zakono obligacionim i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju – ZOSPOVS, *Službeni glasnik RS*, br.87/2011 i 66/2015, govori o založnom pravu na vazduhoplovu, međutim u članu 153 ovaj zakon predviđa shodnu primenu Zakon o hipoteci –ZH, *Službeni Glasnik RS*, br. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – odluka US i 83/2015, a sama zaloga nastaje upisom u registar, te ima sve karakteristike hipoteke. Zakon o trgovačkom brodarstvu – ZTB, *Sužbeni. glasniku RS*, br. 96/2015, govori o hipoteci na brodu.

[10] Heinrich Rittershausen, *Industrielle Finanzierungen: Sistematische Darstellung mit Fällen aus der Unternehmenpraxis*, Wiesbaden 1964, 212.

[11] Zakon o pokrivenim obveznicama Savezne Republike Nemačke (*Pfandbriefgesetz)* – PBG, od 22.05.2005, izmenjen 02.11.2015.

[12] Čl. 14, PBG.

[13] Bojan Pajtić, „Jemstvo u srpskom i uporednim pravnim sistemima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* 4/2014, 177.

Ugovorom o jemstvu se jemac obavezuje prema poveriocu da će ispuniti punovažnu i dospelu obavezu dužnika, ako to ovaj ne učini.[14] Ovaj ugovor obavezuje jemca samo ako je izjavu o jemčenju učinio pismeno.[15] Pored toga što zakon govori o ugovoru kao izvoru ove akcesorne obligacije, ipak je moguće da jemac sačini ovaj pravi posao jednostrano. Naime zakon predviđa da je ugovor zaključen kad ispravu potpišu sva lica koja se njim obavezuju.[16] Dakle za ispunjenje pismene forme dovoljno je da ispravu potpiše samo ona strana koja se ugovorom obavezuje, te izjavu o jemstvu potpisuje samo jemac pošto se ovim ugovorom samo on obavezuje prema poveriocu, da će ispuniti punovažnu i dospelu obavezu dužnika, ako ovaj to ne učini.[17]

Budući da je obveznica serijska HOV, te da se veliki broj lica javlja kao njihov kupac, nije praktično izvodljivo da jemac zaključi ugovor o jemstvu sa svim ovim licima, budući da bi postupak emisije trajao jako dugo, troškovi bi bili veliki, te bi se javio niz drugih praktičnih problema. Stoga je neophodno zasnivanje jednostranog jemstva, koje će kao prilog biti dodato prospektu, a sam prospekt će sadržati informaciju da je ovakva emisija obezbeđena jemstvom.

Kao jemac pri emisiji obveznica se najčešće javljaju povezana privredna društva. U Republici Srbiji nije došlo do emisije obezbeđenih obveznica, dok u susednoj Republici Hrvatskoj postoji nekoliko primera emisije obezbeđenih obveznica između ostalih i Nekse grupe d.d. iz 2012. godine sa jemstvom Našicecementa d.d. i uz uspostavljanje zaloge na HOV.[18] Ovakve emisije često praktikuju veliki koncerni poput Folksvagena, koji je za potrebe prikupljanja kapitala putem emisije obveznica u Holandiji (kao poreskom raju) otvorio ćerku firmu *Volkswagen International Financial N.V*, čije su sve emisije obveznica garantovane jemstvom od strane akcionarskog društva Folksvagen.[19]

Kao još jedan vid obezbeđenja se javlja bankarska garancija, kojom se banka obavezuje prema primaocu garancije (korisniku, beneficijaru) da će mu za slučaj da mu treće lice (emitent) ne ispuni obavezu o dospelosti izmiriti obavezu ako budu ispunjeni uslovi navedeni u garanciji.[20] Dakle kod bankarske garancije nema akcesornosti, što je razlikuje od jemstva, te naplata bankarske garancije ne zavisi od izvršenja ili neizvršenja dužnikove prestacije prema poveriocu.[21] Budući da se obezbeđuje obveznica, kao jednostrana izjava volje, banka jednostavno

[14] Čl. 997, ZOO.

[15] Čl. 998, ZOO.

[16] Čl. 72, st. 1, ZOO.

[17] Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović, *Komentar zakona o obligacionim odnosima – knjiga prva*, Kragujevac 1980, 290.

[18] http://www.nexe.rs/userDocsImages/Prospekt_obveznice.pdf, 22. jul 2017.

[19] http://www.vif.nl/content/sites/vwcorporate/vif_nl/en/home/investor_releation.html, 22. jul 2017.

[20] Čl. 1083, ZOO.

[21] Bojan Pajtić, „Bankarska garancija u srpskom i evropskim pravnim sistemima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* 3/2015, 1129.

neće imati mogućnost da korisniku garancije istakne bilo kakav prigovor, te ista jedino može dati apstraktnu bankarsku garanciju („na prvi poziv").

U našem pravu je prihvaćeno stanovište da je bankarska garancija jednostrana izjava volje, te se ne zahteva da korisnik garancije pismeno izjavi da prihvata garanciju.[22] U bankarskoj praksi su se iskristalisali elementi zajednički za svaki oblik bankarske garancije te u istu ulaze: naziv firme i sedišta davaoca i primaoca garancije, naznačenje posla čije se ispunjenje obezbeđuje banarskom garancijom, novčani iznos na koji garancija glasi, rok važenja garancije, mesto i datum izdavanja garancije, potpis ovlašćenog lica davoca garancije.[23] Naravno ista mora biti data u pismenoj formi. Dakle banka svojom voljom određuje sadržinu bankarkse garancije i njena obaveza prema korisniku garancije nastaje njenim izdavanjem.[24] Stoga se bankarska garancija kao i jemstvo izdaje u formi jednostrane izjave volje te se činjenica izdavanja bankarske garancije konstatuje u prospektu, a sama bankarska garancija se objavljuje uz prospekt.

Državnu garanciju zakon definiše kao uslovnu obavezu Republike da plati dospelu, a neizmirenu novčanu obavezu u slučaju ako lokalna vlast, odnosno pravno lice za koje je Republika dala garanciju ne izvrši plaćanje o roku dospeća.[25] Ministar finansija bliže uređuje uslove koje moraju da ispunjavaju dužnici da bi Republika dala garanciju, postupak za podnošenje zahteva, sadržinu zahteva za davanje garancije, uslove u pogledu instrumenata obezbeđenja, kao i visinu provizije.[26] Nakon što ugovarač garancije (emitent) postigne sa nadležnim ministarstvom dogovor o garanciji, a na osnovu uslova koje je prethodno vlada odredila, ministarstvo o tome obaveštava vladu putem izveštaja sa nacrtom ugovora, a potom je potrebno usvojiti predlog ugovora, odrediti potpisnika na strani vlade, te isti potpisati, nakon čega se sastavlja predlog zakona koji je potrebno usvojiti u narodnoj skupštini.[27]

Ovaj vid garancije se zasniva na zakonu, iako je osnova za usvajanje zakona ugovor države za ugovaračem garancije, a u korist budućih imaoca obveznica. Dakle, imaoci obveznica na osnovu samog zakona mogu od države potraživati isplatu garantovanog iznosa, ukoliko obavezu po obveznici ne izvrši emitent. Ovakvu garanciju će država najčešće izdati svojim javnim preduzećima, ili lokalnim samoupravama kako bi ista mogla da prikupe kapital putem emisije pod uslovima povoljnijim od bankarskog kredita.

---

[22] Ivica Jankovec, *Privredno pravo*, Beograd 1999, 630.

[23] Svetlana Magdelinić, „Da li je izdavanje bankarske garancije na osnovu robne fakture zakonski ispravan postupak?", *Bankarstvo,* 9-10/2006, str. 54.

[24] Mirko Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, Beograd 2012, 420.

[25] Čl. 2, st. 1, tač. 4, Zakon o javnom dugu – ZJD, *Službeni glasnik RS*, br. 61/2005, 107/2009 i 78/2011.

[26] Čl. 18, ZJD.

[27] Čl. 16. i 24, ZJD.

Osiguranje potraživanja je još jedan način obezbeđenja emisije, gde osiguravajuće društvo garantuje neposredno ili posredno za ispunjenje obaveza dužnika.[28] U ovom slučaju emitent kao ugovarač osiguranja zaljučuje ugovor o osiguranju u svoje ime ali za račun budućih vlasnika obveznica, koji će biti osiguranici. Na osnovu sklopljenog ugovora osiguravajuće društvo će izdati polisu osiguranja, čije izdavanje će biti konstatovano u prospektu, a takođe će ista biti objavljena u celini uz prospekt. Dakle ni u ovom slučaju za zasnivanje osiguranja nije potrebna izjava volje budućih vlasnika obveznica.

Sva četiri prethodno navedena tipa personalnog obezbeđenja emisije obveznica su prema našem pozitivnom pravu moguća, međutim do danas nije bilo niti jedne emisije obezbeđenih dužničkih HOV.

5. HIPOTEKA KAO SREDSTVO OBEZBEĐENJA

Budući da obezbeđenje emisije zahteva sredstva obezbeđenja velike vrednosi, hipoteka se javlja kao podesno sredstvo obezbeđenja. Međutim, u uporednopravnoj praksi je češća situacija da hipoteka posredno služi kao obezbeđenje, te se zalažu potraživanja obezbeđena hipotekama, pa se tom prilikom i hipoteka prenosi zbog akcesornosti. Što se tiče predmeta koji mogu biti opterećeni hipotekom u uporednom pravu su to nepokretnosti, brodovi i vazduhoplovi.

Praktični problem koji se javlja kod zasnivanja hipoteke kao obezbeđenja emisije obveznica je taj što su obveznice serijske HOV, te nije praktično moguće hipoteku u ovom slučaju zasnovati na osnovu ugovora sa vlasnicima obveznica. Stoga je jedina mogućnost da se zasnuje jednostrana hipoteka. U našem pozitivnom pravu zasnivanje jednostrane hipoteke je moguće samo na nepokretnostima. Međutim, problemi se javljaju kod prenosa potraživanja obezbeđenih hipotekom, jer zakon propisuje da prenos potraživanja koje je obezbeđeno hipotekom mora biti obavljen u formi javnobeležničkog zapisa ili javnobeležničke (solemnizovane) isprave.[29] Ovakav zahtev kod cesije potraživanja na tržištu kapitala nije moguće ispuniti te bi ovakva cesija bila ništava budući da je protivna prinudnim pravnim propisima. Dakle gubi se negocijabilnost kao osnovna karakteristika HOV.

Što se tiče ustanovljavanja hipoteke na brodu zahteva se zaključenje ugovora o hipoteci u formi javnobeležničkog zapisa, te se ista ne može zasnovati jednostranom izjavom volje.[30] Isto rešenje je predviđeno i za vazduhoplove te zakon predviđa zasnivanje zaloge putem ugovora, uz primenu forme predviđene za ugovorno zasnivanje hipoteke.[31]

[28] Čl. 10, st. 1, tač. 15, ZOS.
[29] Čl. 20, st. 3, tač. 1, ZH, u vezi sa čl. 10, ZH.
[30] Čl. 64, st 2. i čl. 78, ZTB.
[31] Čl. 133. i 153, ZOSPOVS.

6. ZALOGA KAO SREDSTVO OBEZBEĐENJA

Što se tiče drugog realnog sredstva obezbeđenja, zbog karakteristika serijske emisije obveznica postoje određena ograničenja budući da je vrednost emisije obveznica izuzetno velika, te nije celishodno vršiti zalogu na pokretnim stvarima male vrednosti. Takođe, ukoliko bi se zaloga ustanovila na proizvodima emitenta, to bi onemogućilo istog da normalno posluje jer u slučaju generičnih stvari mora zasnovati državinsku zalogu te ne može imati ni državinu na stvarima, dok u slučaju individulno određenih stvari može zasnovati bezdržavinsku zalogu, ali je i u ovom slučaju ograničen promet.

Međutim, čini se da je ipak zahvalnije zasnovati zalogu na generičnim stvarima budući da u javnom skladištu kod koga bi zalogodavac položio predmetne stvari uvek mora imati, istu količinu generičnih stvari, te to ne moraju biti one stvari koje su i prvobitno položene. Pa tako, u slučaju zalaganja poljoprivrednih proizvoda emitent bi mogao prodati prošlogodišnji rod, ali bi pre toga morao položiti istu količinu novog roda. Ovakvi slučajevi se u praksi retko dešavaju, ali kao primer možemo navesti italijansku mlekaru *4 Madonne Caseificio dell'Emilia Società Cooperativa Agricola* iz Modene, inače proizvođača parmezana, koji je uspeo da izvrši emisiju obveznica obezbeđenih državinskom zalogom na kolutovima parmezana.[32] Emitent se u ovom slučaju obavezao da pruži zalogu na položenim proizvodima u vrednosti od 120 % od vrednosti emisije. Međutim, ovakvih primera je malo budući da retko koja proizvodna delatnost može sebi dozoliti da sopstvene proizvode ne prodaje. Stoga se zaloga najčešće ustanovljava na HOV, pre svega akcijama, kao i na prevoznim sredstvima velike vrednosti, poput železničkih kompozicija, građevinskih mašina, kamiona ili na proizvodnim pogonima.

Što se tiče zalaganja prava, pod tim se pre svega misli na zalaganje potraživanja i to pre svega onih koja su potekla iz bankarskog poslovanja. Ovaj tip zaloge je u osnovi koncepta sekjuritizacije dugovanja kao vida refinansiranja. Kod američkog tipa sekjuritizacije dugovanja dolazi do emisije uputnica, a ne obveznica, budući da se formira novo privredno društvo koje preuzima na sebe potraživanja koja služe kao obezbeđenje, te se formira fond u koji se slivaju sredstva dobijena iz ovih potraživanja, a ista se potom srazmerno raspoređuju na imaoce uputnica. Kod evropskog tipa sekjuritizacije radi se o formiranju registra zaloga koji vodi sam emitent, a u koji se upisuju sva potraživanja koja služe za obezbeđenje. Međutim, ni ovaj tip obezbeđenja nije moguće izvršiti u našem pravu budući da zahteva uvođenje potpuno novog zakonodavnog okvira. koji bi omogućio na zakonu zasnovanu zalogu potraživanja.[33]

---

[32] http://www.caseificio4madonne.it/images/investor-relations/documento-ammissione-borsa-italiana.pdf, 23. jul 2017.

[33] U slučaju evropskog tipa sekjuritizacije kao pokriće služe potraživanja po osnovu izdatih kredita, a budući da korisnici kredita iste otplaćuju njihova visina se menja. Zbog toga registar pokrića u koji su upisana ova potraživanja mora voditi sam emitent, koji sam uz kontrolu centrane

Kako se ustanovljava zaloga kao sredstvo obezbeđenja emisije obveznica?

Naše pozitivno pravo za zasnivanje zaloge zahteva postojanje ugovora kao izvora ove obligacije, ali za razliku od jemstva, nije moguće dati zalogu u formi jednostrane izjave volje, budući da kod zaloge obaveze postoje i kod jedne i kod druge ugovorne strane. U slučaju državinske zaloge, zalogoprimac ima obavezu da čuva predmet zaloge, dok u slučaju bezdržavinske zaloge on ima obaveze vezane za upis u registar založnog prava[34] te prethodno opisana konstrukcija, zasnivanja obaveza samo na osnovu jedne izjave volje nije moguća budući da se radi o dvostrano obavezujućem ugovoru.

U anglosaksonskom pravu, za uspostavljanje ovakve zaloge mora biti potpisan ugovor o zalozi sa agentom emisije koji će biti komisionar za račun budućih vlasnika obveznica, te agent ovakve emisije mora biti registrovan kao trust kompanija[35], a prema vlasnicima obveznica će imati fiducijarnu odgovornost.[36] Prvi primeri ovakvog zalaganja nastaju u SAD gde su krajem 19. i početkom 20. veka neke od velikih železničkih kompanija poput *Southern Pacific Company* u svom posedu imale velike količine akcija i obveznica podređenih kompanija, koje su predate u zalogu komisionaru kako bi se osigurala isplata obveznica.[37]

U našoj praksi nije bilo primera obezbeđenja putem zaloge, međutim u uporednom pravu ovakvih primera jeste bilo. Prethodno naveden primer emisije obveznica mlekare iz Modene[38] ili Nekse grupe d.d. iz Hrvatske[39] upravo su obez-

banke vrši izmenu ili dodavanje novih potraživanja u predmetni registar, kako bi se zadržala tražena vrednost obezbeđenja. Da bi emitent to mogao da radi potrebno je da postoji zakonsko založno pravo vlasnika ovakvih obveznica, na potraživanjima upisanim u registar pokrića.

[34] Zalogoprimac ima pravo, ali i obavezu da izvrši upis u registar svoje potraživanje ukoliko to ne učini zalogoprimac, a ukoliko dođe do aktiviranja zaloge zalogoprimac mora izvršiti upis postupka namirenja u registru, te može ustanoviti svoju državinu na založnim stvarima, te tome sledstveno dobija i obavezu da ove stvari čuva.

[35] https://www.sc.com.my/post_archive/sc-releases-registration-criteria-for-trust-companies-to-act-as-bond-trustees, 07. avgust .2017, https://vacode.org/15.2-5415, 07. avgust 2017, http://www.mainelegislature.org/legis/statutes/20-a/title20-Asec11496.html. 07. avgust 2017. godine.

[36] Trust je građansko pravni odnos karakterističan za anglosaksonsko pravo u čijoj osnovi stoji komisiono zastupanje. Ovaj vid zastupanja u kontinentalnom pravu nije pravno regulisan. Za trust je karakteristično postojanje fiducijarne odgovornosti, kao vida odgovornosti zbog povrede poverenja, koji se javlja u situaciji kada komisionar ne želi da preda stvari i plodove povodom kojih je zasnovan trust, te se ustanovljavanjem ovakve odgovornosti pruža zakonska zaštita zastupanom. U našem pravnom sistemu, pored toga što ovakvo zastupanje nije regulisano postoji nekoliko presuda koje govore u prilog da je moguća pravna zaštita komisionog zastupanja u slučaju da isto nije suprotno prinudnim pravnim propisima. Videti: Rešenje Okružnog suda u Valjevu, Gž.br.1117/03 od 11.12.2003 godine, Vrhovni kasacioni sud Republike Srbije, Rev 1464/2014 od dana 16.09.2015. godina.

[37] John Joseph. Rahill, *Corporation Accounting and Corporation Law*, Fresno California 1906, 140.

[38] http://www.caseificio4madonne.it/images/investor-relations/documento-ammissione-borsa-italiana.pdf, 23. jul 2017.

[39] http://www.nexe.rs/userDocsImages/Prospekt_obveznice.pdf, 22. jul 2017.

beđeni zalogom, u prvom slučaju državinskom zalogom, a u drugom zalogom akcija.

Državinska zaloga u slučaju generičnih stvari se konstituiše na taj način što emitent sklapa sa agentom emisije ugovor o zalozi pri čemu će predmet zaloge položiti u javno skladište, tj. kod trećeg lica koje su sporazumno odredili, ili na taj način što će zalogodavac zalogoprimcu predati ispravu koja daje imaocu isključivo pravo raspolaganja (skladinicu).[40] U slučaju individualno određenih stvari daje se bezdržavinska zaloga te se vrši upis u registar, ovo će biti najčešće slučaj kod zalaganja postrojenja.

Budući da u kontinentalnim pravnim sistemima komisiono sklapanje ugovora nije regulisano uz izuzetak komisione prodaje i kupovine, postavlja se pitanje kako opravdati ovakvu pravnu konstrukciju? Odgovor je u tome što se sklapa ugovor o zalozi u korist trećeg lica. Ugovor mora sadržati elemene na osnovu kojih bi se odredili beneficijari, odnosno u ovom slučaju kupci obveznica. Međutim, u ovom slučaju u našem pozitivnom pravu je loše to što ugovarač može opozvati ili izmeniti korist koja je za treće lice ugovorena, sve dok treći istu ne prihvati.[41] Budući da imaoci obveznica nisu solidarni poverioci, jer svaka pojedinačna obveznica sadrži samostalnu obavezu emitenta, svaki kupac obveznice bi morao uputiti obaveštenje da prihvata ovakvu korist, te bi odgovornost ugovarača prema trećem licu postojala tek od prijema ovakvog obaveštenja. Ovaj problem bi mogao biti rešen na taj način što bi prilikom sklapanja upisnog ugovora upisnici potpisivali i izjavu kojom prihvataju korist. Drugi način bi bio da zakonodavac ovo pitanje uredi na taj način da ugovarač ne može promeniti ili opozvati korist za beneficijare, slično kao kod osiguranja.

7. ZAKLJUČAK

Emitovanje obveznica kao načina finansiranja još uvek nije zaživelo u Republici Srbiji, te naše finansijsko tržište i dalje ostaje izuzetno bankocentrično. Stoga su lica javnog i privatnog prava u pogledu kreditnog zaduživanja i dalje okrenuta bankama. I pored toga što domaći propisi ograničeno omogućavaju obezbeđenje obveznica, do sada nije bilo ovakvih obveznica, a na žalost ni emisije neobezbeđenih korporativnih obveznica.

Pozitivni propisi trenutno omogućavaju obezbeđenje emisije obveznica putem jemstva, bankarske i državne garancija, ko i putem osiguranja potraživanja kao personalnih vidova obezbeđenja. Što se tiče realnih sredstava obezbeđenja zbog rigidnih propisa nije moguće obveznice obezbediti hipotekom. Na nepokretnosti-

[40] Čl. 974, ZOO.
[41] Čl. 150, ZOO.

ma je moguće ustanoviti jednostranu hipoteku, ali je onemogućen prenos ovako obezbeđenih obveznica, te se gubi negocijabilnost kao bitna karakteristika svi HOV. Što se tiče hipoteke na brodovima i vazduhoplovima istu nije moguće ustanoviti jer zakon predviđa njihovo zasnivanje samo u formi ugovora što nije moguće uraditi u okviru obveznice jer je ona jednostrana izjava volje, dok nije celishodno i praktično moguće zasnovati hipoteku u okviru posebnog ugovora jer je obveznica serijska HOV.

Zalogu je prema pozitivnom pravu u Republici moguće koristiti kao sredstvo obezbeđenja emisije obveznica, s tim da se prilikom upisa akcija mora potpisivati i odgovarajuća izjava kojom bi se ograničila mogućnost ugovaraču (agent emisije) da izmeni ili opozove korist za beneficijara.

U cilju razvoja finansijskog tržišta bi bilo celishodno doneti nove propise kojima bi se regulisala obaveza emitenta da obezbedi vrednost pokrića koja bi bila veća od vrednosti emisije u relativnom iznosu na primer za 30 %, a u cilju očuvanja poverenja u tržište kapitala. Takođe bi trebalo otkloniti zakonske prepreke za ustanovljavanje hipoteke na nepokretnostima, brodovima i vazduhoplovima, kako bi ovakav oblik finansiranja bio široko dostupan. Naravno bilo bi poželjno i regulisati ugovor o zalozi pri obezbeđenju obveznica, te odrediti krug lica koja bi se mogla javiti kao ugovarači ovog specifičnog ugovora u korist trećeg lica.

Nikola B. Krstić, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
advnikolakrstic@gmail.com

Bond Securing Mechanism with Review of State in Republic of Serbia

Abstract: *In order to increase chances for bond emission success, and to achieve lower emission interest rates, bonds collateral is used. Established collateral can be personal or given on property. Personal type of collateral can be given as personal, bank or state guarantee as well as claim insurance, while property collateral could be given in form of pledge or mortgage. This paper is concerning practical issues that are specific for establishing each type of bond collateral, preconditions that must be fulfilled in order to establish certain types of collateral and well as question, weather is it possible to establish bond collateralization in Republic of Serbia.*

Keywords: *Bonds, personal collateral, property collateral, securities, capital market.*

Datum prijema rada: 13.09.2017.

Originalni naučni rad 343.1:141.13
doi:10.5937/zrpfns51-15014

Miloš R. Galić, student doktorskih studija
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
milosgalic91@yahoo.com

KRIVIČNI POSTUPAK IZ ASPEKTA FIHTEOVOG SUBJEKTIVNOG IDEALIZMA

Sažetak: *Čovek svet oko sebe spoznaje umom koji predstavlja jedini put da se dođe do istine o objektivnoj stvarnosti. Subjekt težeći da spozna stvarnost, može da dođe do više rezultata o njoj posmatraući je iz različitih aspekata, od kojih svi mogu da budu logički tačni ali je samo jedan istinit. Autor u radu prikazuje krivični postupak posmatran iz aspekta Fihteovog subjektivnog idealizma. U radu se prvo analizira dijalektika subjektivnog idealizma, koja se sastoji od tri elementa, teze (svesti subjekta o sebi), antiteze (objektivne stvarnosti) i sinteze (kvalitativno subjektivnog saznanja). Usled nemogućnosti da sazna apsolutnu istinu o stvarnosti, subjekt dolazi do najtačnijeg rezultata o nekoj činjenici saglasnošću sa drugim subjektima, odnosno konsenzusom. Kako bi se došlo do istine o causa criminalis, uloge u krivičnom postupku su podeljene na tri subjekta. Iz aspekta subjektivnog idealizma elementi krivičnog postupka, podeljeni načelom tripartitne podele uloga su odbrana (teza), optužba (antiteza) i saznanje suda o causa criminalis (sinteza). Jedino načelo tripartitne podele uloga predstavlja pravilnu formu saznanja istine i obezbeđuje pravilnu primenu zakona. Autor dolazi do zaključka da je ovo načelo najispravnije primenjeno u mešovitom krivičnom postupku, uz prikaz manjkavosti akuzatornog i inkvizitornog postupka. Zamišljeno da dovede do proceduralne pravde, načelo tripartitne podele uloga je subjektivno određeno, te samim tim nesavršeno, usled čega ostaje otvoreno pitanje, da li je uopšte moguće doći do proceduralne pravde ili ona predstavlja samo zamišljeni ideal kome subjekti postupka teže.*

Ključne reči: *krivični postupak, teza, antiteza, sinteza.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Uzdajući se u um kao svoje najpouzdanije „čulo“, savremeni čovek pri saznanju objektivne stvarnosti, pokušava da racionalizacijom formi saznanja dođe

do istine. Mehanicističko određivanje pravila procedure, pokušaj je da se potisne subjektivnost koja po kriterijumima moderne nauke, vodi pogrešnim zaključcima. Međutim, da li je moguće u potpunosti potisnuti subjektivnost, pogotovo u sferi društvenih nauka? Da li potiskivanje subjektivnosti ima svoj legitimitet u sferi prava, koje predstavlja proizvod subjekata, i model za regulaciju odnosa među njima? Ne samo da „progon" subjektivnosti nema svoje opravdanje, već u pojedinim granama prava ima presudnu ulogu.[1] Filosofsko utemeljenje saznanja objektivne stvarnosti u humanističkom diskursu, posle perioda nemačkog klasičnog idealizma gubi na svom značaju, dok se fokus prebacuje na koncept subjektivne istine.[2] Na polju svih društvenih nauka, a pogotovo prava, sve više na značaju dobija paradigma „subjektivno svrsishodno racionalnog".[3] „Možda bi bilo ispravnije napustiti sam pojam racionalizam",[4] s obzirom da iako potiče od subjekta, ovaj pojam nosi u sebi značenje koje mu je na određeni način suprotno. Osobina subjekta je da iz aspekta logike, može da posmatra fenomene iz različitih uglova, i da dođe do različitih rezultata koji svi mogu da budu logički tačni, ali samo jedan istinit. Opravdanost analiziranja subjektivnih aspekata posmatranja fenomena nije samo heuristički, već se ogleda u činjenici, što osvetljavanje svakog ugla gledanja, vodi jedan korak bliže istini. U modernoj filosofiji i nauci, subjektivistički metodi i meta – metodi kao što je dekonstrukcija [5] su nezaobilazni pri posmatranju pojava. Predmet ovog rada sastoji se u analiziranju krivičnog postupka iz aspekta Fihteovog subjektivnog idealizma, odnosno njegovog *apstraktnog bića*, koje predstavlja poseban entitet sa sopstvenom unutrašnjom logikom spoznaje. Zapravo, u ovom radu ćemo razotkriti slojeve od kojih se sastoji krivični postupak,[6] to jest predstaviti njegovu subjektivno idealističku dimenziju. Fihte u svom učenju iznosi dijalektiku saznanja spoljnjeg sveta, putem kojeg subjekt saznaje sve pojave u njemu, bilo da su one apstraktne kao što su država i pravo, ili konkretne, kao što su stvari koje postoje u prostoru i vremenu. U skladu sa složenošću predmeta rada, metodi koje ćemo koristiti u samom radu su brojni. To su pre svega:

---

[1] O vezi između psihologije i krivičnog prava Vid. Dragiša Drakić, „Krivično pravo i psihologija – tačke spajanja" *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu br. 2 (2014),* 243 – 256.

[2] Nemački klasični idealizam je trajao od pojave Kantove *Kritike čistog uma* (1781), pa do kraja Hegelovog života (1831). Četiri velika predstavnika nemačkog klasičnog idealizma su Kant, Fihte, Šeling i Hegel.

[3] Max Weber (Veber), *Metodologija društvenih nauka,* Zagreb 1986, 200. (sa nemačkog preveo A. Marušić).

[4] Jacques Derrida (Derida), *Of grammatology*, Baltimore: John Hopkins University Press 1997, 80. (translated by G. C. Spivak).

[5] Dekonstrukciju kao način analize u filosofiju i nauku uveo je francuski mislilac Žak Derida, za koju je on sam tvrdio da nije metod, već više analitički instrument za „razotkrivanje" slojeva stvarnosti. U ovom radu, dekonstrukciju kao meta – metod ćemo primeniti pri razotkrivanju slojeva i njihovih značenja u subjektivno idealističkoj dimenziji krivičnog postupka.

[6] Figurativno rečeno, u ovom radu ćemo predstaviti krivični postupak viđen „Fihteovim očima".

analiza i sinteza kao opšti metodi naučne spoznaje te logički, normativno – dogmatski[7] i komparativni metodi kao posebni. U skladu sa metodološkim problemima, prvo ćemo anlizirati Fihteovo učenje o subjektivnom idealizamu i konsenzusnoj istini, a potom i njihovu konkretnu primenu u krivičnom postupku. Na odgovarajućim mestima ćemo izneti kritički osvrt u vezi sa prednostima i nedostacima u formama saznanja istine u inkvizitornom, akuzatornom i mešovitom krivičnom postupku, a na kraju izvesti zaključke o cilju krivičnog postupka oličenom u proceduralnoj pravdi.

2. O SUBJEKTIVNOM IDEALIZAMU I KONSENZUSNOJ ISTINI

Čovek stvarnost spoznaje svojim umom kojim poima informacije do kojih dolazi putem čula. Um predstavlja jedinu mogućnost za čoveka da zakorači u svet van svog bića i da ga spozna. Međutim, da li čula i um daju čoveku objektivnu sliku spoljašnjeg sveta, odnosno istinitu informaciju o tome kakav on zaista jeste? Do odgovora na ovo pitanje je gotovo nemoguće doći, jer savremena nauka i filosofija nisu uspele da prevaziđu subjektivnost kao jedini relevantan kriterijum saznanja stvarnosti. „Zauvek će ostati pravi skandal, za filosofiju i ljudski um to što se postojanje stvari izvan nas mora zasnivati samo na verovanju.[8] „Opaska o nemogućnosti saznanja spoljnjeg materijalnog sveta[9] zanimljiva je, jer subjekt (svest) nikada neće moći sa sigurnošću da sazna objekte (materijalne stvari) jer nema neposredno iskustvo o suštini objekta“,[10] ali sa većom sigurnošću može da spozna svest drugog subjekta i da komunicira sa njom, jer su suštine svesti oba subjekta iste imanentne prirode.[11] Na temeljima Kantovih aporija o nemogućnosti

[7] U pravnoj teoriji je bilo mnogo pokušaja da se napravi razlika između normativnog metoda kojim se razmatraa logička povezanost normi, i njihova forma, od dogmatskog metoda kojim se ispituje sadržina normi. Smatramo da je pravljenje razlike nepotrebno iz praktičnih razloga, jer su ova dva metoda povezana na svom ontološkom nivou u meri u kojoj bi trebalo da čine jedan metod, odnosno normativno – dogmatski, jer se bave analizom istog predmeta, odnosno norme, jedan sa aspekta forme, drugi sa aspekta sadržine. Primena normativnog bez dogmatskog metoda i obrnuto, bi ostavila svaku pravnu analizu nepotpunom. Problemi koji postoje su i terminološke prirode, te neki autori ovaj metod zovu samo normativnim (Radomir Lukić) a neki dogmatskim (Stevan Vračar). Vid. Stevan Vračar, „Metodološka integracija pravnih nauka“ *Međunarodni simpozijum o metodologiji pravnih nauka, oktobar 1967, Srpska Akademija nauka i Umetnosti,* Beograd 1973, 154.

[8] Immanuel Kant (Kant), The critique of pure reason, (*http://www.sacred-texts.com/phi/kant/critpure.txt* 28. jul 2017.).

[9] Naime, Imanuel Kant u svom delu *Kritika čistog uma* iznosi učenje o noumenu, odnosno o nemogućnosti saznanja objekata u spoljnjem svetu, jer svaki subjekat saznaje kakav je objekat za njega, ali ne i kakav je on po sebi.

[10] Miloš Galić, *Aristotelovo shvatanje države i prava,* Novi Sad 2015, 4. (master rad).

[11] *Ibid*.

spoznaje realnosti stvarao je i Fihte, kao jedan od četiri velika predstavnika nemačkog klasičnog idealizma. On u svome delu *Učenje o nauci* iznosi dijalektički sistem umne spoznaje objektivnog sveta koji naziva subjektivni idealizam. Putem subjektivnog idealizma čovek saznaje sve pojave u objektivnom svetu, pa samim tim i državu i pravo kao spekulativne emanacije ljudskog uma. Država (pa samim tim i pravo) se određuje isključivo kao umska.[12] Fihte smatra da je jedino sigurno saznanje do kojeg subjekat može doći, znanje o sebi. Misleći subjekat zna sigurno o tome da misli [13] i zna da jeste.[14] Svest subjekta o sebi naziva se *teza* odnosno Ja. „Jer nije reč o tome kako se imenuje ovo biće, nego kakvim se ono iznutra drži i shvata. Ipak ono se naziva Ja".[15] Teza predstavlja element pozitivnog karaktera u dijalektici saznanja. Pošto spoznaje sebe kroz svest o sopstvenom postojanju, subjekt nužno ima saznanje o razlici između sebe i spoljašnjeg sveta. Spoljašnji svet predstavlja sve ono suprotno svesti, pa čak i svest drugog subjekta. Poimanje razlike između sebe i sveta Fihte naziva *antiteza* odnosno Ne – Ja. „Oba ona najviša člana disjunkcije, unutrašnji i spoljašnji život života, a takođe imanentna i emanentna egzistencijalna forma, stoje apsolutno nasuprot jedan drugom, odvojeni jednim neispunjivim bezdanom, i posredstvom ove stvarno sagledane protivrečnosti.[16] Antiteza predstavlja element negativnog karaktera u dijalektici saznanja. Teza je kvalitativni elemenat oličen u svesti koji je suprotstavljen spoljašnjem svetu oličenom u objektima koji su iz ugla gledanja svesti kvantitativnog karaktera. Spoj svesti (kvaliteta) i objektivne stvarnosti van svesti (kvantiteta) predstavlja sintezu koja čini subjektivno idealističko saznanje. Teza i antiteza se spajaju i dobijaju opet u svesti jedan novi kvalitet koji subjekt naziva spoznajom (sinteza). Saznanje predstavlja tačku ukrštanja odnosno genezu subjekta i objekta.[17] Sinteza je neutralan (pa samim tim najobjektivniji mogući) element u dijalektici saznanja.

Iako čovek ne može ni na koji način da prevaziđe subjektivnost pri spoznaji,[18] iskustvo poimanja dovodi do toga da se svest često menja, te je čovek uvideo da su pojedini iskazi za koje je smatrao da su ispravni, vremenom se pokazali kao pogrešni.[19] Usled činjenice promenljivosti svesti, subjekt kao Ja – biće, pogotovo

---

[12] Lazar Vrkatić, *Ontologijski stav filozofije prava*, Novi Sad 2009, 84.

[13] U smislu radnje mišljenja.

[14] Ogroman uticaj na Fihtea je pored Kanta imao i Dekart. Možemo zapaziti sličnost Fihteovog Ja sa čuvenim Dekartovom iskazom *Cogito ergo sum* (Mislim dakle jesam – postojim).

[15] Johan Gotlib Fihte, *Učenje o nauci,* Beograd 2007, 16, (sa nemačkog preveo D. Đurić).

[16] J. G. Fihte, 95 – 96.

[17] Vid. J. G. Fihte, 36 – 37.

[18] Od savremenih autora, subjektivističku koncepciju prava zastupaju autori, zagovornici kulturalizma. Ovaj pravac je dostigao svoj vrhunac u egološkoj pravnoj teoriji Karlosa Kosia, i u radovima Hosea Ortege i Gaseta i Migela Unamuna. Vid. Gordana Vukadinović, Radivoj Stepanov, *Teorija prava I*, Petrovaradin 2001, 217 – 223.

[19] Subjektivnost kao fenomen ima ogroman značaj u krivičnom materijalnom i procesnom pravu. Sama krivica je zasnovana na uračunljivosti, vinosti i mogućnosti upravljanja svojim po-

u pravnim naukama dolazi do zaključka da je svest sklona greškama, i da je neophodno ustanoviti najpouzdaniji mogući orijentir izvesnosti kako bi život pojedinaca u društvu mogao nesmetano da se odvija, bez zapadanja u aporije spekulacije. „Pitanje istine je centralno u savremenom filosofskom diskursu".[20] Mogućnost odstupanja od istinitih zaključaka pri subjektivnom idealističkom zaključivanju u pravnoj nauci smanjuje sadejstvo više subjekata prilikom saznanja određenih objektivnih činjenica. Sadejstvo više subjekata (a samim tim i smanjenje mogućnosti grešenja) ogleda se u dolaženju do istog rezultata od strane svih učesnika u postupku zaključivanja, te se teorija konsenzusne istine javlja kao jedina relevantna prilikom prevođenja pravnih normi u stvarni život.[21] Iako ni učešće više subjekata u postupku dolaženja do saznanja objektivne stvarnosti ne garantuje da ćemo saznati istinu o stvarnosti, život u zajednici i iskustvo nam nalažu da ovakav način postupanja svodi zablude na minimum mogućnosti do kojih čovek može da dođe.[22] Konsenzusnoj teoriji istine svojstveno je to da istinu definiše kao konsenzus svih razumnih ljudi (nem. *aller vernünftigen menschen*).[23] Fihte navodi da je „istina apsolutno jedinstvo i nepromenljivost pogleda".[24] Ovo jedinstvo i nepromenljivost pogleda odnosi se na množinu subjekata i na njihovu saglasnost o istini. Da bismo došli do istine, potrebno je dakle „sve mnoštveno (što nam se nameće u uobičajenom gledanju života) svesti na apsolutno jedinstvo.[25] Subjektivno idealističko saznanje može se podeliti na više lica, od kojih će svako uzeti ulogu jednog elementa

stupcima od strane učinioca. Instituti kao što su bitno smanjena uračunljivost, *actiones liberae in causa*, ili pristanak oštećenog su od ključne važnosti za postojanje nekih krivičnih dela i mogućnosti suđenja za njih. Vid. Joseph Henry Beale (Bil), „Consent in Criminal Law" *Harvard Law Review*, (eds. Harvard Law Review Association), Harvard 1895, 317 – 327.

[20] Mary Hesse (Hes), „Habermas Consensus Theory of Truth" *Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association* 1978, University of Cambridge 1978, 373.

[21] Naime radi se o tome da je pravo proizvod ljudskog duha, i da njegova primena zavisi isključivo od subjektivnog nahođenja stvaralaca pravnih normi kao i onih koji ih primenjuju. Argument u prilog ovoj činjenici je ogroman broj nepravednih zakona koji su važili u istoriji, a samim tim se i primenjivali, kao i ogroman broj nepravednih presuda donetih od strane sudova, koje nemaju nikakvo uporište u racionalizmu niti u objektivnom pravu, već predstavljaju subjektivni konsenzus sudija. „Objektivni zakoni koji važe na određenom stepenu razvoja nekog društva, postojeći društveni odnosi i potrebe konkretne društveno – ekonomske zajednice, određuju sadržaj krivičnog zakona i to ne neposredno, nego prolazeći kroz svest i volju zakonodavca", N. F. Kuznecova, T. A. Zlobin, *Socialnaja obuslovlennostь ugolovnogo zakona i naučnoe obespečenія normotvorčestva, Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, Moskva 1976, 76, Nav. prema Zoran Stojanović, *Kriterijumi određivanja inkriminacija*, Ljuljbana 1981, 16, *nap.* 1. (doktorska disertacija).

[22] Teorijski gledano, apsolutna istina bi predstavljala konsenzus svih ljudi na svetu o nekoj činjenici. Iako je do ovog konsenzusa teško doći, postoji mali broj činjenica koje gotovo da niko na svetu ne dovodi u pitanje, kao što je na primer, dejstvo zakona gravitacije.

[23] Martine R. Deckert, Recht und Wahrheit. Zum *gegenwärtigen Stand der Diskussion, 47,* Nav. prema G. Vukadinović, R. Stepanov, 381.

[24] J. G. Fihte, 14.

[25] *Ibid*.

saznanja, kako bi se međusobnom korekcijom, pogrešni zaključci sveli na minimum.[26] Usled različitih stavova o istim činjenicama, teorija konsenzusne istine dovodi nas do toga da je ispravniji onaj stav u pogledu koga je saglasan veći broj ljudi.[27] Konsenzusna istina u *užem smislu* je saglasnost o objektivnoj stvarnosti svih učesnika u postupku zaključivanja.[28] Pošto konsenzus svih učesnika predstavlja idealitet do koga se retko dolazi, konsenzusna istina u *širem smislu* predstavlja saglasnost većine učesnika u postupku zaključivanja, te se ovakav način donošenja odluka češće primenjuje. Subjektivni idealizam kao način zaključivanja i konsenzusna istina u širem smislu kao najpragmatičnija i najobjektivnija moguća, dobijaju svoj pravi značaj u sudskim postupcima, u kojima da bi se postigla primena materijalnog prava važe određene forme postupanja procesnih subjekata. Subjektivni idealizam je izražen u krivičnom postupku kroz načela kontradiktornosti postupka, slobodnog sudijskog uverenja, i slobodne ocene dokaza dok se konsenzusna istina izražava kroz načela zbornosti suđenja, učešća građana u suđenju, dvostepenosti suđenja i javnosti suđenja. Cilj svakog krivičnog postupka je da se dođe do najveće moguće izvesnosti o činjenicama vezanim za predmet krivičnog postupka (lat. *causa criminalis*), dok sudbina okrivljenog zavisi od istinitosti zaključaka procesnih subjekata koji su u širem smislu svrha samog postupka.

3. TEORIJSKOPRAVNI ELEMENTI KRIVIČNOG POSTUPKA

Pošto jedino svest pojedinca postoji kao izvor mogućnosti saznanja putem subjektivnog idealizma koga čine teza, antiteza i sinteza, a to saznanje može biti istinito ili neistinito, dijalektika funkcionisanja svesti uneta je u krivični postupak

[26] Naime teza, antiteza i sinteza, postoje u svesti subjekta kao pojedinca, ali podelom ova tri elementa na više subjekata, od kojih će svaki svojom svešću (koja se takođe sastoji od tri elemnta), zastupati samo jedan, dovodi do veće izvesnosti, odnosno kako Fihte navodi „nepromenljivosti pogleda“. Saznanje je moguće samo od strane pojedinca, te odluke donete od strane nekog kolektivnog tela, mogu se zasnivati samo na istom saznajnom postupku kao saznanje pojedinca. Pošto se biće krivičnog postupka sastoji od tri elementa, predmet ovog rada predstavlja saznajna forma krivičnog postupka kao posebnog bića iz aspekta subjektivnog idealizma.

[27] Inspirativna je tvrdnja Bele Hamvaša da se o objektivnoj stvarnosti ne odlučuje većinom glasova, međutim u ljudskoj zajednici važi upravo suprotan princip, jer subjektivni stav ljudi o nekim činjenicama ima faktičko dejstvo, pogotovo u sferi prava, gde na primer, volja većine sudija u sudskom veću, ili većine poslanika u zakonodavnom telu, ima presudan uticaj na sudbinu drugih ljudi, te u ovom slučaju stara rimska poslovica da „većina glasova vredi, i da se odluke donose većinom“ (lat. *Plurima vota valent*) dobija svoj pun smisao. Vid. Bela Hamvaš, *Teorija romana*, Beograd 1996, 13. (sa mađarskog preveo S. Babić).

[28] Najpoznatiji savremeni zagovornik konsenzusne teorije istine je nemački filosof Jirgen Habermas. O Habermasovom teorijskom i praktičnom diskursu kao razlici između faktičkih i normativnih činjenica Vid. G. Vukadinović, R. Stepanov, 382.

u kome učestvuju tri subjekta, koja čine tezu, antitezu i sintezu, kako bi se njihovim sadejstvom smanjila mogućnost pogrešnih zaključaka. „Razlika između pojma „znati i pojma „biti siguran" uopšte nije od neke velike važnosti osim tamo gde „Ja znam", treba da znači ja ne mogu da pogrešim. U sudskoj dvorani, na primer, svaki svedok bi u svojoj izjavi mogao umesto „Ja znam" da kaže „Ja sam siguran".[29] „ Izgleda da krivično (procesno) pravo ima svoje filosofsko utemljenje *a priori* i *a posteriori*. *A priori* utemeljenje se neminovno svodi na saznanje i otkrivanje istine od strane ljudi„.[30] *A posteriori* zasnovanost krivičnog (procesnog) prava svodi se na jednaku podelu pravde posle utvrđenog činjeničnog stanja".[31] Nemogućnost saznanja apsolutne istine u krivičnom postupku, prevazilazi se svođenjem na minimum mogućnosti dolaženja do neistinitih zaključaka od strane procesnih subjekata kroz *načelo tripartitne podele uloga*. Pošto „potpuna regularnost nigde ne postoji osim kao virtuelni sadržaj svesti",[32] zakonodavac je propisao procesne forme koje procesni subjekti moraju da ispune u krivičnom postupku kako bi se došlo do najveće moguće izvesnosti i kako bi se izbegle greške i zablude. Dakle „o formalnoj (ili zakonskoj) istini se govori onda kada je propisom predviđen metod za utvrđivanje istine kojeg se nadležni organ mora pridržavati".[33] Krivična procedura predstavlja racionalizovanu formu koja proističe iz logike subjekata koji učestvuju u njoj, a koja je upodobljena na taj način, da daje najistinitiji i najpravedniji mogući rezultat. „Krivični postupak je krivični procesnopravni odnos koji se zasniva, teče i okončava između krivičnih procesnopravnih subjekata (suda i stranka)".[34] Sa stanovišta Fihteovog subjektivnog idealizma, svaki subjekt dolazi do saznanja putem dijalektičkog postupka koji se sastoji od teze, antiteze i sinteze, te su na širem planu u skladu sa time podeljene uloge u krivičnom postupku. Pošto u samom postupku nužno učestvuje više subjekata, biće procedure je postavljeno tako da svaki od njih uzme ulogu jednog elementa. Teza, antiteza i sinteza su podeljene između optužbe, odbrane i suda kao tri subjekta postupka koji putem konsenzusa dolaze do istine o predmetu postupka.[35]

---

29 Ludvig Vitgenštajn, *O izvesnosti*, Novi Sad 1988, 8. (sa nemačkog preveo B. Zec).

30 Angèle Kremer – Marieti (Kremr – Marijeti), „Les fondements philosophiques du droit penal" *Le Droit en Procès*, Jacques Chevallier (éd.), Paris 1983, 109.

31 *Ibid*.

32 Dragan Mitrović, „Naučnofilozofska zasnovanost izvesnosti" *O pravu – izabrani eseji*, Beograd 2017 a, 21.

33 Dragan Milkov, *Upravno pravo II*, Novi Sad 2012, 81.

34 Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2015, 13.

35 Teza, antiteza i sinteza su tri elementa, pozitivnog, negativnog i neutralnog karaktera. Do istine o predmetu krivičnog postupka se dolazi ili konsenzusom sva tri elementa (na primer, priznanjem optuženog), ili većinom od dva elementa (na primer, saglasnošću suda i odbrane da je okrivljeni nevin). Pošto je sud element neutralnog karaktera tokom postupka, po završetku suđenja, sud poklanja svoju veru tezi ili antitezi (u svom čistom obliku ovakav način suđenja egzistira u akuzatornom postupku) čime dva elementa prevladavaju onaj treći koji ostaje u manjini.

Primenom konsenzusne teorije istine, ishod procedure se ne prejudicira, već rezultati zavise od činjenica koje subjekti postupka unose u formulu zaključivanja. Sam postupak u njegovom ontološkom smislu je neutralnog karaktera. Iako je u svojoj strukturi dogmatski određen, jedino takav, krivični postupak može dovesti do pravilne primene materijalnog prava a u širem smislu i do pravde. Nepromenljivost procedure obezbeđuje jednakost građana pred zakonom i predstavlja garanciju pretpostavke nevinosti. Krivični postupak je nepromenljiva formula u koju subjekti postupka unose promenljive činioce (na primer materijalne dokaze, izjave svedoka itd.) koji za rezultat imaju pravilnu primenu materijalnog prava i obezbeđuju proceduralnu pravdu. U dijalektičkom sistemu saznanja samog postupka uloga optužbe i odbrane svodi se na stvaranje uslova za saznanje suda o *causa criminalis*. Subjekti postupka deluju jedinstveno, kao apsolutna neuslovljena svest, u kojoj svaki dijalektički element biva podeljen između tri strane. „Između ova dva pogleda lebdi evidencija: ako oni sada treba da se konstruišu *realiter*, onda se upravo moraju konstruisati kao lebdeći od a do b, i opet od b do a, i sasvim iscrpljujući oboje, dakle, opet lebdeći između ovog dvostrukog lebdenja„.[36]

3.1. Teza

U Fihteovom subjektivnom idealizmu, teza predstavlja prvi element, koji je pozitivnog karaktera oličen u samospoznaji subjekta o sebi. To je kvalitativni činilac nepromenljive prirode koji se uvek izražava kao Ja. Posmatrajući biće krivične procedure iz ugla Fihteovog subjektivnog idealizma, i ulogu procesnih subjekata u njoj, čini se da je prvi element koji stoji na početku svakog postupka optužba, odnosno uverenje tužioca da je optuženi učinio krivično delo i da je kriv za učinjeno delo. Međutim, optužbi kao inicijalnom aktu, prethodi jedan drugi stav, a to je pretpostavka nevinosti okrivljenog ustanovljena ustavom i zakonom, koju tužilac mora da pobija svojim radnjama. Usled te činjenice dolazimo do zaključka da odbrana, koja se u svojoj ontološkoj dimenziji sastoji od nevinosti optuženog predstavlja tezu. Pošto predstavlja tezu, odbrana je nepromenljive prirode i ona se uvek sastoji od tvrdnje da je optuženi nevin. Ni saznanje branioca da je optuženi učinio krivično delo ne menja imanentnu suštinu odbrane, te je branilac dužan da uvek podupire ovu tvrdnju bez obzira na svoje saznanje o *causa criminalis*. Načelo tripartitne podele uloga jedino dovodi do najobjektivnije moguće istine i pravilne primene zakona, te bi svako odstupanje od ovog načela vodilo nezakonitostima i nepravilnostima u postupku. U anahronom inkvizitornom postupku u kome je postojala derogacija ovog načela, odnosno sva tri elementa krivičnog postupka bila su sjedinjena u jednom elementu (sudu), dolazilo je do arbitrernosti i do nepravednih presuda koje su bile posledica pogrešne pro-

[36] J. G. Fihte, 42.

cedure zaključivanja. Slikovit primer značaja ovog načela, u modernim mešovitim krivičnim postupcima, u kojima se sud vodi principom utvrđivanja istine, predstavlja situacija, kada ni priznanje optuženog da je učinio krivično delo nije dovoljno da bi se donela osuđujuća presuda, već sud mora i dalje da utvrdi istinu o *causa criminalis*.[37] U slučaju priznanja optuženog, a kada ne postoji dovoljan broj materijalnih dokaza da potkrepe njegovu tvrdnju, sam sud na određeni način pokušava da svojom aktivnošću nadomesti odbranu, kako bi se dosledno izvela forma bića krivičnog postupka koja dovodi do „istinitog" zaključka.[38] Ukoliko utvrdi da je optuženi nevin, sud će doneti oslobađajuću presudu uprkos njegovom priznanju. Nedostaci akuzatornog krivičnog postupka očigledni su u ovoj situaciji, jer tada sud donosi osuđujuću presudu bez upuštanja u utvrđivanje istine o predmetu postupka.[39] Iz navedenog proizlazi da je funkcija odbrane u proceduri, da uvek čini sve što može da dokaže nevinost optuženog i opovrgne dokaze tužioca. Usled toga, u praksi se branilac često suočava sa moralnom dilemom, koju okolina postavlja pred njega, a to je da li bi se prihvatio odbrane učinilaca teških krivičnih dela ukoliko pouzdano zna da je njegov klijent kriv? Pozitivan odgovor na ovo pitanje je jedini mogući, iz razloga što je uloga branioca u krivičnom postupku postavljena tako, da njegova aktivnost, i sadejstvo sa ostalim procesnim subjektima doprinosi saznanju istine o predmetu postupka i ispravne primene zakona na optuženog. Postojanje valjane odbrane je garancija zakonitosti postupka, a moralnost branioca [40] neupitna. „Advokat treba da u odnosima sa zastupnikom suprotne stranke, sudom i drugim organima i organizacijama, nastupa kao deo usklađenog stručnog tima".[41] Sa razlogom se nameće pitanje, kakav bi to krivični postupak bio u kome bi branilac, pošto sazna od svog klijenta da je ovaj kriv, 'činio sve da klijent bude optužen? U tom slučaju branilac i tužilac bi bili istog stava, a to je da je optuženi kriv, čime bi došlo do derogacije načela tripartitne podele uloga, a sinteza, odnosno saznanje suda o predmetu postupka bi bilo pogrešno, što bi dovelo do nepravedne presude i kršenja ljudskih prava optuženog. To bi

[37] Nažalost u krivičnom procesnom pravu Srbije, načelo utvrđivanja istine od strane suda je gotovo potpuno potisnuto usled veštačkog pokušaja da krivični postupak preuzme sve više instituta iz anglo – saksonskog pravnog sistema. Ovo nasilno „sađenje" instituta, na koje nisu navikle naše sudije, branioci, i tužioci, dovelo je do brojnih problema u praksi. Vid. Snežana Brkić, „Kritički osvrt na uređenje istrage u ZKP Srbije 2011. godine" *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 2 (2015)*, 559 – 575.

[38] O utvrđivanju istine od strane suda u mešovitom krivičnom postupku, Vid. Vojislav Đurđić, Marko Trajković, „O istini u krivičnom postupku" *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 65 (2013)*, 120.

[39] Ovo je jedan od nedostataka akuzatornog postupka, usled postojanja mogućnosti da nevina lica priznaju pred sudom da su izvršila krivično delo kako bi spasila kazne neka druga lica. Ova situacija nije nezamisliva, na primer, da roditelj prizna umesto deteta da je učinio krivično delo kako bi ga spasao kazne.

[40] Naravno, ukoliko je u skladu sa zakonom.

[41] Kodeks profesionalne etike advokata, *Službeni glasnik RS*, br. 27/2012, član 32, stav 32. 3. 3.

dalje vodilo ukidanju ovakve presude od strane drugostepenog suda, ili pak mogućem oslobođenju optuženog iz razloga što je bio podvrgnut nezakonitom postupku, iako na primer, postoje objektivni dokazi da je učinio krivično delo. Ovaj slučaj derogacije je sličan onom u inkvizitornom postupku, gde su sve tri uloge spojene u jednom subjektu i gde nema načela kontradiktornosti. Odbrana koja se sastoji od činjenja svega što je u moći branioca da odbrani optuženog, dovodi do pravednih i zakonitih presuda, bilo da su one oslobađajuće, bilo da su osuđujuće. Svaki krivični postupak bez postojanja valjane odbrane bi bio nezakonit, a presuda doneta u tom postupku, bez obzira na krivicu učinioca bi bila nepravedna, i usled toga bi morala biti ukinuta. Postojanje branioca, i njegove aktivne uloge, daje legitimitet postojanju tužioca i njegove optužbe, u sistemima u kojima važi princip vladavine prava.

3.2. Antiteza

Antiteza je negativni element koji negira tezu u subjektivno idealističkoj dijalektici zaključivanja, koji je u krivičnom postupku oličen u optužbi. Zadatak svakog tužioca je da opovrgne pretpostavku nevinosti i da dokaže da je optuženi učinio krivično delo i da je kriv za to. Priroda antiteze je kvantitativnog karaktera. Ona je zapravo već formiran stav tužioca o tome da je učinilac učinio krivično delo i da je kriv, ali stav koji je promenljive prirode.[42] Antiteza je za tužioca objektivna činjenica koju je saznao putem subjektivnog idealizma. Cilj krivčnog postupka je da se dođe do istine o krivičnom delu koje se desilo. Antiteza predstavlja uverenje tužioca, da je okrivljeni zaista učinio krivično delo i da je kriv. Njoj kao objektivnoj činjenici prethodi sintetički element koji ju je objektizovao, oličen u prethodnom istražnom postupku u kome tužilac opet kroz dijalektičku formu subjektivno idealističkog saznanja (teza, antiteza, sinteza) dolazi do zaključka o *causa criminalis*, ali zaključka koji je manjeg stepena uverenja. Antiteza je objektivna činjenica za tužioca, odnosno ona je objektivna (u svesti tužioca) na tom nivou. Kada se prenese u krivični postupak, antiteza nije više objektivna činjenica, već element negativnog karaktera, koji negira tezu, kako bi sada sud došao do objektivne činjenice, odnosno istine (sinteza). Iako sintetičkog porekla, na sledećem nivou (u krivičnom postupku), antiteza postaje figurativno rečeno „sluga“ sinteze (suda). Da bi stekao približnu istinu o tome da li je okrivljeni učinio krivično delo i protiv njega podigao optužni akt, tužilac mora da stekne određeni stepen saznanja o tome. On to ne može sam, jer je njegova svest o krivičnom

[42] Antiteza (optužba) je promenljive prirode iz razloga što tužilac može odustati od optužbe u kom slučaju sud donosi odbijajuću presudu. U ovom slučaju, tužilac se priklanja odbrani čime se okončava egzistencija krivičnog postupka, Za razliku od antiteze, teza (odbrana) je nepromenljiva, i uvek sastoji od tvrdnje da je optuženi nevin.

delu, kao pojedinca, najneizvesnija i najsklonija pogrešnom zaključku (na šta se u akuzatornom postupku nije obratila posebna pažnja!), već mora da dobije konsenzusni sintetički zaključak koji mu može obezbediti samo postojanje sva tri elementa subjektivnog idealističkog saznanja[43] podeljenog na tri subjekta u skladu sa načelom tripartitne podele uloga.[44] Antiteza je element negativnog karaktera u biću krivičnog postupka, ali je njeno poreklo sintetičko, jer je ona rezultat odnosno zaključak istražnog postupka do koga su procesni subjekti došli. „Drugim rečima, dokazi u istrazi (izuzev neponovljivih dokaza koje bi izvodio sudija za prethodni postupak) ne mogu biti izjednačeni sa dokazima u pravom procesnom smislu reči, kakvi se izvode na glavnom pretresu. Oni bi trebalo da služe samo javnom tužiocu za odluku o podnošenju optužnice, i u druge svrhe se ne bi trebali koristiti".[45] Shodno logici akuzatornog postupka, da bi sud doneo pravednu presudu, procesne strane, odbrana i optužba bi trebalo da raspolažu jednakim sredstvima za dokazivanje svojih stavova. One u krivičnom postupku imaju mogućnost jednakog korišćenja instituta, odnosno „jednakost oružja" u vidu, žalbe ili mogućnosti prikupljanja dokaza itd. Međutim praksa je pokazala da su suprotstavljene strane retko jednake, iz razloga jer na strani tužilaštva stoji država sa svim svojim resursima i sredstvima, dok na strani odbrane često stoji strana bez ikakvih resursa i sredstava ili pak strana koja ih ima i više od državnih organa,[46] te pretpostavka o jednakosti strana ostaje utopija. Načelo tripartitne podele uloga u akuzatornom krivičnom postupku povređeno je i institutom tužilačke istrage, jer se sintetički element koji bi trebalo da bude proizvod suda, stavlja na stranu tužilaštva. Sud je taj koji daje legitimitet postojanju odbrani i optužbi kao dvema suprostavljenim stranama. Davanjem sudijskih (sintetičkih ovlašćenja) koja se sastoje od radnji donošenja odluka, dovodi do kršenja forme zaključivanja, i kao posledicu ima kršenje ljudskih prava u krivičnom postupku.[47]

[43] Usled ove činjenice, postojanje istražnih sudija koje su postojale do izmena ZKP Republike Srbije 2011. godine, bilo je od velike koristi pri saznanju istine o krivičnom delu u tadašnjem pretkrivičnom postupku. Ukidanjem istražnih sudija i uvođenjem sudija za prethodni postupak, pokušaj je da se nadomeste loše strane anglo – saksonskih instituta u našem pravnom poretku.

[44] Usled toga, jedino su relevantni dokazi koji su posledica načela tripartitne podele uloga čija je pozitivnopravna emanacija načelo kontradiktornosti.

[45] S. Brkić, 572.

[46] Takođe, jedna od zabluda akuzatornog postupka je da će tužilac ukoliko pronađe dokaze koji idu u prilog odbrani, dostaviti te dokaze suprotnoj strani, a na svoju štetu. Naime, konkretna posledica zanemarivanja subjektivnosti od strane zakonodavca se vidi na ovom primeru. Ostaje otvoreno veliko pitanje, da li će javni tužilac zarad zaštite objektivne zakonitosti u poodmaklom postupku, dostaviti dokaze koji idu u prilog odbrani i time dovesti sebe u nezgodnu situaciju. O negativnim stranama uvođenja elemenata akuzatornog postupka u krivično procesno pravo Srbije Vid. S. Brkić, 559 – 575.

[47] Naime radi se u davanju tužilaštvu kao *pristrasnoj* strani u istražnom postupku i na glavnom pretresu, brojnih po prirodi sudskih ovlašćenja, kao što su oportunitet krivičnog gonjenja, ili zaključivanje sporazuma o priznanju krivičnog dela u kome se uloga suda svodi na minimum.

3.3. Sinteza

Sud (u smislu iskaza) predstavlja zaključak subjekta o određenoj karakteristici neke činjenice. U filosofiji, sud kao zaključak ili iskaz može biti utemeljen jedino od strane subjekta, i on može biti tačan ili pogrešan, u odnosu na objektivnu stvarnost. Istinitost sinteze saznanja od strane suda kao trećeg elementa dijalektike subjektivnog idealizma, obezbeđuje se previlnošću procedure. „Procedura je jedino ispravno sredstvo prava".[48] Presuda, kao kruna krivičnog postupka predstavlja rezultat, koji zavisi od činilaca koje su procesni subjekti uneli u formulu procedure. Sudijina svest, kao sintetički element, neutralnog karaktera, formira se na osnovu pretpostavke nevinosti na strani odbrane, koju branilac svojim radnjama pokušava da sačuva (teze), i optužbe (antiteze), kojom tužilac pokušava da opovrgne nevinost optuženog. Postavlja se pitanje, da li sudija dolazi do ispravnijeg zaključka u slučaju da postupa pasivno i na kraju postupka samo odluči o kazni (kao u akuzatornom postupku) i da li u slučaju njegovog aktivnog delovanja u toku postupka, on može zadržati svoju neutralnost (u mešovitom postupku)? U akuzatornom postupku, pri subjektivnom idealističkom zaključivanju, odbrana i optužba predstavljaju kvantitet (Ne – ja) za pojedinačnu svest (Ja, kvalitet) sudije, [49] te i odluka zavisi od toga koji kvantitet preteže. U ovom slučaju, sudijina svest služi kao puki prostor u kome se formira odluka u korist jače strane, bez unošenja korektivnog sintetičkog elementa u postupak u slučaju situacije da predmet krivičnog postupka nije dovoljno rasvetljen. Uloga sudije svodi se na to da posmatra činjenice i dokaze koje izvode procesni subjekti, a njegova svest služi kao prostor u kome se vodi „bitka" između optužbe i odbrane. U širem smislu, dolazimo do zaključka da akuzatorni postupak nema sintezu kao nezaobilazan element u tripartitnoj podeli uloga u biću krivičnog postupka, te je stoga i nepravedan.[50] Prednost modernog mešovitog krivičnog postupaka, ogleda se u činjenici, da sinteza, kao neutralan, nepristrasan i nezavisan element ima aktivnu ulogu, i predstavlja korektiv optužbi i odbrani, koje su po prirodi stvari pristrasne a često i nejednake.[51] Aktivna uloga kvalitativnog sintetičkog elementa je neophodna iz razloga faktičke razlike u sposobnostima tužioca i branioca. Kako bi se dobio pravilan rezultat, sud mora da ima ovlašćenje da deluje kao korektiv u

---

[48] Dragan Mitrović, „Zašto ne postoji proceduralna pravda" *O pravu – izabrani eseji*, Beograd 2017 b, 236.

[49] Za razliku od mešovitog krivičnog postupka u kome je odbrana (teza) kvalitativnog karaktera. Usled toga mešoviti krivični postupak dosledno izvodi pravilnu formu logičkog zaključivanja.

[50] Vodeći se logikom akuzatornog postupka, do pravde bi se moglo doći jedino ukoliko se dogodi da tužilac i branilac budu lica sa istim sposobnostima što se može dogoditi samo *ad hoc*. Smatramo da je nedopustivo vrednost kao što je pravda prepuštati slučaju.

[51] Upravo je nepristrasnost suda, uz postojanje optužbe i odbrane najveći garant da će se doći do pravilnog zaključka, jer dolazi do pravilne ravnoteže između sva tri procesna subjekta, koji jedan drugog ograničavaju i ukazuju jedan drugom na greške.

slučaju da su suprostavnjene strane očigledno nejednake, bilo u pogledu sredstava i mogućnosti, bilo u pogledu psiho – fizičkih sposobnosti.[52] Dajući legitimitet jedna drugoj, tri strane bića krivičnog postupka deluju kao tri ključa koja bi trebalo da zajedno otključaju jednu bravu oličenu u istini o *causa criminalis.* Istina o predmetu krivičnog postupka formira se u svesti sudije, a u složenijim krivičnim predmetima u skladu sa konsenzusnom istinom, u svesti više sudija koje odlučuju kao veće. Transcendentalni diskurs krivičnog postupka predstavljaju dva suprostavljena načela, načelo efikasnosti i načelo istine. Složenost i važnost predmeta postupka predstavlja kriterijum koji određuje da li će na strani sintetičkog elementa suditi sudija pojedinac ili pak veće, odnosno da li će prevagu dobiti načelo efikasnosti ili načelo istine. *Ratio legis* poveravanja funkcionalne nadležnosti sudskom veću ima svoje utemeljenje u konsenzusnoj istini koja je „umno zasnovana".[53] Iz navedenog sledi da je sa stanovišta konsenzusne teorije istine krivični postupak ništa drugo do racionalni diskurs koji treba da dovede do proceduralne pravde.

4. UMESTO ZAKLJUČKA – PROCEDURALNA PRAVDA KAO CILJ KRIVIČNOG POSTUPKA

Cilj svake pravne procedure sastoji se u pravilnoj primeni materijalnog prava, odnosno podeli prava i obaveza između pravnih subjekata u skladu sa materijalnim zakonima, čime se u širem smislu dolazi i do pravde. „Da bi se pravda ostvarivala, neophodno je postojanje određenih postupaka".[54] Jednakost građana pred zakonom uslovljava da svaki krivični postupak bude neutralnog karaktera, te se proceduralna pravda javlja kao posledica odnosno rezultat postupka. Tehnički izraz proceduralne pravde je pravedna presuda. U akuzatornom krivičnom postupku proceduralna pravda ima svoje uporište u snazi procesnih strana, jer je „pravedno" da pobedi ona strana koja je jača. Pasivna neutralnost same procedure, pa i suda, u anglo – saksonskom krivičnom postupku dovodi do toga da pravda biva jednaka onoj strani u postupku koja pobedi (odbrana ili optužba). U modernim mešovitim krivičnim postupcima, situacija je potpuno drugačija, jer je njihova posledica pravda sintetičke (kvalitativne) prirode, koja ima svoje uporište u

[52] Naime radi se o tome da je vrlo moguće da tužilac bude inteligentniji ili obrazovaniji od branioca, ili pak branilac od tužioca, usled čega se tok postupka postupka može okrenuti u potpuno suprotnom smeru. Da bi se značaj ovakvih faktičkih razlika, koje su neminovne, umanjile, neophodno je da sudija ima korektivna ovlašćenja u svojim rukama.

[53] O umnoj zasnovanosti apodiktičke izvesnosti, odnosno istine Vid. Toma Živanović, *Sistem sintetičke filozofije prava III,* Beograd 1959, 742 – 747.

[54] Ilija Jovanov, „*Otfrid Hefe: Pravda, Filozofski uvod*" *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 2 (2014)*, 496.

subjektivnoj istini do koje je sud došao. Presuda u svom transcendentalnom smislu, u akuzatornom postupku se formira na strani optužbe ili odbrane, a sud konstatuje koja je strana pobedila, dok se u slučaju mešovitih krivičnih postupaka u kojima važi princip utvrđivanja istine od strane suda, presuda formira na strani suda, i predstavlja sintezu, koja se sastoji od pravedne primene zakona, a koja može da bude različita i od tvrdnji optužbe i od tvrdnji odbrane. Idealna procedura bi bila ona koja bi vodila saznanju objektivne istine, jer je „pravda sinonim za istinitost".[55] Iako u skladu sa subjektivnim idealizmom mešoviti krivični postupak ima veću verovatnoću da dođe do istine o *causa criminalis*, ne može se smetnuti sa uma da je i ovakav način zaključivanja nesavršen, odnosno subjektivan. Možda logika akuzatornog postupka ima svoje opravdanje, s obzirom da se uopšte ne bavi objektivnom istinom, već isključivo „meri" koja je strana u postupku bila ubedljivija. Ipak, ovakav pristup je anahron, i ne omogućava progres pravne nauke ka spoznaji. Do objektivne istine (bar za sada) gotovo je nemoguće doći a samim tim i do vrednosnog ideala kome čovečanstvo vekovima stremi oličenom u pravdi. Mogućnost saznanja pojedinca je ograničena na subjektivno idealističko znanje o spoljnjem svetu, koje je nesavršeno, te je i apsolutna pravda gotovo nedostižna. Čovek će doći do pravde u krivičnom procesnom pravu kada dođe do objektivne istine o *causa criminalis*, a kako je jedino moguće saznanje čoveka subjektivne prirode i samim tim često pogrešno, ostaje otvoreno pitanje, da li je uopšte moguće doći i do same proceduralne pravde [56] ili je ona postavljena kao utopijska vrednost kojoj bi konstantno trebalo da težimo, a da je kao i svaki idealitet, nikada ne dostignemo?

[55] D. Mitrović, (2017 b), 250.

[56] O nemogućnosti utemeljenja proceduralne pravde, Vid. *Ibid.*

Miloš R. Galić, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
milosgalic91@yahoo.com

Criminal Procedure from the Aspect of Fichte's Subjective Idealism

***Abstract**: A man encounters with the world with mind that represents to reach the truth about objective reality. Subject, aiming to know the reality, can get to many results, looking at it from different aspects, from which all of them can be logically correct, but only one can be truthful. Author in his paper presents criminal procedure from the aspect of Fichte's subjective idealism. In this paper, we analyse dialectics of subjective idealism first, that is composed of three elements, thesis (consciousness of the subject about itself), antithesis (objective reality), and synthesis (qualitatively subjective knowledge). Due to inability to discover the absolute truth, subject comes to the most accurate result about a fact by consent with other subjects, meaning by consensus. In order to reach the truth about causa criminalis, the roles in criminal procedure must be divided among three different subjects. From the aspect of subjective idealism, the elements of criminal procedure are divided by the principle of division in three roles, defense (thesis), accusation (antithesis), and knowledge of the court about causa criminalis (synthesis). Only the principle of division in three roles presents the correct form of discovering the truth and secures the proper application of the law. Author reaches the conclusion that this principle is the most correctly applied in the mixed system of criminal procedure with an overview of flaws of accusatory and inquisitorial procedure. Used to lead to procedural justice, the principle of division in three roles is subjectively determined which makes it imperfect due to that fact it remains an open question, whether or not it is possible to reach procedural justice or it is just an imaginary ideal which the subjects of the procedure aim to reach.*

***Keywords:** criminal procedure, thesis, antithesis, synthesis.*

Datum prijema rada: 13.09.2017.

Pregledni članak 347.27
doi:10.5937/zrpfns51-15474

Marina D. Jeremić, student doktorskih studija
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
marina.dzepina@gmail.com

ZASNIVANJE NOVE HIPOTEKE SA POSEBNIM OSVRTOM NA RASPOLAGANJE NEISPISANOM HIPOTEKOM

***Sažetak**: U radu su analizirani pravni instituti kojima se odstupa od načela akcesornosti u prestanku hipoteke. U pitanju su zakonske norme propisane u čl. 53 – 56 Zakona o hipoteci koje regulišu raspolaganje neispisanom hipotekom, zabeležbu prvenstvenog reda i predbeležbu nove hipoteke. U sva tri slučaja odstupa se od opšteg načela prior tempore potior iure, od načela namirenja potraživanja po redosledu upisa hipoteka, čime se isključuje klizni rang namirenja. Vlasnik nepokretnosti, zahvaljujući ovlašćenju koje crpi iz navedenih zakonskih normi, svojim raspolaganjem zapravo vrši zasnivanje nove hipoteke na mestu postojeće. Autor analizira svaki institut posebno, sa stanovišta važeće zakonske regulative, praktične primene i njihove pravne prirode. Ugovaranjem ovih pravnih instituta, koji su nalik svojinskoj hipoteci, poboljšava se kreditna sposobnost i olakšava refinansiranje kredita, pa imaju izuzetan značaj u privredi. Posebna pažnja u radu posvećena je pravu raspolaganja neispisanom hipotekom kao specifičnom institutu kojim se odstupa od klizećeg ranga namirenja. Međutim, skoro neizostavnim ugovaranjem zabrane raspolaganja neispisanom hipotekom, bankarska praksa ukida fiksni rang namirenja i čini pravo raspolaganja neipisanom hipotekom neprimenjivim.*

***Ključne reči:** odstupanje od načela akcesornosti hipoteke, raspolaganje neispisanom hipotekom, zabeležba prvenstvenog reda, predbeležba nove hipoteke.*

1. UVOD

Strogi princip akcesornosti hipoteke ne odgovara uslovima modernog tržišnog privređivanja i onemogućava ili umanjuje prometljivost hipoteke. Shodno tome sve veći broj zakonodavstva kreditno razvijenih zemalja ili onih koje to

pretenduju da budu, regulišu neakcesorna sredstva obezbeđenja. Donošenjem Zakona o hipoteci[1] i Republika Srbija ušla je u red zemalja koje poznaju pravne institute kojima se omogućavaju izvesna odstupanja od načela akcesornosti hipoteke po prestanku obezbeđenog potraživanja. Zakonske norme sadržane u odredbama čl. 53 – 56 ZH, vrše funkciju zadržavanja postojećeg ranga i prenosa hipoteke na novog poverioca. U sva tri slučaja odstupa se od kliznog ranga namirenja potraživanja po redosledu upisa hipoteka odnosno načela prvi u vremenu, jači u pravu. Vlasnik nepokretnosti, zahvaljujući ovlašćenju koje crpi iz navedenih zakonskih normi, svojim raspolaganjem zapravo vrši zasnivanje nove hipoteke na mestu postojeće hipoteke.[2] Ugovaranjem ovih pravnih instituta, koji su nalik svojinskoj hipoteci, poboljšava se kreditna sposobnost i olakšava refinansiranje kredita vlasniku nepokretnosti, pa imaju izuzetan značaj u privredi. Posebnoj analizi u radu podvrgnut je institut raspolaganja neispisanom hipotekom kao specifičan institut koji predstavlja izuzetak od načela akcesornosti u prestanku hipoteke, koji se sa stanovišta bankarskog poslovanja, čini potpuno opravdanim. Međutim, skoro bezizuzetnim ugovaranjem zabrane raspolaganja neispisanom hipotekom, bankarska praksa ukida fiksni rang namirenja i čini pravo raspolaganja neipisanom hipotekom neprimenjivim. Uvođenjem ovih instituta naše pravo samo je otvorilo vrata neakcesornim sredstvima obezbeđenja, a čije se normiranje može očekivati u bliskoj budućnosti.

2. ODSTUPANJA OD NAČELA AKCESORNOSTI HIPOTEKE U PRESTANKU

Hipoteka kao akcesorno pravo,[3] ne može postojati samostalno bez potraživanja kao glavnog prava, čijem obezbeđenju služi.[4] Hipoteka postoji dok postoji potraživanje kao glavno, primarno pravo. *Accessorium sequitur principale.* Po pravilu ona prestaje sa prestankom potraživanja koje obezbeđuje. Gašenje potraživanja, samo je jedan od osnova za prestanak hipoteke, s tim da ono ne povlači neposredno prestanak hipoteke, već daje ovlašćenje vlasniku hipotekovane

[1] Zakon o hipoteci – ZH, *Službeni glasnik RS* br.115/2015, 60/2015, 63/2015 i 83/2015.

[2] Stojan Jokić, *Komentar Zakona o hipoteci*, Privredni savetnik, Beograd 2006, 210.

[3] Vid. § 306 Srpskog građanskog zakonika za Knjaževstvo Srbiju – SGZ, Građanski zakonik za Knjažestvo Srbiju, Gece Kon, Beograd 1927. „Svaka zaloga pretpostavlja dug. No svaki dug ne vodi za sobom pravo na zalogu. Ovo pravo mora biti ili već zakonom opredeljeno ili na ugovoru ili poslednjoj volji gospodara osnovano, ili tek sudskom presudom dobiveno."

[4] „*Rei suae pignus non consistit*" (Ulpianus – D. 50, 17, 45). Vid. Žika Bujuklić „Forum Romanum", Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, 576-578. „Ugovor o zalozi (pignus) zaključuje se u funkciji obezbeđenja potraživanja, i za razliku od fiducijarnog sporazuma ugovor o zalozi je uvek akcesornog karaktera, prestaje čim se ugasi primarna obaveza uz koju je zaključen. Hipoteka postoji samo uz obligaciju zbog čijeg obezbeđenja je ustanovljena."

nepokretnosti da zahteva upis brisanja hipoteke iz registra nepokretnosti. Hipoteka ne nastaje zaključenjem ugovora o hipoteci,[5] tim ugovorom je samo stvoren pravni osnov za njen nastanak, ona je nastala upisom u registar nepokretnosti.[6] Na isti način i prestaje. Ovaj vid akcesornosti hipoteke se u doktrini naziva akcesornost hipoteke u prestanku.[7]

Prestanak potraživanja hipotekarnog poverioca sa ranijim rangom, omogućava vlasniku nepokretnosti da raspolaže mestom na kome se ugašena hipoteka nalazila, ili stiče tzv. „svojinsku" hipoteku sa kojom može raspolagati. Svojinska ili vlasnička hipoteka je hipoteka na sopstvenoj stvari, pa vlasnik unapred može da obezbedi, „rezerviše" u javnoj knjizi mesto za nekog budućeg poverioca. Nastala je pod uticajem germanskog prava. Mogućnost stvaranja vlasničke hipoteke vrši se bez pristanka ostalih, sledećih po rangu poverilaca, s obzirom da se njihov položaj koji je uspostavljen prilikom upisa hipoteke ne menja, te njihova prava ni na koji način nisu povređena ovom promenom.

Naše pravo ne poznaje svojinsku hipoteku, niti ona može nastati izvorno, već samo naknadno u slučaju konsolidacije.[8] Vlasnik nepokretnosti koji je konsolidacijom postao hipotekarni poverilac može zahtevati da se hipoteka ispiše iz javnih knjiga, ili može zadržati hipoteku na nepokretnosti i preneti potraživanje zajedno sa hipotekom na treće lice.[9] Postoje shvatanja da hipoteka može postojati na sopstvenoj stvari, kao i da je potrebno i opravdano zakonsko regulisanje svojinske hipoteke, čime bi se stvorili povoljniji uslovi kod refinansiranja i dobijanje kredita.[10]

---

[5] Vid. Danica Popov, „Nastanak hipoteke u Srbiji sa posebnim osvrtom na hipoteku prema Građanskom zakoniku za Kneževinu Srbiju iz 1844," *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2012, 103-119.

[6] Vid. Radenka Cvetić, „Domašaj načela upisa i načela pouzdanja u katastar nepokretnosti u našoj sudskoj praksi", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 3/2015, 1021. M. Živković, *Akcesornost založnih prava na nepokretnostima*, Beograd 2010, 167.

[7] *Ibid.*, 167-191.

[8] Vid. čl. 50 st. 1 tač. 2 ZH. „Hipoteka prestaje ispisom kada hipotekarni poverilac stekne pravo svojine na hipotekovanoj nepokretnositi." Prema ranije važećoj odredbi čl. 68 tač. 3 Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa – ZOSPO, *Službeni list SFRJ* br. 6/80 i 39/90, *Službeni list SRJ* br. 49/96 i *Službeni glasnik RS* br. 115/2005 – dr. zakon, „prestanak hipoteke se mogao tražiti kada je isto lice steklo pravo svojine i hipoteke na istoj nepokretnosti."

[9] Vid. Miodrag Orlić u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd 1999, 241. „Ako vlasnik hoće da uzme novi kredit, može poveriocu da ponudi ovu neugašenu hipoteku kao obezbeđenje i ustupiti mu hipoteku sa onim redom prvenstva koji je imao."

[10] Nikola Ogorelica, *Hipoteka na sopstvenoj stvari ili tzv. vlasnička hipoteka*, Beograd 1893, 31-33. Autor smatra da postoji hipoteka na sopstvenoj stvari tj. da isto lice može istovremeno sa pravom svojine da vrši i neko uže pravo od prava svojine, pogotovo jer će mu ponekad biti lakše da se koristi tim užim pravom nego svojinom. Npr. ukoliko vlasnik proda stvar u svojstvu hipotekarnog poverioca, prodajom će prestati i svi tereti na stvari, a ako je proda kao vlasnik tereti će ostati. Ogorelica razlikuje tzv. „obnovu hipoteke" ili raspolaganje rangom hipoteke, u tom smislu da se na mestu stare zasniva nova hipoteka i „svojinsku hipoteku u užem smislu" koja se može

U našem pravu postoje određeni pravni instrumenti, instituti, koji vrše funkciju zadržavanja ranga, a nalik su svojinskoj hipoteci.[11] To čine u granicama načela akcesornosti i sa tek izvesnim odstupanjima od akcesornosti u prestanku hipoteke. Preuzeti su iz austrijskog prava, te predstavljaju svojevrsne pravne transplante.

3. RASPOLAGANJE NEISPISANOM HIPOTEKOM

3.1. Pozitivno pravo

Vlasniku nepokretnosti data je zakonska mogućnost da raspolaže upisanom hipotekom, iako je potraživanje koje hipoteka obezbeđuje prestalo. Rešenje je preuzeto iz austrijskog prava.[12] Institut raspolaganja neispisanom hipotekom bio je regulisan i Predosnovom Građanskog zakonika Kraljevine Jugoslavije.[13] Predviđen je Nacrtom Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije[14] kao i Prednacrtu Građanskog zakonika Repbulike Srbije.[15] Regulisan je i u novijim zakonima u zemljama u okruženju.[16]

---

upisati na ime vlasnika koji je posle može preneti na drugoga, radi obezbeđenja potraživanja drugog duga. Vid. Lazar Marković, *Hipotekarno pravo*, Beograd 1911, 151-157. Smatra da je uvođenje svojinske hipoteke *de lege ferenda* opravdano, kao i da je svojinska hipoteka najsavršeniji oblik samostalnog založnog prava.

[11] M. Živković, (2010), 175.

[12] Uvedeno u austrijsko pravo prvi put putem Treće novele na Austrijski građanski zakonik iz 1916. godine, kao surogat za vlasničku hipoteku. Carska Uredba o trećoj delimičnoj noveli Austrijskog građanskog zakonika doneta je 19. marta 1916. godine. Opšti građanski zakonik Austrije iz 1811. godine sa izmenama, prevod Gojko Niketić, Beograd 1922.

[13] Zanimljivo je da su kao zamena za institut vlasničke hipoteke postojale odredbe o raspolaganju neispisanom (vlasničkom) hipotekom još u Predosnovi Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju. Vid. §§ 490 – 498 i § 491. „Vlasnik (založni dužnik) je ovlašćen, pre nego što se brisanje izvrši da prenese založno pravo na novu tražbinu, koja ne prelazi iznos upisane hipotekarne tražbine." Vid. Ivan Maurović, *Izveštaj o Predosnovi Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, Zagreb 1934, 32. Razlozi uvođenja instituta raspolaganja neispisanom hipotekom jeste da bi se „iskoristio realni kredit, tako da bude moguće da založna prava stanovitoga ranga držati otvorena i konvertirati teške terete u povoljne zajmove." Vid. više u Vesna Radovčić, Pokušaj kodifikacije građanskog prava u staroj Jugoslaviji (Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju), *Radovi Zavoda za hrvatsku povijest Filozofskog fakulteta Univerziteta u Zagrebu*, Zagreb 1975, 249 – 307.

[14] Vid. čl 555 Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije. Tekst nacrta objavljen i dostupan na zvaničnoj internet stranici Ministarstva pravde i državne uprave Republike Srbije, *http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html*, 01. avgust 2017.

[15] Vid. čl. 2173 Prednacrta Građanskog zakonika za Republiku Srbiju. Tekst prednacrta objavljen i dostupan na zvaničnoj internet stranici Ministarstva pravde i državne uprave RS *http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/,* 01. avgust 2017.

[16] Vid. čl. 347 Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske, *Narodne novine* br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14. Vid. čl. 181 Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, *Službeni glasnik Repu-*

Shodno važećim odredbama ZH, u slučaju da je obezbeđeno potraživanje prestalo, a nije izvršen upis brisanja hipoteke iz registra nepokretnosti, u narednom periodu od tri godine od dana kada je potraživanje prestalo, isključivo na zahtev vlasnika hipotekovane nepokretnosti, hipoteka može da se prenese na novog poverioca ili na starog poverioca radi obezbeđenja drugog potraživanja, do visine iznosa potraživanja koje je obezbeđeno hipotekom čiji upis brisanja nije ostvaren. Uz zahtev za raspolaganje hipotekom čiji upis brisanja nije izvršen, vlasnik nepokretnosti je dužan da dostavi i validan dokaz na osnovu koga se može utvrditi da je obezbeđeno potraživanje prestalo. U oba slučaja prenos hipoteke se vrši do iznosa potraživanja obezbeđenog neispisanom hipotekom.[17] U teoriji je zauzet stav da je moguće na mestu neispisane hipoteke zasnovati i više hipoteka samo ako njihov ukupan iznos ne prelazi iznos neispisane hipoteke.[18]

Prenos hipoteke na novog poverioca istovremeno podrazumeva i ispis, odnosno brisanje prethodnog hipotekarnog poverioca. Prenos hipoteke vrši se na zahtev vlasnika koji u prilogu sadrži dokaz da je potraživanje prestalo.[19]

Odricanje vlasnika od prava na raspolaganje neispisanom hipotekom[20] ne proizvodi pravno dejstvo, osim ukoliko se vlasnik ugovorom obavezao prema trećem licu, a naročito prema hipotekarnom poveriocu sa docnijim redom prvenstva, da će u njegovu korist zahtevati ispis hipoteke i ukoliko se zabeležba takve obaveze upiše u registar nepokretnosti kod te hipoteke. Treće lice može biti svako lice koje ima neki pravni interes za ispis neispisane hipoteke. Ovo pravo vlasnika može biti veoma korisno u ekonomskom smislu, jer ukoliko vlasnik raspolaže nekim visokim mestom u prvenstvenom redu veća mu je kreditna sposobnost.[21] Ukoliko se ugovor zaključuje sa hipotekarnim poveriocem sa docnijim redom prvenstva, u pitanju je poverilac nižeg reda kome je u interesu da se pomeri na bolje mesto u rangu prvenstva odnosno rangu namirenja. Njegov materijalno-pravni položaj će biti poboljšan na taj način, a ostali hipotekarni poverioci zadržavaju mesto ranga svoje hipoteke.[22] Princip klizećeg ranga je

blike Srpske br. 124/08 i 95/11). Vid. Ilija Babić *et.al*., *Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*, Privredna štampa, Sarajevo 2011, 521 i dalje.

[17] M. Živković u: Dragor Hiber, Miloš Živković, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 270. Prekoračenje tog iznosa neosnovano bi oštetilo interese docnijih poverilaca.

[18] *Ibid*.

[19] Vid. S. Jokić, 203. „Zakonodavac je ovde odstupio od stroge formalnosti *clausule intabulandi,* jer je dozvolio da se upis izvrši samo na osnovu podnetog zahteva vlasnika, uz podneti dokaz o prestanku potraživanja."

[20] Vid. čl. 54 ZH.

[21] Nikola Gavella *et al*., *Stvarno pravo*, Zagreb 2007, 329.

[22] Ukoliko je neispisana hipoteka bila prva po redu namirenja, a ispod nje su po redu namirenja poverioci sa drugim i trećim redom prvenstva/reda namirenja, novi hipotekarni poverilac stupa na mesto hipotekarnog poverioca čija hipoteka nije bila ispisana, tj na prvo mesto, a hipoteke

nepravičniji,[23] s obzirom da na mesto hipotekarnog poverioca sa prvenstvenim redom stupa poverilac sa sledećim redom prvenstva, na taj način dobijajući povoljniji položaj potpuno nezasluženo, bez davanja ikakvog (ekonomskog) ekvivalenta.[24] To znači da je u našem pravu prihvaćen fiksni rang prvenstva, osim ukoliko postoji odricanje.

U bankarskoj praksi je uobičajeno da se navedeno odricanje unapred ugovara. Naime, ugovor o hipoteci ili založna izjava, pored obaveznih elemenata propisanih ZH, sadrže i klauzulu kojom se vlasnik nepokretnosti odriče od prava na raspolaganje neipisanom hipotekom u korist poverioca u čijem interesu se upisuje hipoteka, bez obzira da li se uspostavlja hipoteka prvog ili kasnijeg reda. U tekstu založne izjave, nakon što vlasnik dozvoli da se na njegovoj nepokretnosti uspostavi izvršna vansudska hipoteka u korist određenog poverioca, vlasnik istovremeno i daje izjavu u smislu čl. 54 ZH kojom se odriče od prava na raspolaganje neispisanom hipotekom u korist tog istog poverioca u čiju korist se upisuje hipoteka. Naizgled hipotekarni poverilac prvog reda nema koristi od navedene izjave o odricanju, ali on obično računa da će i u budućnosti biti kreditor, pa se iz tog razloga ova izjava i zahteva u sklopu založne izjave. U zahtevu za upis hipoteke najčešće se istovremeno traže oba upisa, najpre upis hipoteke, a zatim i upis zabeležbe zabrane raspolaganja neispisanom hipotekom, iako nema smetnji da se zabeležba naknadno nezavisno upiše. Zabeležba zabrane raspolaganja neispisanom hipotekom obavezno se upisuje kod višerednih hipoteka, drugog i kasnijih redova. Navedeno je uslov koji hipotekarni poverilac obično zahteva kao jedan od prethodnih uslova za realizaciju kredita.

S obzirom na činjenicu da se u praksi instutut odricanja vlasnika nepokretnosti od raspolaganja neispisanom hipotekom koristi pre kao pravilo, a ne kao izuzetak, kako je to zakonodavac propisao, svedoci smo obesmišljavanja jednog pravnog instituta. Praksa ukida princip fiksnog ranga, a pravo raspolaganja neipisanom hipotekom ostaje samo „pravo u knjigama,“[25]pravo u zakonu.

Hipotekarni poverioci sa kasnijim rangom ugovaraju ovu klauzulu kako bi nakon otplate ranijeg duga sa prvenstvenom hipotekom obezbedili povoljniji položaj bez naknade i sticanje povoljnijeg ranga, što nije u skladu sa odredbama ZH.[26] U

sa kasnijim, nižim mestima/redosledom namirenja ostaju na istom rangu, tj. drugom i trećem po redosledu namirenja.

[23] Miroslav Lazić, „Rang stvarnih prava“, *Pravni život* 10/2002, 77.

[24] L. Marković, (1911), 153. Vid. M. Lazić, *Prava realog obezbeđenja*, Niš 2009, 129-130.

[25] „Normativna rešenja (pravo u knjigama) su zaista samo jedan, možda čak najmanji deo pravne stvarnosti. Pravu punoću prava otkrivamo tek sagledavanjem procesa primene prava (pravo u akciji). To je ujedno i neka vrsta otvaranja Pandorine kutije.“ Vid. Saša Bovan *Paradigmatski koreni sociologije prava – osnovi biološke teorije prava,* Dosije, Beograd 2004, 201.

[26] M. Lazić, „Zaštita hipotekarnog dužnika od nepravičnih klauzula“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 70/ 2015, 568.

našoj doktrini je, po ugledu na austrijsku doktrinu, takođe uočeno da će se ovim pravom po pravilu koristiti svi docniji hipotekarni poverioci.[27]

Prema Mišljenju Stručnog saveta Javnobeležničke komore Srbije,[28] založni dužnik se ne može prilikom zasnivanja prvorangirane i jedine hipoteke odreći prava na raspolaganje neispisanom hipotekom u smislu čl. 53 i 54 ZH. Beležnici svoj stav obrazlažu činjenicom da se obavezivanje na brisanje hipoteke mora vršiti prema trećem licu, a ne prema poveriocu potraživanja koje se tom hipotekom zasniva, obično prema kasnijem hipotekarnom poveriocu, jer on ima neposredni pravni interes da se hipoteka briše, kako bi se zahvaljujući principu klizećeg ranga, tim brisanjem hipoteka docnijeg poverioca bolje rangirala. Izuzetno ta obaveza bi se mogla preuzeti i prema istom licu, ali samo u slučaju da isti poverilac upisuje docniju hipoteku za obezbeđenje nekog drugog potraživanja. Ovakvo tumačenje Javnobeležničke komore može se osporavati činjenicom da upisani hipotekarni poverilac prvorangirane i jedine hipoteke samo naizgled nema pravni interes da se vlasnik odrekne prava na raspolaganje neispisane hipoteke u njegovu korist. Njegov pravni interes ogleda se u činjenici da on „računa" na novo buduće kreditiranje. Ostaje upitno da li bi ovakva odredba podrazumevala „pošteno" ugovaranje, odnosno da li je ovo u duhu i u skladu sa odredbama ZH.

3.2. Pravna priroda prava raspolaganja neispisanom hipotekom

Doktrina na području bivših jugoslovenskih zemalja, neispisanu hipoteku vidi kao jednu mogućnost raspolaganja – preobražajno pravo,[29] dok drugi smatraju da je u pitanju svojinska hipoteka.

Ukoliko je prestalo potraživanje koje se hipotekom obezbeđuje, a ovlašćena lica nisu zahtevala ispis te hipoteke iz javnih knjiga, hipoteka i dalje egzistira. Ovo je omogućeno time što prestankom potraživanja ne prestaje hipoteka, već ispisom iz registra u koji je bila upisana. Pravo vlasnika da raspolaže neispisanom hipotekom nastaje u trenutku prestanka potraživanja hipotekarnog poverioca.

[27] M. Živković navodi, da će u praksi svi docniji hipotekari institirati na odricanju od raspolaganja neispisanom hipotekom, što ove zakonske odredbe više čini „školskim" nego „praktičnim" pravom. Vid. M. Živković u: D. Hiber, M. Živković (2015), 271.

[28] Vid. Mišljenje Stručnog saveta Javnobeležničke komore Srbije od 03. avgusta 2017. godine, objavljeno i dostupno na internet stranici *www.beležnik.org*, 21. avgust 2017. „Odricanje vlasnika od prava na raspolaganje neispisanom hipotekom prema poveriocu te hipoteke, koja je prvorangirana ili jedina, predstavljala bi manifestaciju nejednakosti ugovornih strana, pošto upisani hipotekarni poverilac nema interes da se vlasnik odriče ovog svog prava, jer je potraživanje koje njegova hipoteka obezbeđuje već prestalo. Pravni interes mogu imati prevashodno docniji hipotekarni poverioci ili imaoci drugih knjižnih prava slabijeg ranga."

[29] Vid. N. Gavella *et al*., (2007), 327, fn. 73. Vid. Meliha Povlakić u: I. Babić *et al*., *Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske*, 522. Vid. Darija Kadenić-Softić, *Odstupanja od načela akcesornosti hipoteke u pravu Bosne i Hercegovine i uporednom pravu,* magistarski rad, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2010, 29.

Trajalo bi sve dok hipoteka ne bude brisana iz registra,[30] da zakonodavac nije vlasniku prekludirao ovo pravo na rok od tri godine.[31] Uprkos prestanku potraživanja, hipoteka nastavlja da vodi svoj „knjižni život."[32]

Praktično, vlasnik nepokretnosti ima „hipoteku" bez potraživanja koje ta hipoteka obezbeđuje. Kao takva hipoteka je nepotpuna, „okrnjena", postoji samo formalno, nedostaje joj sadržaj. U cilju „oživljavanja" ovakve hipoteke, zakonskom normom dato je pravo vlasniku da raspolaže „praznom" hipotekom koja nije brisana. To nije klasično raspolaganje hipotekom, već mestom ili rangom na kome se ona nalazi.[33] Potom se, voljom vlasnika, to upražnjeno mesto može „ispuniti" nekim novim potraživanjem. Vlasnik tako svojom izjavom volje može stvoriti hipoteku, jer ona do tada materijalno ni ne postoji. Vlasnik kreira hipoteku tj. „udahnjuje joj život" tako što joj obezbeđuje potraživanje, deo koji joj nedostaje i to prenosom na drugog. Ukoliko sektorsko stvarno pravo nije brisano, ono je latentno, postoji „knjiški" i može „oživeti" prenosom na treće lice.[34] Vlasnik svojom izjavom volje utiče na konstituisanje nekog subjektivnog prava. U pitanju je pravna moć, potestativno ili preobražajno pravo,[35] kojom se konstituišu ili zasnivaju subjektivna prava.[36] Do tada, pravo kao takvo ne postoji. Postoji samo određeno pravno stanje koje voljom vlasnika može postati subjektivno pravo. Možda nikad ni ne nastane. U pravnoj teoriji ovo pravno stanje[37] zovemo pravnom nadom,[38] pravnim iščekivanjem. Da li je u pitanju samo puka nada da će neko lice postati imalac određenog prava, odnosno da će nastati pravo, ili je u pitanju pravo na očekivanje sticanja prava, pravo obezbeđenog izgleda za sticanje prava? Vlasnik nepokretnosti je titular prava raspolaganja neispisanom hipotekom i samo

---

[30] N. Gavella *et al*., (2007), 329, fn. 78. „Prestanak hipoteke kasni za prestankom potraživanja, pa postoji razdoblje u kome bi hipoteku trebalo brisati."

[31] Za razliku od našeg prava, u austrijskom pravu ne postoji određen rok.

[32] Michael Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, bD. 2, Wien 2005, komentar na čl. 469, 347.

[33] N. Gavella (2007), 328, fn. 75. Raspolaganje neizbrisanom hipotekom je zapravo raspolaganje ispražnjenim mestom u prvenstvenom redu.

[34] M. Lazić (2003), 86.

[35] Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd 2014, 219-223. Prof. Vodinelić smatra da nije adekvatan termin pravna moć, jer svako pravo sadrži neku pravnu moć. Najadekvatniji termin je preobražajno ili oblikujuće pravo.

[36] O pojmu i podeli pravnih moći prema prirodi pravnih dejstava pravnih moći Vid. D. Popov *Građansko pravo Opšti deo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2009, 130-131. O pojmu i podeli preobražajnih prava na zasnivajuća, ukidajuća i menjajuća Vid. V. Vodinelić, 220.

[37] D. Popov (2009) 129-130 sa upućivanjima. Pravno stanje je činjenični skup kojem nedostaje odlučujuća pravna činjenica da bi nastalo subjektivno pravo. Pravno stanje je neformiran pravni odnos i sam taj odnos nije subjektivno pravo jer ne pokazuje određenu volju upravljenu na određeno lice u pogledu određenog dobra. Iz tog dobra mogu da se razviju subjektivna prava.

[38] M. Lazić (2003), 86. Pravna nada je uslovno pravo koje se pretvara u perfektno stvarno pravo kada vlasnik kod stvarnog prava na sopstvenoj stvari prenese to pravo na drugog, kada će se aktivirati, oživeti pravo.

od njegove izjave volje zavisi da li će se služiti tim svojim pravom, odnosno da li će svojom izjavom preneti neizbrisanu, a isplaćenu hipoteku na treće lice i tako zasnovati novu hipoteku. U tom smislu govorimo o pravu na očekivanje sticanja prava.[39] S obzirom da je po prirodi ovo njegovo pravo preobražajno, ono je apsolutno, a mogućnost vršenja se unapred vremenski ograničava, neopozivo je i ne može se uslovljavati.[40]

Imajući u vidu da kod neispisane hipoteke stvarnog potraživanja nema, već postoji samo upis u javnim knjigama koji to pretpostavlja, vlasnik nepokretnosti stiče „praznu" hipoteku koju može preneti na drugog radi obezbeđenja nekog drugog potraživanja ili je može brisati iz registra. U periodu od isplate potraživanja do eventualnog ispisa hipoteke ne postoji pravno sredstvo kojim bi se zabranilo ili onemogućilo vlasniku da spreči savesno sticanje hipoteke, a nije mu dopušteno da stekne hipoteku na svoje ime. U tom vremenskom periodu postoji realna opasnost da neko treći savesno stekne hipoteku od hipotekara koji je ostao upisan u javnoj knjizi, ali isto tako daje mogućnost vlasniku da raspolaže rangom neispisane hipoteke. Savesni pribavilac stvarnog prava na nepokretnosti može se pouzdati da ono što nije upisano u registru nepokretnosti, pravno ne postoji, ne važi.[41] Kako bi se otklonila ta opasnost, ZH je predvideo mogućnost upisa zabeležbe zadržavanja prvenstvenog reda.

4. ZABELEŽBA PRVENSTVENOG REDA

Vlasnik nepokretnosti može istovremeno sa brisanjem hipoteke zahtevati i upis zabeležbe prvenstvog reda, za neku drugu buduću hipoteku i to do iznosa potraživanja obezbeđenog starom hipotekom, na mestu stare hipoteke, a upis nove hipoteke može da se traži u roku od tri godine od kada je zabeležba bila dozvoljena.[42] Institut zabeležbe prvenstvenog reda izvorno je uređen opštim pravilima Zakona o zemljišnim knjigama.[43]

---

[39] Vid. V. Vodinelić, 222-223. U slučaju prava obezbeđenog izgleda za sticanje prava ili prava da se očekuje sticanje prava (pravo očekivanja prava – nem. *Anwartschaftsrechte, franc. droits éventuels*), nije posredi obični izgled, puka šansa da će nastati pravo, već kvalifikovan izgled, izgled kvalifikovan zavisnošću sticanja od titularove volje, jer samo od titulara zavisi da li će se očekivanje prava ostvariti. Pritom, drugi ne mogu ni svojom faktičkom ni svojom pravnom radnjom da spreče titulara na sticanje prava. Pravo očekivanja prava moguće je kod sticanja svakog prava.

[40] *Ibid*., 221.

[41] U pitanju je negativni pravac načela pouzdanja. Načelo pouzdanja podrazumeva da je sadržina zemljišnih knjiga i istinita (ono što je upisano važi), i da je ta sadržina potpuna (obuhvata sva stvarna prava koja postoje na nepokretnosti). Vid. M. Orlić, 332. Vid. T. Josipović u: N. Gavella *et al*., 291-292.

[42] Vid. čl. 55 ZH.

[43] Vid. §§ 60- 65 Zakona o zemljišnim knjigama – ZZK, *Sl.novine Kraljevine Jugoslavije* br. 146/30 i 281/31. Navedenim paragrafima regulisana je zabeležba prvenstvog reda. Vid. Ferdo

Prema pravnim pravilima ZZK regulisan je i poseban rok u slučaju kada se zabeležba prvenstvenog reda odnosi na založno pravo, a koja zabeležba ima funkciju zadržavanja ranga. Navedena zabeležba prvenstvenog reda gubi pravni učinak protekom godinu dana po njenoj dozvoli, ako se radi o založnom pravu koje se ima dati, a u ostalim slučajevima važi šezdeset dana po njenoj dozvoli.[44] Rok za upis hipoteke prema pravilima ZZK kraći je u odnosu na rok iz ZH, a vreme upisa zabeležbe nije vezano za prestanak upisane hipoteke kako je predviđeno ZH. Zakon o državnom premeru i katastru takođe reguliše institut zabeležbe prvenstvenog reda,[45] ali navedena zabeležba nema funkciju zadržavanja ranga.[46]

Pravna priroda odredbi ZH koje regulišu postupak raspolaganja i zadržavanja neizbrisanom hipotekom sugerišu da se u suštini radi o zabeležbi zadržavanja prvenstvenog reda.[47] Potrebno je nomotehnički precizirati termin, imajući u vidu da se misli na zabeležbu zadržavanja prvenstvenog reda. Taj naziv postojao je u Nacrtu Zakona o hipoteci koji je poslužio kao osnova teksta ZH,[48] sadrži ga i Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima,[49]kao i Prednacrt Građanskog zakonika za Republiku Srbiju.[50] Ističemo da se i u hrvatskoj doktrini kao i zakonodavstvu koristi termin „pridržaj" prvenstvenog reda za novu hipoteku,[51]kojim se potvrđuje da je u pitanju zabeležba koja ima funkciju zadržavanja ranga.

Vlasnik nepokretnosti ima pravo da na osnovu navedene zabeležbe obezbedi budućem upisu bolji prvenstveni red, ukoliko pokrene postupak zasnivanja hipoteke

---

Čulinović*, Komentar zemljišnoknjižnih zakona*, Beograd 1931, 204 i dalje. Zabeležba zadržavanja prvenstvenog reda – pod tim imenom postoji u Nacrtu Zakona o hipoteci prof. M. Orlića koji nazivi su kasnije preuzeti i pogrešno interpretirani u ZH, kao i u Nacrtu zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima

[44] Vid. § 62 ZZK.

[45] Vid. čl. 82 st. 1 tač. 10 Zakona o državnom premeru i katastru – ZDPK, *Službeni glasnik RS* br. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 i 47/2017.

[46] Vid. čl. 82b ZDPK. Upisani imalac prava na nepokretnosti može da zahteva zabeležbu prvenstvenog reda za budućeg sticaoca prava, koja će tom sticaocu omogućiti da, ako upiše svoje pravo u roku od 60 dana, odnosno u roku propisanom zakonom, od dana upisa zabeležbe prvenstvenog reda, taj upis ima prvenstveni red od trenutka prijema zahteva za upis takve zabeležbe, bez obzira na eventualne druge upise provedene u međuvremenu. Ako u roku od 60 dana, odnosno u roku propisanom zakonom, od dana upisa zabeležbe prvenstvenog reda ne dođe do upisa prava u korist lica u čiju korist je upisana ta zabeležba, ona se briše po službenoj dužnosti

[47] Vid. st. 2 čl. 54 ZH u kome se upravo korist termin zabeležba zadržavanja prvenstvenog reda. „U slučaju prenosa prava na predmetu hipoteke, zabeležba zadržavanja prava prvenstvenog reda proizvodi pravno dejstvo u korist novog nosioca prava." Vid. § 58 Opšti Austrijski Zakon o zemljišnim knjigama 1871. Navedena zabeležba nosi naziv „*Rangvorbehalt*" što u prevodu znači zadržavanje prvenstvenog reda.

[48] M. Orlić, Nacrt Zakona o hipoteci, *Pravni život* 10/2004, 39.

[49] Vid. čl. 556 Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima.

[50] Vid. čl. 2174 Prednacrta Građanskog zakonika za Republiku Srbiju.

[51] Vid. N. Gavella *et al*., 330. Vid. čl.72-76 Zakona zemljišnim knjigama Hrvatske, *Narodne novine* br. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13 i 60/13.

ili prenosa prava na predmetu hipoteke.[52] Mogućnost raspolaganja hipotekom čiji upis brisanja nije izvršen, ograničena je vremenskim periodom od tri godine. Vlasnik hipotekovane nepokretnosti, uz zahtev za upis brisanja hipoteke, može istovremeno zatražiti i upis zabeležbe prvenstvenog reda za upis nove hipoteke, pod uslovom da iznos potraživanja obezbeđen novom hipotekom ne prelazi iznos obezbeđenog potraživanja iz stare hipoteke, da nova hipoteka zadrži mesto u redu prvenstva koje je imala stara hipoteka i da novu hipoteku upiše u roku od tri godine od dana kada je zabeležba prvenstvenog reda bila dozvoljena. To dalje znači da vlasnik hipotekovane nepokretnosti može ovu zabeležbu da zahteva samo u roku od tri godine računajući od dana kada je potraživanje prestalo, kao dana kada su stvoreni uslovi da se zahteva ispis hipoteke.[53] Ukoliko dođe do prenosa prava na hipotekovanoj nepokretnosti, zabeležba zadržavanja prava prvenstvenog reda proizvodi pravno dejstvo u korist novog nosioca prava.

U austrijskom pravu,[54] zabeležba prvenstvenog reda treba da spreči mogućnost savesnog sticanja hipoteke od strane trećeg lica na koje je upisani hipotekarni poverilac preneo svoje pravo, te da se vlasnik hipotekovane nepokretnosti na taj način stavi u nezgodan položaj da mora da vrši isplatu potraživanja koje je prestalo. Na taj način u potpunosti se štiti načelo pouzdanja u javne knjige, jer se hipoteka briše a ostaje zabeležba, čime se vrši publicitet.

Zabeležbom zadržavanja prvenstvenog reda vlasnik opterećene hipotekovane nepokretnosti u odnosu na budući upis zadržava prvenstveni red hipoteke koju upisom takve zabeležbe istovremeno i briše, čime novo pravo nema prvenstvo od trenutka upisa zabeležbe, nego od trenutka prethodnog upisa izbrisane hipoteke. Samim tim, pravo prvenstva novog prava računa se od trenutka upisa izbrisane hipoteke, a ne od podnošenja zahteva za upis. Kod instituta zabeležbe zadržavanja ne moraju biti u potpunosti ispunjeni uslovi za upis nove hipoteke u momentu podnošenja zahteva za upis zabeležbe, jer se ispunjenost uslova sagledava prema trenutku podnošenja zahteva za upis nove hipoteke.

Neprecizno koncipirane norme ZH mogu izazvati greške prilikom upisa prava u katastru nepokretnosti. U praksi zabeležba zadržavanja prvenstvenog reda se skoro uopšte ne koristi. Funkciju zadržavanja ranga praktično vrši zabeležba zabrane raspolaganja neispisanom hipotekom.

5. PREDBELEŽBA NOVE HIPOTEKE

Nova hipoteka može na zahtev vlasnika biti upisana na mestu već postojeće hipoteke sa tim prvenstvenim redom i do iznosa potraživanja koji je obezbeđen

[52] Vid. čl. 55 st. 2 ZH.
[53] S. Jokić, 207.
[54] Vid. § 469 AGZ.

upisanom hipotekom.[55] Upis proizvodi pravno dejstvo u slučaju da se stara hipoteka izbriše u roku od godinu dana, od dana kada je data dozvola za upis nove hipoteke i ukoliko se brisanje stare hipoteke izvrši na zahtev vlasnika ili poverioca u čiju korist se upisuje nova hipoteka. Aktivnu legitimaciju za podnošenje zahteva za brisanje stare hipoteke imaju vlasnik hipotekovane nepokretnosti i poverilac u čiju korist je upisana nova hipoteka. Ukoliko u zakonskom roku neko od njih ne podnese zahtev za brisanje stare hipoteke, smatra se da je nova hipoteka ispisana *ex lege*. Ovo podrazumeva da ispis nove hipoteke vrši po službenoj dužnosti nadležna služba za katastar nepokretnosti.

Ako je na staroj hipoteci već zasnovana nadhipoteka, nova hipoteka proizvodi pravno dejstvo ako se izvrši upis brisanja nadhipoteke ili ukoliko se nadhipotekarni poverilac i poverilac u čiju korist se upisuje nova hipoteka daju pristanak da se nadhipoteka prenese na novu hipoteku. Nova hipoteka ne proizvodi pravno dejstvo ukoliko je na staroj hipoteci zasnovana nadhipoteka, pa je njen upis bez pravnog značaja, kao da ne postoji.[56] U slučaju da se zajedno sa starom hipotekom briše i nadhipoteka, nova hipoteka će tada proizvoditi pravno dejstvo. Ukoliko je stara hipoteka zasnovana na više nepokretnosti, tzv. simultana hipoteka, nova hipoteka će proizvoditi pravno dejstvo samo ukoliko se ostvari upis brisanja u svim registrima nepokretnosti u kojima je stara hipoteka bila upisana.

Prestanak hipoteke uslovljen je upisom brisanja stare hipoteke u roku od jedne godine. Upis brisanja nove hipoteke može se ostvariti isključivo po službenoj dužnosti. Austrijsko pravo takođe predviđa mogućnost uslovnog upisa nove hipoteke, ne predbeležbe, u ostalom odredbe su izjednačene.

Predbeležba, u smislu odredbi ZDPK, je upis kojim se uslovno stiču, prenose, ograničavaju ili prestaju stvarna prava na nepokretnostima.[57] Uknjižba je po pravilu upis kojim se konačno stiču, prenose, ograničavaju ili prestaju stvarna prava na nepokretnostima. Predbeležba je uslovno, neperfektno pravo, koje tek opravdanjem postaje perfektno knjižno pravo.[58] Da bi proizvela pravno dejstvo predbeležba mora da se naknadno opravda, proizvodi dejstvo *ex tunc,* a opravdanjem postaje upis stvarnih prava.[59] Postoji i uslovna uknjižba koja podrazumeva uknjižbu prava bez potrebe da se vrši njihovo kasnije opravdanje, za razliku od predbeležbe. Dejstvo ovih uslovnih prava vezano je za ispunjenje određenog uslova ili roka, a ne i za potrebu naknadnog opravdanja.[60]

---

[55] Vid. čl. 56 ZH.

[56] S. Jokić, 209.

[57] Vid. čl. 78 st. 1 ZDPK.

[58] Vid. F. Čulinović, 19.

[59] Vid. čl. 79 st. 2 ZDPK.

[60] Vid. Mirko Košutić, *Gruntovno pravo*, Zagreb, 1910, 81. Nav. prema Jasmina Vukotić, *Sticanje zemljišnoknjižnih prava upisom u javne registre*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012, 179.

Osnovano se nameće pitanje da li je smisao zakonskih normi iz čl. 56 ZH da se prilikom upisa nove hipoteke vrši uslovna uknjižba ili predbeležba hipoteke? Da li je moguće dozvoliti uknjižbu stvarnog prava, u ovom slučaju hipoteke, koja je vezana za budući rok ili za neizvesnu okolnost koja može ali ne mora da nastupi?[61]

Stvarna prava mogu se upisati u javne knjige bezuslovno kao i pod određenim uslovima. Ukoliko se pravo uslovno stiče, potrebno je napraviti razliku između odložnih i raskidnih uslova.[62] Stvarna prava koja su vezana raskidnim uslovom mogu se uknjižiti, dok ona koja su vezana odložnim uslovom mogu samo da se upišu putem predbeležbe.[63] Upis nove hipoteke proizvodi pravno dejstvo ako se stara hipoteka ispiše u roku od godinu dana od dana kada je data dozvola za upis nove hipoteke.[64] Ukoliko je *clausula intabulandi* data pod uslovom ili rokom, uvek se radi o predbeležbi.[65] „Ne može se uknjižiti založno pravo, koje će nastati tek ispunjenjem nekog uslova ili neizvesne činjenice, jer takav pravni posao još „visi", a uknjižbom se knjižna prava definitivno stiču, prenose, ograničavaju i ukidaju."[66] Založno pravo postoji, ali je njegovo dejstvo uslovljeno brisanjem upisa stare hipoteke u roku od godinu dana od dana davanja *clausule intabulandi* za upis nove hipoteke. Dakle, dejstvo upisa nove hipoteke, uslovljeno je ispunjenjem određenog uslova u određenom roku. Nema potrebe za naknadnim opravdanjem.

U našoj novijoj doktrini postoje shvatanja da ZH koristi pogrešan naziv za ovaj institut, te da je u pitanju posebna vrsta uslovnog upisa hipoteke, a ne predbeležba nove hipoteke. „Nova hipoteka se ne predbeležava, nego se upisuje novo pravo i to uslovno. Stoga bi adekvatan naziv ovog instituta bio uslovni upis nove hipoteke."[67] U Nacrtu Zakona o hipoteci[68] korišćen je naziv predbeležba nove hipoteke, koji je i zadržan u konačnom tekstu ZH. Međutim, Nacrt Zakonika

---

[61] Upis zavisi od nastupanja neizvesne buduće činjenice – brisanja postojeće hipoteke u roku od godinu dana.

[62] ZZK nije regulisao ovo pitanje, niti na jednom mestu diferencira ove uslove. U čl. 78 st. 2 tač. 1 ZDPK navodi se odložni rok, dok se uslov ne diferencira. Vid. Snežana Dabić, „O dejstvima modifikacije ugovora odložnim uslovom", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* br. 2/2014, 210 i dalje sa upućivanjima. Vid. Danica Popov, „Modifikacija pravnog posla ugovaranjem uslova", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1-2/2007, 137-153.

[63] Na ovo je ukazano u našoj starijoj pravnoj teoriji. Vid. F. Čulinović, 18 i dalje.

[64] Vid. čl. 56 st. 2 tač. 1 ZH. Rok se računa od dana davanja *clausule intabulandi* za upis nove hipoteke.

[65] Vid. čl. 78 st. 1 tač. 2 ZDPK. „Upis predbeležbe vrši se ako je u ispravi za upis postavljen uslov ili odložni rok za sticanje prava, a uslov i rok nisu ispunjeni.

[66] F. Čulinović, 30. Misli se konkretno na upis založnog prava.

[67] Vid. D. Popov, „Prestanak hipoteke", *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije,* tematski zbornik broj IV, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2016, 148. Vid. M. Živković u: D. Hiber, M. Živković (2015), 270. Autor navodi: „Nova hipoteka se ne predbeležava, već se knjiži."

[68] Vid. čl. 68 Nacrta Zakona o hipoteci, M. Orlić (2004), 58.

o svojini i drugim stvarnim pravima[69] kao i Prednacrt Građanskog zakonika za Republiku Srbiju za ovaj institut ispravno koriste naziv uslovni upis nove hipoteke.[70]

Predbeležba nove hipoteke vrši fukncju zadržavanja prvenstvenog reda, njome se ostvaruje publicitet, pa je najpogodnija za refinansiranje kreditnih obaveza, posebno korporativnih klijenata, jer je poverilac već unapred upoznat sa vlasnikom koga će ponovo kreditirati.

6. ZAKLJUČAK

Moderni uslovi privređivanja i kreditnog poslovanja zahtevaju slabljenje strogog principa akcesornosti hipoteke. Kreditno razvijene zemlje ili one koje to pretenduju da budu, iz tog razloga u svoja zakonodavstva uvode neakcesorna sredstva obezbeđenja. Odstupanja od načela akcesornosti u prestanku hipoteke nalazimo u institutima regulisanim zakonskim normama sadržanim u čl. 53 – 56 ZH, koji zajedno vrše funkciju zadržavanja ranga upisane hipoteke za neko drugo obezbeđeno potraživanje. Preuzeti su iz austrijskog prava.[71] Ovi instituti treba da omoguće što fleksibilnije pravo obezbeđenja na nepokretnosti, čime se stvaraju uslovi za razvijanje sekundarnog tržišta realnog kredita, olakšava refinansiranje i omogućava proširenje ponude bankarskih usluga uz smanjenje troškova. Institut raspolaganja neispisanom hipotekom, prema ZH omogućava vlasniku opterećene nepokretnosti da nakon prestanka obezbeđenog potraživanja, a u roku od tri godine, može preneti tu hipoteku na novog poverioca, do iznosa upisane hipoteke. U zakonskim tekstovima sa područja bivše Jugoslavije, niti u literaturi, nema odgovora na pitanje kakvo je pravo hipoteka koja kao „prazna opna zemljišnoknjižno egzistira“?[72] Jedni smatraju da je u pitanju svojinska hipoteka, dok drugi to negiraju.[73]Austrijska doktrina ovu hipoteku naziva svojinskom hipotekom bez potraživanja.[74] Nemačka doktrina smatra da prestankom potraživanja prestaje i hipoteka, ali ne i opterećenje nepokretnosti kao takvo, već je u pitanju vlasnički zemljišni dug. Pravo vlasnika na raspolaganje neispisanom hipotekom je preobražajno pravo. Vlasnik ima mogućnost izbora da li će po prestanku

[69] Vid. čl. 557 Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima.

[70] Vid. čl. 2175 Prednacrta Građanskog zakonika za Republiku Srbiju.

[71] Vid. § 469 AGZ.

[72] Vid. M. Povlakić, 521.

[73] N. Gavella, 329-330, fn. 82. „To pravo, makar joj veoma nalik, nije vlasnička hipoteka. Vlasnička hipoteka je ona čiji pravni titular je vlasnik njome opterećene nekretnine. Upravo iz razloga što to nije vlasnička hipoteka, ukoliko bude nepokretnost prodata za vreme dok još nije izbrisana hipoteka koja je obezbeđivala potraživanje koje više ne postoji, za namirenje nečijeg novčanog potraživanja, u namirivanju poverilaca iz tako prodate nepokretnosti neće učestvovati vlasnik te nepokretnosti. Jedino mu pripada eventualni višak novca.“ Vid. § 470 AGZ.

[74] Kod nas M. Živković.

potraživanja neispisanu hipoteku brisati iz registra ili će je preneti na drugog za obezbeđenje drugog potraživanja. Pravo vlasnika na raspolaganje neispisanom hipotekom je pravo na očekivanje sticanja prava. Raspolaganje neispisanom hipotekom jeste zapravo raspolaganje rangom, ispražnjenim mestom u prvenstvenom redu namirenja, a ne hipotekom. Srpsko pravo ne poznaje institut svojinske hipoteke, odnosno ona ne može nastati izvorno, već samo naknadno ako dođe do konsolidacije.[75] U nemačkom pravu svojinska hipoteka može postojati od samog početka, i takvo konsituisanje založnog prava na sopstvenoj nepokretnosti zove se zemljišni dug (*Grundschuld*), dok u švajcarskom pravu tu funkciju ima rentni dug (*Rentenschuld*). U Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima regulisano je pravo realnog duga, čijim bi ozakonjenjem bilo omogućeno zasnivanje svojinske hipoteke, čime je potvrđeno da je u našem pravu otvoren put neakcesornim sredstvima obezbeđenja.

[75] M. Orlić, (1999), 241.

Marina D. Jeremić, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
marina.dzepina@gmail.com

The Establishment of a New Mortgage with a Special Emphasis on Unwritten Mortgage

Abstract: *The paper analyzes legal institutes that deviate from the principle of accessibility to the termination of the mortgage. These are the legal norms prescribed in Art. 53 – 56 Mortgage Law. Regulations regarding disposal of unwritten mortgages, notation of the priority order and the prenotation of a new mortgage. In all three cases, it deviates from the general principle „prior tempore, potior iure", than the settlement principle of claims in the order of mortgage registration, which excludes the sliding settlement rank. The owner of the real estate, thanks to the authority it derives from the above legal norms, actually disposes the creation of a new mortgage at the place of the existing mortgage. In particular, the author analyzes each institution separately, from the point of current legislation, practical applications and their legal nature. By negotiating these legal institutes, which are like a property hypothec, the credit ability improves and facilitates the refinancing of the loan to the owner, implicating they are extremely important in the economy. Institute of disposing of unwritten mortages has been analysed in details in this review as a specific institute which excludes the sliding settlement rank. However, almost without exception, negotiating a ban on disposing of unsecured mortgages, banking practice abolishes a fixed rate of settlement and makes the right to dispose of an unwritten mortgage unenforceable.*

Keywords: *deviation from the principle of accessibility of the mortgage, disposal of unwritten mortgages, priority order notation, new mortgage prenotation.*

Datum prijema rada: 25.10.2017.

Pregledni članak 347.8:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns51-15569

Irena M. Radumilo, student doktorskih studija
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
irenaradumilo@gmail.com

VAZDUŠNI SAOBRAĆAJ EVROPSKE UNIJE – OD NACIONALNOG DO GLOBALNOG

Sažetak: *Proces liberalizacije evropskog vazduhoplovnog prostora kasnio je za širenjem sloboda prometa u drugim granama saobraćaja na tlu Evropske unije. Razloge pre svega treba tražiti u političkoj osetljivosti država članica i njihovoj nespremnosti za odricanjem od suvereniteta na svom teritorijalnom nebu. Tek krajem osamdesetih godina prošlog veka Evropska zajednica počinje da predviđa pakete propisa koji će voditi liberalizaciji evropskog vazdušnog prostora, te konačno i stvaranju Single European Sky politike. Nakon što je postignuto jedinstveno vazduhoplovno tržište bez prepreka u slobodama transporta i konkurencije, u poslednjoj deceniji Evropska unija ide korak dalje, te svoje pakete propisa „izvozi" i u susedne države, nečlanice, težeći na taj način širenju uticaja i na vazdušnom prostoru izvan svojih granica. Tako s 2006. godine Republika Srbija našla u grupi zemalja koje su sa Evropskom unijom potpisale Sporazum o jedinstvenom vazdušnom prostoru (eng. ESAA – European Common Aviation Area). Kako primena ovog sporazuma još uvek nije u potpunosti zaživela, ostaje otvoreno pitanje njegovih konačnih efekata, odnosno da li će politički interesi dobiti prednost nad nespornim ekonomskim benefitima ovakvog sporazuma za države članice.*

Ključne reči: *liberalizacija, jedinstveno vazduhoplovno tržište, Evropska unija, ESAA sporazum.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Na samom početku, nije jednostavno objasniti zašto evropsko vazduhoplovno pravo u samom nastajanju evropskih integracija nije bilo favorizovano od strane Evropske zajednice (u daljem tekstu: Zajednica; EZ) i država članica. Naime, bez obzira na značaj koji saobraćaj ima u ostvarivanju osnovnih sloboda unutar Zajednice – sloboda kretanja ljudi, robe, kapitala i usluga, Rimski ugovor

o osnivanju Evropske ekonomske zajednice[1] nije eksplicitno regulisao pitanja odvijanja vazdušnog i pomorskog saobraćaja na teritoriji Zajednice, te se postavljalo pitanje da li se uopšte može zajednička saobraćajna politika primeniti na ove grane saobraćaja. Razloge treba tražiti pre svega u nespremnosti država članica da svoj vazdušni prostor otvore, te da prihvatanjem zajedničkih pravila izgube protekcionističku ulogu u sopstvenoj transportnoj politici. Vazdušni saobraćaj bio je slične sudbine sve do sredine sedamdesetih godina, kada je donesena značajna odluka Suda pravde evropskih zajednica (u daljem tekstu: Sud pravde EZ, Sud pravde) kojom je sud potvrdio da su opšta pravila Rimskog ugovora primenljiva i na vazdušni i pomorski saobraćaj (eng. *French Seamen Case*).[2] Ovom odlukom, nezvanično, počela je liberalizacija evropskog vazdušnog prostora, jer je potpuna primena Rimskog ugovora u oblasti vazdušnog saobraćaja podrazumevala i primenu odredbi o slobodnom kretanju usluga[3], odnosno odredbi o slobodi konkurencije[4]. Ovakve promene bile su očekivane. Vremenom je vazdušni transport na teritoriji Zajednice postao sve prisutniji, Zajednica je ekonomski postajala sve stabilnija, pa je samim tim i ideja liberalizacije vazduhoplovnog tržišta postala prijemčivija kako organima Zajednice tako i samim državama članicama.

2. PUT KA LIBERALIZACIJI VAZDUHOPLOVNOG TRŽIŠTA

Evropu je talas politike *Open sky*[5] zatekao u trenutku formiranja zajedničkog i jedinstvenog tržišta. Do tada se međunarodni, pa i evropski vazduhoplovni saobraćaj, bazirao na bilateralnim sporazumima zemalja između kojih se prevoz odvija, što je podrazumevalo da prevoz pod uslovima iz sporazuma mogu vršiti samo avio kompanije država potpisnica. Međutim, političke i ekonomske prilike na evropskom kontinentu su reformu bilateralizma nametnule kao neophodnu, a

---

[1] *Treaty establishing European Economic Community* (*Treaty of Rome*). Sporazum je potpisan u Rimu 1957. godine, i počeo da se primenjuje od 01. januara 1958. godine. Posebno poglavlje posvećeno je oblasti saobraćaja, kojim je Evropska zajednica ovlašćena za formiranje politike u ovoj oblasti. *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0023*, 25.09.2017;

[2] U pitanju je presuda *Judgement of the Court (1974), Commission of the European Communities v French Republic, Case 167-73*, u kojoj je sud istakao da se na oblast saobraćaja ne primenjuje samo Poglavlje šest Osnivačkog ugovora, kako su to pojedine države članice tumačile, već i sve ostale odredbe ovog ugovora. U ovom slučaju sporno je bilo tumačenje Francuske, koja je primenom svojih nacionalnih propisa pojedina radna mesta na pomorskim brodovima rezervisala isključivo za francuske državljane. Komisija je, međutim, argumentovala da je ovakvo tumačenje suprotno politici i pravnom poretku Zajednice, što je sud i potvrdio (strana 373 presude, paragrafi 43, 44, 45 i 48), *http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=167/73&td=ALL*, 25.09.2017;

[3] Čl. 59 Rimskog ugovora.

[4] Čl. 85 i 86 Rimskog ugovora.

[5] U doslovnom prevodu – „otvoreno nebo“. Podrazumeva politiku liberalizacije i deregulacije međunarodnog vazduhoplovnog tržišta koja svodi na minimum državni uticaj u ovoj oblasti.

stvaranje vazduhoplovnog tržišta postalo je deo šireg procesa integracije. Reforma starog sistema vladavine protekcionističkih bilateralnih sporazuma, zahtevala je postupnost u zakonskoj inicijativi Zajednice, kao i promene u nacionalnim pravnim sistemima država članica.[6] Težnja se sastojala u tome, zameniti više manjih vazduhoplovnih tržišta jednim jedinstvenim, konkurentim, tržištem evropskog kontinenta.

Na samitima šefova država članica Zajednice u osamdesetim godinama prošlog veka, Savet ministara (u daljem tekstu: Savet Evropske unije, Savet) je pozvan da poveća napore ka liberalizaciji zajedničkog vazduhoplovnog tržišta, zaključno sa 1992. godinom. Slučajevi iz prakse Suda pravde EZ, kakav je *French Seamen Case*, stvorili su adekvatnu podlogu za stvaranje jedinstvenog tržišta na nivou Zajednice. Međutim, kako bi nagle promene u vazduhoplovnom sektoru mogle rezultirati negativnim socijalnim i ekonomskim posledicama u državama članicama, proces liberalizacije sproveden je postupno, u tri etape, odnosno tri paketa propisa.[7]

U prvom paketu liberalizacije, 1987. godine doneseno je nekoliko zakonodavnih akata[8], kojima su regulisana osnovna pitanja konkurencije, ustanovljenje su slobode prevoznika u određivanju tarifa, pristupa rutama, pitanja kapaciteta, itd. Međutim, u ovoj fazi države članice su i dalje insistirale na određenom broju restrikcija. Korišćenje treće i četvrte vazduhoplovne slobode[9] bilo je moguće

[6] Miodrag Trajković, „Nove tendencije u evropskom vazduhoplovnom pravu“, *Pravo teorija i praksa*, No. 3-4/2003, 4.

[7] Ana Kapetanović, „Opening of Airport Services Market: Regulatory Framework and Problems with its Application“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 66, No. 2-3/2016, 272.

[8] To su bili sledeći akti: Uredba Saveta br. 3975/87 o utvrđivanju postupka primene pravila konkurencije za preduzeća u oblasti avio saobraćaja -*Council Regulation (EEC) No 3975/87 of 14 December 1987 laying down the procedure for the application of the rules on competition to undertakings in the air transport sector (OJ L 374/87)*; Uredba Saveta br. 3976/87 o primeni člana 85 (3) Ugovora na određene kategorije sporazuma i usaglašene prakse u sektoru vazdušnog saobraćaja – *Council Regulation (EEC) No 3976/87 of 14 December 1987 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices in the air transport sector (OJ L 374/87)*, zatim Direktiva Saveta 87/601/EEZ o tarifama za redovne vazdušne usluge među državama članicama – *Council Directive 87/601/EEC of 14 December 1987 on fares for scheduled air services between Member States (OJ L 374/87),* kao i Odluka Saveta o podeli kapaciteta putnika među avio prevoznicima u redovnim uslugama između država članica i o pristupu avio prevoznika redovnim rutama između država članica – *Council Decision of 14 December 1987 on the sharing of passenger capacity between air carriers on scheduled air services between Member States and on access for air carriers to scheduled air-service routes between Member States (OJ L 374/87).*

[9] Slobode u vazdušnom prostoru garantovane od strane Međunarodne organizacije civilnog vazduhoplovstva (eng. *ICAO*, *Manual on the Regulation of International Air Transport*, *Doc 9626, Part 4*). „Treća“ sloboda podrazumevapravo i slobodu prevozniku da sleti na teritoriju jedne države članice, ukoliko letelica pripada državi članici iz koje dolazi, dok „četvrta“ sloboda garantuje pravo prevozniku da poleti sa teritorije druge države članice, prema članici kojoj pripada avio prevoznik.

između velikih aerodroma, dok se peta sloboda[10] mogla koristiti samo do 30% ukupnih godišnjih kapaciteta sedišta. Iako u vazduhoplovnim odnosima još uvek dominira bilateralizam, ovaj paket propisa otvorio je prevoznicima pristup većem broju ruta, što je svakako dovelo do povećanja privatnih investicija u poslovanju avio kompanija, kao i do učestalije saradnje među prevoznicima. Pojedine manje atraktivne avio kompanije dobile su pristup značajnim rutama unutar Zajednice, odnosno mogućnost da obezbede adekvatne kapacitete ili naplatu usluga.[11]

Drugi paket propisa donesenih 1990. godine[12], bio je usmeren na ukidanje brojnih izuzetaka od liberalizacije koje je sadržao prethodni paket. Formiranje cena kao i raspodela kapaciteta se i dalje liberalizuju, treća i četvrta sloboda dozvoljene su prevoznicima između određenih aerodroma, dok se peta sloboda mogla koristiti samo do 50% kapaciteta u sezoni. Uveden je sistem „dvostrukog neodobravanja“ u formiranju tarifa prevoza, koji podrazumeva mogućnost avio prevoznika da određuje sopstvene cene prevoza, osim u situaciji kada obe zemlje članice između kojih se prevoz odvija odbiju da odobre formiranu cenu. Primena navedenog sistema uklanja barijere za formiranje nižih tarifa i cena, te dopušta avio kompanijama da slobodnije odgovore na tržišne prilike.[13]

Trećim paketom propisa iz 1992. godine[14], počinje poslednja faza ustanovljavanja zajedničkog evropskog vazduhoplovnog tržišta, zaključno sa 1997. godinom. Za prevozioce se obezbeđuje pravo sticanja dozvola za obavljanje tran-

[10] „Peta“ sloboda, garantovana takođe *ICAO* pravilima, podrazumeva pravokoje jedna država članica garatuje drugoj, u pogledu uzletanja i sletanja avio prevoznika prve države za saobraćaj koji se odvija prema ili iz pravca treće države.

[11] Louise Butcher, „Aviation: European liberalization, 1986 -2002“, *House of Commons Library*, 2010, 3.

[12] U drugi paket spadaju sledeće uredbe Saveta: Uredba Saveta br. 2342/90 o tarifama za redovne vazdušne usluge – *Council Regulation (EEC) No 2342/90 of 24 July 1990 on fares for scheduled air services (OJ L 217/90),* zatim Uredba Saveta br. 2343/90 o pristupu avio prevoznika planiranim linijama vazduhoplovnih usluga unutar Zajednice i o razmeni kapaciteta putnika između avio prevoznika na redovnim vazduhoplovnim uslugama među državama članicama – *Council Regulation (EEC) No 2343/90 of 24 July 1990 on access for air carriers to scheduled intra-Community air service routes and on the sharing of passenger capacity between air carriers on scheduled air services between Member States (OJ L 217/90);* kao i Uredba Saveta br. 2344/90 o izmeni Uredbe EEZ br. 3976/87 o primeni člana 85 (3) Ugovora za određene kategorije sporazuma i usaglašene prakse u sektoru vazdušnog saobraćaja – *Council Regulation (EEC) No 2344/90 of 24 July 1990 amending Regulation (EEC) No 3976/87 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices in the air transport sector (OJ L 217/90).*

[13] L. Butcher, 4.

[14] Treći paket liberalizacije čine Uredbe Saveta: Uredba Saveta br. 2407/92 o licenciranju avio prevoznika – *Council Regulation (EEC) No 2407/92 of 23 July 1992 on licensing of air carriers (OJ L 240/92);* Uredba Saveta br. 2408/92 o pristupu vazdušnih prevoznika Zajednice vazduhoplovnim putevima unutar Zajednice – *Council Regulation (EEC) No 2408/92 of 23 July 1992 on access for Community air carriers to intra-Community air routes (OJ L 240/92);* kao i Uredba Saveta br. 2409/92 o tarifama vazdušnih usluga – *Council Regulation (EEC) No 2409/92 of 23 July 1992 on fares and rates for air services (OJ L 240/92).*

sportnih usluga na svim linijama unutar Zajednice, po tarifama i kapacitetima koje sami utvrđuju. Ustanovljena su pravila licenciranja prevoznika unutar Zajednice, koji bi nakon ostvarivanja licence bili u mogućnosti da vrše usluge prevoza bilo gde na teritoriji Zajednice, dakle suprotno ranijim pravilima o potvrdama od strane vlada zemlje koja ih je licencirala. Ovaj paket po prvi put ustanovljava zajednički pravni režim vazdušnog transporta, međutim potpuna sloboda obavljanja transportnih usluga tada još uvek nije uvedena, već je za to određen period do 1997. godine. Recimo, stupanje na snagu prava kabotaže za prevoznike ostavljeno je za 1997. godinu.[15]

Samo tri godine nakon donošenja trećeg paketa propisa, Evropska komisija (u daljem tekstu: Komisija) je 1996. godine zauzela stav da su efekti ovakvih procesa, iako spori, veoma zadovoljavajući, te da su gotovo svi vazdušni operateri iskoristili pogodnosti koje nudi treći paket propisa. Liberalizacija se dogodila na progresivan način, bez značajnijih poteškoća, i bez, kako pojedini autori navode, spektakularnih sniženja cena ili dramatičnih nestanaka značajnih prevozilaca sa tržišta.[16] Ipak, proces liberalizacije doneo je sa sobom i izvesne probleme, u smislu bankrota pojedinih avio prevoznika, pitanja uspeha poslovanja niskotarifnih kompanija ili pojave naftnih kriza koje su se odražavale na funkcionisanje saobraćaja. Međutim, bez obzira na navedene poteškoće, možemo reći da je regulisanje odnosa u vazduhoplovnom sektoru u kontinuiranoj evoluciji. Evropska saobraćajna politika transformisala je industriju vazdušnog saobraćaja stvarajući nove uslove konkurentnosti za učesnike, kao što su novi putevi, novi aerodromi, niže cene usluga, kao i poboljšan kvalitet sigurnosti.[17]

Konačno, nakon usvajanja trećeg paketa propisa formirano je jedinstveno vazduhoplovno tržište koje je omogućilo svakom avio prevozniku da saobraća slobodno na bilo kojoj ruti pod nebom Unije. Odluka o stvaranju jedinstvenog vazduhoplovnog tržišta bila je samo korak u formiranju jedinstvenog ekonomskog tržišta na nivou Unije, kako je to naznačeno i u Jedinstenom evropskom aktu.[18] Postojanje jedinstvenog tržišta podrazumeva, pre svega, slobodu poslovnog nastajanja i pružanja usluga, slobodu kretanja robe i kapitala, bez prepreka, pod okriljem zakonodavstva koje ima prednost nad nacionalnim propisima.

Stoga, možemo reći da vazdušni saobraćaj u Evropskoj uniji (u daljem tekstu: EU, Unija) karakterišu tri procesa: liberalizacija tržišta, deregulacija i harmonizacija. Liberalizacija, koja podrazumeva osamostaljivanje privrednih subjekata od države i njenog monopola, zatim deregulacija koju prati povlačenje države iz

---

[15] Iva Savić, Ana Kapetanović, "Reaching for the European Sky", *Poredbeno pomorsko pravo*, Vol. 50, No. 165, 2011, 197.

[16] L. Butcher, 14.

[17] Margherita Colangelo, Vincenzo Zeno-Zencovich, *Introduction to European Union Transport Law*, Roma Tre-Press, 2015, 27-28.

[18] *Single European Act (OJ L 169 of 29.06.1987).*

privatnog života, dakle što manje državnog a što više komunitarnog regulisanja, i konačno harmonizacija, kao usklađivanje pravnih poredaka država članica i prilagođavanje originalnim rešenjima Unije.[19] Pojedini autori smatraju da je liberalizacija proces koji u sebi obuhvata dva procesa – deregulaciju i privatizaciju.[20] Privatizacija svetskih, pa i evropskih avio kompanija, svakako je deo savremenih ekonomskih trendova. Privatno vlasništvo na aerodromima postalo je značajnije prisutno tek devedesetih godina prošlog veka, a jasno je da frekvencija odvijanja avio saobraćaja direktno utiče na ekonomske tokove jedne regije. Procesi privatizacije i deregulacije samo su doprineli većoj atraktivnosti avio kompanija, što svakako utiče na prosperitet ekonomskih tokova uopšte.

Na kraju, treba reći da je tokom procesa liberalizacije mnoštvo regulatornih akata donesenih od strane organa Unije, stvorilo pravi *acquis communautaire* vazdušnog transporta.[21] Međutim, sva ova pravila regulisala su odvijanje transporta unutar Unije, dok je vazdušni transport na relaciji sa bilo kojom teritorijom izvan granica Unije bio regulisan bilateralnim sporazumima država članica sa trećim državama, nečlanicama Unije. Ubrzo nakon formiranja *Single Europen Sky* politike u okviru Unije, javile su se tendencije širenja zajedičkog vazduhoplovnog tržišta na teritoriji čitave Evrope. S obzirom na to da je Evropska zajednica formirana, pre svega, kao ekonomska integracija, jasna je težnja za jačanjem integracije i na globalnom planu. Međutim, pitanju održivosti na globalnom tržištu, svakako je prethodilo pitanje uređenja i efikasnosti unutrašnjeg tržišta Unije. Stoga, iako su se ideje širenja tržišta izvan granica Unije rodile još devedesetih godina prošlog veka, konkretne korake u proširenju vazduplovne politike izvan granica Unije, Evropska komisija nije preduzela pre 2003. godine.

2.1. Dejstvo bilateralnih sporazuma

Pre uspostavljanja liberalizovanog poretka u vazdušnom saobraćaju, odnosi u vazdušnom prostoru regulisani su uglavnom pojedinačnim sporazumima dveju zemalja (eng. *ASA – Air Service Agreement*).[22] Ovim sporazumima bi zemlje potpisnice, na osnovu reciprociteta, regulisale međusobni avio saobraćaj u pogledu ruta kojima se saobraća, kao i pitanja tarifa, kapaciteta, rasporeda letenja i sl. Svaka od država potpisnica odredila bi avio prevoznika koji bi uživao prava garantovana ovim sporazumom, a to bi uvek bila avio kompanija u vlasništvu države.

---

[19] [14] Miodrag Trajković, *Međunarodno vazduhoplovno pravo*, Pravni fakultet u Beogradu, 1999, 493-494.

[20] Paško Burnać, „Liberalizacija infrastrukture u zračnom prometu“, Ekonomski fakultet, Sveučilište u Splitu, 2010, 6.

[21] I. Savić, A. Kapetanović, 197.

[22] Osnov za sporazume ovog tipa bio je tzv. Bermuda sporazum (eng. *Bermuda agreement*) zaključen između SAD-a i Ujedinjenog Kraljevstva 1946. godine.

Međutim, uprkos postojanju više desetina i stotina dvostranih sporazuma pojedinih zemalja o pravima i obavezama u vazdušnom prostoru, konceptu evropske integracije nije odgovaralo nejedinstveno vazduhoplovno tržište. Po završetku procesa liberalizacije vazduhoplovnog tržišta, za Evropsku komisiju bio je neprihvatljiv poredak prema kome su jedinstvena vazduhoplovna pravila na snazi na prostoru Unije, dok države članice samostalno, svaka za sebe, regulišu međunarodne vazduhoplovne odnose bilateralnim sporazumima sa trećim državama. Održavanjem ovakvog poretka, Komisija je bila u strahu od urušavanja unutrašnjeg vazduhoplovnog tržišta.[23] U krajnjem interesu Unije, kao ekonomske i političke organizacije, bilo je jačanje na globalnom, svetskom, tržištu, koje prati formiranje jedinstvene vazduhoplovne politike, pre svega u okviru svoje teritorije, ali i izvan nje.

Iako formiranje jedinstvene politike na čitavom evropskom vazdušnom prostoru nije odmah naišlo na pozitivnu reakciju država članica, prekretnica se našla u „*open skies*“ presudama Suda pravde EZ. Reč je o sporovima koji su se vodili povodom bilateralnih sporazuma između država članica EU i država SAD-a.[24] Prema mišljenju Komisije, ovi ugovori su održavali očiglednu nesrazmeru u pravima koja su zajemčena američkim prevoznicima na evropskom području, u odnosu na lošiji tretman koji su evropski prevoznici uživali pod nebom SAD-a. Iako sud nije utvrdio ništavost navedenih sporazuma, članice EU ograničene su u daljem pregovaranju i određivanju sadržine međunarodnih bilateralnih sporazuma. Komisija je smatrala da je jedini način da zemlje članice Unije ostvare ekvivalentna prava onima koje uživaju zemlje SAD-a prema sporazumima, jesu zajednički pregovori država članica Unije, kao i kreiranje zajedničke politike u delu spoljašnjih vazduhoplovnih odnosa.[25]

Konačno, 2003. godine Komisija je od Saveta Evropske unije dobila mandat za vođenje međunarodnih odnosa Unije u oblasti vazdušnog saobraćaja, odnosno nalog o pregovaranju o odredbama postojećih bilateralnih sporazuma zaključenih između država članica i trećih država. U odlučivanju o pojedinim pitanjima, Komisija je dobila ekskluzivnu nadležnost (npr. pitanja tarifa ili raspodela slotova), dok su u ostalim pitanjima države članice zadržale pravo slobodnog pregovaranja. Svakako da je pre donošenja ovakve odluke Saveta, Sud pravde EZ svojim „*open skies*” presudama, kakva je recimo, presuda slučaju *S-476/98 Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany*[26], dao podstrek širenju pravne tekovine vazduhoplovnog saobraćaja i izvan granica Unije.

---

[23] Nikoleta Radionov *et alia*, *Europsko prometno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2011, 408.

[24] *Ibid*. Naime, Komisija je pred Sudom pravde EZ podnela tužbu protiv svih zemalja članica koje su sa SAD imale zaključen *open skies* ugovor, osim protiv Holandije.

[25] M. Colangelo, V. Zeno-Zencovich, 80-81.

[26] *Judgment of the Court of 5 November 2002 Commission of the European Communities v Federal Republic of Germany.* U navedenom slučaju Komisija je tvrdila da je Nemačka, zaključujući

Da bi se postigla ovakva harmonizacija, od strane Evropskog parlamenta i Saveta Evropske unije usvojena je Uredba br. 847/2004[27] kojom su regulisana pitanja pregovaranja i implementacije sporazuma o uslugama vazdušnog saobraćaja između država članica i trećih država. Smisao Uredbe je u ustanovljavanju načina da se odredbe *ASA* sporazuma revidiraju i dovedu u saglasnost sa novostvorenom tekovinom pravila u vazduhoplovnom tržištu Unije. Takođe, ukoliko bi neka od država članica odlučila da samostalno pregovara sa nekom od susednih, država nečlanica, bila je u obavezi da u pregovore integriše sve tekovine novog pravnog poretka EU. Vidimo da na ovaj način Unija ostaje povlašćena u svom uticaju i kontroli uslova vazduhoplovnog saobraćaja, čak i izvan granica svoje teritorije, u međunarodnopravnom poretku.

3. VAZDUŠNI SAOBRAĆAJ IZVAN GRANICA EVROPSKE UNIJE

Regulisan saobraćaj jedna je od osnovnih poluga razvijenih ekonomskih tokova. Jasno je da ekonomske, industrijske i socijalne potrebe Evropske unije i njenih građana prevazilaze granice Unije. Uzimajući u obzir da je vazduhoplovni saobraćaj, pre svega, međunarodnog karaktera, logično je da je Uniji i njenim članicama od velikog interesa da u navedenoj oblasti urede odnose i na međunarodnom planu.[28] Dva su tipa međunarodnih sporazuma koji se zaključuju u okviru Unije. Prvi su sporazumi koje države članice Unije zaključuju međusobno ili sa trećim državama. Takvi sporazumi deo su nacionalnog pravnog poretka država koje su ih zaključile, a u odnosu na koje komunitarno pravo ima prioritet. Drugi tip su ugovori u kojima se kao jedna ugovorna strana pojavljuje Evropska unija, a kao druga strana pojedina njena članica, treća država, ili međunarodna organizacija. Ovakvi međunarodni sporazumi deo su komunitarnog pravnog po-

open sky ugovor sa SAD, prekršila svoje obaveze preuzete Osnivačkim ugovorom. Naime, sporni ugovori sadržali su klauzulu državne pripadnosti vazduhoplova, prema kojoj su SAD imale pravo da povuku ili ograniče prava iz ugovora u slučaju da nemački prevoznik nije i u vlasništvu Republike Nemačke, za koju je sud ustanovio da je suprotna konceptu prevoznika Zajednice, koji podrazumeva da za sve prevoznike Zajednice važe jednaka pravila tržišta. Ovakva klauzula isključila je mogućnost drugih prevoznika Zajednice da uživaju prava garantovana ugovorom sa SAD, stvarajući odnos diskriminacije među njima, što je svakako suprotno komunitarnom pravnom poretku. Vid. Nikoleta Radinonov *et alia*, 409.

[27] *Regulation (EC) No 847/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the negotiation and implementation of air service agreements between Member States and third countries (OJ L 157/2004).*

[28] Začetke ideja jedinstvenog vazdušnog prostora i izvan granica Unije možemo pronaći još u 1993. godini, kada je EU sporazumom sa Islandom, Norveškom i Lihtenštajnom (eng. *EEA – European Economic Area Agreement*) ovim zemljama garantovala ravnopravno učešće na EU vazduhoplovnom tržištu. Sličan sporazum EU je zaključila sa Švajcarskom 2002. godine.

retka i imaju prednost nad sekundarnim izvorima prava EU, i naravno nad nacionalnim zakonodavstvima država članica. Pojedini autori ove ugovore zovu i „evropskim ugovorima".[29]

Kada govorimo o međunarodnoj saradnji sa zemljama nečlanicama u oblasti vazduhoplovnog saobraćaja, EU primenjuje nekoliko pregovaračkih pristupa. Među susedima nalaze se zemlje južno i istočno od granica Unije, od kojih određene pretenduju da postanu članice, ali takođe i zemlje koje, bazirajući se na svom geografskom, kulturnom i političkom statusu, predstavljaju područje prema kome EU formira svoju spoljnu politiku, kakve su zemlje Mediterana.[30] Evropska komisija je, u cilju širenja zajedničkog vazduhoplovnog prostora izvan granica Unije, formirala dva modela sporazuma koji su osnov jedinstvenog vazduhoplovnog prostora između Unije i pojedinih regija. Pored sporazuma koji je Unija zaključila sa zemljama Mediterana (eng. *Euro Mediteranean Aviation Agreement*), u narednom delu teksta pažnja će biti posvećena sporazumu o zajedničkom vazdušnom prostoru Unije sa zemljama Zapadnog Balkana, kako je i sama Republika Srbija deo ovog teritorijalnog područja.

Autori ističu da su savremene države suočene sa mnogim izazovima, kao što je njihova pojačana međuzavisnost, uključivanje u globalne ekonomije, kao i aktuelne transnacionalne i nadnacionalne organizacije.[31] Stvaranje jedinstvenog vazduhoplovnog tržišta ne dovodi samo do ujednačavanja legislative i uslova letenja u granicama čitavog evropskog kontinenta, već na posredan način, i do ekonomskih i socijalnih promena u državama susedima. Spoljna politika Evropske unije i širenje njenog pravnog poretka izvan sopstvenih granica utiče kako na legislativu, tako i na političke prilike, pa time i na sam identitet država nečlanica. Ovakvim međunarodnim sporazumima, u kojima države susedi vide svoju priliku približavanju pravnom poretku EU i evropskoj integraciji uopšte, Unija koristi za jačanje svog uticaja na globalnom planu. Navedene politike usmerene su, u suštini, na povećanje finansijskih benefita EU i jačanje njene ekonomske pozicije na planu svetske privrede. Računica je jasna ako pomenemo podatak da se u periodu od 2000 -2020. godine očekuje da se protok saobraćaja između EU i zemalja suseda poveća za 100%. Svakako, finansijski efekat vazduhoplovnog saobraćaja prednjači u odnosu na sve druge grane saobraćaja.[32]

---

[29] Dušanka Đurđev, „Odnos komunitarnog saobraćajnog prava i međunarodnih konvencija", *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2012, 79, nav. prema Vilim Bouček, „Međunarodni ugovori – izvori međunarodnog privatnog prava na području Evropske unije", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61/2011, 1799.

[30] I. Savić, A. Kapetanović, 200.

[31] Erik Oddvar Eriksen, John Eric Fossum, „The European Union and Post-national Integration", University od Oslo, *Arena Working Papers*, WP 99/9, 3-4.

[32] Naime, 35% vrednosti trgovine svetskim industrijskim proizvodima prevozi se vazduhom, 40% prodaje visoko tehnološke opreme zavisi od visokog kvaliteta transporta, zatim vazdušni transport je osnovno sredstvo za prevoz putnika u Evropi koji dnevno donese priliv od 865 milio-

Treba pomenuti i da je tokom 2003. godine, kada je Evropska komisija dobila nalog o ekskluzivnom određivanju sadržine *ASA* sporazuma, od strane organa EU formirana je najšira spoljnopolitička platforma koja se bavi podsticanjem reformi i razvoja 16 država koje okružuju Uniju, nazvana *European Neighbourhood Policy* (u daljem tekstu: *ENP*)[33]. Predstavljena kao ideja pomoći i ubrzanog razvoja država suseda, ono što bi ova politika trebalo da da kao krajnji rezultat jeste usvajanje pravne tekovine Unije na teritoriji država suseda, kao i stvaranje ujednačenih ekonomskih uslova za ponašanje na zajedničkom tržištu. Kada je u pitanju transport, Unija očekuje kako legislativnu, tako i infrastrukturnu usklađenost sa njenim standardima. Naime, u cilju funkcionisanja jedinstvenog tržišta Unije, pitanje transportnih veza ne može mimoići države nečlanice koje okružuju granice Unije. Stoga je prihvatanje evropske pravne tekovine u ovoj oblasti od strane država suseda postalo veoma važan deo spoljne politike EU, nezavisno od dinamike pristupanja pojedine od tih država Uniji. Interesantno je pomenuti i da je sastavni deo ovakvih politika pravilo prema kome su države susedi slobodne u određivanju tempa kojim će sprovoditi reforme, ali isto tako da će korišćenje sredstava iz fondova EU planiranih za ovu namenu, upravo zavisiti od srazmere reformi koje je pojedina država sused sprovela.[34]

Vidimo da Unija svojom politikom prema zemljama susedima, kao i međunarodnim sporazumima o formiranju zajedničkog vazduhoplovnog prostora, obezbeđuje nesmetano odvijanje transporta i ekonomskih tokova na svim deonicama značajnim Uniji, dok pitanje formalnog priključivanja ovih zemalja integraciji ostaje otvoreno. Navedeni uticaj posebno je upečatljiv u siromašnijim zemljama susedima, koje svoju ekonomsku i političku scenu prolagođavaju zahtevima evropskih integracija, bez još uvek jasnog odgovora na pitanje da li u svoju korist, ili isključivo u svrhu jačanja Unije na globalnom planu. Ovakva slika je, na prvi pogled nepravedna, ali, posmatrano sa ekonomskog aspekta, i logična. Naime, u teoriji se ističe asimetrija odnosa Evropske unije i zemalja suseda (eventualnih kandidata za članstvo u Uniji), gde sa jedne strane, Unija nudi benefite razvijene trgovine, kao i različite institucije pomoći, dok države susedi malo toga imaju da ponude Uniji[35], osim geografski atraktivnog položaja na kontinentu. Područje

---

na eura, doprinoseći 3,8% BDP-a i obezbeđujući zaposlenje za 11 miliona ljudi. Vid. I. Savić, A. Kapetanović, 201. Prema drugim podacima, mrežu vazdušnog transporta čini 150 avio kompanija, 400 aerodroma, kao i tri miliona zaposlenih. Vid. M. Colangelo, V. Zeno-Zencovich, 27.

[33] Ova politika obuhvata teritoriju Alžira, Egipta, Izraela, Jordana, Libana, Libije, Maroka, Palestine, Sirije i Tunisa na jugu, kao i Jermenije, Azerbejdžana, Belorusije, Gruzije, Moldavije i Ukrajine na istoku. Vid. European Commission, *https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/overview_en*, 28.09.2017.

[34] Nikoleta Radionov, „Transportna zajednica: pozadina i izazovi", *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, Vol. IV, No. 1/2013, 6.

[35] Marko Kmezić, *EU Rule of Law Promotion, Judicary Reform in The Western Balcans*, Routledge Taylor & Francis Group, 2016, 22.

Zapadnog Balkana, čiji je deo i teritorija naše zemlje, upravo je područje sprovođenja navedene politike Unije.

3.1. Zajednički vazduhoplovni prostor Evropske unije i zemalja Zapadnog Balkana

Nakon što je još devedesetih godina prošlog veka EU donela odluku o širenju jedinstvenog vazduhoplovnog prostora izvan granica svoje teritorije sporazumom zaključenim sa Norveškom i Islandom, 2005. godine Unija svoja pregovaračka interesovanja usmerava na područje Zapadnog Balkana, i uključivanje država ovog područja u evropski vaduhoplovni prostor. Već naredne godine u Luksemburgu, Sporazum o stvaranju Evropskog zajedničkog vazduhoplovnog prostora (eng. *ECAA – European Common Aviation Area*) sa Evropskom unijom potpisale su sve zemlje Jugoistočne Evrope (Albanija, Rumunija, Bugarska, Bosna i Hercegocina, Hrvatska, Makedonija, Crna Gora, Srbija i Kosovo – u skladu sa statusom prema Rezoluciji 1244 Saveta bezbednosti UN), kao i Norveška i Island.[36] Potpisnice su se sporazumele o preuzimanju pravne tekovine EU u oblasti vazduhoplovnog saobraćaja – kako u pitanju sigurnosti saobraćaja, tako i pitanjima zaštite, upravljanja saobraćajem i očuvanju životne sredine u istom kontekstu. Kada se postigne jedinstveni regulatorni okvir na čitavom području Unije i zemalja *ECAA* sporazuma, sledi stvaranje zajedničkog tržišta u ovoj oblasti.

Smisao ovakvog sporazuma leži u formiranju vazdušnog prostora koji će počivati na istim principima unutrašnjeg avio tržišta EU. Zajedničko tržište *ESAA* temeljilo bi se na osnovnim principima – pre svega, slobodnom pristupu tržištu, zatim slobodi preduzetništva, te ravnopravnoj tržišnoj utakmici. Na samom početku teksta sporazuma navodi se njegov cilj, a to je formiranje zajedničkog evropskog vazduhoplovnog područja, koje se zasniva na slobodnom pristupu tržištu, slobodi osnivanja preduzeća, jednakim uslovima konkurencije i zajedničkim pravilima u oblasti sigurnosti, bezbednosti, upravljanja vazdušnim saobraćajem, socijalnih pitanja i zaštite životne sredine.[37]

Interesovanje za ovakvu vrstu sporazuma od strane Unije je očekivano, uzimajući u obzir geografski i strateški položaj Zapadnog Balkana na mapi Evrope. Ovo područje se nalazi na preseku nekoliko veoma značajnih koridora koji spajaju različite delove evropskog kontinenta. Stoga ne iznenađuje činjenica da je Unija svoje ekonomske i diplomatske aktivnosti usmerila ka širenju *ESAA* mode-

---

[36] *Multilateral Agreement between the European Community and its Member States, the Republic of Albania, Bosnia and Herzegovina, the Republic of Bulgaria, the Republic of Croatia, the former Yugoslav Republic of Macedonia, the Republic of Iceland, the Republic of Montenegro, the Kingdom of Norway, Romania, the Republic of Serbia and the United Nations Interim Administration Mission in Kosovo on the establishment of a European Common Aviation Area (OJ L 285/2006).*

[37] Čl. 1 st. 1 Sporazuma.

la i na ostale grane transporta, kako kopnenog, tako i pomorskog, odnosno stvaranju šire transportne zajednice sa državama ove oblasti.[38] Ipak, ponovićemo da se ovi procesi odvijaju nezavisno od formalnog procesa pridruživanja zemalja ovog regiona evropskim integracijama.

Prema oceni Unije, zbog važnosti pitanja transporta, stvorena je potreba za regulisanjem jedinstvenog transportnog tržišta većom brzinom od dinamike koja se predviđa za procese stabilizacije i pridruživanja zemalja Jugoistočne Evrope članstvu Unije. Pojedine članice ovog sporazuma su nakon njegovog potpisivanja postale punopravne članice EU (Rumunija, Bugarska i Hrvatska), dok za ostale članice Zapadnog Balkana potpisivanje ovog sporazuma ima značajan učinak u procesu stabilizacije i pridruživanja integraciji. Sama Evropska komisija je u jednom od svojih izveštaja istakla da uvođenje zemalja Zapadnog Balkana na tako ključan deo jedinstvenog evropskog tržišta, kakav je vazduhoplovni saobraćaj, veoma je značajan korak u daljem procesu ekonomske integracije.[39]

Ukoliko se osvrnemo na odnos EU i država Zapadnog Balkana i pre zaključivanja ovakvog sporazuma, Evropska unija trenutno predstavlja najznačajnijeg partnera u trgovini zemalja ovog regiona, te je logična i njihova zainteresovanost za postizanjem sporazuma o odvijanju avio transporta pod nebom EU. Postizanjem pomenutih tržišnih prava i sloboda za prevoznike zemalja *ESAA* sporazuma, prevoznici će dobiti pristup čitavom vazduhoplovnom tržištu EU (koje u ovom trenutku broji oko 500 miliona ljudi i područje od 36 zemalja)[40], dok će Unija dobiti proširenje tržišta, ali pod sopstvenim uslovima. Na ovaj način EU pojačava vlastitu konkurenciju u odnosu na svetsko vazduhoplovno tržište, gde najznačajniju ulogu i dalje imaju tržišta SAD-a i Azije.

3.2. Članstvo u *ESAA* Sporazumu

U procesu stvaranja jedinstvenog vazduhoplovnog prostora svaka članica Sporazuma treba proći kroz dve faze, od kojih se svaka mora okončati pozitivnom ocenom od strane ovlašćenog tima.[41] Pozitivno okončavanje ovih faza, dovodi države članice do krajnjeg cilja sporazuma. Recimo, odmah po stupanju sporazuma na snagu[42],

---

[38] Naime, u julu 2017. godine u Trstu potpisan je Sporazum o stvaranju Transportne zajednice između EU i zemalja Jugoistočne Evrope. Vid. European Commission, Western Balcans Summit 2017, *https://ec.europa.eu/transport/themes/international/news/2017-07-12-western-balkans-summit-2017-delivering-region_en*, 05.10.2017.

[39] I. Savić, A. Kapetanović, 204.

[40] European Commission, International Aviation – ECAA, *https://ec.europa.eu/transport/modes/air/international_aviation/country_index/ecaa_en*, 05.10.2017.

[41] Iako je plan Evropske komisije bio da se obe faze za svaku od država potpisnica pozitivno okončaju do 2009. godine, do danas do toga nije došlo.

[42] Sporazum stupa na snagu prvog dana drugog meseca od dana deponovanja instrumenata o ratifikaciji ili odobrenja od strane Evropske zajednice i država članica EU i najmanje jedne pri-

treća i četvrta vazduhoplovna sloboda bile bi, bez ograničenja, dostupne svim prevoznicima država potpisnica. Na dalje, Sporazum sadrži deo koji je multilateralni i odnosi se na sve potpisnice, kao i devet protokola, gde je svaki protokol posvećen pojedinoj zapadnobalkanskoj zemlji, i uslovima koje ta članica sporazuma mora ispuniti, u skladu sa specifičnostima svojih odnosa sa Unijom.

Prva faza ispunjavanja sporazuma podrazumeva implementaciju pravnih pravila Unije od strane država članica Sporazuma, iz različitih oblasti. Pre svega u oblasti istraživanja avionskih nesreća, odnosno prava putnika u slučaju štete koju pretrpe na letu zbog otkazivanja leta ili uskraćenog ukrcaja, zatim ratifikacije Montrealske konvencije za izjednačavanje nekih pravila u međunarodnom vazdušnom prevozu iz 1999. godine[43], otvaranja tržišta aerodromskih usluga, te članstva u organizaciji Zajedničkih vazduhoplovnih vlasti (eng. *JAA – Joint Aviation Authorities*), a nakon raspuštanja *JAA* organizacije pozvani su da u statusu posmatrača prate rad Evropske agencije za bezbednost vazdušne plovidbe (eng. *EASA – European Aviation Safety Agency*).

Kada se zadovolje navedeni zahtevi iz prve faze, prelazi se u drugu fazu u kojoj su pravila prevoza šire liberalizovana, a prevoznici mogu uživati petu vazduhoplovnu slobodu, o kojoj je bilo reči. Konačno, kada se ispune zahtevi i iz druge faze Sporazuma, država potpisnica postaje punopravna članica zajedničkog vazduhoplovnog prostora kojoj se garantuje pravo kabotaže, uređivanje vlasničkih struktura avio kompanija Unije u skladu sa Sporazumom, kao i "*one stop security*" politika.[44] Naime, pre okončanja druge faze, prevoznici Unije ne mogu biti u većinskom vlasništvu ili kontrolisani od strane članice koja je u proceduri tranzicije.

Međutim, u dobijanju pozitivne ocene kroz obe faze implementacije, države članice nailaze na različite prepreke. Pre svega, jedan od osnovnih uslova jeste prilagođavanje unutrašnjeg zakonodavstva članica pravnom poretku EU, a videli smo da većina potpisnica Sporazuma još uvek nisu članice Unije. To dalje stvara situaciju prema kojoj su države potpisnice dužne da svoj pravni poredak upodobe evropskim propisima koji na njihovim teritorijama nemaju direktnu primenu, te će nekada neminovno voditi izmeni ili čak poništavanju pojedinih nacionalnih odredbi. Dakle, članice su dužne da svoje pravne poretke podrede volji drugog suverena, „stranog"

---

družene strane. Za svaku potpisnicu koja ratifikuje ili odobri ovaj sporazum posle tog datuma, Sporazum stupa na snagu prvog dana drugog meseca od dana deponovanja instrumenata o ratifikaciji ili odobrenja od strane potpisnice. Vid. čl. 29 st. 2 Sporazuma.

[43] Evropska unija je 2001. godine potvrdila Montrealsku konvenciju a njene države članice su postale ugovorne strane ove konvencije. Savet Evropske unije je istakao da je za avio kompanije korisno da posluju pod uniformnim i jasnim pravilima, te da ona treba da budu ista i za treće zemlje potpisnice Montrealske konvencije. Vid. Dušanka Đurđev, „Ekskluzivnost Montrealske konvencije i komunitarno pravo", *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Vol. 49, br. 1/2015, 34.

[44] „*One stop security*" politika podrazumeva vršenje bezbednosne kontrole putnika samo jednom na početku leta, koja važi sve do kraja putovanja, bez obzira na broj iskorištenih letova. Vid. I. Savić, A. Kapetanović, 207.

zakonodavca, kao i da prihvate sve njegove buduće odluke iz pojedine oblasti. Ono što se, takođe, javlja kao sporno jeste pitanje nomotehnike, odnosno implementiranja pojedinih pravnih termina i standarda u različitim pravnim sistemima, kao i forma pravnog akta kojom će implementirana komunitarna pravila postati deo unutrašnjeg pravnog poretka država potpisnica Sporazuma. Konačno, značajan problem može predstavljati i činjenica što su u vazdušnom prostoru pojedinih potpisnica veoma prisutne države koje nisu članice *ESAA* sporazuma, kakav je recimo slučaj Makedonije, te koje odbijaju da se podvrgnu zahtevima Sporazuma.[45]

3.3. Republika Srbija u *ESAA* Sporazumu

Kako smo već pomenuli, Republika Srbija postala je potpisnica Sporazuma o jedinstvenom vazdušnom prostoru 2006. godine, dok je Skupština Republike Srbije zakon o ratifikaciji ovog multilateralnog sporazuma usvojila 13. maja 2009. godine[46]. Tranzicioni aranžmani pristupanja Srbije punopravnom članstvu Sporazuma uređeni su Protokolom broj šest.

Prvi tranzicioni aranžman sa Republikom Srbijom traje od stupanja na snagu Sporazuma do ispunjenja uslova iz ovog tranzicionog perioda predviđenih Sporazumom. Uslovi podrazumevaju primene različitih Uredbi koje su sastavni deo pravnog poretka EU, a koje regulišu pitanja ispitivanja udesa, odgovornosti avio prevozioca u slučaju udesa, odgovornosti prevozioca za ukraćivanje ukrcaja putniku, itd. Zatim, uslovi ovog tranzicionog perioda odnose se i na članstvo u Zajedničkim vazduhoplovnim vlastima, kao i uspostavljanje nadzornog tela za službu kontrole leta, reorganizaciju vazdušnog prostora Republike Srbije, kao i ratifikaciju Montrealske konvencije.[47]

Drugi tranzicioni period počinje po okončanju prvog tranzicionog perioda, i traje do ispunjenja uslova predviđenih za ovo razdoblje prilagođavanja. U drugom periodu tranzicije od Republike Srbije se očekuje da primeni *ESAA* sporazum u celosti, odnosno sva komunitarna pravna pravila predviđena u Aneksu I Sporazuma.[48] Navedeni Aneks sadrži listu komunitarnih propisa koji su, prema predmetu regulisanja, grupisani u osam oblasti. Navedene oblasti su: pristup tržištu, upravljanje vazdušnim saobraćajem, vazduhoplovna sigurnost, vazduhoplovna

---

[45] Aerodromi Makedonije se nalaze pod koncesijom Turske, koja se svakako protivi pojedinim zahtevima ESAA Sporazuma, kao država nepotpisnica. Vid. I. Savić, A. Kapetanović, 208-209.

[46] *Zakon o potvrđivanju Multilateralnog sporazuma između Evropske zajednice i njenih država Članica, Republike Albanije, Bosne i Hercegovine, Republike Bugarske, Republike Hrvatske, Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije, Republike Island, Republike Crne Gore, Kraljevine Norveške, Rumunije, Republike Srbije i Misije privremene uprave Ujedinjenih nacija na Kosovu (u skladu sa Rezolucijom Saveta bezbednosti UN 1244 od 10. juna 1999) o uspostavljanju zajedničnog evropskog vazduhoplovnog područja („Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori", br. 38/2009).*

[47] Čl. 2 st. 1 Protokola 6 Sporazuma.

[48] Čl. 2 st. 2 Protokola 6 Sporazuma.

bezbednost, životna sredina, zatim socijalni aspekti, zaštita korisnika i oblast ostalih propisa.

Na dalje, posebna pažnja posvećena je pitanjima vazduhoplovne sigurnosti i bezbednosti. Naime, Protokol predviđa da će u toku prvog tranzicionog perioda Republika Srbija biti određena kao posmatrač u radu Evropske agencije za bezbednost vazdušne plovidbe. Na kraju drugog tranzicionog perioda Zajednički komitet odrediće uslove pod kojima Srbija može da učestvuje u radu navedene agencije.[49] U pogledu pitanja vazduhoplovne bezbednosti, na početku drugog perioda tranzicije, paket komunitarnih propisa iz oblasti bezbednosti predviđen u Aneksu I Sporazuma, stavlja se na raspolaganje određenom organu Republike Srbije.[50] Ukoliko se, do kraja drugog perioda tranzicije, u oblasti sigurnosti ili bezbednosti vazdušne plovidbe utvrde nedostaci, Unija ima pravo da podvrgne proveri sve dozvole za letenje koje su avio prevoznicima izdate od strane Republike Srbije.

Republika Srbija se još uvek nalazi u prvom tranzicionom periodu. Međutim, pozitivni efekti su vidljivi već nakon nekoliko godina. Prava u saobraćaju pojedinim vazdušnim operaterima bila su odobrena na osnovu pomenutog Protokola koji omogućava potpunu primenu treće i četvrte vazduhoplovne slobode, tako da avio kompanije iz EU mogu vršiti direktan prevoz sa bilo koje tačke u EU do bilo koje tačke u Republici Srbiji. Takođe, Sporazum je stvorio podlogu za pojačanu konkurenciju i dolazak novih avio kompanija na domaće tržište, među kojima su veoma bitne niskobudžetne (eng. *law cost*) kompanije[51], što svakako utiče na smanjenje cena prevoza, te u krajnjem rezultira povećanjem broja putnika koji koriste ovu vrstu prevoza. Dakle, kada je u pitanju komercijalni efekat ostvaren je značajan pomak, jer na srpskom tržištu strane kompanije jednostavno ostvaruju dozvole za letenje, što takođe utiče i na snižavanje cena transporta.

Treba pomenuti i da su iskustva novih članica EU kada je u pitanju primena Sporazuma o otvorenom nebu u poslednjih nekoliko godina različita, ali pokazuju da se u proseku obim prometa povećava za oko 50%, jer zajednički vazdušni prostor, uz deregulaciju u ovoj oblasti, ima pozitivan efekat i deluje stimulativno na rast prometa u vazdušnom saobraćaju. Da bi se Sporazum u potpunosti primenio u Republici Srbiji, neophodno je, pored 80% usvojene regulative, još oko 20% propisa usaglasiti sa evropskim zakonodavstvom i to posebno u oblasti bezbednosti i kontrole letenja.[52]

---

[49] Čl. 4 Protokola.

[50] Čl. 5 Protokola.

[51] Među niskobudžetnim prevoznicima, usluge aerodroma Srbije koriste avio-kompanije: Wizzair, Lufthansa's Germanwings, Air Shuttle, Fly Dubai, Pegasus Airlines, Aegean Airlines, EasyJet i Ryanair. Vid. Low-cost.rs, *http://www.low-cost.rs/sr/o-nama.1.3.html#sthash. 34nRiHKY. dpbs*, 10.10.2017.

[52] Privredna komora Srbije, *http://www.kombeg.org.rs/aktivnosti/udr_saobracaja/Detaljnije.aspx?veza=2144*, 10.10.2017.

4. ZAKLJUČAK

Liberalizacija evropskog vazduhoplovnog prostora kasnila je za istim procesima u drugim granama evropskog saobraćaja. Razlozi su, pre svega, političke prirode. Gotovo tri decenije nakon formiranja Evropske ekonomske zajednice, države članice su, pod imperativom jačanja integracije i funkcionisanja evropskog jedinstvenog tržišta, prihvatile regulisanje oblasti vazduhoplovnog saobraćaja na nivou Zajednice. Međutim, u poslednje tri decenije, vazduhoplovni prostor Evropske unije reguliše, ne samo liberalizacija i jačanje sopstvenog tržišta, nego i širenje ovakvih tendencija na prostor čitavog evropskog kontinenta, pa i šire. Posmatrajući sa globalnog aspekta, ovakvi procesi su očekivani i prirodni. Naime, Evropska unija, osnovana kao, pre svega, ekonomska zajednica, svakako teži jačanju svog položaja u vazduhoplovnom prostoru i na globalnom planu, suprotstavljajući se moćnim tržištima SAD-a i Azije.

Procesi liberalizacije kulminirali su zaključivanjem međunarodnih sporazuma o stvaranju zajedničkog vazduhoplovnog prostora sa državama susedima Unije, ekonomski, geografski pa i politički atraktivnim Uniji. Jedan od ovakvih sporazuma 2006. godine zaključen je i sa državama sa područja Zapadnog Balkana, među kojima se kao potpisnica našla i Republika Srbija. Iako primena ovog sporazuma još uvek nije uspostavila jedinstveno, bez prepreka organizovano vazduhoplovno tržište, u vazdušnom prostoru Republike Srbije se već uočavaju pozitivni ekonomski efekti. Međutim, ne treba zaboraviti da se sve zapadnobalkanske zemlje, kao krajnjem cilju ovakvog sporazumevanja nadaju punopravnom članstvu u evropskim integracijama. Koliko će Evropska unija biti otvorena za ovakve korake, i kojom brzinom, nakon što međunarodnim sporazumima sa nečlanicama ostvari sebi interesantne vazduhoplovne tokove, za sada ostaje otvoreno pitanje.

Irena M. Radumilo, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
irenaradumilo@gmail.com

European Union Air Traffic – from National to Global

Abstract: *Process of liberalization of European air space was falling behind the widening of commerce freedoms in other air traffic branches on the EU soil. Reasons for this should, first and foremost, be looked for in the political sensitivity of Member States and their unwillingness to give up sovereignty on their aerial territories. It wasn't until the end of 80's in last century that the European Community started to envision packages of laws that would lead to liberalization of European air space, and ultimately to the creation of Single European Sky policies. After achieving a single aviation market without obstacles in freedom of transport and competition, in the last decade the Union went one step further by "exporting" their law packages to neighboring non-member countries, aiming to spread their influence to air space beyond their own borders. This is how, in 2006, Republic of Serbia was found amongst a group of countries that, together with the European Union, signed the Agreement on a unique airspace (also known as European Common Aviation Area). Since the application of this treaty has not yet come to life, the open question of its final effects remains, meaning if the political interests will gain advantage over undoubted economic benefits a treaty of this nature offers to its member states.*

Keywords: *liberalization, single aviation market, European Union, ECAA agreement.*

Datum prijema rada: 03.11.2017.

Pregledni članak 343.55-058.6
doi:10.5937/zrpfns51-15741

Mirjana S. Sredojević, student doktorskih studija
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
mirjana.sredojevic43@gmail.com

ŽRTVE KRIVIČNOG DELA NASILJE U PORODICI

Sažetak: *Razumevanje žrtava krivičnog dela nasilje u porodici veoma je važno kako zbog poboljšanja njihovog položaja i što efikasnije zaštite porodice i njenih članova, tako i radi adekvatnog kažnjavanja učinioca. Imajući u vidu specifičan odnos učinioca i žrtve, izvršenjem ovog krivičnog dela ne krše se samo fundamentalna prava članova porodice, već se dira i u njihova najdublja osećanja. Zbog toga žrtve krivičnog dela nasilje u porodici spadaju u kategoriju posebno osetljivih žrtva i klasifikuju se spram njihovog odnosa sa učiniocem. Nepostojanje jednoznačnog tumačenja pojmova žrtva i oštećeni, kao i njihovo često poistovećivanje (kako na domaćem tako i na međunarodnom planu), podstaklo je autora da ukaže na potrebu pojmovnog razgraničenja ovih termina. Na ovaj način bi se otklonila konfuzija koja postoji kako na nivou istog zakona tako i između različitih propisa koji regulišu ovu oblast. Osim toga, njihovo razgraničenje usko je povezano i sa definisanjem pasivnog subjekta, kojeg kada je u pitanju krivično delo nasilje u porodici, čine lica kojima zakon priznaje svojstvo članova porodice. U radu je takođe dat prikaz faktora viktimizacije i ukazano je na viktimogene predispozicije žrtava i na posledice koje prouzrokuje krivično delo nasilje u porodici.*

Ključne reči: *žrtva, oštećeni, pasivni subjekt, krivično delo nasilje u porodici.*

1. UVOD

Poslednjih godina smo svedoci značajne ekspanzije promena unutar porodice, od kojih neke zahtevaju intevenciju države. Tako je potreba za efikasnijom zaštitom porodice i njenih članova dovela je do propisivanja nasilja u porodici kao posebnog krivičnog dela. U Republici Srbiji nasilje u porodici je prvi put inkri-

minisano članom 118a donošenjem Zakona o izmenama i dopunama KZ RS[1] iz 2002. godine. Stupanjem na snagu Krivičnog zakonika[2] iz 2006. godine, smešteno je u glavu protiv braka i porodice i regulisano članom 194, uz neke kasnije izmene. S obzirom na to da nasilje u porodici u svom opisu sadrži elemente bića pojedinih krivičnih dela iz grupe krivičnih dela protiv života i tela i protiv sloboda i prava čoveka i građanina, uvođenjem krivičnog dela nasilje u porodici, žrtvama nasilja u porodici je pružena dodatna, pojačana zaštita.

Iako je moderna porodica donela sa sobom mnoštvo promena koje su rezultirale većim stepenom poštovanja prava njenih članova, doprinela je i izraženom slabljenju porodične solidarnosti, jačanju individualnosti i sve većem otuđenju između članova porodice. Kako je interes države očuvanje porodice, potrebno je krivičnopravne mere primeniti samo kada je to zaista neophodno, jer porodica je ta koja najviše strada. Očuvanjem prava članova porodice putem krivičnog prava, dolazi do kažnjavanja učinioca, što se uglavnom odražava na porodicu kao dotadašnju zajednicu učinioca i žrtve. Zato je neophodno ovakvu intervenciju države svesti na one slučajeva kada se putem drugih institucija ne može pružiti zaštita, jer nekada zbog odlaska učinioca u zatvor preostali članovi mogu trpeti više štete nego koristi. Treba voditi računa da borći se za prava njenih članova, porodica ne bude žrtvovana i da krivično delo nasilje u porodici ne potkopa samo sebi temelje na kojima je nastalo, a to je prvenstveno zaštita porodice.

2. POJMOVNO RAZGRANIČENJE ŽRTVE I OŠTEĆENOG

Naše krivično zakonadavstvo ne definiše pojam žrtve, dok je definicija oštećenog data samo u Zakoniku o krivičnom postupku[3]. Takvo stanje dovodi do čestog poistovećivanja pojma žrtve i oštećenog i definisanja žrtve kao lica čije je lično ili imovinsko pravo ugroženo ili povređeno krivičnim delom[4], što shodno članu 2 tačka 11 našeg ZKP-a čini definiciju oštećenog. Međutim, ovakva definicija ne obuhvata slučajeve kada nema krivičnog dela (npr. samoubistvo) ili slučajeve žrtava nekih nesreća ili prirodnih katastrofa (npr. poplave, požari). Zbog toga žrtvom treba smatrati svakog ko je ugrožen, povređen, odnosno onog koji strada, bilo kao posledica čina ili propusta drugog, bilo da je uzrok stradanja neka prirodna katastrofa ili nesreća ili posledica krivičnog ili drugog kažnjivog dela. U ovom raduće biti reči o žrtvama koje su to postale trpeći posledice kriminalnog ponašanja, od-

[1] Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakona Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 10/2002.

[2] Krivični zakonik – KZ, *Sl. glasnik RS,* br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

[3] Zakonik o krivičnom postupku – ZKP, *Sl. glasnik RS*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

[4] Vid. Zvonimir Šeparović, *Viktimologija, studije o žrtvama*, Zagreb 1985, 20.

nosno o žrtvama krivičnog dela nasilje u porodici, što prouzrokuje stradanje članova porodice, porodice i najšire posmatrano društva u celini.

Uprkos tome što Krivični zakonik ne poznaje izraz žrtva kao opšti institut i ne definiše njegovo značenje, zakonodavac mu pridaje poseban značaj i izdvaja ga u okviru odredbi o: pravilima o odmeravanju kazne gde odnos prema žrtvi krivičnog dela navodi kao jednu od okolnosti koje utiču da kazna bude manja ili veća (čl. 54); zaštitnom nadzoru i njegovoj sadržini (čl. 72 i 73), izricanju sudske opamene, gde je odnos prema žrtvi jedna od okolnosti koju sud naročito uzima u obzir (čl. 77 st. 4) i u okviru odredbi o krivičnom delu trgovine ljudima (čl. 388). KZ ne definiše ni pojam oštećenog, ali ga posebno izdvaja u odredbama koje se odnose na: kaznu zatvora, navodeći da se osuđenom za krivično delo protiv braka i porodice koji živi sa oštećenim u istom porodičnom domaćinstvu ne može odrediti izvršenje kazne zatvora na način propisan u stavu 5 tog člana (čl. 45 tač. 7); poravnanje učinioca i oštećenog (čl. 59), produženo krivično delo (čl.61), mere bezbednosti i uslove za njihovo izricanje (čl. 79 tač. 10 i čl. 80 tač. 6), meru zabrane približavanja i komunikacije sa oštećenim (čl. 89a), zaštitu oštećenog u vezi sa imovinskopravnim zahtevom (čl. 91), kao i u okviru odredaba koje se tiču krivičnih dela laka telesna povreda (čl. 121), iznošenje ličnih i porodičnih prilika (čl. 172), uništenje i oštećenje tuđe stvari (čl. 212), zelenaštvo (čl. 217), neovlašćeno iznošenje i unošenje kulturnog dobra (čl. 221a) i oštećenje poverilaca (čl. 233). ZKP osim što definiše pojam oštećenog, sadrži posebnu glavu koja se odnosi na oštećenog i njegovu ulogu kao tužioca, kao oštećenog sa predlogom za krivično gonjenje, privatnog tužioca, svedoka i lica koje je podnelo imovinskopravni zahtev (čl. 50-67).

Kao što vidimo, u našem zakonodavstvu postoji izvesna konfuzija prilikom upotrebe termina žrtve i oštećenog, pa čak i neujednačenost terminologije na nivou istog zakona. Tako Krivični zakonik poznaje i termin oštećeni i termin žrtva, dok Zakonik o krivičnom postupku i Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica poznaju samo termin oštećeni. Zanimljivo je što engleska verzija Krivičnog zakonika[5] poznaje samo termin žrtva *(victim),* dok engleska verzija ZKP-a[6] sadrži veran prevod sa srpskog jezika i koristi samo termin oštećeni *(injured party).*

Procesni zakoni pojedinih država prave razliku između pojmova oštećeni i žrtva i u samom zakonu daju njihove definicije. Tako npr. švajcarski savezni Zakonik o krivičnom postupku[7] predviđa da je oštećeni lice čija su prava neposredno povređena krivičnim delom i lice koje ima svojstvo za podnošenje krivične tužbe

[5] Criminal Code of the Republic of Serbia, *Official Gazette of RS*, Nos. 85/2005, 88/2005, 107/2005 with added amendments from 31 August and 29 December 2009 and 24 December 2012.

[6] Criminal Procedure Code of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 and 55/2014.

[7] Swiss Criminal Procedure Code, dostupno na: *https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20052319/index.html*, 29. novembar 2017. godine.

(čl. 115), dok se žrtvom smatra oštećeni krivičnim delom koji je pretrpeo neposrednu povredu svog fizičkog, psihičkog ili seksualnog integriteta (čl. 116). Osim toga, u čl. 117 predviđena su prava koja uživa žrtva. Zakon o kaznenom postupku Republike Hrvatske[8] žrtvu krivičnog dela određuje kao fizičko lice koje je zbog učinjenog krivičnog dela pretrpelo fizičke i duševne posledice, imovinsku štetu ili bitnu povredu osnovnih prava i sloboda i navodi da se žrtvom smatraju i bračni i vanbračni drug, životni partner ili nefrmalni životni partner, te potomak, a ako njih nema predak, brat i sestra osobe čija je smrt prouzrokovana krivičnim delom i osoba koju je ona po zakonu bila dužna da izdržava (čl. 202 tač. 11), dok je oštećeni žrtva krivičnog dela i osoba na čiju je štetu krivično delo učinjeno, a učestvuje u svojstvu oštećenog u krivičnom postupku (čl. 202 tač. 12). Osim toga, u čl. 43-50 sadržane su odredbe koje se tiču žrtve i njenih prava, dok čl. 51-54 sadrže odredbe koje se odnose na oštećenog i njegova prava u krivičnom postupku.

Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici [9] u članu 3 daje definiciju nasilja nad ženama (tač. a) i nasilja u porodici[10] (tač. b), dok tačka d predviđa da je „žrtva“ svako fizičko lice koje je izloženo ophođenju opisanom pod tačkama a i b. U Deklaraciji o osnovnim principima pravde u vezi sa žrtvama kriminalnih radnji i žrtvama zloupotrebe vlasti[11] usvojenoj od strane UN 1985. godine, navodi se da se pod žrtvom podrazumevaju lica koja su pojedinačno ili kolektivno pretrpela štetu, uključujući telesne i duševne povrede, emocionalnu patnju, materijalni gubitak ili znatno ugrožavanje osnovnih prava putem činjenja ili nečinjenja koja predstavljaju kršenje krivičnih zakona države članice ili predstavljaju kršenje međunarodno priznatih normi o ljudskim pravima. Takođe se ističe da se lice može smatrati žrtvom bez obzira da li je učinilac krivičnog dela identifikovan, pritvoren, krivično gonjen ili osuđen kao i bez obzira na srodstvo učinioca i žrtve, pri čemu pojam žrtve obuhvata i bliske srodnike žrtve i lica koja žrtva izdržava, kao i osobe koje su pretrpele štetu u pokušaju da pomognu žrtvama u nevolji ili da spreče viktimizaciju. Direktiva 2012/29/EU[12] Evropskog parlamenta i Saveta od 25. oktobra 2012. godine o minimalnim standardima prava, podrške i zaštite žrtava krivičnih dela navodi u

---

[8] Zakon o kaznenom postupku Republike Hrvatske, *„Narodne novine“,* br. 152/08, 76/09.

[9] Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 12/2013.*

[10] Nasilje u porodici predstavlja svako delo fizičkog, seksualnog, psihičkog odnosno ekonomskog nasilja do kojeg dođe u porodici ili domaćinstvu odnosno između bivših odnosno sadašnjih supružnika odnosno partnera, nezavisno od toga da li učinilac deli ili je delio domaćinstvo sa žrtvom.

[11] Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime an Abuse of Power, General Assembly, res. 40/34, dostupno na: *http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm,* 29. novembar 2017. godine.

[12] Dostupno na: *https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/directive_2012_29_eu_1.pdf,* 29. novembar 2017. godine.

članu 2 da izraz žrtva obuhvata fizičko lice koje je pretrpelo štetu, uključujući i fizičke, mentalne ili emocionalne povrede ili ekonomski gubitak koji je direktno prouzrokovan krivičnim delom, kao i članove porodice lica čija smrt je direktno prouzrokovana krivičnim delom, a koji su pretrpeli štetu zbog smrti tog lica.

Kada je u pitanju krivično delo nasilje u porodici posebno je važno uskladiti zakonsku terminologiju koja se tiče žrtve i oštećenog, jer podzakonski akti koji se donose u ovoj oblasti, uglavnom pominju žrtvu kao lice koje je potrebno zaštiti, dok krivično zakonodavstvo poznaje pojam pasivnog subjekta, žrtve i oštećenog, a procesni zakon poznaje samo pojam oštećenog. Uz to, postoje i predlozi da se uvede termin „preživeli", dok je ukoliko je nasilje u porodici prouzrokovalo najtežu posledicu – smrt člana porodice, najprikladnije oštećene nazvati ožalošćenima. Imajući u vidu pozitivno zakonodavstvo, u ovom slučaju pasivni subjekt je lice koje je preminulo, a oštećeni su bliski srodnici kojima krivičnoprocesne odredbe pružaju tu legitimaciju. Ovde se pasivni subjekt – žrtva razlikuje od oštećenog, koji je širi pojam. Iz navedenog proizlazi da posmatrajući člana porodice kao lice koje je pretrpelo posledicu krivičnog dela, on predstavlja pasivnog subjekta posmatrano iz ugla krivičnog prava, dok bi se u kriminologiji i kriminalistici smatrao žrtvom krivičnog dela, a u krivičnoprocesnom pravu bi bio oštećeni. Tako je izraz žrtva više materijalnopravne i kriminološke prirode, a izraz oštećeni formalnopravne prirode. Zbog svega navedenog, neophodne su izmene aktuelnih zakonskih propisa. Potrebno je ili opredeliti se za rešenja slična zakonodavstvima stranih država koja daju definicije oštećenog i žrtve u samom tekstu zakona ili se po uzoru na međunarodne dokumente (koji nasuprot našem zakonadavstvu pod pojam žrtve podvode i bliske srodnike, dok je kod nas to slučaj sa oštećenim) opredeliti za jedan od navedenih pojmova. Osim toga, moguće je i uvesti jedan novi, zajednički pojam koji bi se koristio u svim propisima koji se tiču porodičnog nasilja i koji bi bio zajednički imenitelj za sve članove porodice kao lica koja su pretrpela posledice ovog krivičnog dela.

3. PASIVNI SUBJEKT KRIVIČNOG DELA NASILJE U PORODICI

Krivično delo nasilje u porodici spada u dela iz grupe ličnih krivičnih dela (*delicta propria*), odnosno može ga učiniti lice sa određenim ličnim svojstvom, pri čemu i pasivni subjekt mora imati to svojstvo. Tačnije između učinioca i pasivnog subjekta mora postojati određeni odnos – odnos članova porodice. Mada se u zakonu koristi izraz „Ko upotrebom sile...", koji dozvoljava mogućnost da izvršilac može da bude bilo koje lice, takvo tumačenje ne bi odgovaralo duhu ovog propisa, pa bi trebalo smatrati da je izvršilac lice koje takođe pripada istoj porodici.[13]

[13] Milan Škulić, *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, Dosije, Beograd 2003, 389.

Savremeni zakoni izbegavaju da definišu porodicu, što je slučaj i u našem zakonodavstvu, koje samo nabraja lica koja čine članove porodice. Tako shodno članu 197 stav 3 Porodičnog zakona[14], članovi porodice su: supružnici ili bivši supružnici, deca, roditelji i ostali srodnici, lica u tazbinskom i adoptivnom srodstvu, odnosno lica koje vezuje hraniteljstvo, lica koja žive ili su živela u istom porodičnom domaćinstvu, vanbračni partneri ili bivši vanbračni partneri, lica koja su bila ili su još uvek u emotivnoj ili seksualnoj vezi, odnosno koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno, iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu. KZ u članu 112 tačka 28 navodi da se članovima porodice smatraju: supružnici, njihova deca, preci supružnika u pravoj liniji krvnog srodstva, vanbračni partneri i njihova deca, usvojilac i usvojenik, hranilac i hranjenik. Članovima porodice smatraju se i braća i sestre, njihovi supružnici i deca, bivši supružnici i njihova deca i roditelji bivših supružnika, ako žive u zajedničkom domaćinstvu, kao i lica koja imaju zajedničko dete ili je dete na putu da bude rođeno, iako nikada nisu živela u istom porodičnom domaćinstvu. Imajući u vidu ovakvo određenje, moglo bi se zaključiti da krivično zakonodavstvo ne pruža zaštitu bivšim supružnicima koji ne žive u zajedničkom domaćinstvu, precima vanbračnih partnera, bivšim vanbračnim partnerima i njihovoj deci i roditeljima, pa čak i kada žive u zajedničkom domaćinstvu. Ostaje nejasno zašto je zakonodavac predvideo ovakvo rešenje, kada prekid zajednice života ne mora značiti i prekid nasilja. Pohvalno je rešenje ZKP-a koji uvodi „drugu trajnu[15] zajednicu života", definišući je kao zajednicu dva lica koja po trajanju i uzajamnim obavezama ima odlike porodičnog života. Međutim, imajući u vidu napred navedene odredbe KZ-a, zapažamo da KZ ne ubraja i ova lica u članove porodice, pa bi se moglo postaviti pitanje da li to znači da ta lica ne uživaju krivičnopravnu zaštitu. Osim toga, naš aktuelni Porodični zakon priznaje samo brak i vanbračnu zajednicu kao institucije kojima pruža zaštitu. Ukoliko bi se pošlo od tumačenja da bi se licima iz „druge trajne zajednice života" zaštita mogla pružiti posredstvom zaštite koju uživaju vanbračni partneri, onda se postavlja pitanje definisanja vanbračne zajednice. ZKP u članu 2 tačka 24 definiše vanbračnu zajednicu kao trajnu zajednicu života određenu **zakonom**, i kao zajednicu u kojoj je rođeno zajedničko dete bez obzira na njeno trajanje. Zakon koji bi trebalo da pruži odgovor na ovo pitanje je Porodični zakon, kao osnovni zakon koji definiše porodicu i porodične odnose. Tako se u članu 4 PZ-a navodi da je vanbračna zajednica trajnija zajednica života žene i muškarca, između kojih nema bračnih smetnji (vanbračni partneri). Imajući u vidu ovakvu definiciju, jasno je da se posredstvom vanbrač-

[14] Porodični zakon – PZ, *Sl. glasnik RS*, br. 18/2005 i 72/2011 – dr. zakon.

[15] Zakonodavac je ovde verovatno mislio na „trajniju" zajednicu, kako to predviđa i PZ kada daje definiciju vanbračne zajednice. Ukoliko je pak zakonodavac zaista mislio na trajnu zajednicu, mogla bi se povesti neiscrpna polemika o trajnosti bilo koje zajednice, posebno imajući u vidu današnje odnose i izmenjene sisteme vrednosti.

ne zajednice ne može pružiti zaštita i licima iz druge trajne zajednice života, jer je zakonodavac u ZKP uneo ovaj vid zajednice upravo kako zajednica lica istog pola ne bi ostala bez zaštite. Moglo bi se ići korak dalje, pa smatrati ova lica licima koja su u emotivnoj ili seksualnoj vezi (kojim licima PZ pruža zaštitu). Međutim, KZ ne podvodi ova lica pod članove porodice, pa bi ona i u ovom slučaju ostala uskraćena za krivičnu zaštitu. Osim toga, shodno ZKP-u, vanbračnu zajednica je i zajednica u kojoj je rođeno zajedničko dete, pa se tek imajući u vidu ovu konstrukciju čini nemogućim licima iz trajne zajednice života crpiti zaštitu iz odredaba koje se odnose na vanbračnu zajednicu. Kao što vidimo, u našem zakonodavstvu je prisutan nesklad ne samo između dva osnovna zakona iz različitih oblasti koji regulišu nasilje u porodici, već i kada je u pitanju samo krivičnopravna oblast. Zbog ovog nesklada dolazimo do situacije da jedno isto lice može ostvariti porodičnopravnu zaštitu u skladu sa PZ-om, ali ne i krivičnopravnu zaštitu u skladu sa KZ-om, jer prema krivičnopravnim odredbama nema svojstvo člana porodice. Stoga bi u narednom periodu trebalo izvršiti izmene zakonodavstva u pravcu ujednačavanja zakonskih rešenja koja se tiču definisanja lica koja čine članove porodice, a do tada u zavisnosti od toga da li je reč o krivičnopravnoj ili porodičnopravnoj zaštiti, u svakom konkretnom slučaju primeniti odredbe odgovarajućeg zakona.

Osim toga, mogla bi se razmotriti mogućnost uvođenja zakonodavnog rešenja sličnog onom koje sadrži Kazneni zakon Hrvatske[16], koji u svom tekstu daje definiciju ne samo članova porodice (kao naš KZ), već i vanbračnog druga i neformalnog životnog partnera, na koji način objedinjuje sve definicije u jednom zakonu, za razliku od našeg zakonodavstva, gde KZ sadrži samo definiciju članova porodice (u koje ne ubraja lica iz „druge trajne zajednice života“ koju uvodi ZKP), dok ZKP definiše drugu trajnu zajednicu (kojoj je pandan hrvatska neformalna životna zajednica) i vanbračnu zajednicu, ali ne i članove porodice. Lica koja hrvatsko zaknodavstvo podvodi pod članove porodice najsličnija su licima koje naš ZKP u članu 94 navodi kao lica koja su oslobođena dužnosti svedočenja zbog postojanja određene veze sa okrivljenim, pa bi trebalo razmotriti usvajanje takvog rešenja i kada je u pitanju definisanje članova porodice. Tim licima bi tre-

[16] Kazneni zakon Republike Hrvatske, *„Narodne novine“*, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17 https://www.zakon.hr/z/98/kaznenizakon, 28. novembar 2017. godine. U članu 87 hrvatskog Kaznenog zakona predviđeno je da su članovi porodice bračni i vanbračni drug, životni partner ili neformani životni partner, njihova zajednička deca te deca svakog od njih, srodnik po krvi u pravoj liniji, srodnik u pobočnoj liniji zaključno do trećeg stepena, srodnici po tazbini do zaključno drugog stepena,usvojilac i usvojenik. Uz to, kako shodno čl. 179a zaštitu uživaju i bliske osobe, u čl. 87 tač. 9 se navodi da su bliske osobe članovi porodice, bivši bračni ili vanbračni drug, bivši životni partner ili neformani životni partner, osobe koje imaju zajedničko dete i osobe koje žive u zajedničkom domaćinstvu. Osim toga, u KZ-u je data i definicija vanbračnog druga (koja definicija je identična našem rešenju) i neformalnog životnog partnera, koji predstavlja osobu koja živi u istopolnoj zajednici koja ima trajniji karakter.

balo dodati još bivše bračne, vanbračne i partnere iz druge trajne zajednice života bez obzira na okolnost da li žive u zajedničkom domaćinstvu, zajedničku decu, kao i hranitelja i hranjenika.

4. POJAM I FAKTORI VIKTIMIZACIJE ŽRTAVA NASILJA U PORODICI

Viktimizacija podrazumeva proces putem kojeg neko postaje žrtva. Primarna viktimizacija porazumeva povredu ili štetu, kao i bol i patnju koje je žrtva preživela u toku izvršenja krivičnog dela odnosno nesreće. Pored primarne viktimizacije, žrtve kriminaliteta najčešće trpe i sekundarnu viktimizaciju. Ona predstavlja ponovno preživljavanje „traume" ili štete kroz negativnu reakciju socijalne sredine i kroz neadekvatnu ili čak pogrešnu reakciju organa gonjenja i ostalih državnih institucija koje nakon zločina dolaze u kontakt s žrtvom. S obzirom na prirodu zločina i blisko srodstvo ili odnos sa učiniocem, sekundarnoj viktimizaciji posebno su izložne žrtve nasilja u porodici, pa je zato potrebno osnažiti ih da prijave krivično delo, pružiti im podršku i uliti poverenje u sistem i rad pravosudnih organa. Osim toga, žrtva je i važno dokazno sredstvo i izvor saznanja o učinjenom krivičnom delu, pa upravo od njene spremnosti da prijavi učinioca i delo u velikoj meri zavisi postupanje institucija i procesuiranje učinioca. Rezultati istraživanja koja su vršena u vezi sa prijavljivanjem krivičnih dela od strane žrtve pokazuju da je žrtva utoliko manje spremna da prijavi krivično delo ukoliko je uži odnos između nje i učinioca i ukoliko je sama doprinela izvršenju krivičnog dela.[17]

S obzirom na mnoštvo viktimogenih faktora, različitih osobina ličnosti i okolnosti slučaja koji utiču da neko lice bude viktimizirano, svako lice je izloženo opasnosti da postane žrtva. Ta opasnost se u viktimologiji naziva rizik viktimizacije i zavisi od viktimogenih predispozicija, ali i od ponašanja nekog lica, zbog čega se govori o doprinosećem ponašanju žrtve u odnosu na sopstvenu viktimizaciju.[18] Žene, deca i stare osobe su zbog specifičnih osobina ličnosti najiloženiji riziku viktimizacije koja se odvija u porodici. Rizik viktimizacije kojem su izložene pojedine žene određen je sveukupnošću njihovih bio-psiholoških, psiholoških

[17] Hanch Joachim Schneider, *Victimologie*, Tubingen, 1975, p.32, nav. prema: Vesna Nikolić-Ristanović, Položaj i uloga žrtve u otkrivanju krivičnog dela i utvrđivanja njegovog postojanja u krivičnom postupku, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1982/3, 259. Pretpostavka je da je autor ovde pod pojmom „uži" mislio na bliskiji odnos između žrtve i učinioca, u smislu stepena bliskosti, pri čemu kada je u pitanju krivično delo nasilje u porodici, bliži stepen srodstva ne mora nužno značiti i veću bliskost između žrtve i učinioca.

[18] Miomira Kostić*, Dete kao žrtva kriminaliteta*, magistarska teza, Pravni fakultet, Univerzitet Novi Sad 1995, 84.

i socijalnih obeležja, načinom života koji iz njih proističe, situacionim faktorima, njihovim odnosima s potencijalnim učiniocima krivičnih dela i ponašanjem prema njima.[19] Od bio-psiholoških karakteristika navode se starost, pol, duševna oboljenja, duševni poremećaji, duševna zaostalost, fizička konstitucija i izgled, trudnoća, i alkoholisanost. Psihološka obeležja koja čine ženu podobnom za viktimizaciju su: agresivnost, drskost, povodljivost, „nizak stepen samopoštovanja, negativno mišljenje o sebi, pomanjkanje samopouzdanja i depresivnost, prihvatanje stereotipne ženske uloge i naučenost da bude poslušna, podređena, ponižena, zahvalna, zavisna, tiha, nesebična itd"[20]. Među socijalnim obeležjima koja mogu uticati na izloženost žene riziku viktimizacije su: bračno stanje i broj dece, školska sprema, zanimanje, zaposlenost, socijalna izolovanost, socijalna neadaptiranost, pripadnost određenoj naciji, asocijalno ponašanje i ranije viktimizacije.[21]

Naročita opasnost od izloženosti sekundarnoj viktimizaciji postoji prilikom ispitivanja dece kao oštećenih krivičnim delom, pa je zato neophodno obazrivo postupanje i rukovođenje najboljim interesom deteta. Reaktivacija doživljene traume može da dovede do povećane osetljivosti u kasnijem životu.[22] To znači da procena potrebe za svedočenjem deteta treba da počiva na odmeravanju koristi i štete za dete u poređenju sa zaštitom opšteg dobra i potrebe da učinioci krivičnih dela budu kažnjeni.[23] Zato se smatra korisnim da takvom ispitivanju prisustvuje pedagog ili drugo stručno lice, kao i mogućnost privremenog udaljenja okrivljenog prilikom ispitivanja deteta kao oštećenog, posebno imajući u vidu njihov blizak odnos u slučaju nasilja u porodici, zatim ispitivanje putem interne televizije, posebna stručna osposobljenost lica koja učestvuju u postupku u radu sa maloletnicima, kao i naročito obazrivo postupanje medija prilikom obelodanjivanja podataka i fotografija o ovakvim predmetima[24] (posebno ako se ima u vidu velika zainteresovanost javnosti za slučajeve nasilja u porodici).

5. POSLEDICE NASILJA U PORODICI

Nasilje u porodici, kao i bilo koji drugi delikt nasilja, ostavlja prvenstveno posledice na fizički integritet. Međutim, posledice se mogu odraziti i na psihički integritet. Poljuljan osećaj sigurnosti, sniženo samopouzdanje i samopoštovanje,

[19] Tijana Kostić, *Psihologija žrtava nasilja u porodici*, master rad, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2009, 31.

[20] Vesna Nikolić-Ristanović, *Žene kao žrtve kriminaliteta*, Beograd 1989, 100.

[21] T. Kostić, 33.

[22] Snežana Brkić, „Posebna zaštita dece i maloletnika kao oštećenih i svedoka u krivičnom postupku – uporednopravni pristup", *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad 2006, br. 2, 432 *Ibid*., 433.

[23] *Ibid*., 433.

[24] Vid. više S. Brkić, 434-444.

napetost, nemir, stalna strepnja i strah od ponovnog povređivanja, strah za sebe, za decu, druge članove porodice, stid i sramota, krivica, samozanemarivanje, osećanje bespomoćnosti i beznadežnosti, depresivnost, anksioznost, napadi panike, suicidne ideje, poremećaje spavanja, poremećaji u ishrani, nedostatak tolerancije i strpljenja, zloupotreba alkohola, zavisnost od lekova, destruktivno ponašanje prema drugima, su karakteri stične posledice nasilja u prodici. Udruženo sa tim, sreću se i brojne promene u socijalnom funkcionisanju, kao što su povlačenje i zatvaranje u sebe, strah od ulaska u nove partnerske odnose, prekid kontakta sa prijateljima i rodbinom, gubitak socijalnih aktivnosti i sl. Patrijarhalno uređenje, vremenom stvara svesna uverenja da je nasilje nužno trpeti i zbog potrebe da se neguje idilična slika porodičnog sklada, pri čemu se očuvanje izgleda srećne porodice prema spoljnom svetu smatra obavezom.[25] Žrtve koje zapadaju u ovu vrstu osećanja, odluke o odlučnom prekidu s partnerom donose teško; postoji osećanje nadolazeće i neizbežne katastrofe; preokupiranost sopstvenim greškama ili manama; evidentna preterana samokritičnost sa bezrazložnim samoosuđivanjem.[26]

Iako su najvidljivije posledice po samu žrtvu, negativne posledice nasilja u porodici zahvataju i porodicu, pa i društvo. Formiranje ličnosti odvija se prvenstveno u porodici kao primarnoj ljudskoj zajednici u kojoj se individua susreće sa uslovima društveno-kulturnog života, koji joj određuje okvir u kojem se može razvijati kao ličnost".[27] Nesklad u bračnim odnosima višestruko se odražava na porodične krize, zlostavljanje među članovima, kao i na emocionalni i vaspitni razvoj i socijalizaciju dece.[28] Osim što nasilje u porodici ugrožava porodičnu stukturu, deca koja su bila izložena nasilju, odnosno posmatranju nasilja između roditelja, mogu usvojiti nasilni model komunikacije i rešavanja interpersonalnih konflikata, čime se nasilje u društvu reprodukuje i prenosi na nove veze i buduće odnose. Zbog toga je veoma važno u primarnoj porodici uspostaviti odnos zasnovan na podršci i razumevanju, jer „ljudi koji su sigurni u sebe, koji su dovoljno samosvesni, hrabrije se suočavaju sa spoljnim svetom, različitim izazovima, pa i izazovima različitih nasilnih krivičnih dela".[29] Deca koja su svedoci zlostavljanja skloni su depresiji i psihičkim poremećajima i stiču sklonost da i sami budu fizički nasilni u kasnijem periodu.[30] Uz to, neadekvatno zadovoljenje potreba dece u najranijem detinjstvu se može štetno odraziti na njihovu ličnost, mentalno zdravlje, doživljavanje sebe i sveta oko sebe i kvalitet odnosa sa ljudima koji ih okružuju. Usled viktimizacije dece može doći i do različitih poremećaja u njihovom psihič-

[25] Milo Bošković, „Porodični faktori kriminaliteta i porodično nasilje", *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad 2010, br. 3, 129.

[26] *Ibid.,* 130.

[27] M. Kostić, 14.

[28] M. Bošković, 119.

[29] Jovan Ćirić, *Tužioci i žrtve*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2009, 68.

[30] M. Bošković, 130.

kom razvoju: poremećaji hranjenja, spavanja, mokrenja, psihomotorke, psihoseksualnog razvoja, agresivnost, stanja neuroza, depresije, histerično ponašanje, kao i razna psihosomatska oboljenja. Deca-žrtve porodičnog nasilja, pored toga, često ispoljavaju poremećaje u socijalnom funkcionisanju, što se ispoljava kroz preteranu agresivnost ili pak izuzetnu bojažljivost, nesigurnost, povučenost, izolovanost.[31]

6. TIPOLOGIJA ŽRTAVA NASILJA U PORODICI

Široko definisanje kruga članova porodice uslovilo je postojanje različitih tipologija žrava nasilja u porodici. Tako postoji nasilje nad ženama i muškarcima, koje se može javiti u braku, vanbračnoj zajednici, istopolnoj vezi, nasilje nad decom, starim licima i ostalim članovima porodice.

Posmatrano sa aspekta rodne pripadnosti, prema podacima koji se odnose na 2012. godinu, među žrtvama nasilja najviše je žena, čak 68,1% ili više od dve trećine, i to pre svega, odraslih žena, koje čine trećinu od ukupnog broja žrtava.[32] Kada govorimo o nasilju u porodici, odnosno nad ženama, statistički podaci govore da je svaka treća žena u Srbiji žrtva fizičkog, svaka druga žena žrtva psihičkog nasilja u porodici, a u 74.8% slučajeva nasilnik je njen sadašnji ili bivši muž. Ono što još više zabrinjava jeste da se policiji u Srbiji prijavljuje samo 16,5% slučajeva nasilja u porodici.[33]

Nasilje u vanbračnim zajednicama odlikuju karakteristike nasilja u braku, uz specifičnost da učinilac i žrtva nisu u bračnoj zajednici. Shodno tome, ovaj vid nasilja bismo mogli definisati kao bilo koji vid fizičkog, psihičkog, ekonomskog i seksualnog nasilja ili vršenja prinude od strane muškarca nad ženom i žene nad muškarcem između kojih postoji trajnija zajednica života uspostavljena u skladu sa zakonom.

Studije o lezbejskim parovima pokazuju da nasilje u ovim vezama varira od 17% do 73%, pri čemu je najzastupljenije emocionalno nasilje (65% do 90%), dok je fizičko nasilje zastupljeno u procentu od 8% do 60%, a seksualno od 5% do 57%. Studije o gej vezama pokazuju da prijavljeno fizičko nasilje varira od 11% do 47%, a seksualno nasilje od 12% do 55%.[34] Učinioci nasilja u homoseksualnim

---

[31] T. Kostić., 44.

[32] Sintetizovani izveštaj o radu centara za socijalni rad u Srbiji za 2012. godinu, Republički zavod za socijalnu zaštitu, Beograd, jun 2013, 67, nav. prema: Gordana Kovaček-Stanić, Sandra Samardžić, „Novine koje donosi Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici", *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad 2014, br. 2, 94.

[33] Nav. prema Sandra Samardžić, „Pravni mehanizmi zaštite žena od nasilja u porodici i partnerskim odnosima na nivou Evropske unije i Srbije", *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad 2012, br. 4, 432.

[34] Vid. više na: *http://arhiv2012.labris.org.rs/zdravlje/egzistencija/1787-nasilje-u-lezbejskim-vezama.html*, 28. novembar 2017. godine.

vezama[35] koriste slične oblike zlostavljanja kao u heteroseksualnim vezama, s tim što su vrlo česte i pretnje o otkrivanju veze njihovoj porodici, prijateljima, poslodavcu itd.

O nasilju nad muškarcima nema jasnih podataka, jer su oni, zbog sterotipnog shvatanja muškaraca kao superiornijeg pola, kako ne bi bili izloženi podsmehu okoline, mnogo ređe spremni da otkriju identitet učinioca. Rezultati istraživanja obavljenog od strane Saveta Evrope su pokazali da je većina muškaraca trpela nasilje u porodici u dečijem dobu, dok je u manjem procentu bilo prisutno nasilje koje trpe od svojih partnerki. Sa druge strane, Fiebert u svojim istraživanjima navodi da su u gotovo svim kulturama žene agresivnije od svojih partnera, te da je svake 14. sekunde muškarac žrtva nasilja u braku.[36] Što se tiče karakteristika muškaraca kao žrtava, u pitanju su obično mlađi muškarci, češće vanbračni nego bračni partneri, muškarci koji su u čestom konfliktu i u drugim segmentima života (posao, prevoz), koji su u pocesu neke promene (smanjenje prihoda, gubljenje posla, prekovremeni rad i sl.) ili lica sa različitim poteškoćama (različiti stepeni i oblici invalidnosti i hendikepa).

Deca mogu biti kako direktne, tako i indirektne žrtve, kada su izložena nasilju koje se čini prema drugim članovima porodice. Nasilje prema deci predstavlja najteži vid ispoljavanja porodičnog nasilja, s obzirom na njihove fizičke i psihičke osobine i odnos poverenja koji gaje prema ostalim članovima porodice. Najveći procenat zlostavljane dece je na uzrastu 4-7 godina (28%), pri čemu se ne sme zanemariti ni učešće dece do 3 godine (17%), potom isti procenat zlostavljane dece nalazimo na uzrastu 8-11 i 12-15 godina (22,5), nakon čega dolazi do naglog opadanja.[37]

Internacionalna mreža za prevenciju zlostavljanja starih osoba (International Network for the Prevention if the Elder Abuse) usvojila je definiciju zlostavljanja starih osoba kao pojedinačan ili ponavljajući čin ili nedostatak odgovarajućeg postupanja, koje se dešava u bilo kojem odnosu očekivanja i poverenja, a koje uzrokuje štetu, bol, nepriliku ili nevolju staroj osobi.[38] Stare osobe uglavnom ne prijavljuju nasilje što zbog zavisnosti od učinioca, što zbog toga što često nisu ni svesne mogućnosti traženja zaštite ili toka same procedure. Zlostavljanje starih ljudi (*elder abuse*) prvi put je opisano u britanskim naučnim časopisima 1975. godine, pod terminom prebijanje bake (*granny battering*), dok je Kongres SAD

---

[35] Ove veze bi se mogle podvesti pod „drugu trajnu zajednicu života“ koju predviđa naš ZKP o čemu je u tekstu već bilo reči.

[36] S. Balić, D. Divanović, N. Ricijaš, „Nasilje i ubojstvo intimnih partnera“, *Kriminologija i socijalna integracija*, Zagreb 2001, br. l-2, 77, nav. prema: Milica Stanković, *Nasilje u braku i partnerskim odnosima*, Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu, 17.

[37] Nevenka Žegarac, *Deca koja čekaju*, Beograd 2004, 154.

[38] Milica Stanković, *Nasilje u braku i partnerskim odnosima*, Pravni fakutet, Univerzitet u Nišu, 25.

bio prvi zakonodavni organ u svetu koji je zlostavljanje starih ljudi proglasio socijalnim i političkim pitanjem.[39] Nasilje prema starim osobama se ispoljava u vidu fizičkog (udaranje, štipanje, uskraćivanje lekova, hrane i sl) i psihičkog nasilja (pretnje da će biti napušteni ili ostavljeni, preterano kritikovanje, socijalno izolovanje i zabranjivanje poseta), finansijske eksploatacije, seksualnog zlostavljanja i zanemarivanja.

7. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Kako je kriminalitet društvena pojava koja se menja u vremenu i prostoru, tako određena ponašanja koja su u datom vremenu na određenom stepenu razvoja društva štetna i zbog toga inkrimisana kao nedozvoljena, ne moraju to biti u kasnijoj fazi razvoja tog istog društva i obrnuto. Uz to, ponašanja koje se smatraju štetnim i nedozvoljenim u jednom društvu ne moraju to biti u drugom društvu, jer zavise od različitih socio-kulturnih obeležja, običaja određenog društva, koji u krajnjem i opredeljuju krivične zakonike. Tako je i sa nasiljem u porodici. Od pojave koja se smatrala privatnim problemom porodice, danas nailazimo na veoma ekstenzivna tumačenja nasilja u porodici.

Da bi propisivanje ovog krivičnog dela dalo efikasnu zaštitu, mora biti u skladu sa zakonima i podzakonskim aktima koji se odnose na tu materiju i imaju isti predmet zaštite. Zbog toga je pre svega u našem krivičnom pravu potrebno izvršiti određene korekcije koje se odnose na otklanjanje konfuzije prilikom upotrebe izraza žrtva i oštećeni, kako na nivou istog zakona, tako i između ostalih propisa koji regulišu oblast koja se tiče nasilja u porodici. Ovo bi doprinelo ujednačenom tumačenju pravnih normi, a samim tim i poboljšanju kvaliteta položaja žrtava i poštovanju njenih prava u krivičnom postupku. Uz to, ujednačavanje terminologije i zauzimanje jedinstvenog stava prilikom tumačenja ko se sve smatra članom porodice, odnosno pasivnim subjektom ovog krivičnog dela, doprinelo bi efikasnijoj zaštiti od nasilja u porodici, na koji način bi se sprečile štetne posledice po članove porodice, porodicu i u krajnjem, po samo društvo i učinioca.

[39] *Ibid.*, 23.

Mirjana S. Sredojević, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
mirjana.sredojevic43@gmail.com

Victims of Domestic Violence

Abstract: *Understanding the victims of domestic violence is very important because of the improvement of the position of victims and the most effective protection of the family and its members, and for the adequate punishment of the offender. Considering the specific relationship of the perpetrator and the victim, the perpetration of this criminal offense does not violate only the fundamental rights of family members, but also affects their deepest feelings. Because of that, the victims of the criminal offense of domestic violence fall into the category of particularly vulnerable victims and are classified according to their relationship with the perpetrator. The lack of an unambiguous interpretation of the terms of the victim and an injured party, as well as their frequent identification (both domestically and internationally), prompted the author to point out the need for a conceptual delimitation of these terms. In this way, the confusion that exists both at the level of the same law and between the various regulations in this field would be eliminated. In addition, their demarcation is closely related to the concept of a passive subject, made up of persons to whom the law gives the capacity of members of the family. The paper also provides victimization factors, victimization predisposition and the consequences of domestic violence.*

Keywords*: victim, injured party, passive subject, domestic violence.*

Datum prijema rada: 17.11.2017.

Pregledni članak 349.418
doi:10.5937/zrpfns51-15804

Jelena J. Tešanović, student doktorskih studija
Univerzitet u Novom Sadu
Pravni fakultet u Novom Sadu
jelena.j.tesanovic@gmail.com

NAČELO UPISA U REGISTAR NEPOKRETNOSTI SA OSVRTOM NA SUDSKU PRAKSU

Sažetak: *Cilj ovog rada je sagledavanje načela konstitutivnosti upisa u registar nepokretnosti sa aspekta pravne teorije i aktuelne sudske prakse. Uočavajući postojanje određenih tendencija da se, u manjoj ili većoj meri, odstupa od odredaba zakona koje regulišu ovu oblast, autor skreće pažnju na moguće posledice ovakve primene prava. Svrha načela upisa u javne knjige zapravo je u mogućnosti suprotstavljanja uknjiženih prava svim trećim licima, kako bi se obezbedilo njihovo dejstvo erga omnes, contra omnes. Taj princip je bitan i kada se upisom već postojeća prava samo publikuju, a pogotovo ako promena u pogledu prava tek nastaje upisom. U tom smislu, govori se o deklarativnom i konstitutivnom značaju upisa u registar nepokretnosti. U radu se ističe da načelo konstitutivnosti upisa treba dosledno primenjivati, onako kako to zakon i nalaže, u kontekstu ostalih načela katastra nepokretnosti i načela građanskog prava uopšte. Samo ovakvo postupanje sudova može obezbediti da zakon bude isti za sve, kao i vladavinu prava i neophodnu pravnu sigurnost.*

Ključne reči: *registar nepokretnosti, načelo upisa, konstitutivnost upisa, sticanje prava svojine, sudska praksa.*

1. NAČELA KATASTRA NEPOKRETNOSTI

„Pod načelima zemljišnoknjižnog prava podrazumevaju se najopštija pravila koja važe u ovoj oblasti“.[1] Neka od ovih načela su izričito bila predviđena propisima, dok su druga izvedena tumačenjem i uopštavanjem postojećih pravila i iz celine zemljišnoknjižnog prava.

[1] Miodrag Orlić u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo,* Beograd 1999, 327.

Po mišljenju nekih autora, pravila zemljišnoknjižnog prava, imajući u vidu razlike u broju i izboru načela, mogu se svesti na pet načela i to: načelo upisa (formalno načelo), načelo javnosti, načelo pouzdanja u zemljišne knjige, načelo prvenstvenog reda i načelo legaliteta.[2] Generalno možemo zaključiti da se pobrojanim načelima u našem pravu uglavnom daje karakter najopštijih pravila zemljišnoknjižnog prava.

Jedinstvena (faktička i pravna) evidencija nepokretnosti u vidu katastra nepokretnosti, u ovom momentu je jedina evidencija nepokretnosti u Republici Srbiji.[3] Katastar nepokretnosti zamenio je sve do tada postojeće evidencije. Naime, decenijama pre formiranja *tzv. integrisanog katastra*[4] u našoj zemlji paralelno su postojale tri evidencije nepokretnosti. Sistem zemljišnih knjiga postojao je u Vojvodini i u užem delu Srbije[5], dok je u južnoj Srbiji i na Kosovu još uvek važio tapijski sistem.[6] Zakon o premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima donet je još 1988. godine[7], međutim realizaciji tog propisa pristupilo se tek donošenjem Zakona o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima[8] 1992. godine.

Važeći Zakon o državnom premeru i katastru[9] stupio je na snagu 11. septembra 2009. godine i od tada je pretrpeo više izmena i dopuna. U ovom radu, prvenstveno ćemo se rukovoditi odredbama važećeg Zakona, te načelima katastra nepokretnosti, koja su njime ustanovljena.

Zakonom su predviđena sledeća načela[10]: načelo državnog premera, načelo upisa, načelo obaveznosti, načelo javnosti, načelo pouzdanja, načelo zakonitosti, načelo prvenstva i načelo određenosti.

Pobrojana načela razmotrićemo kratko i u osnovnim crtama, radi sveobuhvatnije analize konstitutivnog dejstva upisa u registar nepokretnosti.

Načelo državnog premera podrazumeva da se katastar nepokretnosti tj. faktičko stanje nepokretnosti zasniva na podacima državnog premera. Kako je pojam državnog premera širi u odnosu na pojam katastarskog premera, neki autori sma-

---

[2] Vid. M. Orlić, 328-343.

[3] Radenka Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti,* Novi Sad 2016, 47-52.

[4] Jedinstvena (pravna i faktička) evidencija nepokretnosti, različita od katastra zemljišta – faktičke evidencije nepokretnosti, vid. R. Cvetić (2016a), 50-52.

[5] Vid. R. Cvetić (2016a), 48-49 i Dragoljub Simonović, „Reafirmacija zemljišnih knjiga", *Pravni život* 10/1998, 773.

[6] Vid. Stefan Georgievski, *Tapijski sistem*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom III, Beograd 1978, 273 i dalje.

[7] *Službeni glasnik SRS* br. 17/1988, 24/1988, 49/1989, 56/1989; prečišćen tekst objavljen u br. 28/1990.

[8] *Službeni glasnik RS* br. 83/1992; izmene i dopune u br. 53/1993, 67/1993, 48/1994, 12/1996, 15/1996, 34/2001, 25/2002 i 101/2005.

[9] *Službeni glasnik RS* br. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 – odluka US i 96/2015.

[10] Odredbe člana 59-66 Zakona o državnom premeru i katastru.

traju da bi drugačija terminologija više odgovarala pravom značenju ovog načela. Naime, identifikacija nepokretnosti, bitna za valjan pravni promet, dobija se katastarskim premerom, te je preciznije propisati da se pri ustanovljavanju i održavanju katastra nepokretnosti polazi od katastarskog, a ne sveukupnog državnog premera.[11]

Načelo upisa možemo posmatrati kroz dejstvo koje upis u katastar nepokretnosti ima na sticanje, ograničenje, prenos i prestanak prava na nepokretnostima. S obzirom da upis u registar nepokretnosti može imati konstitutivno i deklarativno dejstvo, tako određujemo i momenat sticanja prava. Ukoliko zakon upisu daje konstitutivno dejstvo, onda podnosilac zahteva za upis pravo stiče tek momentom upisa u registar nepokretnosti, pa je to momenat koji pravni poredak smatra relevantnim kako za posnosioca zahteva, kao sticaoca prava, tako i za savesna treća lica koja se pouzdaju u podatke katastra nepokretnosti. Nasuprot tome, kada upis ima deklarativno dejstvo, sam momenat upisa je značajan kao momenat od kog se može smatrati da su i sva treća lica obaveštena da sticalac ima određeno pravo koje je upisano u registar nepokretnosti. Dakle, sticalac je svoje pravo stekao ranije, na osnovu nekog drugog akta, koji se u ovoj situaciji, samo publikuje, odnosno pravo koje sticalac već ima, postaje poznato i svim drugim licima. Takođe, određena obligaciona prava mogu se upisati u katastar nepokretnosti, pa od tog momenta imaju dejstvo prema trećim licima.

Načelo obaveznosti, koje nalaže imaocu prava na nepokretnosti da podnese zahtev za upis nepokretnosti i prava svojine u katastar nepokretnosti, te predviđa da se ovi upisi vrše i po službenoj dužnosti, u skladu sa zakonom, javlja se kao razlika u odnosu na koncept zemljišnih knjiga. Kako možemo primetiti, imalac prava ima dužnost i obavezu da podnese zahtev za upis nepokretnosti, odnosno svog prava u katastar nepokretnosti, te da mu se ne ostavlja na volju da li će to učiniti ili ne. U vezi sa ovim, treba pomenuti član 117. Zakona o državnom premeru i katastru koji za ispunjenje ove obaveze propisuje rok od trideset dana od nastanka promene, kao i obavezu podnošenja isprava koje su osnov za upis. Svrha ovog, možemo reći, novog načela u našem pravu, jeste pravna sigurnost u smislu ažurnog vođenja podataka o nepokretnostima i nastalim promenama.

Načelo javnosti podržava samu svrhu javnog registra o nepokretnostima i pravima na njima, a to je da su podaci iz tih evidencija javni i svima dostupni, te da svako lice može, pod uslovima utvrđenim zakonom, izvršiti uvid u te podatke. Sloboda upoznavanja sa podacima o nepokretnostima ima za posledicu neoborivu pretpostavku da su sva lica zapravo i upoznata sa tim podacima, te se suprotno ne može dokazivati. U vezi sa tim, treba istaći da zainteresovano lice nije dužno dokazivati svoj pravni interes za uvid u podatke.

Načelo pouzdanja podrazumeva da su svi podaci katastra nepokretnosti istiniti i pouzdani, te da niko ne može snositi štetne posledice zbog tog pouzdanja.

[11] Vid. R. Cvetić (2016a), 103-104.

Na osnovu tako formulisanog načela, mogao bi se izvesti zaključak da su evidencije nepokretnosti i podaci upisani u njima tačni i potpuni, tako da savesna lica, koja se pouzdaju u tako upisane podatke ne mogu trpeti štetu ukoliko se upisani podaci razlikuju od stvarnog stanja. Iz toga, takođe, proizlazi pretpostavka da ono što nije upisano u katastar nepokretnosti, za pravni poredak ne postoji, iako je faktičko stanje često drugačije.

Načelo zakonitosti, sadržano u odredbi člana 64. Zakona o državnom premeru i katastru, izmenjeno je poslednjim izmenama i dopunama Zakona iz 2015. godine, pa je tako preciznije formulisano. Propisano je da se u postupku upisa u katastar nepokretnosti proverava da li su ispunjeni uslovi za upis koji su propisani ovim Zakonom i drugim propisima. Na taj način naglašena je obaveza organa koji sprovodi upis u evidenciju nepokretnosti da određene podatke proverava po službenoj dužnosti.

Načelo prvenstva ili prioriteta odnosi se na vremenski redosled prijema zahteva za upis, te se, u zavisnosti od toga, određuje vremenski redosled upisa koji se odnose na istu nepokretnost. Pri tome, treba pomenuti, releventan je momenat prijema zahteva, a ne kada je organ rešio po zahtevu. „Smisao utvrđivanja redosleda upisa pojedinih prava na nepokretnostima je u tome što se na taj način utvrđuje redosled njihovog sticanja i ostvarivanja“.[12] Izuzetak od pravila predviđen je samim Zakonom [13] i odnosi se na redosled rešavanja zahteva, kada se određenim zahtevima, iz razloga naročite hitnosti, daje prednost u rešavanju, bez obzira na momenat prijema.

Načelo određenosti zahteva da svaki upis u katastar nepokretnosti bude potpuno određen u pogledu nepokretnosti na koju se upis odnosi, vrste upisa, prava, odnosno druge činjenice koja se upisuje, kao i u pogledu subjekta upisa, redosleda prvenstva upisanih prava i isprava na osnovu kojih je upis izvršen. Prema nekim mišljenjima, ovde nedostaje zahtev u pogledu preglednosti, koja je bila karakteristična za zemljišne knjige, te je, s obzirom na njihov precizan i jednostavan sastav, bilo lako saznati pravno stanje nepokretnosti.[14]

2. NAČELO UPISA – DEJSTVA

Načelo upisa možemo posmatrati kroz dejstvo koje upis ima na sticanje, prenos, ograničenje, te prestanak prava na nepokretnostima.

U tom smislu, ukoliko se prava na nepokretnostima stiču, prenose i ograničavaju upisom u katastar nepokretnosti, a prestaju brisanjem, upis ima konstitutivan karakter, pa tada govorimo o načelu upisa u materijalnom smislu, odnosno

[12] R. Cvetić (2016a), 127.

[13] Vid. član 125, st. 6 Zakona o državnom premeru i katastru.

[14] Vid. Tatjana Josipović u: Nikola Gavella i dr., *Stvarno pravo*, Zagreb 1998, 218 i R. Cvetić (2016a), 133.

načelu konstitutivnosti upisa, načelu upisa u apsolutnom smislu. Nasuprot tome, u nekim slučajevima, prava na nepokretnostima mogu se steći pre upisa u katastar nepokretnosti, ali i tada ih je neophodno publikovati i učiniti ih dejstvujućim prema trećim licima, pa u tom slučaju važi načelo deklarativnosti upisa, odnosno načelo upisa u formalnom, relativnom smislu.[15]

Stvarna prava na nepokretnostima mogu se steći, ograničiti ili prestati i pre upisa u evidencije nepokretnosti po samom zakonu *(ex lege)*, nasleđivanjem ili odlukom državnog organa, pod zakonom predviđenim uslovima. Već je navedeno da i u ovom slučaju upis ima određenu svrhu, pa možemo reći da upis predstavlja deklarisanje stvarnopravne situacije koja već postoji. Mogao bi se izvesti zaključak da tako nastali pravni odnos povodom nepokretnosti proizvodi pravno dejstvo samo između stranaka *(inter partes)* po opštim pravilima građanskog prava, sve do momenta upisa prava u katastar nepokretnosti, pa tek upis u katastar nepokretnosti stvara apsolutno dejstvo *(erga omnes)*.[16] Obligaciona prava, takođe, mogu biti predmet upisa u katastar nepokretnosti. S obzirom da se pravni poslovi zaključuju na osnovu saglasne volje stranaka, ta prava se stiču samim sklapanjem posla, ali su po svom karakteru relativna, te deluju *inter partes,* pa će im tek upis u evidencije nepokretnosti dati dejstvo prema svima, *erga omnes, contra omnes*.[17]

Treba imati u vidu da će, u zavisnosti od toga da li je pravni odnos nastao derivativnim prenosom ili originarnim načinom sticanja prava upis imati konstitutivno ili deklarativno dejstvo, s tim što se ne sme zanemariti da se kriterijum podele derivativnog i originarnog sticanja prava i konstitutivnog i deklarativnog dejstva upisa, razlikuje. Uzmimo za primer sticanje prava nasleđivanjem. S obzirom da, u toj situaciji, naslednici svoje pravo izvode iz prava prethodnika, ostavioca, radi se o derivativnom načinu sticanja prava. Međutim, samo pravo se stiče u trenutku smrti ostavioca, jer tada dolazi do otvaranja nasleđa, odnosno delacije.[18] Prema tome, upis tako stečenog prava u katastar nepokretnosti je deklarativnog karaktera.[19]

Važno je napomenuti da samo istinit upis predstavlja valjani način sticanja, promene ili prestanka zemljišnoknjižnog prava. Upis je istinit ukoliko su ispunjene sve materijalne i procesne pretpostavke, koje predviđa zemljišnoknjižno pravo, te kada je upis u skladu sa stvarnim, vanknjižnim stanjem nepokretnosti, jer je zemljišnoknjižno pravo onda upisano sa onim sadržajem, obimom i prvenstvenim

---

[15] Vid. T. Josipović, 208-209.

[16] Jovan Jerković, „Katastar nepokretnosti kao osnovna evidencija nepokretnosti i pravima na njima“, *Glasnik AK Vojvodine* 12/1995, 477.

[17] Vid. T. Josipović, 209.

[18] Vid. član 206 i 212 Zakona o nasleđivanju, *Službeni glasnik RS* br. 46/1995, 101/2003 – odluka USRS i 6/2015.

[19] Vid. Radenka Cvetić, „Domašaj načela upisa i načela pouzdanja u katastar nepokretnosti u našoj sudskoj praksi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2015, 1023.

redom koji zaista ima.[20] Neistinit upis ovlašćuje lice čije je pravo povređeno da traži brisanje takvog upisa, ali ne može prouzrokovati povredu prava savesnih trećih lica, s obzirom da važi načelo pouzdanja u javni registar.[21]

3. KONSTITUTIVNOST UPISA

3.1. Pojam

U našem pravu, pravni posao – ugovor predstavlja pravni osnov, *iustus titulus,* dok je za prenos prava svojine na nepokretnosti na novog vlasnika, pribavioca, potrebna još jedna činjenica – upis u javnu knjigu, kao način sticanja, *modus acquirendi.* Ovde se misli na način sticanja u užem smislu, jer bi način sticanja u širem smislu obuhvatao sve pravne činjenice neophodne za prenos prava svojine, pa i sam *iustus titulus*.[22] Da bi na osnovu pravnog posla – ugovora o kupoprodaji, razmeni ili poklonu, pribavilac postao vlasnik nepokretnosti, neophodno je da budu ispunjeni određeni uslovi. Pre svega, prenosilac prava svojine mora zaista biti vlasnik stvari, a potom se sticalac na osnovu takvog punovažnog ugovora u registru nepokretnosti mora upisati kao vlasnik. Kada se kaže da ugovor mora biti punovažan, pod tim se podrazumeva da je zaključen u skladu sa propisima koji regulišu promet nepokretnosti i naravno, da sadrži sve elemente potrebne za postojanje bilo kog obligacionog ugovora. U suprotnom se ne može govoriti o punovažnom ugovoru koji je podoban za sticanje prava svojine.

Ugovor, sam po sebi, nema, dakle, translativno, već samo obligaciono dejstvo, odnosno sam ugovor ne prenosi pravo svojine sa prenosioca na pribavioca. Iz tog razloga, ugovor je nepohodno izvršiti – upisati pravo svojine pribavioca u registru nepokretnosti.

U austrijskom pravu, kao i u našem, upis prava svojine u registar nepokretnosti ima konstitutivno dejstvo, tačnije pravo nastaje upisom u zemljišnu knjigu.[23] Treba naglasiti da od načela upisa postoje izuzeci, koji se odnose na sticanje prava nasleđivanjem, posebne slučajeve univerzalne sukcesije, održaj itd.[24] Suprotno tome, u francuskom pravu upis ima informativno dejstvo.[25] U tom sistemu, pravo svojine na nepokretnosti prenosi se u trenutku zaključenja ugovora o kupoprodaji,

---

[20] Vid. T. Josipović, 209-210.

[21] Vid. R. Cvetić (2015), 1024.

[22] Vid. O. Stanković u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo,* Beograd 1999, 65.

[23] Ninel Jasmine Sadjadi u: Daniela Jetzinger Horner, Tatjana Josipović, Darina Petrova, Stevan Marošan, Paul Van der Molen, Ninel Jasmine Sadjadi, *Land registration and Cadastre in selected European Countries (Austria, Bulgaria, Croatia, Hungary, Nederlands, Serbia)*, Wien, Graz 2009, 45.

[24] *Ibid.* i Sofija Nikolić, „Evidencija nepokretnosti u Austriji (Pravno nasleđe, aktuelni koncept i trendovi)“, *Glasnik AK Vojvodine* 10/2011, 510.

[25] Vid. M. Orlić, 329.

dakle važi konsesualni princip. Ipak, kako bi se zaštitila treća lica, ugovor se publikuje (upisuje u javnu knjigu). Svrha publikacije je i iformisanje trećih lica o podacima o nepokretnostima.[26]

Pravo svojine, hipoteka, stvarne i lične službenosti ili dugoročni zakup na osnovu pravnog posla ili sudske odluke, u našem pravu, stiču se upisom u registar nepokretnosti, te, možemo reći da, u svim ovim slučajevima, upis ima konstitutivni karakter.[27]

Zakonom o osnovama svojinskopravnih odnosa predviđeno je sledeće: „Na osnovu pravnog posla pravo svojine na nepokretnost stiče se upisom u javnu knjigu ili na drugi odgovarajući način određen zakonom".[28] Ove odredbe iznose pravila o derivativnom načinu sticanja prava svojine, jer se pravo izvodi, derivira iz prava prethodnika, zbog čega se ovakav način sticanja naziva i translativnim sticanjem, s obzirom da se pravo svojine, koje već postoji, prenosi sa jednog lica na drugo.[29] Ukoliko prethodnik ima pravo svojine i pravni posao je punovažan, sledbenik će steći pravo svojine upisom u katastar nepokretnosti. „Ovo rešenje ima brojne prednosti čija elaboracija je opšte mesto u doktrini zemalja koje imaju sistem registracije prava na nepokretnostima zasnovan na zemljišnoknjižnom sistemu, a svodi se na visok stepen pravne sigurnosti ostvaren načelima upisa, javnosti i pouzdanja".[30]

„Činjenica da je upis u javni registar onaj momenat kada dolazi do sticanja stvarnog prava na nepokretnosti, upisu daje konstitutivno dejstvo jer pre njega stvarno pravo nije nastalo".[31]

3.2. Praktično dejstvo

U praksi se može desiti, kako često i biva, da kupac nepokretnosti isplati kupoprodajnu cenu, te stupi u posed kupljene nepokretnosti, ali kako nije upisan u katastar nepokretnosti kao njen vlasnik, to ne može isticati prema savesnim trećim licima, koja se pouzdaju u podatke upisane u registru nepokretnosti. U ovom slučaju, vlasnik bi i dalje bio prethodnik koji je stvar otuđio, jer je on, kao takav, još uvek upisan u javnoj knjizi. U slučaju da prodavac ili njegov pravni sledbenik podnese reivindika-

---

[26] *Ibid.* i Gabriel Marty, Pierre Raynaud, *Droit civil, Les sûretés, la publicite foncière*, tome III, 1 er volume, Paris 1971, 367 i dalje.

[27] Miroslav Lazić u: Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo,*Niš 2004, 407.

[28] Član 33 Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa, *Službeni list SFRJ*, br. 6/1980, 36/1990, *Službeni list SRJ*, br. 29/1996 i *Službeni glasnik RS* br. 115/2005 – dr. zakon.

[29] Vid. Boris Vizner, *Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima,* Zagreb 1980, 201.

[30] Miloš Živković, „O kvalitetu novijih građanskopravnih propisa u Srbiji", *Pravni zapisi* 1/2010, 131.

[31] R. Cvetić (2015), 1022.

cionu tužbu, kupac se može prema njemu braniti prigovorom prodate i predate stvari, *exceptio rei vendite et tradite.* Ovde je važno situaciju sagledati i sa drugog aspekta. Ukoliko u međuvremenu ne ishodi uknjižbu, takav kupac, zakoniti i savestan držalac, će steći pravo svojine originarnim putem – protekom desetogodišnjeg roka za održaj iz člana 28. stav 2. Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa.[32]

Sledom navedenog možemo zaključiti da je suština načela upisa u javne knjige u tome što uknjižena prava momentom upisa dobijaju značaj apsolutnog delovanja *erga omnes* i na njih se primenjuje zemljišnoknjižno pravo, dok pre upisa u javne knjige sva ta prava imaju relativni karakter delovanja *inter partes* i za njih važe opšta pravila.[33]

Naime, za razliku od pokretnih stvari, gde je vlasnik najčešće i držalac, kod nepokretnosti se lako može desiti da je jedno lice u posedu iste, a drugo vlasnik. Nepokretnost, na primer, može biti data u zakup, može biti ustanovljeno pravo plodouživanja. Kod zalaganja nepokretnosti, uspostavljanja hipoteke, nepokretnost ostaje u državini hipotekarnog dužnika. Cilj postojanja zemljišnih knjiga, odnosno uređenih evidencija nepokretnosti, upravo je sigurnost pravnog prometa, koji se obezbeđuje pravilom da se pravo svojine na nepokretnosti stiče upisom u javnu knjigu.[34] S druge strane, trebalo bi ovde napomenuti da se samim upisom prava svojine u katastar nepokretnosti ne stiče posed (državina) već samo pravo na posed, odnosno pravo na neposredno vršenje faktičke vlasti na pribavljenoj nepokretnosti.[35] Upis, stoga, ne možemo poistovetiti sa sticanjem državine, jer upis ustvari zasniva odnos između vlasnika nepokretnosti i trećih lica, povodom stečene nepokretnosti. U vezi sa tim, važno je reći da pravo svojine postoji i kada vlasnik ne vrši fatičku vlast na stvari, kako je već navedeno. Faktičku vlast na stvari može imati bilo koje lice i ta činjenica nije od značaja za postojanje samog prava svojine vlasnika. Sticalac koji je na osnovu valjanog pravnog posla upisan u registar nepokretnosti kao vlasnik ima pravo svojine, bez obzira da li ima i državinu. Državinu stvari će ostvariti tužbom *rei vindicatio* uperenom prema ranijem vlasniku ili bilo kom drugom licu koje nema svojinu, ali ima državinu.[36]

3.3. Stvarne službenosti i hipoteka

Pravilo o sticanju prava upisom, predviđeno je i za sticanje stvarnih službenosti na osnovu pravnog posla.[37] Ugovor, kao najčešći osnov nastanka stvarne

---

[32] Mladen Žuvela, *Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, objašnjenja, komentatorske napomene, sudska praksa i drugi odgovarajući propisi*, Zagreb 1985, 175.

[33] B. Vizner, 213-214.

[34] *Ibid.,* 205.

[35] *Ibid.,* 231.

[36] Radmila Kovačević Kuštrimović u: Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo*, Niš 2004, 118.

[37] Član 52 Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa.

službenosti, koji je u skladu sa zakonom zaključen između vlasnika povlasnog i vlasnika poslužnog dobra i ovde predstavlja samo *iustus titulus*, dok je upis u javnu knjigu neophodan za sticanje službenosti kao stvarnog prava (*modus acquirendi).* Da bi se izvršio takav upis, potrebna je *clausula intabulandi* – dozvola, odnosno pristanak vlasnika poslužnog dobra. Prema tome, sam ugovor, zasniva samo obligacioni odnos i nema dejstvo prema savesnom sticaocu nepokretnosti.[38]

Na osnovu odredbi Zakona o hipoteci[39], bez obzira na osnov nastanka hipoteke, merodavan je momenat upisa hipoteke u nadležni registar, pa se smatra da je načelo konstitutivnosti upisa ovde najdoslednije i sprovedeno, s obzirom da hipoteka nikako drugačije ne može ni nastati.[40] Isto bi trebalo da važi i za realni teret.[41] Iako, po svojoj prirodi, realni teret, obavezuje na činjenje, pa samim tim ima karakter obligacionog prava, treba imati u vidu da se obaveza odnosi na svakodobnog vlasnika jedne nepokretnosti, a u korist određenog lica ili svakodobnog vlasnika druge nepokretnosti. Stoga je logično da i realni tereti nastaju upisom u registar nepokretnosti. Za nastanak hipoteke je bitno da se stiče od lica koje je ovlašćeno da zasnuje hipoteku, da je takav pravni posao punovažan i na kraju, da se hipoteka upiše u registar nepokretnosti. Upis u katastar nepokretnosti je, dakle, kao i upis drugih prava na osnovu pravnog posla, kauzalan, s obzirom da njegovo dejstvo – sticanje hipoteke – zavisi od punovažnosti pravnog posla, koji je osnov tog sticanja.[42] Kako hipoteka može nastati samo pod uslovom da vlasnik nepokretnosti – lice koje je kao takvo upisano u registar nepokretnosti, da svoj izričiti pristanak *(clausula intabulandi)* da se njegova nepokretnost može opteretiti hipotekom, jasno je da držalac nepokretnosti nikako ne može zasnovati hipoteku.[43] Upis, odnosno uknjižba hipoteke uređena je odgovarajućim odredbama Zakona o hipoteci, Zakona o državnom premeru i katastru, te podzakonskim aktima. U praksi se može dogoditi da se hipoteka, kao i druga knjižna prava, stiču od lica koje je pogrešno upisano kao vlasnik. Novija sudska praksa priznaje sticanje na osnovu pouzdanja, bar kada je reč o izvornoj hipoteci, odnosno kod prvog sticanja hipoteke od vlasnika koji je pogrešno upisan. „Imajući u vidu značaj mogućnosti savesnog sticanja za sigurnost prometa hipotekarnim potraživanjima, može se očekivati da će slučajevi u kojima sudska praksa priznaje mogućnost sticanja na osnovu pouzdanja u registar biti sve češći i da će ta mogućnost biti proširivana sve dok ne dobije onaj obim koji joj po značaju odgovara“.[44]

---

[38] Vid. O. Stanković, 192.

[39] *Službeni glasnik RS*, br. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – odluka US i 83/2015.

[40] Vid. R. Cvetić (2015), 1021-1022.

[41] Jasmina M. Vukotić, *Sticanje zemljišnoknjižnih prava upisom u javne registre*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012, 242.

[42] Miloš Živković u: Dragor Hiber, Miloš Živković, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd 2015, 243.

[43] M. Orlić, 270.

[44] M. Živković, 249.

Praksa je pokazala da se često knjižno stanje razlikuje od faktičkog, odnosno vanknjižnog stanja. Slučajevi višestruke prodaje iste nepokretnosti nisu bili retki u sudskoj praksi, pa se pred sudom moralo rešiti pitanje sticanja nepokretnosti ukoliko je prodavac, recimo, jednom kupcu predao stvar, odnosno nepokretnost u posed, a drugome dao dozvolu za uknjižbu. Tada je sud rešavao predmete u zavisnosti od oklonosti slučaja, a vodeći se principom savesnosti. Kako je već navedeno, isto se može dogoditi i kod prava službenosti, ali ne i kod hipoteke i realnih tereta.[45]

3.4. Zajednička svojina supružnika

Polazeći od pomenutih zakonskih pravila o načinu sticanja stvarnih prava na nepokretnosti i načela konstitutivnosti upisa, osvrnućemo se na aktuelnu temu zajedničke svojine supružnika. Naime, Porodičnim zakonom[46] je zaštićen supružnik koji nije upisan u registar nepokretnosti, a koji je titular zajedničke svojine, imajući u vidu pretpostavku da imovina koju su supružnici stekli radom u toku trajanja zajednice života u braku predstavlja njihovu zajedničku imovinu. Na ovaj način stvara se pretpostavka, koja je oboriva, da je neupisani bračni drug, takođe vlasnik nepokretnosti, iako je kao vlasnik u registru nepokretnosti upisan samo drugi bračni drug. Ovde se postavlja pitanje kako se štite savesna treća lica, koja su se pouzdala u zemljišnoknjižno stanje i koja, po našem mišljenju, prilikom zaključivanja pravnih poslova sa nekim licem, nisu dužna proveravati, da li je to lice u braku i da li je zaista isključivi vlasnik nepokretnosti. Ako se oslonimo na načelo pouzdanja (poverenja) u podatke katastra nepokretnosti, savesni sticaoci ne mogu da trpe štetne posledice zato što su se u upisane podatke pouzdali. Ovo je, naravno, relevantno kada se zemljišnoknjižno stanje razlikuje od stvarnog stanja. Treba istaći da načelo pouzdanja, bez obzira što nema eksplicitne odredbe o tome, štiti samo savesnog sticaoca, odnosno onog čije je neznanje da je upis u javnom registru neistinit ili nepotpun opravdano.[47]

3.5. Sudska praksa

3.5.1. Jači pravni osnov za sticanje prava svojine na istoj nepokretnosti

Prilikom analize ovog slučaja nećemo značajnije ulaziti u činjenično stanje, s obzirom da je preopširno, te previzilazi potrebe ovog rada, kao i da je po stanovištu drugostepenog suda, isto pravilno i potpuno utvrđeno, dok je prvostepeni sud pogrešno primenio materijalno pravo.[48]

---

[45] J. Vukotić, 243.

[46] Član 176, st. 2 Porodičnog zakona, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015.

[47] Radenka Cvetić, „Zajednička svojina supružnika i savesno sticanje pouzdanjem u katastar nepokretnosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2016, 834.

[48] Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 3988/13 od 08.05.2014. godine, *arhiv Suda*.

U konkretnom slučaju, tužilja je podnela tužbu sudu 2013. godine, kojom je tražila da se utvrdi da je stekla pravo svojine na nepokretnosti – poljoprivrednom zemljištu, te da tuženi trpi da se na osnovu te presude tužilja uknjiži u nadležnoj Službi za katastar nepokretnosti. Naime, u postupku je utvrđeno da je tužilji Rešenjem upravnog organa vraćeno predmetno zemljište 25.10.1991. godine, na kome je u tom momentu pravo raspolaganja imalo jedno preduzeće, kao i da je tužilja od strane istog organa uvedena u posed dana 13.04.1992. godine, kao i da se od tada nalazi u mirnom i nesmetanom posedu zemljišta. Tužilja nikada nije podnela zahtev za upis prava svojine nadležnom organu. Zemljišnoknjižni prethodnik tužilje, preduzeće, koje 2008. godine i dalje prema stanju u javnoj knjizi ima pravo raspolaganja spornom nepokretnošću, raspolaže svojim poljoprivrednim zemljištem, gde se, između ostalog, nalazi i parcela koja je vraćena tužilji, tako što ga zalaže umešaču na strani tuženog u ovom postupku, banci, radi obezbeđenja kredita. Umešač tom prilikom nije bio upoznat sa Rešenjem o vraćanju koje je doneo upravni organ, kao ni sa zahtevom za vraćanje zemljišta podnetog od strane tužilje. Umešač, potom, 2009. godine stiče pravo svojine na založenom zemljištu po osnovu vansudske hipoteke (zaključivanjem ugovora o zameni ispunjenja sa korisnikom kredita i založnim dužnikom), te upisuje svoje pravo u katastar nepokretnosti, pa tako postaje vlasnik i dela zemljišta koje je vraćeno tužilji. Potom umešač, banka, 2010. godine zaključuje Ugovor o kupoprodaji sa ovde tuženim i tuženi na osnovu tog ugovora vrši upis prava svojine u katastar nepokretnosti. Tako, tuženi formalnopravno postaje vlasnik zemljišta, koje je tužilji vraćeno odlukom upravnog organa i u čijem je tužilja posedu od 1992. godine.

Prvostepeni sud je zaključio da su tuženi i umešač bili nesavesni, te da je tužilja savesna i usvojio tužbeni zahtev tužilje.

Drugostepeni sud smatra da je ovakav zaključak prvostepenog suda pogrešan, s obzirom na utvrđeno činjenično stanje, da umešač i tuženi nikada nisu tvrdili da su u posedu sporne nekretnine, već je to tvrdilo samo preduzeće prilikom zalaganja, kao i da postoji pretpostavka da onaj ko zalaže nepokretnost ima državinu iste, a ne i onaj koji svoje potraživanje obezbeđuje založenom nepokretnošću, posebno u situaciji kada se obezbeđuje potraživanje banke. Drugostepeni sud, tako, zaključuje da su se umešač i tuženi ponašali sa pažnjom dobrog privrednika i dobrog domaćina, s obzirom da su prilikom prometovanja spornog zemljiša vršili uvid u javne knjige. Suprotno zaključku prvostepenog suda, drugostepeni sud, na osnovu izloženog, zaključuje da je tuženi bio savestan.

„U situaciji kada postoje dva posebna pravna osnova za sticanje prava svojine na istoj nepokretnosti, o jačem pravu treba odlučivati primenom načela savesnosti i poštenja i načela zabrane zloupotrebe prava. Zbog toga, kada su oba sticaoca savesna, jači pravni osnov ima sticalac koji je ishodio upis u javnu knjigu. Kako je u konkretnom slučaju tuženi sticalac koji je ishodio upis u javnu knjigu,

u pravnoj situaciji kada su oba sticaoca savesna, to je sud preinačio pobijanu odluku, kao u izreci ove presude.“[49]

Na ovom primeru možemo videti kako sud dosledno primenjuje načelo konstitutivnosti upisa prava svojine na nepokretnosti, vodeći računa o savesnosti, s obzirom da je utvrdio da su oba sticaoca savesna, te je jednom od njih morao dati prednost pozivajući se na načela obligacionog i stvarnog prava. Ovakav zaključak suda smatramo ispravnim, jer je nedopustivo da tuženi, kao savesni sticalac koji se pouzdao u podatke upisane u katastru nepokretnosti prilikom kupovine nepokretnosti, te nakon toga izvršio upis svog prava u katastar nepokretnosti, znači stekao pravo svojine u skladu sa zakonom, trpi štetu, a u korist tužilje, koja preko dvadeset godina nije podnela zahtev za upis prava svojine u nadležni registar. Važno je napomenuti da je sud smatrao da je tužilja, takođe, savesna, jer je ona svoje pravo, zapravo, stekla originarnim putem, na osnovu odluke upravnog organa, ali kako nikada nije izvršila upis istog u javnu knjigu, sud je pravo tuženog, koji je to učinio, smatrao jačim pravom. U konkretnom slučaju, nesavesnost nekih drugih lica, koja nisu stranke u postupku, smatramo irelevantnim, jer se tako ne mogu ugroziti zakonito stečena prava umešača i tuženog.

3.5.2. Sticanje prava javne svojine na nepokretnostima

Drugi slučaj[50] je utoliko specifičan što se odnosi na titulare javne svojine, na koje se takođe primenjuje Zakon o državnom premeru i katastru, koji u član 60. predviđa da se svojina i druga stvarna prava na nepokretnostima stiču, prenose i ograničavaju upisom u katastar nepokretnosti (konstitutivnost upisa), a prestaju brisanjem upisa.

Naime, tužilac, opština, tokom postupka pretenduje da dokaže da je titular prava javne svojine, te pokušava da ishoduje ništavost Ugovora o zakupu, koji je zaključen suprotno odredbama člana 34. Zakona o javnoj svojini. Prvostepeni sud, pozivajući se na te odredbe, zaključuje da je takav Ugovor ništav jer je suprotan odredbama Zakona o javnoj svojini. Međutim, drugostepeni sud kaže da bi se takav zaključak prvostepenog suda mogao prihvatiti da je tužilac zaista bio titular javne svojine u momentu kada je Ugovor o zakupu zaključen. Kako se tužilac u toku postupka pozivao na Sporazum o preuzimanju obaveza upravljanja, održavanja i uređenja načina korišćenja objekata u sportskom centru, tužilac je smatrao da je samo potpisivanjem tog Sporazuma stekao vlasništvo nad predmetnim objektima, te da se u pogledu upravljanja i raspolaganja objektima ima primenjivati Zakon o javnoj svojini.

---

[49] *Ibid.*

[50] Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 5513/2014 od 19.05.2016. godine, *http://www.paragraf.rs/*, 07. april 2017.

Odredbom čl. 25. st. 1 Zakona o javnoj svojini, kojim se uređuje upis prava javne svojine i prava korišćenja, propisano je da se pravo javne svojine i pravo korišćenja na nepokretnostima u javnoj svojini upisuje u javne knjige o nepokretnostima i pravima na njima, u skladu sa zakonom kojim se uređuje upis prava na nepokretnostima.

Odredbom čl. 60 st. 1 Zakona o državnom premeru i katastru, kako je već navedeno, propisano je kako se stiču, prenose, ograničavaju i prestaju svojina i druga stvarna prava na nepokretnostima.

„Iz napred citiranih zakonskih normi proizlazi da i opština kao jedinica lokalne samouprave i nosilac prava javne svojine isto stiče u skladu sa čl. 25 st. 1 Zakona o javnoj svojini, te čl. 60. Zakona o državnom premeru i katastru. Prema tome, i javna svojina na nepokretnostima stiče se upisom u javne knjige, koji se vrši u skladu sa zakonom, kojim se uređuje upis prava na nepokretnostima".[51]

3.6. Načelo konstitutivnosti upisa i druga načela katastra nepokretnosti

Imajući u vidu da smo prethodno analizirali načelo konstitutivnosti upisa, zatim sudskom praksom potkrepili njegovu doslednu primenu, smatramo da je svrsishodno analizirati to načelo zajedno sa drugim načelima zemljišnoknjižnog prava, odnosno načelima katastra nepokretnosti.

Bez obzira na sve navedeno, u našoj sudskoj praksi nalazimo i drugačije odluke. Prema nekim stavovima drugostepenih sudova[52], zaštita kupca nepokretnosti, koji nikada nije upisao svoje pravo u javnu knjigu ide toliko daleko da se praktično derogira načelo konstitutivnosti upisa i načelo pouzdanja u podatke katastra nepokretnosti, a po našem mišljenju i načelo javnosti.

Analizirani slučaj odnosi se na situaciju u kojoj je kao vlasnik u katastru nepokretnosti još uvek upisan prodavac, iako je sa kupcem overio kupoprodajni ugovor, predao mu nepokretnosti u posed i primio iznos kupoprodajne cene. U načelu, prodavac je ispunio sve svoje obaveze predviđene ugovorom o kupoprodaji, te između prodavca i kupca o tome nema spora. Postavlja se pitanje šta se dešava u situaciji gde je taj isti prodavac izvršni dužnik u nekom postupku, po osnovu duga prema nekom svom poveriocu, kao što je slučaj u ovom predmetu. Takođe, jedna od mogućnosti je i da se nad prodavcem nepokretnosti, koji ima svojstvo ivestitora izgradnje te nepokretnosti, dakle privrednog društva, otvori postupak stečaja. U ovom drugom slučaju, izlučni zahtev kupca u stečajnom postupku je opravdan u situaciji, koja se najčešće dešava u praksi – da objekat nema upotrebnu dozvolu, te s obzirom da u javnoj knjizi ne postoji, kupac nije ni mogao da se upiše kao vlasnik. Svakako, kupac koji nije upisao svoje pravo u javnu knji-

[51] *Ibid*.

[52] Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 1936/14 od 10.12.2014. godine, *arhiv Suda*.

gu, a bio je dužan (načelo obaveznosti) ostaje u nezavidnoj situaciji, jer formalnopravno, nije vlasnik nepokretnosti.

S obzirom da pomenuti slučaj izvršenja možda najbolje ilustruju aktuelnu sudsku praksu, u daljoj analizi ćemo se pretežno njime baviti.

Sud je u ovoj situaciji smatrao da je pravilno, na izvestan način, izbeći doslednu primenu odredaba zakona koje normiraju upis prava svojine na nepokretnosti, te je doneo odluku u skladu sa osećajem pravičnosti i nekim očekivanim ponašanjima prodavca i kupca u realnom životu. Ovakvim rezonovanjem sud je pružio zaštitu kupcima na štetu savesnih trećih lica, koja su se pouzdala u podatke katastra nepokretnosti. Prema takvom tumačenju, kupac postaje vlasnik mnogo pre upisa, već prilikom zaključenja ugovora.

Ma koliko životno bila opravdana zaštita kupca koji je isplatio cenu i propustio da se upiše kao vlasnik u javnu knjigu iz neznanja, nemara ili bilo kog drugog razloga, smatramo da se ne može dozvoliti da sud, u zavisnosti od okolnosti slučaja odlučuje hoće li primeniti zakon ili svoju odluku zasnovati na nekim drugim kriterijumima.

Sud se ovde poziva na momenat zaključenja ugovora o kupoprodaji opravdavajući svoju odluku time da je prodavac potpisao i overio kupoprodajni ugovor, dao kupcu dozvolu za uknjižbu, primio isplatu kupoprodajne cene i da on, od tog momenta, više nije vlasnik nepokretnosti, kao i da nema više bilo kakvih potraživanja prema kupcu po osnovu tog posla. Ovo je tačno, ali ako situaciju posmatramo samo u svetlu odnosa prodavca i kupca (*inter partes*). Već je rečeno da prodavac ne može tražiti povraćaj stvari koju je prodao i predao i da kupac u tom slučaju ima pravo peremptornog prigovora, prigovora prodate i predate stvari. Međutim, ovu situaciju moramo posmatrati i u svetlu odnosa prema trećim licima. Prodavčev poverilac je protiv njega podneo predlog za izvršenje i odlučio da se namiri iz vrednosti nepokretnosti. Prema zemljišnoknjižnom stanju, u momentu podnošenja predloga za izvršenje, ta nepokretnost je još uvek u svojini prodavca. Postavlja se, zatim, pitanje, kako bi treća lica uopšte i mogla utvrđivati da li je takav upis istinit i potpun i zašto bi bila dužna da to rade?

Ako bi se ovakva praksa nastavila, toliko bismo se udaljili od zakonskih normi da bi one, na kraju, verovatno, postale suvišne i zamenila bi ih sudska praksa, koja, kako možemo primetiti, nije ujednačena u ovom pogledu. Opet, svesni smo da život nosi neke situacije koje je pravno teško, pa možda i nemoguće urediti, pa poštujući specifičnost svake situacije, ovde nastojimo da, primenjujući zakon, ponudimo optimalna rešenja.

Prema našem mišljenju, svrha svih načela katastra nepokretnosti jeste upravo u njihovoj komplementarnosti, dakle primeni i poštovanju svih načela zajedno, jer svako od njih doprinosi svrsi postojanja evidencija nepokretnosti i prava na njima. Cilj je upravo da se obezbedi postojanje uredne, ažurne i tačne evidencije, čiji će podaci biti svima dostupni. Na taj način bi se omogućilo svim zaintereso-

vanim licima da se u pravnom prometu ponašaju u skladu sa dostupnim, tačnim i potpunim podacima o nepokretnostima. „Važna uloga koju u pravnom prometu nepokretnosti imaju zemljišne knjige dolazi do izražaja i u postupku izvršenja i osiguranja na nepokretnostima, kao i u drugim postupcima koji se vode na nepokretnostima".[53]

Ako se udaljimo od imperativne norme o upisu stvarnih prava na nepokretnostima, načelo pouzdanja bi takođe gubilo svoju svrhu, zato što bi se onda vrlo lako moglo dokazivati da je relevantno vanknjižno, a ne knjižno stanje. Sticalac prava bi bio dužan da proverava istinitost upisa, kao i da li postoje vanknjižna prava, ograničenja ili tereti na nepokretnosti. U suprotnom, njegovo neznanje da je vanknjižno stanje različito od knjižnog bi ga dovelo u situaciju u kojoj bi bio lišen sudske zaštite. Na taj način bi bila osujećena sama svrha evidencije nepokretnosti i bitno otežan promet prava na nepokretnostima.[54] S druge strane, načelo javnosti podrazumeva neoborivu pretpostavku da su svi upoznati sa podacima katastra nepokretnosti.

Dakle, ako bi se kontinuirano odstupalo od načela konstitutivnosti upisa, u pitanje bi se doveo čitav koncept evidencije nepokretnosti, koja nije sama sebi cilj, već je cilj brz, efikasan i siguran promet nepokretnosti.

---

[53] Tatjana Josipović, Uloga zemljišnih knjiga u pravnom prometu nekretnina, HGK – Sektor za trgovinu, Šesti forum hrvatskih posrednika u prometu nekretninama, *http://www.agenti.hr/sadrzaj/info-agent/strukovni-forumi/forum-6/6-forum-Uloga-zemljisnih-knjiga-u-pravnom-prometu-nekretnina.pdf*, 19. novembar 2017.

[54] Hamid Mutapčić, Alaudin Brkić, Odnos normativnog i stvarnog stanja upisa prava na nekretninama u zemljišnu knjigu u Bosni i Hercegovini, s osvrtom na uporedno zakonodavstvo, Zbornik radova – Međunarodna naučna konferencija „Javni i privatni aspekti nužnih pravnih reformi u BiH: Koliko daleko možemo ići?", *http://eprints.ibu.edu.ba/3060/2/15%20Zbornik%2009.pdf,* 20. novembar 2017.

Jelena J. Tešanović, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
jelena.j.tesanovic@gmail.com

Principle of Entry in the Real Estate Register with Reference to the Court Practice

Abstract: *The aim of this paper is to look at the principle of the constitutiveness of entry into the real estate register from the aspect of legal theory and current court practice. Recognizing the existence of certain tendencies to deviate, to a lesser or greater extent, from the provisions of the laws regulating this field, the author draws attention to the possible consequences of such application of the law. The purpose of the entry into public books is in fact to be able to confront registered rights to all third parties in order to ensure their effect erga omnes, contra omnes. This principle is also important when the already existing rights are only published by entry, and especially if the change in the rights is only created by entry. In this respect, the declarative and constitutive character of the registration in the real estate register is discussed. The paper emphasizes that the principle of the constitutiveness of entry should be consistently applied, as the law requires, in the context of other principles of the real estate cadastre and the principles of civil law in general. Only such a court procedure can ensure that the law is the same for everyone, as well as the rule of law and the necessary legal certainty.*

Keywords: *real estate register, principle of entry, constitutiveness of entry, acquisition of property rights, court practice.*

Datum prijema rada: 22.11.2017.

Pregledni članak 35.077.3(497.115)
doi:10.5937/zrpfns51-12946

Miloš D. Denović, student doktorskih studija
Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem
u Kosovskoj Mitrovici
Pravni fakultet
milosdenovic23@gmail.com

PRAVNI OKVIR REGULISANJA POJEDINIH PITANJA UPRAVNOG POSTUPKA NA TERITORIJI AP KOSOVO I METOHIJA

Sažetak: *Teritorija AP Kosovo i Metohija, počev od 1999. godine, nalazi se pod međunarodnim protektoratom, na osnovu Rezolucije 1244 Saveta bezbednosti UN. Nakon ulaska međunarodnih snaga na teritoriju AP Kosovo i Metohija, usledili su etnički motivisani napadi na preostalo srpsko stanovništvo. Usled nemogućnosti da se pregovorima pronađe rešenje za pitanje statusa Pokrajine, kosovski Albanci su 2008. godine jednostrano proglasili nezavisnost od Republike Srbije. Kako Republika Srbija nije priznala nezavisnost, tražio se modalitiet putem kog bi se krenulo u normalizaciju odnosa između dve strane a koji je inicirala i vodila Evropska unija. Ti pregovori su rezultirali sklapanjem Prvog sporazuma o principima normalizacije odnosa Beograda i Prištine koji je potpisan 19. aprila 2013. godine u Briselu, a koji je poznat i kao tzv. Briselski sporazum. Jedan od sporazuma iz seta navedenih sporazuma odnosi se i na integraciju srpskog pravosuđa koje je funkcionisalo u Pokrajini i primenu zakona Kosova*[1] na celoj teritoriji Pokrajine. Istraživanje smo usmerili na normativno pravni aspekt primene ZUP-a Kosova*, praktične konsekvence primene ovog zakona, kao i na razlike u odnosu na zakonska rešenja koja se primenjuju na teritoriji Srbije.*

Ključne reči*: upravni postupak, pravna sredstva, Kosovo i Metohija, Briselski sporazum.*

[1] Ovaj naziv ne utiče na stav o statusu i u skladu je sa Rezolucijom SBUN 1244 i mišljenjem MSP o kosovskoj deklaraciji nezavisnosti.

1. UVOD

Počev od Ustava Republike Srbije iz 1990. godine, naša država nastoji da izvrši reformu državne uprave i prilagodi je potrebama građana. Taj Ustav je označio raskid sa utopističkim i anarhističkim postulatima Ustava Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ) (samoupravljanjem, dogovornom ekonomijom, delegatskim sistemom, „kooperativnim" feudalizmom, komunalnim uređenjem opština kao osnovnim društveno-političkim zajednicama i sl.) kao i njegovom koncepcijom državne uprave, razrađenom u Zakonu o osnovama sistema državne uprave, Saveznom izršnom veću i saveznim organima uprave od 1978 godine.[2] Ipak, period od 1990. do 2000. godine su obeležili oružani sukobi koji su rezultirali raspadom bivše zajedničke države SFRJ.[3]

Etnički motivisani sukobi na teritoriji A.P. Kosovo i Metohija (u daljem tekstu: AP KiM) započeli su tokom 1990. godine između Srba i kosovskih Albanaca. Težnja kosovskih Albanaca bila je da upotrebom pravnih i nasilnih sredstava otcepe Pokrajinu od Republike Srbije i da za to dobiju međunarodnu podršku.[4] To su delimično i uspeli bombardovanjem NATO izvršenim na nekadašnju Saveznu Republiku Jugoslaviju (koju su činile Srbija i Crna Gora), do kog je došlo bez odluke Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija (u daljem tekstu: SB UN), zbog navodnog i iskonstruisanog etničkog čišćenja nad Albancima na teritoriji KiM od strane srpskih snaga. Napadi su suspendovani 10. juna 1999. godine nakon potpisivanja vojno-tehničkog sporazuma u Kumanovu, kojim je bilo predviđeno povlačenje srpske vojske i policije sa teritorije Pokrajine. Istog dana je doneta i Rezolucija 1244 SB UN kojom se potvrđuje teritorijalni integritet Srbije, ali se istovremeno teritorija Pokrajine stavlja pod međunarodni protektorat, pod upravom Unmika (Misija Ujedinjenih nacija na Kosovu) i Kfora (Kosovo Force).[5]

Kosovski Albanci su 17. februara 2008. godine jednostrano proglasili nezavisnost AP KiM od Republike Srbije, ali to proglašenje nezavisnosti Republika Srbija nije priznala, kao ni najveći deo suverenih država-članica UN, stoga ona nije ni postala članica UN-a.[6]

---

[2] Vid.: A. Martinović, „Prava građana u upravnom postupku u kontekstu reforme državne uprave u Republici Srbiji", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)* 2/2009, 437-438.

[3] Više o ovome u S. Slović, *Kosovo i Metohija – Poslednja etapa raspada SFRJ*, Priština/Leposavić 2014.

[4] *Ibidem*, 103-129.

[5] Sa vojskom i policijom u Centralnu Srbiju je izbeglo više od 200.000 kosmetskih Srba i drugih nealbanaca. Vid.: Deset godina od početka bombardovanja NATO, http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/9/politika/51580/deset-godina-od-pocetka-nato-bombardovanja.html, 23. novembar 2017.

[6] *Ibidem*.

Međunarodni sud pravde u Hagu je, na osnovu podnete Rezolucije Generalne skupštine A/63/L.2 UN, na inicijativu Republike Srbije sa zahtevom da se izjasni da li je Deklaracija o proglašenju nezavisnosti Kosova u suprotnosti sa međunarodnim pravom, 22.07.2010. godine doneo savetodavno mišljenje da Deklaracija o proglašenju nezavisnosti Kosova, koju su doneli kosovski Albanci, nije u suprotnosti sa međunarodnim pravom.[7] Ovo mišljenje suda je podiglo veliku buru u stručnoj javnosti i smatra se kontroverznim.

Novi momenat u odnosima Beograda i Prištine jeste Prvi sporazum o principima normalizacije odnosa Beograda i Prištine koji je potpisan 19. aprila 2013. godine u Briselu, a koji je poznat i kao tzv. Briselski sporazum. Ovim sporazumom i dogovorima koji su postignuti na osnovu njega (pre svega, u oblasti pravosuđa) predviđa se, između ostalog, i primena zakona Privremenih institucija samouprave na KiM na celoj teritoriji Pokrajine. Imajući u vidu pravne posledice koje su nastale zaključenjem ovog sporazuma, sam sporazum je bio predmet kontrole ustavnosti, povodom koga se Ustavni sud Srbije proglasio nenadležnim za ocenjivanje njegove ustavnosti.[8] Ovaj sporazum je i dalje predmet analize stručne i naučne javnosti u pogledu njegove pravne valjanosti i usklađenosti sa važećim Ustavom Republike Srbije iz 2006. godine.[9]

Predmet istraživanja je pravni okvir regulisanja opšteg upravnog postupka na teritoriji AP KiM u sintezi sa regulisanjem opšteg upravnog postupka na teritoriji Srbije. U okviru upravnog postupka ispitaćemo pravni okvir regulisanja sledećih otvorenih pitanja upravnog postupka: načela upravnog postupka, pravila prvostepenog postupka i redovna i vanredna pravna sredstva. U radu ćemo koristiti deskriptivni metod, pravni metod upotpunjen uporednopravnim metodom i istorijskopravnim metodom, metod analize i sinteze sadržaja i druge metode.

Shodno dogovoru o regionalnom predstavljanju teritorije AP KiM, zaključenom između zvaničnog Beograda i zvanične Prištine, uz posredovanje Evropske unije, koji je postignut 24. februara 2012. godine, teritorija AP KiM je predstavljena sa oznakom „Kosovo*“. Fusnota koja se primenjuje uz zvezdicu glasi: „Ovaj naziv ne utiče na stav prema statusu i u skladu je sa Rezolucijom SB UN 1244 i mišljenjem MSP o kosovskoj deklaraciji nezavisnosti“.[10]U radu ćemo, shodno postignutom dogovoru, na navedeni način tretirati ovu teritoriju i akta doneta

[7] Više o ovome u Savetodavnom mišljenju Međunarodnog suda pravde o Kosovu, odlomci, www.fbd.org.rs/analize/.../MSP%20O%20KOSOVU%20%20skraceni%20prevod.doc, 9. decembar 2016.

[8] Više o ovome u V. Petrov, „Uz dilemu o kontroli ustavnosti Briselskog sporazuma“, *Srpska politička* misao 4/2014, 111-120.

[9] Više o ovome u D. Simović, S. Jugović, „Ustavnopravne posledice zaključenja Briselskog sporazuma“, *Pravni život* 12/2015, 515-525.

[10] Vid.: Dogovor o regionalnom predstavljanju i saradnji, *http://www.srbija.gov.rs/kosovo-metohija/index.php?id=168200,* 7. septembar 2017.

od strane Privremenih institucija samouprave na teritoriji AP KiM, a u cilju obrade predmeta istraživanja.

2. ZAKONSKI OKVIR REGULISANJA OPŠTEG UPRAVNOG POSTUPKA NA TERITORIJI AP KOSOVO I METOHIJA

Privremene institucije samouprave na teritoriji Kosova* donele su Zakon o upravnom postupku Kosova* (u daljem tekstu: ZUP Kosova*) 22. jula 2005. godine. Donošenjem ovog zakona prestao je da važi Zakon o opštem upravnom postupku SFRJ[11] koji se primenjivao u oblasti upravnog postupka na Kosovu* od dolaska međunarodnih snaga do donošenja ovog Zakona.[12] Međutim, ostala je nejasna odredba novog Zakona koja kaže da novi Zakon zamenjuje važeći u pogledu odredaba koje su u suprotnosti, tako da ostaje nejasnoća u pogledu toga koji se zakon primenjuje.[13] S druge strane, Srbija je među prvim državama u svetu izvršila kodifikaciju upravno-procesnih pravila, još 1930. godine, donošenjem Zakona o opštem upravnom postupku Kraljevine Jugoslavije, u čijem sastavu se tada nalazila i današnja Republika Srbija.[14] Zahvaljujući kvalitetu pravnih normi, najvažnija pravila opšteg upravnog postupka tokom poslednjih osam i po decenija nisu suštinski menjana.[15] Unazad nekoliko godina, naša država je otpočela izmene ZUP-a Srbije iz 1997. godine koje su rezultirale uobličavanjem Nacrta zakona o opštem upravnom postupku iz 2012. i 2013. godine i pojedini istaknuti autori su već u toj fazi izrade novog ZUP-a Srbije iznosili kritike mogućih rešenja koja su bila propisana pojedinim odredbama Nacrta novog ZUP-a (npr. – neusklađenost sa pravnim sistemom, unošenje materijalnih odredbi i kreiranje novih instituta u ZUP-u koji predstavlja tipičan procesni zakon).[16] Nakon nekoliko godina rada na tekstu novog Zakona o opštem upravnom postupku Srbije (u daljem tekstu: ZUP Srbije), uobličen je konačni tekst novog ZUP-a Srbije, koji je stupio na snagu 9. marta 2016. godine, dok je primena počela 1. juna 2017. godine.[17] Pri-

[11] Vid.: Zakon o opštem upravnom postupku – prečišćen tekst, *Službeni list SFRJ*, br.47/1986.

[12] Vid.: Zakon o opštem upravnom postupku Kosova* – ZUP Kosova*, *Službeni list Kosova**, br.02/L-28.

[13] Vid.: Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju, Misija na Kosovu, Prvi izveštaj o sistemu upravnog prava na Kosovu*, http://www.osce.org/sr/kosovo/24639?download=true*, 9. decembar 2016.

[14] Vid.: D. Milkov, „Reforme upravno-procesnog zakonodavstva u Srbiji“, *Zbornik radova PFNS* 4/2012, 33-43.

[15] Vid.: Z. Lončar, „Posebni upravni postupci“, *Zbornik radova PFNS* 4/2016, 1232.

[16] Vid.: P. Dimitrijević, „Reforma upravnog postupka“, Međunarodni naučni skup „Vladavina prava i pravna država u regionu“, oktobar 2013, Pravni fakultet, Zbornik radova, Istočno Sarajevo, 189-199.

[17] Vid.: Zakon o opštem upravnom postupku – ZUP Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2016, čl. 217.

menom svih odredaba[18] novog Zakona prestao je da važi raniji Zakon o opštem upravnom postupku.[19]

Novi ZUP Srbije iz 2016. godine definiše upravni postupak i upravnu stvar, što nije bio slučaj sa ranijim ZUP-om Srbije[20] iz 1997. godine. Tako u članu 1. novog ZUP-a Srbije upravni se postupak definiše kao „skup pravila koja državni organi i organizacije, organi i organizacije pokrajinske autonomije i organi i organizacije jedinica lokalne samouprave, ustanove, javna preduzeća, posebni organi preko kojih se ostvaruje regulatorna funkcija i pravna i fizička lica kojima su poverena javna ovlašćenja (u dalje tekstu: organi) primenjuju kada postupaju u upravnim stvarima".[21] U članu 2. stav 1. novog zakona upravna se stvar definiše kao „pojedinična pravna situacija u kojoj organ, neposredno primenjujući zakone, druge propise i opšta akta, pravno ili faktički utiče na položaj stranke tako što donosi upravna akta, donosi garantna akta, zaključuje upravne ugovore, preuzima upravne radnje i pruža javne usluge,"[22] a u stavu 2 ovog člana kao upravna

[18] Odredbe iz člana 9, 103. i 207, koje se odnose na obavezu organa da po službenoj dužnosti pribavlja podatke o činjenicama o kojima se vodi službena evidencija i koje su neophodne za odlučivanje organa primenjuju se počev od 8. juna 2016. godine. Vid.: Z. Tomić, D. Milovanović, V. Cucuć, *Praktikum za primenu Zakona o opštem upravnom postupku*, Beograd 2017, 122-126.

[19] Posebna okolnost u vezi sa novim Zakonom o opštem upravnom postupku je neuobičajeno dug period za „*vacation* legis" (čl. 217), jer se predviđa da ovaj zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u „Službenom glasniku Republike Srbije", ali da će se primenjivati od 1. juna 2017. godine (izuzev odredaba čl. 9, 103. i 207. koje počinju da se primenjuju istekom 90 dana od dana stupanja na snagu ovog zakona). Kao razlozi za odlaganje primene ovog Zakona, u Obrazloženju Predloga Zakona o opštem upravnom postupku navodi se sledeće: „Odložena primena ZUP-a je neophodna kako bi se u tom periodu, radi obezbeđenja efikasne i što bolje primene novih rešenja, izvršila obuka državnih službenika i edukacija stranaka i građana, uvele savremene informacione i komunikacione tehnologije, izvršile organizacione promene, uspostavile i redefinisale službene evidencije, kao i obavile neophodne funkcionalne analize. Stoga je period do 1. juna 2017. godine dovoljno dug za realizovanje svih navedenih aktivnosti, imajući u vidu dugotrajnu primenu važećeg ZUP-a i njegovo mesto i značaj u našem pravnom sistemu, kao i značaj i obim novih zakonskih rešenja, postojeće kadrovske, tehničke i tehnološke kapacitete i realne mogućnosti i potrebe." Vid.: Z. Lilić, „Upravno postupanje i reforma javne uprave", *Međunarodna konferencija „Razvoj javne uprave",* lipanj 2016, Veleučilište „Javoslav Ružička" u Vukovaru, Zbornik radova, Vukovar, 208.

[20] Raniji ZUP iz 1997 godine ne daje definiciju upravne stvari, već samo u delu „Važenje zakona" definiše predmet svoje primene odredbom shodno kojoj su po odredbama ZUP-a dužni da postupaju organi državne uprave i drugi državni organi kada u upravnim stvarima rešavaju o pravima, obavezama ili pravnim interesima pojedinaca, pravnih lica ili drugih stranaka. Ovo određenje upravne stvari je bilo prošireno, kao posledica donošenja Ustava Republike Srbije iz 2006. godine, obavezom da po ovom ZUP-u postupaju i organizacije kada u vršenju javnih ovlašćenja rešavaju o upravnim stvarima o pravima, obavezama i pravnim interesima pojedinaca, pravnih lica i drugih stranaka. Vid.: S. Popović, M. Petrović, M. Prica, *Upravno pravo Opšti deo*, Niš 2011, 176-180.

[21] Vid.: ZUP Srbije, čl.1.

[22] ZUP definiše upravni ugovor kao dvostrano obavezni pisani akt koji, kada je to posebnim zakonom određeno, zaključuju organ i stranka i kojim se stvara, menja ili ukida pravni odnos u

stvar predviđa se i „svaka druga situacija koja je zakonom određena kao upravna stvar".[23] Prema mišljenju pojedinih istaknutih autora, ovakva definicija upravnog postupka i upravne stvari nije pravilna. To se ogleda, prema njihovom mišljenju, u definisanju upravnog postupka kao „skupa pravila", a on može biti definisan samo kao „skup procesnih" radnji koje se vrše prema pravilima koja su propisana Zakonom o opštem upravnom postupku. Kada je reč o definiciji upravne stvari, prema mišljenju pojedinih istaknutih autora, ona nije usklađena sa odredbama ostalih propisa u našem pravnom sistemu, kao što su Zakon o državnoj upravi i Zakon o upravnim sporovima. Takođe, ističu da je ovakva definicija upravne stvari stvorena potpuno veštački, da se u čisto procesni zakon, kakav je ZUP, unose pojedine materijalno-pravne odredbe (upravni ugovori i pružanje javnih usluga kao potpuno novi instituti u upravnom postupku), da pravila upravnog postupka ne mogu da se primenjuju u svim situacijama koje obuhvata definicija upravne stvari i da je jedino putem prigovora kao novouvedenog pravnog sredstva moguće sve nove situacije koje se nazivaju „upravnim stvarima" podvesti pod situacije u kojima se donose upravna akta i koja jedino predstavljaju upravne stvari u užem smislu reči.[24]

Bitna razlika između novog ZUP-a Srbije iz 2016 . godine i ranijeg ZUP-a Srbije iz 1997. godine ogleda se i u načinu regulisanja odnosa opšteg upravnog postupka i posebnih upravnih postupaka. U novom ZUP-u Srbije iz 2016. godine propisano je da: „pojedina pitanja upravnog postupka mogu posebnim zakonom da se urede samo ako je to u pojedinim upravnim oblastima neophodno, ako je to u saglasnosti sa osnovnim načelima određenim ovim zakonom[25] i ne smanjuje nivo zaštite prava i pravnih interesa stranaka zajamčenih ovim zakonom". Takođe je propisana obaveza usklađivanja svih posebnih upravnih postupaka sa opštim upravnim postupkom, rok do 1. juna 2018. godine za usklađivanje kao i način usklađivanja putem posebnog Koordinacionog tela,[26] koje je oktobra 2016. godine obrazovano na osnovu odluke Vlade.[27] Prema mišljenju pojedinih istaknutih au-

upravnoj stvari. Upravne radnje su određene kao materijalna akta organa koji utiču na prava, obaveze ili pravne interese stranaka. Najzad, pod pružanjem usluga smatra se obavljanje privredne i društvene delatnosti odnosno poslova uprave od strane organa, kojima se obezbeđuje ostvarivanje prava i pravnih interesa odnosno zadovoljavanje potreba korisnika javnih usluga, a koji ne predstavljaju drugi oblik upravnog postupanja. Zakon o opštem upravnom postupku detaljno uređuje izdavanje garantnog akta, dok kod ostalih vrsta upravnog postupanja (posebno upravnih radnji i pružanja javnih usluga) reguliše prvenstveno pravnu zaštitu od njihovog nezakonitog i/ili necelishodnog (ne) preduzimanja. Vid.: D. Milosavljević, V. Cucić, „Nova rešenja nacrta Zakona o opštem upravnom postupku u kontekstu reforme javne uprave u Srbiji", *Pravni život* 10/2015, 96-97.

[23] Vid.: ZUP Srbije, čl.2 st.2.

[24] Više o ovome vidi u D. Milkov, R.S. Radošević, „Neke novine u Zakonu o opštem upravnom postupku – Upravno postupanje", *Zbornik radova PFNS* 3/2016, 733-751.

[25] Upor.: čl. 3. ranijeg ZUP-a Srbije i čl. 3 st. 2. novog ZUP-a Srbije.

[26] Vid.: ZUP Srbije, čl. 214.

[27] Vid.: Z. Lončar (2016), 1235.

tora postoje brojni posebni upravni postupci u kojima se u značajnoj meri odstupa od mnogih pravila opšteg upravnog postupka propisanih novim ZUP-om Srbije iz 2016. godine. U pitanju su odstupanja vezana za najvažnija pitanja upravnog postupka kao što su: pravo žalbe, suspenzivno dejstvo žalbe, vanredna pravna sredstva, postupak izvršenja upravnog akta, preko pojedinačnih važnih procesnih instituta kao što su: dokazna sredstva, dostavljanje, način računanja rokova, zastarelost, pa čak i pojedina osnovna načela upravnog postupka propisana Zakonom o opštem upravnom postupku, a koja se izvode iz samog Ustava, kao što je slučaj sa načelom pravnosnažnosti.[28] Imajući u vidu brojna odstupanja u odredbama zakona koji regulišu posebne upravne postupke u odnosu na odredbe novog ZUP-a Srbije iz 2016. godine,[29] prema mišljenju pojedinih istaknutih autora, slabu stranu postojećeg zakonskog rešenja predstavlja izostanak dovoljno efikasnog mehanizma koji bi mogao da obezbedi da se brojna odstupanja u svim posebnim upravnim postupcima zaista i otklone u propisanom roku, odnosno da se svi posebni zakoni usklade sa novim Zakonom o opštem upravnom postupku. Prema njihovom mišljenju, mnogo efikasnije rešenje moglo bi da predstavlja propisivanje obavezne prethodne saglasnosti ministarstva nadležnog za poslove državne uprave uvek prilikom utvrđivanja nacrta svih posebnih zakona koji sadrže bilo koju odredbu o posebnim upravnim postupcima. Na taj način bi se, prema njihovom mišljenju, sprečila mogućnost da taj zakon uđe u zakonodavnu proceduru ako nije u potpunosti usklađen sa Zakonom o opštem upravnom postupku.[30]

Za razliku od ZUP-a Srbije iz 2016. godine, iz koga proizlazi da upravni postupak ne može da se primenjuje u situacijama kada se donose pravni propisi, dotle kod ZUP-a Kosova* upravni postupak može da se primenjuje i u situaciji kada se donose pravni propisi, odnosno, shodno ZUP-u Kosova*, kolektivna administrativna akta koja proizvode pravne posledice za dva ili više fizičkih ili pravnih lica.[31]Dodatna ograničenja odnose se na negativnu enumeraciju koja je sadržana u članu 1. paragraf 1.4 koji predviđa da se odredbe ZUP-a Kosova* ne primenjuju na: administrativna akta regulatornog karaktera, administrativna akta koja se odnose na unutrašnju organizaciju organa javne uprave i administrativna akta koja izdaju organi javne uprave u okviru privatnih transakcija, u kojima je javna uprava jedna od stranaka.[32]

---

[28] Brojne su oblasti društvenog života u kojima se sreću takva odstupanja, počev od poreza, carina, unutrašnjih poslova, odbrane, građevinarstva, urbanizma, prostornog planiranja, zdravstva, saobraćaja, zaštite životne sredine, socijalne zaštite, boračke i invalidske zaštite, obrazovanja, nauke i tehnološkog razvoja, zapošljavanja i socijalne politike, trgovine, turizma, telekomunikacija, javnog informisanja, itd. Vid.: Z. Lončar (2016), 1236.

[29] Vid.: Z. Lončar (2016), 1236-1246.

[30] Vid.: Z. Lončar (2016), 1247.

[31] Vid.: ZUP Kosova*, čl. 2.

[32] Upor.: ZUP RS, čl.1-2.

3. VAŽNA PITANJA UPRAVNOG POSTUPKA NA TERITORIJI AP KOSOVO I METOHIJA

3.1. Osnovna načela upravnog postupka

Načela su najopštija pravna pravila koja se primenjuju u situacijama kada postoji dilema da li treba primeniti neku odredbu zakona ili ne (npr. da li je žalba dopuštena ili ne). U slučaju da postoji neka dilema, onda se ima primeniti pravilo koje proističe iz načela. Načela u upravnom postupku mogu se podeliti na opšta i osnovna načela, u smislu da su opšta načela ona koja važe za ceo pravni sistem (npr. načelo zakonitosti, načelo javnosti, načelo efikasnosti, itd), odnosno u smislu da su osnovna načela ona koja posebno važe za upravni postupak (npr. načelo pravnosnažnosti, načelo zaštite prava stranke i javnog interesa i sl). Poneka od ovih načela mogu se preklapati, tako da istovremeno predstavljaju i opšta načela pravnog sistema i osnovna načela upravnog postupka (npr. načelo zakonitosti i načelo prava na žalbu).[33]

U odnosu na raniji ZUP Srbije iz 1997. godine novi ZUP Srbije iz 2016. godine je predvideo izvesne novine kada je reč o načelima upravnog postupka. Te novine se ogledaju u uvođenju novih načela u upravni postupak. Tako je u okviru načela zakonitosti uneto načelo predvidivosti, tako da ono sada nosi naziv: načelo zakonitosti i predvidivosti. Načelo predvidivosti, shodno novom ZUP-u Srbije iz 2016. godine, predviđa obavezu da: „kada postupa u upravnoj stvari, organ vodi računa i o ranijim odlukama donetim u istim ili sličnim upravnim stvarima“.[34] Drugo načelo koje je predviđeno kao posebno načelo i nije postojalo u odredbama ranijeg ZUP-a Srbije jeste načelo srazmernosti.[35] Ono predviđa obavezu da „organ može da ograniči pravo stranke ili da utiče na njen pravni interes samo postupanjem koje je neophodno da se njime ostvari svrha propisa i samo ako ta svrha ne može da se ostvari drugačijim postupanjem kojim bi se manje ograničavala prava ili u manjoj meri uticalo na pravni interes stranke“. Treće načelo koje je potpuno novo je načelo pristupa informacijama i zaštiti podataka.[36] Ono predviđa da je organ dužan da omogući pristup informacijama od javnog značaja u skladu sa zakonom i da se tajni i lični podaci štite u upravnom postupku u skladu sa zakonom. Pored novouvedenih rešenja, i postojeća načela su pretrpela izmene, pa je tako načelo zaštite prava građana i zaštite javnog interesa[37] postalo načelo zaštite prava stranaka i ostvarenja pravnog interesa, načelo pružanja pomoći stranci[38] iz ranijeg ZUP-a Srbije iz 1997. godine je postalo načelo pomoći stranci i ono je dopunjeno obavezom organa da onda kada „s obzirom na činjenično stanje sazna

[33] Vid.: S. Lilić, *Upravno pravo i upravno procesno pravo*, Beograd 2013, 445.
[34] Upor.: čl. 5. ranijeg ZUP-a Srbije i čl. 5 novog ZUP-a Srbije.
[35] Vid.: ZUP-a Srbije, čl. 6.
[36] Vid.: ZUP-a Srbije čl.15.
[37] Upor.: čl. 6. ranijeg ZUP-a Srbije i čl. 7. novog ZUP-a Srbije.
[38] Upor.: čl. 15. ranijeg ZUP-a Srbije i čl. 8. novog ZUP-a Srbije.

ili oceni da stranka ili drugi učesnik u postupku ima osnova za ostvarenje nekog prava ili pravnog interesa, upozorava ih na to" i obavezom organa da „informiše stranku ako u toku postupka dođe do izmene propisa koja je od značaja za postupanje u upravnim stvarima". Načelo efikasnosti i načelo ekonomičnosti[39] iz ranijeg ZUP-a Srbije iz 1997. godine spojeni su u jedno načelo uz dodatne stavove koji se odnose na obavezu organa da „po službenoj dužnosti, u skladu sa zakonom, vrši uvid u podatke o činjenicama neophodnim za odlučivanje o kojima se vodi službena evidencija, da ih pribavlja i obrađuje", kao o obavezu organa da „može od stranke da zahteva samo one podatke koji su neophodni za njenu identifikaciju i dokumenta koja potvrđuju činjenice o kojima se ne vodi službena evidencija". Načelo materijalne istine i načelo slobodne ocene dokaza[40] iz ranijeg ZUP-a Srbije iz 1997. godine u novom su ZUP-u Srbije iz 2016. godine spojena u jedno načelo istine i slobodne ocene dokaza, načelo saslušanja stranke[41] je postalo načelo prava stranke na izjašnjavanje, načelo samostalnosti u rešavanju[42] postalo je načelo samostalnosti i nije se menjalo, načelo dvostepenosti u rešavanju[43] postalo je načelo prava na žalbu i prigovor, a novina u ovom načelu se ogleda u uvođenju prava na prigovor „u slučajevima utvrđenim ovim zakonom"; i najzad, načelo pravnosnažnosti rešenja[44] nije se menjalo u odnosu na raniji ZUP Srbije iz 1997. godine. Prema mišljenju pojedinih istaknutih autora, propisivanje osnovnih načela u novom ZUP-u Srbije iz 2016. godine je anahronizam koji je zaostao iz perioda socijalizma, da takve odredbe ne postoje u savremenim propisima o upravnom postupku, a nisu postojale ni u prvom jugoslovenskom ZUP-u iz 1930. godine, kao i da stara socijalistička načela i moderan zakon ne idu zajedno. Takođe, kao slabost navode i nepostojanje sankcije u slučaju povrede nekih od propisanih načela.[45]

Shodno ZUP-u Kosova*, predviđena su sledeća opšta načela: princip zakonitosti, pricip balansiranja privatnog i javnog interesa, princip jednakosti pred zakonom, princip proporcionalnosti, princip objektivnosti i nepristrasnosti, princip istrajnosti i predvidljivosti, princip publiciteta, princip podređenosti.[46]

Princip zakonitosti i balansiranja javnih i privatnih interesa, princip objektivnosti i nepristrasnosti i princip istrajnosti i predvidljivosti odgovaraju načelu zakonitosti i predvidivosti, načelu srazmernosti, načelu zaštite prava stranaka i ostvarenja javnog interesa, načelu samostalnosti i načelu delotvornosti i efikasnosti u novom ZUP-u Srbije iz 2016. godine, dok su ostala načela u ZUP-u Kosova* posebna.

[39] Upor.: čl. 7. i 14 .ranijeg ZUP-a Srbije i čl. 9. novog ZUP-a Srbije.

[40] Upor.: čl. 8. i 10. ranijeg ZUP-a Srbije i čl. 10. novog ZUP-a Srbije.

[41] Upor.: čl. 9. ranijeg ZUP-a Srbije i čl. 11. novog ZUP-a Srbije.

[42] Upor.: čl. 11. ranijeg ZUP-a Srbije i čl. 12. novog ZUP-a Srbije.

[43] Upor.: čl. 12. ranijeg ZUP-a Srbije i čl. 13. novog ZUP-a Srbije.

[44] Upor.: čl. 13. ranijeg ZUP-a Srbije i čl. 14. novog ZUP-a Srbije.

[45] Vid.: D. Milkov, „Povodom novog Zakona o opštem upravnom postupku, kritički osvrt – Uvodne odredbe i načela", *Tematski zbornik: Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, Novi Sad, 2016, 54-62.

[46] Vid.: ZUP Kosova*, čl. 3-10.

Princip jednakosti pred zakonom ima osnov u zabrani diskriminacije, jer zahteva da organi uprave sva pitanja koja su objektivno ista tretiraju bez obzira na boju kože, rasu, itd. Princip proporcionalnosti takođe osnov ima u obavezi javnih organa Kosova* da primenjuju silu samo u onom obimu koji je potreban da bi se ostvario javni interes. Princip publiciteta predviđa pravo fizičkih i pravnih lica koja su obuhvaćena delatnošću organa uprave da im stave na raspolaganje informacije koje su na raspolaganju i organu uprave. I najzad, princip podređenosti predviđa primenu posebnih upravnih postupaka kada je to propisano posebnim zakonima.[47]

Za razliku od novog ZUP-a Srbije iz 2016. godine, ZUP Kosova* ne predviđa načela: istine i slobodne ocene dokaza, pravnosnažnosti i druga načela.[48]

3.2. Pravila prvostepenog postupka

Kada je reč o prvostepenom upravnom postupku, ono što je bitno pitanje jeste ko je nadležan za pokretanje postuka, pravila postupka do donošenja rešenja, skraćeni postupak i pravila izdavanja rešenja i zaključaka.

Kada je reč o pravilima pokretanja postupka, ono što je predviđeno ZUP-om Kosova* jeste da upravni postupak mogu da pokrenu svaka zainteresovana stranka kao i subjekti kojima se priznaje pravo pokretanja radi zaštite javnog interesa.[49] Prvostepeni upravni postupak može da se pokrene i na osnovu zahteva stranke, po službenoj dužnosti, i na zahtev javnosti i ombudsmana. Nisu predviđeni posebni uslovi da bi postupak bio pokrenut po službenoj dužnosti,[50] kao što je to slučaj u novom ZUP-u Srbije iz 2016. godine.[51]

Kada je reč o postupku donošenja rešenja, važno je reći da on, shodno ZUP-u Kosova*, počiva na istražnom načelu i načelu izjašnjavanja. Naime, stranke su dužne da pribave dokaze, a organ uprave da razmotri sve pribavljene dokaze koji su mu po-

---

[47] *Ibidem.*

[48] Nedostaci u pogledu propisanih načela u ZUP-u Kosova* i njihova neusklađenost sa načelima Evropskog upravnog prostora navedeni su i u Izveštaju Sigme iz 2012. godine, sa tačno preciziranim načelima koje je potrebno uneti u ovaj zakon. Vid.: SIGMA, Dobra uprava kroz bolji sistem upravnih procedura, *www.sigmaweb.org/publications/Comments_LowAdminProceduresKosovo_JN_Oct2012_Serbian.pdf,* 4. septembar 2017.

[49] Licima kojima upravni postupak ugrožava zajednička prava, kao što su: javno zdravlje, obrazovanje, kulturno zaveštanje, okruženje ili kvalitet života; lica koja žive u okolini ili u blizini javnog vlasništva, a koja mogu biti ugrožena upravnim postupkom; ombudsmanu. Vid.: ZUP Kosova*, čl. 35.

[50] Novina u važećem ZUP-u Srbije je da se više postupak ne pokreće „po službenoj dužnosti ili povodom zahteva stranke“, kako je to bilo predviđeno odredbama ranijeg važećeg ZUP iz 1997. godine, već „zahtevom stranke ili po službenoj dužnosti“. Takođe, važna novina je da se postupak koji se pokreće po zahtevu stranke smatra pokrenutim prijemom zahteva od strane organa. Najzad, propisana je i obaveza da, kada se pokreće postupak po službenoj dužnosti, a nije u interesu stranke, smatra pokrenutim kada je stranka obaveštena o aktu (o zaključku) o pokretanju postupka. Vid.: Z. Tomić, D. Milovanović, V. Cucić, 109-111.

[51] Upor.: ZUP Kosova*, čl. 35-39. i ZUP-a Srbije, čl. 90-92.

trebni za donošenje odluke. Organ uprave ima pravo da traži i od zainteresovanih strana podnošenje informacije, dokumenata, a one mogu mogu da odbiju takve zahteve samo u slučajevima koji su propisani zakonom.[52] S druge strane, stranke imaju pravo da se izjasne pre donošenja odluke, što mogu učiniti usmeno ili pismeno, kako odluči organ uprave. Od principa izjašnjavanja postoje izuzeci i oni su propisani zakonom.[53] Najzad, postoji mogućnost preuzimanja dodatnih mera, intervencije trećih lica i donošenja posredovnih odluka koje su propisane zakonom.[54] Iz navedenog se može videti da u pogledu postupka koji prethodi donošenju rešenja u ZUP-u Kosova* nisu propisana pravila za rešavanje prethodnog postupka, a i postupak dokazivanja je dosta skraćen i ne predviđa koje isprave se smatraju verodostojnim za dokazivanje, što je predviđeno novim ZUP-om Srbije iz 2016. godine.[55]

Prvostepeni postupak se okončava donošenjem upravnog akta[56] ili zaključka. Pod upravnim aktom se podrazumevaju i individualna i kolektivna upravna akta. Pri njihovom određenju zakonodavac se poziva na čl. 2 Zakona koji određuje predmet upravnog postupka.[57] S druge strane, zaključkom se rešavaju pitanja postupka, donosi ga službeno lice koje vrši onu radnju postupka pri kojoj se pojavilo pitanje koje treba rešiti zaključkom i žalba na zaključak nije dopuštena osim u onim slučajevima kada to zakon dozvoljava i da je pri tom zaključak obrazložen i sadrži uputstvo za žalbu.[58] U pogledu upravnog akta, shodno ZUP-u Kosova*, može se uočiti da on obuhvata i pojedinačne i kolektivne upravne akte čime se razlikuje od rešenja kao pojedinačnog akta kojim se, shodno ZUP-u Srbije iz 2016. godine,[59] odlučuje o

---

[52] Vid.: ZUP Kosova*, čl.57 paragraf 2.

[53] Vid.: ZUP Kosova*, čl. 70.

[54] Vid.: ZUP Kosova*, čl. 70-75.

[55] Vid.: ZUP Srbije, čl. 107-108., 118-123.

[56] U tekstu ZUP-a Kosova* se koristi termin „administrativni akt“ koji je po našem mišljenju neadekvatan i nejasan sa stanovišta osnovnih principa na kojima počiva upravni postupak.

[57] U svrhe ovog zakona, izrazi korišćeni u nastavku imaju sledeće značenje: Individualni administrativni akt – smatraju se sve odluke organa javne administracije koji proizvedu pravne posledice u individualnim slučajevima. Kolektivni administrativni akt – sve odluke organa javne administracije, koje proizvedu pravne posledice za dva ili više fizičkih ili pravnih lica. Administrativna delatnost je skup individualnih ili kolektivnih akata izdatih od organa javne uprave tokom vršenja njegovih nadležnosti, kao i bilo koje delatnosti preduzete od strane uprava u sprovođenju ovih akata. Administrativna nadležnost je skup predmetnih i teritorijalnih nadležnosti organa javne administracije predviđena zakonom ili podzakonskim aktom. Vid.: ZUP Kosova*, čl. 2., paragraf 1.

[58] Vid.: ZUP Kosova*, čl. 82-96.

[59] Novi ZUP Srbije iz 2016. godine uvodi izmene u pogledu naziva odluka koje se donose u upravnom postupku. Za razliku od dosadašnjeg zakona, prema kome su se tradicionalno razlikovali *rešenje*, kao glavna odluka o predmetu postupka i *zaključak*, kao sporedna odluka, kojom se odlučivalo o svim procesnim i drugim pitanjima koja su se javljala tokom vođenja postupka, novi zakon zbog, navodno jasnije identifikacije potencijalnih pravnih sredstava koja se mogu koristiti protiv određene vrsta akata, uvodi razlikovanje rešenja na *meritorna* i *procesna* (čl.136) uz zadržavanje zaključka (čl.146), što je modernoj pravnoj teoriji veoma argumentovano kritikovano. Promena u nazivu odluka koje se donose u upravnom postupku nije, međutim, dosledno praćena i neophodnim

pravu, obavezi i pravnom interesu stranke u upravnom postupku. Kada je reč o zaključku, shodno rešenjima ZUP-a Kosova*, osnovna razlika u pogledu načina regulisanja ovog instituta u odnosu na ZUP Srbije iz 2016. godine ogleda se u mogućnosti ulaganja žalbe na zaključak. Takva mogućnost postoji u upravnom postupku na Kosovu*, shodno ZUP-u Kosova*, dok je takva mogućnost, prema ZUP-u Srbije, potpuno isključena. Protiv zaključka, prema ZUP-u Srbije, nije moguće voditi ni upravni spor. U ostalim elementima nema značajnije razlike u načinu regulisanja ovog instituta u ZUP-u Srbije i ZUP-u Kosova*.[60]

3.3. Redovna i vanredna pravna sredstva

Za razliku od novog ZUP-a Srbije iz 2016. godine koji, kao redovno pravno sredstvo, poznaje prigovor[61] i žalbu,[62] ZUP Kosova* predviđa žalbu.[63] Shodno

izmenama u svim elementima njihovog pravnog režima. Tako, na primer, uprkos činjenici da novi zakon razlikuje meritorna i procesna rešenja, u delu zakona koji se odnosi na obavezne elemente – ta razlika nije napravljena, već su, uglavnom, zadržane sve stare odredbe o rešenju koje se odnose na glavnu odluku o upravnom postupku, a koje je do sada bila jedina odluka koja se donosila u formi rešenja. S obzirom na to da sada postoje i procesna rešenja, sasvim je prirodno da je njih trebalo da prate i određene specifičnosti u pogledu forme i sastavnih delova rešenja. Takav je slučaj, na primer, sa zadržavanjem odredbi o usmenoj formi rešenja (čl.140 i čl.143), kao i eventualnih elemenata u dispozitivu rešenja, poput odluke o troškovima postupka, naznačenja da žalba ne odlaže izvršenje rešenja (čl. 141 st.3) i sl., koje, po prirodi stvari, ne odgovaraju prirodi procesnih radnji. Vid.: Z. Lončar, „Neka pitanja primene novog Zakona o opštem upravnom postupku u Republici Srbiji“, *Meѓunarodnata konferencija „Iskustva od primenata na novite zakoni za opšta pravna postapka vo zemjite od regionot“, maj 2017, Praven fakultet „Justinijan Prvi“, Zbornik na trudovi, Skopje,* 107-108.

[60] Upor.: ZUP Kosova*, čl. 97-99 i ZUP Srbije, čl. 46.

[61] Prigovor je novouvedeno pravno sredstvo u ZUP-u Srbije. Prigovor je *remostrativno* pravno sredstvo koje se izjavljuje rukovodiocu organa uprave, odnosno organizacije na čije se postupanje odnosi. U postupku po prigovoru ispituju se *zakonitost* i *celishodnost* upravnih aktivnosti. Prigovor se može izjaviti povodom (1) upravnog ugovora (ne i protiv upravnog ugovora), (2) upravne radnje kao i drugih upravnih (ne)aktivnosti i (ne)postupanja organa uprave i organizacija, kojima se pružaju javne usluge, ako te aktivnosti i postupanje nisu povezani sa donošenjem upravnog akta. Prigovor je sekundarno pravno sredstvo koje se uvodi da bi pokrilo one situacije za koje ne postoji pravna zaštita i koje se primenjuje u zakonom tačno određenim slučajevima i to: zbog *neispunjenja obaveza iz upravnog ugovora* (član 25), (2) zbog *upravnih radnji* (član 28) ili (3) zbog *načina pružanja javnih usluga* (član 32), ali samo pod uslovom da *ne može da se izjavi drugo pravno sredstvo u upravnom postupku*. Prigovor, kao pravno sredstvo, zasnovano je na potrebi da se strankama u svakodnevnom odnosu sa upravom obezbedi pravna zaštita koja se ne odnosi na upravni akt već na širok dijapazon drugih upravnih aktivnosti koje organi preduzimaju. Vidi više u P. Dimitrijević, „Pravna sredstva u novom ZUP-u Republike Srbije“, *Meѓunarodnata konferencija „Iskustva od primenata na novite zakoni za opšta pravna postapka vo zemjite od regionot“, maj 2017, Praven fakultet „Justinijan Prvi“, Zbornik na trudovi, Skopje,* 45-49.

[62] U ranijem ZUP-u Srbije iz 1997. godine kao jedino redovno pravno sredstvo u opštem upravnom postupku bila je predviđena žalba. Upor.: čl. 213-238. ranijeg ZUP-a Srbije i čl. 151-174. važećeg ZUP-a Srbije.

[63] U tekstu ZUP-a Kosova* za žalbu se koristi termin „administrativna žalba“ koji je, po našem mišljenju, neadekvatan i nejasan sa stanovišta osnovnih principa na kojima počiva upravni postupak.

članu 126 paragraf 1, „fizička i pravna lica imaju pravo da traže ukidanje, poništenje ili izmenu administrativnog akta shodno pravilima predviđenim ovim zakonom za žalbu". Ovaj član, koji predviđa žalbu u paragrafu 2, određuje da se pravo iz paragrafa 1 ovog člana može ostvariti putem zahteva za ponovni pretres upućen službeniku odgovornom za akt ili putem žalbe upućene višem organu.

Žalba može da se podnese u dva oblika: u obliku zahteva za ponovni pretres ili u obliku žalbe. Kada se žalba podnosi putem zahteva za ponovni pretres, ona treba da se dostavi nadležnom organu koji je doneo akt ili organu koji odbija da donese akt na zahtev stranke, a kada se podnosi u obliku žalbe, onda je treba podneti višem organu. Svaka zainteresovana stranka može da se žali protiv upravnog akta ili protiv nezakonitog odbijanja izdavanja upravnog akta.[64] U upravnom postupku na Kosovu*, žalba obustavlja izvršenje upravnog akta. S druge strane, predviđeni su slučajevi u kojima administrativna žalba ne obustavlja sprovođenje upravnog akta i to su: kada se administrativni akt odnosi na sakupljanje taksi, poreza ili drugih budžetskih prihoda; kada se upravni akt odnosi na rad policije; kada je njegovo otkazivanje zakonom zabranjeno i kada je neposredna implementacija u interesu javnog reda, javnog zdravlja ili bilo kog drugog javnog interesa. S tim u vezi, podnosilac žalbe mora u pisanoj formi da bude obavešten o razlozima zbog kojih upravni akt nije otkazan.[65] ZUP Kosova* navodi slučajeve u kojima upravni organ ne može da prihvati žalbu i to su: kada žalba nije dopuštena; kada su legalni rokovi propušteni; kada se osporeni administrativni akt smatra zakonitim i regularnim *prima facie* od strane organa koji razmatra žalbu; kada se žalba podnosi od strane neovlašćenog lica.[66]

Važno je reći da ZUP Kosova* propisuje pravne uslove koje treba ispuniti za žalbu. Žalba se može podneti u roku od 30 dana od dana kada je stranka saznala o aktu ili o odbijanju izdavanja akta ili kada je akt proglašen na osnovu odredaba ovog zakona.[67] U slučaju „ćutanja uprave", žalba se podnosi u roku od 60 dana od dana podnošenja zahteva za početak upravnog postupka.[68] Nadležni

[64] Kod nezakonitog izdavanja upravnog akata nejasno je da li se radi o negativnom upravnom aktu, koji znači da je odbijen zahtev stranke ili o neizdavanju upravnog akta, odnosno neodlučivanju organa u zakonom propisanom roku, kada stranka ima pravo na žalbu zbog ćutanja uprave. Ovako, kako je napisano, ne izgleda logično. Odbijanje zahteva za izdavanje upravnog akta (npr. građevinske dozvole) takođe se vrši upravnim aktom (rešenjem), pa i u tom slučaju stranka izjavljuje žalbu „protiv upravnog akta", samo što je on po svojoj sadržini negativan.

[65] Ovaj termin je potpuno neadekvatan, jer se upravni akt ne može „otkazati" već se samo može odgoditi njegovo izvršenje.

[66] Vid.: I. Pepaj (Pepaj), „Review of Administrative Justice in the Republic of Kosovo", *Academicus – International Scientific Journal* 12/2015, 159-161.

[67] Nejasno je u čemu je razlika između „saznanja za akt" i „odbijanja izdavanja akta", za koje stranka takođe mora da sazna da bi mogla da se žali, kao što je nejasno i šta znači da je akt „proglašen" na osnovu odredaba ovog zakona.

[68] Ovde je u ZUP-u Kosova* korišćena potpuno neadekvatna terminologija s obzirom na činjenicu da stranka nikada ne podnosi zahtev da počne upravni postupak, već da ostvari neko

upravni organ je dužan da donese odluku po žalbi u roku od 30 dana od dana prijema žalbe. U slučaju da ne donese odluku u propisanom roku, stranke imaju pravo da se obrate sudu u skladu sa „Zakonom o civilnom postupku".[69] U ZUP-u Srbije iz 2016. godine, „ćutanje uprave" je pretrpelo izmene u pogledu pravne regulacije u odnosu na ZUP Srbije iz 1997. godine.[70]

Za razliku od novog ZUP-a Srbije iz 2016. godine,[71] u ZUP-u Kosova* nema vanrednih pravnih sredstava.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Zakon o upravnom postupku Kosova* koji su donele Privremene institucije samouprave na Kosovu i Metohiji, predstavlja korak napred u odnosu na Zakon o upravnom postupku SFRJ koji se primenjivao od dolaska međunarodnih snaga na teritoriji AP Kosovo i Metohija u oblasti upravnog postupka. S druge strane, ovaj pozitivni početni korak nije izveden na najbolji mogući način. Brojni nedostaci ovog Zakona koji se mogu videti iz teksta Zakona, a od kojih su neki od izuzetne važnosti, dovode u pitanje stručnost i znanje tekstopisca, odnosno ispravno shvatanje modernih rešenja i instituta upravnog postupka.

Ti nedostaci se, pre svega, ogledaju u tome što nisu propisana neka od osnovnih načela koja predstavljaju stub modernog upravnog postupka. Takva načela su: načelo istine i slobodne ocene dokaza, načelo pravnosnažnosti i dr. S druge strane, jezički termini koji su upotrebljeni u ZUP-u Kosova* nisu precizni i dovode do konfuzije u razumevanju zakona (npr. „administrativni akt", „administrativna žalba", red reči u rečenici, konfuznost sentenci, itd).

---

svoje pravo ili da joj se umanji neka obaveza. Upravni postupak se smatra pokrenutim momentom podnošenja zahteva stranke. Stoga bi, umesto termina „od dana podnošenja zahteva za početak upravnog postupka" moglo da stoji samo „od dana podnošenja zahteva stranke".

[69] Ovde je potpuno nejasno o kakvom je „civilnom postupku" reč, odnosno da li je, eventualno, u pitanju sudski postupak u vidu upravnog spora. Vid.: ZUP Kosova*, čl. 131.

[70] Promena u novom zakonu se odnosi na novouvedeni rok prekluzivne prirode, kao krajnji rok u kome se može podneti žalba zbog „ćutanja uprave". Naime, ubuduće će se žalba protiv „ćutanja uprave" morati izjaviti najkasnije u roku od godinu dana od isteka roka za odlučivanje po zahtevu stranke (čl. 153 stav 2), što, prema mišljenju pojedinih istaknutih autora, predstavlja izvesno ograničenje prava na pravnu zaštitu stranaka u slučaju „ćutanja uprave", koje su stranke do sada uživale u vremenski neograničenom periodu. Vid.: Z. Lončar (2017), 108-109.

[71] Vanredna pravna sredstva u novom ZUP-u Srbije su racionalizovana na taj način što je njihov broj smanjen, ali su razlozi iz ukinutih vanrednih pravnih sredstava prebačeni u vanredna pravna sredstva koja su zadržana ili su stvoreni neki novi razlozi za primenu. Međutim, kako ta „preživela" vanredna pravna sredstva nisu ista, jer se mogu koristiti i za nove slučajeve, bilo je nužno promeniti njihov naziv. To je stvorilo zabunu, jer sada imamo četiri nova vanredna pravna sredstva. Vid.: P. Dimitrijević (2017), 54-63.

Način regulisanja žalbe, shodno ZUP-u Kosova*, je potpuno neadekvatan i obiluje korišćenjem nejasne i nepravilne terminologije koja dovodi do konfuzije u razumevanju ovog pravnog sredstva.

Važno je napomenuti i činjenicu da organi Privremenih institucija samouprave na Kosovu* nisu radili na otklanjanju nedostataka koji su navedeni u Izveštaju Sigme o usklađenosti ZUP-a Kosova* (u pogledu predmeta upravnog postupka, načela upravnog postupka, prvostepenog upravnog postupka i pravnih sredstava koji stoje na raspolaganju strankama u postupku) sa načelima i pravilima tzv. evropskog upravnog prostora.

Otuda je od posebne važnosti pristupiti hitnim izmenama i dopunama ZUP-a Kosova* i njegovo usklađivanje sa savremenim institutima u oblasti upravnog postupka. Nakon usvajanja izmena i dopuna postojećeg zakona, posebno važno je obezbediti pravilan prevod prečišćenog teksta zakona na srpski jezik. Radi ostvarenja navedenog cilja potrebno je angažovati ovlašćene prevodioce i lektore, a posebno pravnike sa dobrim poznavanjem materije upravnog prava. Samo terminološki i jezički ispravnim normativnim uređenjem upravnog postupka moguće je obezbediti preduslove za ostvarenje načela jednakosti svih građana pred organima javne uprave na teritoriji Kosova* i uvođenje koncepta *uslužne uprave* nasuprot konceptu regulatorne i zaštitne uprave, kakav trenutno postoji.

Posebna pažnja stručne javnosti treba da se posveti nastojanjima da se isprave navedeni nedostaci u ZUP-u Kosova*, prevashodno zbog potrebe zaštite srpskog stanovništva na ovoj teritoriji, njihovih prava i interesa kada se pojavljuju pred organima javne uprave na Kosovu* kao zainteresovane stranke i da im se omogući svaki vid pomoći i podrške u njihovoj zaštiti.

Miloš D. Denović, Ph.D. Student
University of Pristina temporarily settled in Kosovska Mitrovica
Faculty of Law
milosdenovic23@gmail.com

Legal Framework regulating certain Matters of Administrative Proceedings in the Territory of the Autonomous Province of Kosovo and Metohija

***Abstract**: The Law on Administrative Procedure of Kosovo*[72] represents a step forward concerning the Law on Administrative Procedure of SFRY, which has been applied since international forces came to the province as part of the peacekeeping mission. On the other hand, this positive initial step has not been taken in the best possible way. Numerous shortcomings of this law, which are apparent in the very text of the law, confuse the correct understanding of modern solutions and institutes of administrative procedure by the legislator. These shortcomings arise from the fact that some of the basic principles that represent the pillar of the modern administrative procedure have not been prescribed, then from the inappropriate translation of the text of the law into the Serbian language, that the institute of administrative appeal is regulated in such a way as to contain numerous contradictions and ambiguities, as well as the failure of the provisional self-government bodies in Kosovo*, according to the SIGMA Report on the harmonization of the Law on Administrative Procedure of Kosovo* with the principles and the rules of the so-called European Administrative Space. Therefore, it is of the first importance to proceed as soon as possible with the amendments and supplements to the aforementioned provincial law and its alignment with the modern institutes in the field of administrative procedure. After the adoption of amendments to the existing law, it is of paramount importance to provide a proper translation of the proofread text of the law into the Serbian language. So as to achieve this goal, it is necessary to hire authorized translators and proofreaders, and especially legal experts with good knowledge of administrative procedure. Only with a terminologically and linguistically correct normative arrangement of the administrative law is it possible to provide preconditions for the realization of the principle of equality of all citizens before public administration bodies in the territory of Kosovo* and introduce the concept of service administration in contrast to the concept of regulatory and security administration, which is currently in effect. Particular attention of the community of experts*

72 This designation is without prejudice to positions on status, and is in line with UNSCR 1244/1999 and the ICJ Opinion on the Kosovo declaration of independence.

should be paid to the efforts of correcting shortcomings of the Law on Administrative Procedure of Kosovo, primarily due to the need to protect the Serbian population in this territory, their rights and interests when they appear before the public administration bodies in Kosovo* as interested parties, and to provide them with each type of assistance and support for their protection.*

Keywords: *administrative procedure, legal means, Kosovo and Metohija, Brussels Agreement.*

Datum prijema rada: 16.01.2017.

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU

ZBORNIK RADOVA

Dosadašnji glavni urednici:

Prof. dr Vladimir Kapor (1966), prof. dr Nikola Vorgić (1967–1968), prof. dr Miloš Stevanov (1969–1973), prof. dr Borivoje Pupić (1974–1976), prof. dr Milijan Popović (1977–1983), prof. dr Stanko Pihler (1984–1988), prof. dr Momčilo Grubač (1989–1990), prof. dr Jovan Munćan (1991–1997), prof. dr Milijan Popović (1998–2003), prof. dr Rodoljub Etinski (2004–2006), prof. dr Dragiša Drakić (2006–2013).

Članovi Uredništva:

Prof. dr Ljubomir Stajić, prof. dr Damjan Korošec (Slovenija), prof. dr Wilhelm Brauneder (Austrija), prof. dr Tamás Prugberger (Mađarska), prof. dr Serge Regourd (Francuska), prof. dr Gérard Marcou (Francuska), prof. dr Heinz Mayer (Austrija), prof. dr Peter Mader (Austrija), prof. dr Suphawatchara Malanond (Tajland), prof. dr Branislav Ristivojević, prof. dr Tatjana Bugarski, mr Radmila Dabanović

Menadžer časopisa

Dr Luka Baturan

Sekretarijat Uredništva

Prof. dr Vladimir Marjanski, doc. dr Dragana Ćorić, doc. dr Bojan Tubić, dr Marko Knežević, dr Cvjetana Cvjetković, dr Uroš Stanković, dr Milana Pisarić, dr Nataša Rajić, dr Stefan Samardžić, Sandra Samardžić, Ratko Radošević, Bojana Ristić

Kompjuterska obrada teksta

Vladimir Vatić, „Grafit“

Štampa:

„Sajnos“, Novi Sad

Tiraž: 200 primeraka

2017